

La TGSS ha pretendido esta clasificación de privilegio general del art. 91.1º para el importe del capital-coste de una prestación por pensiones de jubilación de las que ha sido declarada responsable la empresa en concurso, por resolución administrativa firme del Instituto General de la Seguridad Social, debido a su incumplimiento de los contratos de relevo correspondientes a dichas jubilaciones parciales, pero por Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, de fecha seis de noviembre de dos mil nueve, se desestima: «ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 29 de diciembre de 2006 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: 1.- ESTIMAR EN PARTE la solicitud de la TESORERÍA GENERAL SEGURIDAD SOCIAL frente a la administración concursal de la concursada EARCANAL S.A.

2.- INCLUIR el importe del crédito de la TGSS contra la masa en cantidad de 15.399,22 euros en la lista de acreedores de EARCANAL S.A.

3.- MODIFICAR el importe del crédito de la TGSS con privilegio del art. 91.2 LC a la cantidad de 160,15 euros en la lista de acreedores de EARCANAL S.A.

4.- MODIFICAR el importe del crédito de la TGSS con privilegio del art. 91.4 LC a la cantidad de 395.384,25 euros en la lista de acreedores de EARCANAL S.A.

5.- MODIFICAR el importe del crédito ordinario de la TGSS a la cantidad de 266.512,98 euros en la lista de acreedores de EARCANAL S.A.

6.- MODIFICAR el importe del crédito subordinado de la TGSS a la cantidad de 128.871,27 euros en la lista de acreedores de EARCANAL S.A.

7.- CONDENAR A CADA PARTE a satisfacer las costas causadas a su instancia y las comunes, si las hubiere, por mitad."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 864/08 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO OLASO AZPIROZ.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resuelve el incidente concursal promovido por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) frente a la Administración Concursal en el expediente de concurso de la mercantil Earcanal, S.A., sobre la existencia y calificación de los créditos concursales de esta última frente a la impugnante.

La sentencia determina la cuantía de los créditos con privilegio general del artº 91-4 de la Ley Concursal (LeCo) y los créditos ordinarios del artº 89-3 de la misma Ley, conforme a una mecánica y en virtud de unos razonamientos que se explicitan en su fundamento jurídico cuarto, que son divergentes al criterio reiteradamente expuesto por este Tribunal en incidentes semejantes, criterio respaldado últimamente por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de Enero de 2009; mas, como quiera que la Administración Concursal no ha mostrado su discrepancia a ese respecto, la decisión del Juzgador de instancia es inamovible en ese extremo, pues lo contrario supondría incurrir en incongruencia al tratarse de algo que, por regir el principio dispositivo, es ajeno a cuestiones de orden público susceptibles de decidirse de oficio.

SEGUNDO.- En efecto, el objeto del recurso se ciñe exclusivamente a la pretensión de la TGSS de que se califique como crédito con privilegio general conforme al artº 91-1 LeCo la cantidad de 494.026,16 euros correspondientes a deudas de la Seguridad Social en concepto de capital – coste de pensiones de jubilación de las que ha sido declarada responsable la empresa en concurso, por resolución administrativa firme del Instituto General de la Seguridad Social, debido a su incumplimiento de los contratos de relevo correspondientes a dichas jubilaciones parciales.

El recurso ha de ser desestimado por los propios fundamentos de la resolución recurrida; la calificación privilegiada de los créditos concursales ha de efectuarse, precisamente en razón a la naturaleza privilegiada que alguno de ellos tienen, de forma restrictiva y en modo alguno extensiva; de ahí que, mientras que no se produzca más adelante una modificación legal al respecto que, por el momento y que se sepa, ni siquiera está prevista o proyectada, habrá de estarse a la enumeración de los créditos con privilegio general que a modo de "numerus clausus" se contiene en el artº 91-1 de la LeCo, que son aquellos cuya titularidad recae en los propios trabajadores de la empresa en concurso o que provienen de incumplimientos en materia de salud laboral; sin que haya motivos serios, salvo el propio interés de la TGSS, para extender tal privilegio a los originados por incumplimientos distintos a los previstos en la ley como pueden ser los de los contratos de relevo sustitutivos de jubilaciones parciales.

La TGSS invoca la existencia de una laguna legal sobre el particular; entendemos que no hay tal, en la medida que el apartado 4º del propio artº 91 se refiere "...a los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artº 90 ni de privilegio general del número 2º de este artículo...", que es donde debe ubicarse, mientras que el legislador no diga expresamente otra cosa, el crédito por capital-coste que la TGSS pretende adelantar en el privilegio.

La sentencia de instancia da cumplida respuesta a la alegación de que ese concepto de capital-coste tiene la calificación de crédito privilegiado en la Ley General de la Seguridad Social, en el Estatuto de los Trabajadores y en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social; señalando, en cuanto a este último, su condición de norma reglamentaria que no se puede imponer, en razón de la jerarquía normativa, a una

norma legal como es la Ley Concursal; y que la Disposición Final Decimocuarta, número 1, apartado 5 de esta echó abajo las preferencias establecidas en el artº 32 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de concurso, determinando que en tal caso serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos; lo que obliga, por tanto, a estar a lo dispuesto en el artº 91-1 LeCo en su contenido literal, según queda argumentado, sin la capacidad extensiva pretendida interesadamente por la TGSS en virtud de una analogía en los créditos no suficientemente contrastada; los razonamientos del Juzgador de instancia, que hemos expuesto, los comparte este Tribunal y por tanto los ratifica, máxime cuando la recurrente no los ha combatido de forma adecuada demostrando el error o equivocación de aquél en la aplicación o interpretación de la ley, ya que se limita a invocar interpretaciones conjuntas, sistemáticas o finalísticas de misma que no pueden prevalecer sobre el contenido de la propia Ley.

Aún cuando no existe, que conozcamos, jurisprudencia en la materia que comentamos por parte de un órgano jurisdiccional equivalente, será ilustrativo no obstante decir que un órgano de primer grado, como lo es el juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao se ha manifestado en el mismo sentido, en concreto en sentencia de fecha 23 de marzo de 2009, cuando señala:

Se pretende así por la T.G.S.S., en primer término, el reconocimiento como crédito con privilegio general del art. 91.1º de la LECO del importe del capital-coste de una prestación, para lo que aduce las argumentaciones que son de ver en autos. Pues bien, deduciéndose de la exposición efectuada por las partes que dicho capital-coste traería causa de una jubilación parcial, deberá descartarse la pretensión de la parte impugnante, acogiéndose en este punto por el presente Juzgador la posición jurídica de la Administración Concursal que lo excluye del art. 91-1º -si bien lo incluye como privilegio general del art. 91.4º de la LECO-, siendo a tal fin fundamentales las siguientes consideraciones; 1º) dicho capital-coste, a tenor de su origen, no puede entenderse comprendido en ninguno de los supuestos previstos en el art. 91-1º de la LECO, dado que ni reviste la naturaleza de salario expresada en el art. 26 del Estatuto de los Trabajadores, ni la de indemnización, ni la de recargo con incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral; 2º) para la clasificación de los créditos concursales sólo puede atenderse a la que establezca la Ley Concursal; y 3º) en el reconocimiento de privilegio en los créditos no puede atenderse a interpretaciones extensivas, sino restrictivas en tanto que el privilegio supone una excepción al régimen general.

TERCERO.- Procede, en definitiva, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, con imposición de las costas a la citada apelante de conformidad con el artº 398 LEC».