

## **Juzgado de lo Mercantil número 1 de Pontevedra, en la Sentencia de fecha 6 de mayo de 2005**

«ANTECEDENTES DE HECHO. 1.- Por la actora se formuló demanda de impugnación de la lista de acreedores contenida en el informe de la administración concursal sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que expuso, en la que terminó suplicando que se dicte sentencia estimando íntegramente su pretensión

2.- Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a las partes personadas para que en el plazo común de diez días contestaran en la forma prevenida en el artículo 405 de la LEC.

3.- En el indicado plazo, la administración concursal se opuso a la demanda. También contesta a la demanda el Abogado del Estado, en representación de la AEAT, aun cuando no compareció a la vista del juicio.

4.- Contestada la demanda se convocó a las partes a una vista que se celebró el día señalado con el resultado que consta en el acta, quedando los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- La parte demandante, Tesorería General de la Seguridad Social, impugna la lista de acreedores en cuanto a la clasificación que ha efectuado la administración concursal del crédito de la Tesorería General de la Seguridad Social. La impugnación se fundamenta en la interpretación del artículo 91.4º de la LC y en la interpretación del artículo 92.1º de la LC

SEGUNDO.- El primero de los motivos de impugnación se fundamenta en que la administración concursal reduce las cantidades fijadas en la certificación emitida por la TGSS. Frente a dicha reclamación la administración concursal entiende que la TGSS comunicó su crédito el día 04-11-2004 por importe de 53800,55 euros referida a la fecha 13-10-2004, pese a lo cual, la administración concursal incrementó el saldo de las cotizaciones impagadas hasta el día 20-09-2004 por importe de 92063 euros, y considera que la nueva certificación emitida por la TGSS, que acompaña a su escrito de impugnación por importe de 124916,32 euros, supone una comunicación tardía de su crédito en la diferencia con la cantidad que ya fue reconocida y que, por tanto, en aplicación del artículo 92 de la LC, ha de clasificarse como subordinado. Por el contrario la TGSS considera que ha de aplicarse la excepción del artículo 92.1º in fine de la LC relativa a la excepción de comunicación tardía de créditos cuando sea necesaria la actividad inspectora de las administraciones públicas.

No discuten, por tanto, las partes litigantes la clasificación de los recargos como créditos subordinados o no, sino si la comunicación tardía de los créditos de la TGSS supondrá clasificarlos como subordinados o si habrá de tenerse en cuenta la mencionada excepción del artículo 92.1º in fine de la LC referida a la necesidad de la actividad inspectora de las administraciones públicas.

A través de la prueba documental aportada en el proceso incidental, y en concreto de la certificación administrativa de 03-05-2005 en la que el Secretario provincial de la Dirección provincial de la TGSS de Pontevedra certifica que la deuda de la empresa MACOFREY SA asciende a 128.886,89 euros, sin perjuicio de que las liquidaciones pertenecientes a los últimos meses estén sujetas a la acción inspectora de la administración de la Seguridad Social, ha resultado acreditado que la comunicación tardía de créditos de la parte demandante se produce porque para su determinación es precisa la actuación inspectora de ésta, y por ello habrá de estimarse la impugnación formulada, por tratarse de la excepción contenida en el artículo 92.1º in fine de la LC.

TERCERO.- El segundo de los motivos de impugnación viene referido a la interpretación del artículo 92.4 de la LC. Fijada la deuda tributaria en la suma total de 124.916,32 euros (si se fijase en atención a la nueva certificación de la TGSS, la

sentencia podría incurrir en incongruencia), de los que 3.169,66 euros corresponden a retenciones de la cuota obrera y deben clasificarse como créditos con privilegio general del artículo 91.2º de la LC, las partes discrepan en la clasificación de los créditos con privilegio general del artículo 91.4º y de los ordinarios.

Mientras la Tesorería General de la Seguridad Social considera que el 50 % de la totalidad de los créditos corresponde a la calificación de privilegio general del artículo 91.4º, es decir, en el caso enjuiciado, el crédito por importe de 62.480,66 euros, mitad del importe total que la TGSS ostenta frente a la concursada, debería ser calificado como crédito con privilegio general del artículo 91.4º, por lo que sólo la cantidad de 59.311 euros sería un crédito ordinario; la administración concursal sostiene que al 50 % de los créditos tributarios, que suponen el tope previsto por el artículo 91.4º, debe restarse el importe de los créditos con privilegio general del artículo 91.2º, y así se obtendría la cifra de 59.311 euros, crédito que se calificaría con privilegio general del artículo 91.4º, y la cifra de 62.480,66 euros que correspondería aun crédito ordinario.

