

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria, de fecha 23 de septiembre de 2005, la cual reputa inteligencia correcta la que desemboca en el cálculo de la lista de acreedores, de excluir de la base de cálculo los créditos subordinados, extraer el cincuenta por ciento del resto de créditos públicos, y de éste descontar lo ya privilegiado conforme arts. 90 y 91.2° LC: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. TERCERO.- En la lista de acreedores impugnada, la Administración Concursal considera los recargos (junto con las costas), créditos subordinados de art. 92 LECO, y obtiene el privilegio general de art. 91.4° LECO de la mitad del crédito excluyendo lo subordinado, y deduciendo luego del privilegio general así computado, aquella porción que ya cuenta con privilegio general de art. 91.2° LECO, por principal de retenciones. La TGSS impugnante interpreta que debe abrigar el privilegio de art. 91.4° LECO la mitad de todo su crédito concursal, sin excepción alguna, y hasta tal límite, sin deducir lo que venga amparado en el privilegio general de art. 91.2° LECO. En esto último parece que coincide la defensa de Fabrinor S.A.L.

Pues bien, subordinados los recargos, el régimen de cálculo del privilegio general debe arraigar en la misma tendencia exegética, aun asumiendo que las soluciones conocidas hasta ahora en los Juzgados de lo Mercantil no son uniformes, debe partirse los términos de la norma, valladares de toda operación interpretativa, donde se perciben dos parámetros inexcusables:

1°) El divorcio entre la base de cálculo (todos los créditos de Derecho Público), y la base de clasificación (unos privilegiados especialmente, otros en general, algunos ordinarios, y otros subordinados). Ello resulta de que el art. 91.4° LECO se refiere a unos créditos privilegiados por su naturaleza: los iuspúblicos, y del ejercicio hasta un límite cuantitativo: un porcentaje del importe del "conjunto de los créditos de... la Seguridad Social..." (Como de la Hacienda Pública).

2°) La necesaria deducción del privilegio del art. 91.4°, de los que gocen de mejor preferencia, como es caso de los arropados en art. 91.2° LECO. Ello por cuanto esos créditos privilegiados, por su naturaleza, en concreto, se circunscribe a los que "no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 20 de este artículo".

Una vez ello sentado, debe admitirse que la inconsistencia de la literalidad del art. 91.4° LECO permite soluciones aritméticas variopintas -y además, combinaciones tendentes al error-, pero con el predicho punto de partida, decantado de la redacción del precepto, lo mismo debe descartarse un fórmula de la suma de preferencia por créditos públicos, que es práctica en alguno de los informes de la Administración Concursal, y parece está siendo admitida por la Hacienda Foral -y por la AEAT, según noticias-, y que aparece en las sentencias de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, en la que se eliminan los créditos con privilegio especial, las retenciones obligatorias, y los créditos subordinados (intereses, recargos, y multas), calculándose luego el cincuenta por ciento (no es claro, de lo que ha leído el Juzgador, si del resultado, deducidos los créditos mejor privilegiados de la base de cálculo, se deducen luego también tales créditos) como debe descartarse también el otro extremo, que plantea la TGSS, de inclusión de todos los créditos para calcular el cincuenta por ciento, y ausencia de deducción de los ya beneficiados con mejor preferencia. Ahora bien, no hay fórmula de conciliar los dos parámetros con la exégesis restrictiva de las ventajas fiscales o parafiscales, salvo que se comprenda que el privilegio general de art. 91.4° LECO aparece expresamente residual

de otro mejor privilegio, y que incluir los créditos subordinados en la base de cálculo conduce irremediablemente a privilegiar el crédito, o por mejor decir, faculta el ejercicio del privilegio en mayor medida, lo que contraría la filosofía de la subordinación y el carácter de hipocrédito del subordinado.

Por ello, se reputa inteligencia correcta la que desemboca en el cálculo de la lista de acreedores, de excluir de la base de cálculo los créditos subordinados, extraer el cincuenta por ciento del resto de créditos públicos, y de éste descontar lo ya privilegiado conforme arts. 90 y 91.2º LECO. La idea es que todos los créditos iuspúblicos están privilegiados, pero que sólo cabe ejercer el privilegio general residual de art. 91.4º LECO hasta el cincuenta por ciento del conjunto, excluyendo de éste el crédito ya más privilegiado, especial, o por retenciones de art. 91.2º LECO. De ahí, que determinado ese "quantum" hipotéticamente privilegiable, no puede ejercerse privilegio en el resto, ni siquiera el general residual, y queda como ordinario. Pero ello sistemáticamente debe soslayar los créditos subordinados, que nunca pueden venir privilegiados por su naturaleza, y no deben contribuir a privilegiar otro tipo de créditos. Es así que se ratifica la postura de la Administración Concursal» D. Edorta Josu Etxarandio Herrera.