

«II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. TERCERO: Respecto de los créditos de la TGSS, la administración concursal se muestra conforme con las pretensiones del actor y la Tesorería manifiesta que debe ser rechazada dicha pretensión. Sin embargo la clasificación que realiza el impugnante es adecuada a derecho puesto que parte de la distinción entre los diferentes supuestos del artículo 91.2º, 91.4º, ordinarios y subordinados. Este juzgado ha venido manteniendo el criterio del cómputo del privilegio general del 50% partiendo de una interpretación sistemática del precepto y por tanto excluyendo de su cómputo tanto los subordinados (que suponen un antiprivilegio) como los privilegiados del apartado 2º del artículo 91 LC, a cuya solución se llega no sólo por dichos criterios sistemáticos sino literales e histórico-legislativos. A partir del artículo 84 la ley concursal distingue entre "créditos concursales" y créditos "contra la masa" recogiendo una serie de supuestos que son créditos contra la masa pero que no es una enumeración exhaustiva sino que debe completarse (apartado 11º) con cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración.

La clasificación de los créditos se realiza en el artículo 89 de la Ley Concursal, referidos a los créditos concursales, distinguiendo tres supuestos:

1º.- Créditos privilegiados. Dentro de estos tenemos:

1.1. Créditos con privilegio especial. Son los recogidos en el artículo 90 LC porque afectan a determinados bienes o derechos.

1.2. Créditos con privilegio general se enumeran en el artículo 91 LC y afectan a la totalidad del patrimonio del deudor, excluidos los bienes y derechos afectas a créditos con privilegio especial.

Los créditos tributarios y de seguridad social, de conformidad a los criterios generales que hemos expuesto, pueden ser privilegiados, ordinarios o subordinados.

Los créditos privilegiados se clasifican a su vez en "privilegios especiales" porque recaen sobre determinados bienes derivados de su afección por garantía real u otras permitidas en la normativa tributaria o de seguridad social y "privilegios generales" bien por tratarse de retenciones tributarias o de seguridad social (91.2º LC) o porque así les reconoce la norma un privilegio (artículo 91.4º LC).

Respecto de los créditos por retenciones tributarias o de seguridad social se recogen como privilegio general en el artículo 91.2º LC y se refieren a "las cantidades correspondientes a retenciones tributarias o de seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal" sin limitación alguna y que se pagarán en segunda posición una vez deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos y dentro del citado grupo (que incluye las retenciones tributarias y de seguridad social) a prorrata (art. 156 LC). Igualmente se recogen con privilegio general, en el apartado 4º del artículo 91, "Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo (retenciones tributarias). Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos

de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe”.

2°. Créditos ordinarios. Su definición se realiza por exclusión de todos aquellos que no tengan privilegio ni sean subordinados.

3°. Créditos subordinados. Se enumeran en el artículo 92 LC atendiendo a criterios de sanción, la propia naturaleza del crédito, créditos de intereses, sancionadores, etc. A estos efectos, conviene precisar que la categoría de créditos subordinados incluye los Intereses devengados y sanciones Impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social, los titulares de estos créditos subordinados carecen de derecho de voto en la junta de acreedores y, en caso de liquidación, no podrán ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios.

En relación a las dos cuestiones objeto de discusión conviene, igualmente, realizar un estudio pormenorizado adaptado a la normativa vigente. En cuanto al cómputo del privilegio general del artículo 91.4° LC la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de fecha 29 de marzo de 2005 se ha pronunciado al respecto optando por el cómputo total de los créditos aunque delimitando posteriormente los diferentes créditos en función de su propia calificación. El criterio de esta sentencia parte de delimitar negativamente el precepto (91.4° LC) intentando recoger “lo que no dice” y llegando a afirmar que la norma no dice ni quiere decir que “los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2° de este artículo, hasta el 50 % de su importe”. La razón elemental para ello se justifica en que si hubiera querido decir esto lo habría hecho sin tanta complejidad de la norma. Para solucionar la posible desvirtuación del sistema que dicha interpretación pueda generar la propia sentencia recoge que calcular el límite sobre la base indicada no significa que necesariamente deba alcanzarse el mismo y menos aún que pueda transformarse la naturaleza de los créditos subordinados a privilegiados, pues los subordinados tienen esa clasificación y no puede alterarse”.

En la literalidad de la norma la interpretación del precepto ha de realizarse integrando la totalidad del mismo. La utilización de la expresión "conjunto de los créditos" es realmente la que distorsiona el sistema y de la que se parte para fijar la base para el cálculo del 50 % referido. El precepto recoge: “Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2° de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente hasta el cincuenta por ciento de su importe.” Por lo tanto, hemos de partir de que la fijación de la base para el cálculo ha de hacerse recogiendo los créditos de la Seguridad Social o de la Hacienda Pública, partiendo de los créditos existentes y que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2° de este artículo. Es el conjunto de los créditos referidos en el primero de los párrafos (excluidos los señalados) los que el legislador ha querido que formen parte de la base para el cálculo que posteriormente se fija. De otra

forma para nada sirve la identificación del privilegio en el párrafo señalado y las referencias que expresamente se hacen a esos dos privilegios.