No cabe duda de que la interpretación del artículo 91.4º no resulta sencilla y que ambas interpretaciones sostenidas por los litigantes resultan razonables. Sin embargo, y partiendo de que el artículo citado establece como límite del privilegio general el 50 % de la totalidad de los créditos públicos, debe de tenerse en cuenta que no se indica que dicho privilegio haya de computarse siempre en toda su extensión, sino que será variable en función de la concurrencia con otros créditos calificadas con privilegio especial o con privilegio general del artículo 91.2º, de forma, que como indica la administración concursal habrá de restarse del tope máximo del 50 % de los créditos públicos aquellos a los que se haya reconocido otro privilegio, sea del artículo 90 o del artículo 91.2º, pues no puede interpretarse el número 4 del artículo 91 con independencia de los otros números. Además, en apoyo de esta última interpretación debe resaltarse la dicción de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal en la que se contiene que "la regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce prácticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de trato de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas." Es por ello que la interpretación que del artículo 91.4º LC realiza la administración concursal resulta más acorde con los principios inspiradores de la legislación concursal.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC, no procede hacer pronunciamiento alguno sobre las costas procesales, dadas las razonables dudas de derecho que plantea la cuestión litigiosa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, FALLO: Que estimando parcialmente la demanda incidental formulada por la Tesorería General de la Seguridad Social, acuerdo que la administración concursal de MACOFREY SA proceda a rectificar el informe en el siguiente sentido:

Incluir entre los créditos concursales a favor de la TGSS la cantidad de 124.916,32 euros, que se clasificaran de la forma siguiente:

Privilegio general del art. 91.2º LC: 3.169,66 euros

Privilegio general del art. 91.4º LC: 59.311,00 euros

Crédito ordinario: 62.480,66 euros

Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

Contra esta sentencia no cabe interponer recurso alguno, sin perjuicio del derecho de las partes a reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que formulen

protesta en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución. Notifíquese esta resolución a las partes de este incidente y a la sociedad concursada. Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo» Doña María Zulema Gento Castro.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Oviedo, de fecha 31 de mayo de 2005, considera que la expresión discutida y poco afortunada del “conjunto de los créditos”, empleada por el inciso segundo del apartado 4° del art. 91 LC, deberá ser interpretada en una hermenéutica razonable de la norma, trascendiendo su mera literalidad (art. 3.1 C. Civil), teniendo presente su ubicación sistemática dentro del propio art. 91, como un cómputo selectivo comprensivo únicamente del conjunto de las cantidades restantes y que no gocen de ningún otro privilegio, pues una interpretación distinta conduciría, además, al tratamiento injustificado de dotar de un doble privilegio a las sumas por retenciones, una primera *ex* apartado 2° del art. 91 y una segunda al utilizarlas además para el cómputo del privilegio del apartado 4°: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO. Formulada primeramente impugnación por la Tesorería General de la Seguridad Social en la que se discute tanto el importe como la calificación reconocida a su crédito en el informe de la administración concursal, convienen ambas partes en el presente incidente en fijar como cuantía total del repetido crédito institucional la de 74.596,09 euros. Queda limitada por lo tanto la controversia a la calificación que a dicho crédito le corresponde, y así la TGSS sostiene que la cantidad de 11.019,91 euros por las retenciones a la cotización de los trabajadores merece el tratamiento de privilegio general del Art. 91-2° Ley Concursal, la de 37.298,05 euros el trato de privilegio general del Art. 91-4° LC. Y la restante de 26.278,13 euros de crédito ordinario conforme el Art. 89-3 LC. La administración concursal por su parte se muestra conforme con la calificación de privilegio general del Art. 91-2° en cuanto a los 11.019,91 euros, pero defiende que la cantidad restante debe dividirse por mitad de tal manera que el privilegio general del Art. 91-4° debe ceñirse a 31.839,02 euros, al igual que la calificación como crédito ordinario lo será también por ese importe de 31.839,02 euros.

