

«CUARTO.- Sobre el modo de computar el privilegio general del art. 91.4 LC. Quizá la cuestión sustancial a analizar es el modo en que debe computar se el crédito de la TGSS, en particular el llamado crédito con privilegio especial del art. 91.4 LC, que permite la consideración de "hasta el 50 %" de la deuda de tal organismo con tal especial calificación. Para resolver sobre esta cuestión habrá que tratar de desentrañar la inteligencia de la norma, vista su finalidad y la interpretación que han venido haciendo algunos Juzgados de lo Mercantil sobre el modo de verificarlo. Hay que reconocer, como principio inspirador de la Ley Concursal, que se ha producido una "poda" de privilegios. La propia Exposición de Motivos, apartado V, abre su declaración proclamando que la Ley "reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso". Tal reducción se entiende, además, sin perjuicio de la ejecución singular que es posible por separado para la administración pública y los trabajadores conforme al art. 55.1 LC. Desde tal principio puede analizarse el art. 91.4º, que otorga privilegio general a los créditos de derecho público, tributarios y seguridad social, que no gocen de privilegio especial del 90.1 LC ni general del 91.2º. Excluidos tales créditos el privilegio puede ejercerse "para el conjunto de los créditos... hasta el cincuenta por ciento de su importe".

La TGSS entiende que al hablarse de "conjunto de los créditos", la base para calcular el 50 % del importe debe incluir también los créditos con privilegio especial del 90.1 LC y los de privilegio especial del 91.2º LC. Sin embargo algunos Juzgados de lo Mercantil, al analizar la norma, han llegado a la conclusión contraria de la TGSS. Entienden así que la base del cálculo se haya excluyendo la totalidad de los créditos con privilegio especial y general, e incluso detraer los créditos subordinados. También la doctrina se ha dividido al optar autores como MERCADAL VIDAL o GARRIDO por estar al cómputo de la totalidad de los créditos de la Seguridad Social o Haciendas Públicas, mientras otros como GUILARTE GUTIERREZ o CORDERO LOBATO entienden que los créditos con privilegio previo deben ser excluidos.

Ambas soluciones son problemáticas. La que sostiene la TGSS y otros organismos públicos, porque no se puede conciliar fácilmente la expresión "que no gocen", que parece excluir claramente los privilegios especiales y general del 91.2º para el cálculo del privilegio general del 50 % del 91.4º. El art. 3.1 del Código Civil (CCv) obliga a interpretar las normas en el sentido propio de sus palabras, y ese sentido en este caso, es indudablemente excluyente. La segunda, que admiten ciertos Juzgados de lo Mercantil, porque deja sin contenido la expresión "podrá ejercerse" y "hasta", que dispone el art. 91.4 y que alguna función deben tener. No parece que se haya querido conceder una facultad discrecional a la administración, que pueda optar hasta el 50 %, pues ello abocaría a que siempre se pretendiera la cifra más alta de la opción.

En consecuencia, la expresión "podrá ejercerse" y "hasta" tienen que ser dotadas de contenido, pues el art. 3.1 CCv no sólo exige interpretar la norma conforme al sentido propio de sus palabras, sino que ha de hacerse "en relación con el contexto". En esa interpretación contextual cabe actuar como sugiere, con acierto, la administración concursal. Situándose a mitad de camino entre las dos posiciones extremas, que ocupan la TGSS y las sentencias de algunos Juzgados de lo Mercantil, la administración opta por una interpretación extendida en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, pues ha sido sostenida ya por las STS de 23 de Septiembre de 2005 y 17 de Septiembre de 2005 del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria, por los Juzgados de lo Mercantil de Bilbao, por el Profesor GONZALEZ BILBAO, de la Universidad de

Deusto y por las Haciendas Forales. Esa interpretación supone que han de excluirse, en primer lugar, los créditos que merezcan la calificación de subordinados, postergados por disposición legal. Para dotar de contenido a la expresión "podrá ejercerse", que ya se ha dicho no es facultad de la administración ni tampoco potestad judicial, habrá que tener en cuenta la totalidad de los créditos, es decir, incluso aquellos del art. 90.1 y 91.2, lo que al tiempo da sentido a la expresión "conjunto de los créditos". El cálculo sería entonces bien sencillo. Se toma el conjunto de créditos de la administración pública, se detraen los subordinados y se calcula el 50 % del resto para establecer el límite a los tres privilegios que establecen los arts. 90.1, 91.2º y 91.4º LC. De esta forma, la expresión "hasta el cincuenta por ciento de su importe" se predicaría del "conjunto de los créditos" de la Hacienda Pública o Seguridad Social, incluidos los créditos con privilegio especial del 90.1 y con privilegio general del 91.2º LC, y así se consigue que la cifra que se obtenga en cada caso varíe, atendiendo la necesidad de eficacia de las expresiones citadas y sobre todo, garantizando cuando menos que el 50 % de los créditos de las administraciones públicas tenga un privilegio de alguna clase. Si se opta por esta interpretación, extendida en nuestro ámbito territorial, todas las previsiones de la norma tendrían sentido y eficacia. Así, si el conjunto de los créditos de Hacienda o Seguridad Social está compuesto por créditos con privilegios del 90.1 y 91.2º LC que superen el total del conjunto de créditos, excluidos los subordinados, el importe del crédito con privilegio especial del art. 91.4º sería cero, porque la exclusión del inciso inicial del precepto, que aparta los créditos del 90.1 y 91.2º, impediría que surtiera efecto. Si por el contrario no hubiera un solo crédito con privilegio especial o general del 91.2º LC, el importe del crédito con privilegio general del 91.4 sería el 50 %. Por último, si los créditos con privilegio ex art. 90.1 y 91.2º LC alcanzan, por ejemplo, el 35 % del "conjunto de los créditos", el importe del crédito con privilegio especial del art. 91.4º LC sería del 15 %, que permitiría alcanzar "hasta el 50 % de su importe", si el posesivo "su" se refiere al "conjunto de créditos".

Atendiendo a tal interpretación debe calificarse, como propone subsidiariamente la administración concursal, el crédito total de 550,97 euros en la forma siguiente. Los 91,83 euros por recargo, como crédito subordinado. Sustrayendo tal cantidad del total resultan 459,14 euros. El 50 % de esa cantidad son 229,57 euros. Como las retenciones, apartado el recargo, fueron 75,24 euros, esa será la cuantía del crédito con privilegio general del art. 91.2º LC. El resto hasta el 50 %, es decir hasta 229,57 euros, suponen 154,33 euros, que será crédito con privilegio general del art. 91.4º. Por último el otro restante 50 %, los demás 229,57 euros, son crédito ordinario de conformidad con el art. 89.3 LC.» D. Edmundo Rodríguez Achútegui.