En la evolución legislativa del precepto el texto aprobado por el Congreso no hacía referencia al apartado recogido del privilegio general del número 2º del artículo 91 sino exclusivamente al artículo 90.1.1º. Fue una enmienda del grupo popular (número 211) la que justificaba la inclusión del artículo 91.2º LC partiendo de que tenía su razón de ser en que “la mención al privilegio general del número 2º de este artículo tiene por objeto evitar ambigüedades en el cálculo del límite del 50 por ciento, al incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse su derecho de separación”. El propio legislador recoge como base para el cálculo el conjunto de créditos tributarios o de la seguridad social excluidos los que refiere del artículo 90.1 y del 91.2º LC y así lo pone de manifiesto en la justificación a dicha enmienda.

Desde la lógica también nos encontramos con un fuerte argumento para proceder de esta forma y no de otra pues el sistema, contemplado desde el mismo punto de vista que la referida sentencia, nos lleva a la necesidad de justificar el posible exceso que pudiera devenir de un cálculo en conjunto. La sentencia nos dice que si esto sucediera no obstante no tendría porqué recogerse el 50 % sino la cantidad resultante tras la deducción de los créditos privilegiados y subordinados. En un ejemplo práctico se entenderá mejor:

Créditos privilegiados especiales: 25.

Créditos privilegiados generales del artículo 91.2º: 25.

Resto de créditos (ordinarios): 25.

Subordinados: 25.

El cálculo de los créditos privilegiados generales del 91.4º LC -según la sentencia- debería hacerse respecto de la totalidad. Ello nos llevaría a recoger en dicho privilegio su total de 50. De esta forma nos quedaría:

Créditos privilegiados especiales: 25.

Créditos privilegiados generales del artículo 91.2º: 25.

Créditos privilegiados del 91.4º LC: 50.

Resto de Créditos (ordinarios): 0

Créditos subordinados: 0

Ello nos llevaría, dice la sentencia, a corregir el defecto partiendo de que existen un total de 25 que son créditos subordinados y por tanto reduciendo los créditos privilegiados del 91.4º LC las 25. El resultado sería:

Créditos privilegiados especiales: 25.

Créditos privilegiados generales de) 91.2º LC: 25.

Créditos privilegiados generales del 91.4º LC: 25.

Resto de créditos (Ordinarios): 0

Créditos subordinados: 25.

No es lógico que tengamos que hacer un cálculo distinguiendo donde la ley no distingue (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos*).

Lo anterior nos lleva también a planteamos si para el cálculo de dicho porcentaje hemos de recoger en la base la cuantía de los créditos subordinados y también la interpretación puede realizarse excluyendo de dicha base la cuantía de los mismos, por la propia naturaleza de los créditos subordinados. La acepción del término "subordinación", más extendida es la que se refiere a su relación de dependencia. Sin embargo es posible otra más apegada al origen latino y que parte del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; según esta, subordinar significa "clasificar algo como inferior en orden respecto de otra u otras cosas". Esta subordinación significa la satisfacción con posterioridad a otros créditos, en este caso, por disposición legal y que realmente supone un "antiprivilegio" entendida como penalidad civil con degradación del crédito. Esta degradación se produce, *prima facie*, desde el momento del reconocimiento de los créditos y por tanto no pueden ser utilizados como base para el cálculo de ningún privilegio pues ello motivaría precisamente un cierto privilegio de los que la ley concursal ha privado a los mismos. Utilizado de otra forma resultaría que el crédito subordinado estaría siendo utilizado tanto para el cálculo del privilegio como para la cuantificación de un crédito como subordinado (en la misma cuantía) y por tanto utilizándose con una doble finalidad no querida por la norma; los créditos son lo que son y no pueden tener una naturaleza doble: como crédito subordinado y como parte de la base para el cálculo de un privilegio, pues ello les haría perder en cierta forma su propia naturaleza de subordinados.

El artículo 91.4º LC es una construcción legal -creación del legislador, concursal- que pretende con ello privilegiar a la administración tributaria y de la Seguridad Social, pero que puede ser cuestionado. La mitigación de estos efectos se realiza a través de los créditos subordinados. El hecho de computar su cuantía en la base de cálculo de los créditos privilegiados generales del 91.4º LC hace que el destinatario final repercutido del pago de cierta parte de sanciones impuestas al deudor concursado no sea este sino el resto de los acreedores que sufrirían la actuación negligente del deudor.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante número 56/05 de 5 de mayo de 2005 resuelve de igual forma la cuestión partiendo de una interpretación sistemática y excepcional de los privilegios por criterios restrictivos. Sin embargo la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de 6 de abril de 2005 excluye solamente para fijar las bases a los créditos subordinados, aunque también era lo único que se había impugnado. En el mismo sentido, excluyendo del cómputo los que por sí mismos merezcan una calificación especial se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona de fecha 22 de abril de 2005...

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, FALLO... Segundo: Estimo la impugnación de la clasificación respecto de los créditos de la Tesorería General de la Seguridad Social que deberán clasificarse conforme a lo señalado por el impugnante conforme a lo siguiente:

| <u>CLASIFICACIÓN</u> | <u>CUANTÍA €</u> |
|---------------------------------|------------------|
| Privilegio del artículo 91.2 LC | 42.065,77 |
| Privilegio del artículo 91.4 LC | 97.921,63 |
| Ordinario. | 97.921,63 |
| Subordinado | 579,21 |

Así por esta resolución lo pronuncio, mando y firmo» D. Enrique Sanjuán y Muñoz.