SEGUNDO. Centrado el debate en esos términos, la discusión tiene por objeto interpretar el significado y alcance del privilegio general reconocido en el apartado 4° del Art. 91 L.C. y más concretamente dotar de sentido a la mención contenida en la norma acerca de que "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". Se trata por lo tanto de determinar cuál es la base de cálculo que ha de utilizarse para cuantificar el privilegio de que hablamos, tarea en la que necesariamente habrá de tenerse en cuenta también el inciso primero de la norma, esto es, si la base de cálculo del 50% ha de incluir "el conjunto de los créditos" reconocidos a favor del acreedor institucional de que se trate - en este caso créditos de la Seguridad Social- o por el contrario deberán excluirse aquéllos que ya gocen del privilegio reconocido en el apartado 2° Art. 91 L.C. La cuestión así planteada no ha merecido una respuesta unívoca entre los Juzgados de lo Mercantil que al día de hoy se han pronunciado al respecto (así se muestran partidarios de tal exclusión las Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil n° 3 de Madrid de 4 marzo 2005, J.M. n° 4 de Barcelona de 4 abril 2005, J.M. N° 2 Barcelona de 29 marzo 2005, J.M. n° 1 de Barcelona de 22 abril 2005; por el contrario la Sentencia J.M. n° 5 de Madrid es favorable a la inclusión de todos los créditos) y menos aún en la doctrina mercantilista (aboga por el cómputo global autores como Garrido o Mercadal Vidal, y en contra Guilarte y Cordero Lobato). Para abordar la cuestión habremos de comenzar recordando que uno de los principios que inspira la reforma concursal plasmada en la

Ley 22/2003 es la poda o recorte de privilegios (así expresado en el apartado V de su Exposición de Motivos) a lo que se une la necesidad de interpretar restrictivamente toda aquella regla que por otorgar un privilegio venga a introducir un reparto desigual de los sacrificios y con ello a romper la *par condicio creditorum* propia de toda situación concursal, máxime cuando se trata de los acreedores institucionales cuya necesidad de protección ha sido harto discutida históricamente y cuya justificación actual aparece muy devaluada por lo que la política legislativa seguida en la vigente Ley debe merecer una aplicación restrictiva en cuanto a la tutela que todavía se sigue dispensando. Seguidamente habremos de tener presente el iter parlamentario seguido por la norma que nos ocupa, en cuanto que antecedente legislativo autorizado por el Art. 3-1 C. Civil como uno de los criterios hermenéuticos, y así las retenciones por cuota obrera que eran contempladas originalmente en el Proyecto de Ley como un depósito en manos del deudor, no incluido en la masa del concurso, y por lo tanto sujeto a la *separatio ex iure domini* a favor de la Administración Tributaria o de la Tesorería General de la Seguridad Social, conforme al régimen que tradicionalmente habían tenido en situaciones concursales, fueron después modificadas en su tratamiento para pasar a constituirse en el Privilegio General del Art. 91 nº 2 por lo que se introdujo la enmienda nº 211 del Grupo Popular que añadió en el inciso primero del apartado 4º Art. 91 la mención "al privilegio general del número 22 de este artículo" con la finalidad declarada de "evitar ambigüedades en el cálculo del límite del 50 por 100, al incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse el derecho de separación" lo que ya revela cuál era la intención del legislador. A ello se añade el texto que originalmente tenía en el Anteproyecto la Disposición final decimosexta cuando al regular la redacción del Art. 22 de la L.G.S.S. decía en su párrafo segundo que los créditos por cuotas y conceptos de recaudación conjunta de la Seguridad Social quedarán sometidos a lo establecido en la Ley concursal "y el importe preferente de aquéllos que no gocen de privilegio especial conforme al apartado primero del Art. 89 de la referida Ley no podrá exceder del 50 por 100 del importe de la masa pasiva" (sin hacer referencia a las retenciones que todavía eran conceptuadas como depósito sujeto a separación) lo que revelaba la intención del prelegislador de hacer exclusión de las cantidades ya privilegiadas por otras vías a la hora de hacer el cálculo del 50 por 100, intención que no parece fuera después alterada. En definitiva, la expresión discutida y poco afortunada del "conjunto de los créditos" empleada por el inciso segundo del apartado 4º Art. 91 L.C. deberá ser interpretada en una hermenéutica razonable de la norma, trascendiendo su mera literalidad (Art. 3-1 C. Civil), teniendo presente su ubicación sistemática dentro del propio Art. 91 y los antecedentes arriba expuestos, como un cómputo selectivo comprensivo únicamente del conjunto de las cantidades restantes y que no gocen de ningún otro privilegio, pues una interpretación distinta conduciría además al tratamiento injustificado de dotar de un doble privilegio a las sumas por retenciones, una primera ex apartado 2º Art. 91 y una segunda al utilizarlas además para el cómputo del privilegio del apartado 4º, procediendo en consecuencia estimar la postura defendida por la Administración concursal y limitar el privilegio general del apartado 4º Art. 91 a la mitad de las cotizaciones a cargo de la empresa, lo que supone la suma de 31.839,02 euros por tal concepto, siendo los 31.839,02 euros restantes crédito ordinario» D. Javier Anton Guijarro