

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 19 de enero de 2006**, ratifica la doctrina unánime de los Juzgados de lo Mercantil: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO: La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: “Que estimo parcialmente la demanda incidental formulada por la Tesorería general de la seguridad social y acuerdo que la administración concursal proceda a rectificar el informe en el siguiente sentido: créditos con privilegio general art. 91.2º, 558'92 € crédito con privilegio general art. 91.4º, 5.971'06 euros; créditos subordinado, 2.281'54 euros; desestimando las demás peticiones formuladas, sin hacer especial imposición de las costas”. SEGUNDO: La Tesorería General de la Seguridad Social interpuso recurso de Apelación contra la citada sentencia y, admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos á esta Sala, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas éstas, se siguieron los trámites legales, en el curso de los cuales se señaló para votación y fallo el día 11 de enero de 2005.

Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO: Cuestiones controvertidas en esta alzada. La sentencia recurrida estimó parcialmente la impugnación formulada por la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) respecto del importe del crédito, que la propia entidad administrativa certifica que asciende a un total de 14.782'58 euros. Sin embargo, la sentencia desestimó la impugnación relativa a la clasificación de créditos, que entendió debía ser la siguiente:

Crédito con privilegio general del art. 91.2º LC	558'92 euros
Crédito con privilegio general del art. 91.4º LC	5.971'06 euros
Crédito ordinario	5.971'06 euros
Crédito subordinado	2.281'54 euros

La TGSS recurre en apelación esta calificación de sus créditos, por las siguientes razones: en primer lugar, no está de acuerdo con que el crédito de 2.281'54 euros se califique como subordinado, pues se corresponde con recargos de demora y la enumeración de créditos que merecen la consideración de subordinados prevista en el art. 92 LC constituye un numerus clausus, que no incluye el recargo de demora ni otro concepto que le sea equiparable, por lo que debería calificarse como crédito ordinario; en segundo lugar, discute el importe del crédito con privilegio general del 91.4º LC porque para determinar la base sobre la que se calcula el 50% del importe de los créditos de la TGSS no tiene en cuenta todos sus créditos, también los privilegiados especiales, los generales del art. 91.2º LC y los subordinados. En consecuencia, la controversia en esta alzada se centra exclusivamente en dos cuestiones jurídicas: 1º qué clasificación merece el recargo de demora de la Seguridad Social, y 2º cómo se calcula el importe que tiene la consideración de crédito con privilegio general del art. 91.4 LC

SEGUNDO: Clasificación del crédito por recargo. La sentencia recurrida incluye el crédito por recargo dentro del nº 4º del art. 92 LC, según el cual “Son créditos subordinadas: (...) 4” Los créditos por multas y demás acciones pecuniarias”. La TGSS niega que el recargo tenga esta naturaleza sancionadora, porque carece de la finalidad represora o de castigo, propia de la sanción, y persigue estimular el cumplimiento de las obligaciones en plazo, o lo que es lo mismo, disuadir del incumplimiento. Tiene razón la parte apelante en que la finalidad del recargo es estimular el cumplimiento de la obligación, porque el art. 25 LGSS dispone, la aplicación del recargo como una consecuencia de la falta de pago de la deuda con la Seguridad Social, junto con el devengo de los intereses de demora. También es cierto que el art. 27 LQSS modula el recargo en función de las obligaciones incumplidas (de pago y/o de presentación de los documentos de cotización) y del retraso en el ingreso, lo que ratifica la finalidad de la institución: estimular el cumplimiento de la obligación de pago con la Seguridad Social.

Pero no existe ninguna contradicción entre esta finalidad de estímulo al cumplimiento de una obligación pecuniaria y el carácter sancionador del recargo, con independencia de que éste sea mayor en función del retraso- En derecho civil existe una figura afín, aunque de origen contractual y no legal, que también se asocia al incumplimiento (total o parcial, y dentro de éste se encuentra la mora) de la obligación: la denominada cláusula penal, regulada en los arts. 1153-1155 CC. El recargo no deja de ser, como la pena de la cláusula penal, una obligación accesoria, en este caso de carácter pecuniario, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación. El recargo y la pena cumplen la misma finalidad, constituyen una garantía de la obligación principal porque su existencia sirve para asegurar al acreedor el cumplimiento y facilitar la exigibilidad del crédito. Del mismo modo que la pena no pierde esta consideración cuando no se pacta como prestación única, sino como prestaciones escalonadas de progresiva agravación (en función del grado de incumplimiento o duración del retraso), el recargo tampoco varía su naturaleza sancionadora por el hecho de modularse en atención al retraso en el cumplimiento de la obligación garantizada. Por lo tanto, el paralelismo con la cláusula penal muestra que la finalidad de la institución -garantizar el cumplimiento de la obligación- no contradice su naturaleza sancionadora. El hecho de que pretenda estimular el cumplimiento no impide que se configure como una sanción para el obligado que incumple, pues le depara un perjuicio, en cuanto agrava el importe de su deuda, al margen de que opere directamente y sin necesidad de un proceso administrativo sancionador. Como muy bien apunta la sentencia recurrida, la propia Ley .asocia, el recargo a la sanción pues, cuando enumera los distintos recursos de la Seguridad Social, incluye dentro del mismo apartado "las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga" [art. 86.1.c) LGSS], advirtiendo en ellos un común denominador que los diferencia de otros recursos que se configuran en apartados diferentes, sobre todo "Las cuotas de las personas obligadas" [art. 86.1. b) LGSS] y "Los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales" [art. 86.1 b) LGSS]. Ese común denominador es la naturaleza sancionadora, que permite, en caso de concurso, calificar el crédito por recargo como subordinado del art. 92.4º LC. Este concepto de sanción, más amplio que el previsto en el art. 25 CE, justifica que -a los efectos de la clasificación de un crédito concursal- carezca de vinculación la jurisprudencia constitucional invocada en la impugnación y después en el recurso, pues, como muy bien argumenta el Juez mercantil, el juicio de no equiparación del recargo a la sanción se hace desde una concepción estricta de "sanción", como manifestación del ius puniendi del Estado y para resaltar que en su aplicación no se precisan las garantías constitucionales propias del proceso sancionador. En este sentido, y como ya hemos argumentado antes, el concepto de sanción utilizado por el art. 92.4º LC, al igual que el empleado por el art. 786.1.d) LGSS es mucho más amplio, y abarca también la "pena pecuniaria" derivada legalmente de la falta de cumplimiento puntual de la obligación con la Seguridad Social. Por otra parte, una interpretación sistemática y teleológica del art. 91.4º LC, en relación con todos aquellos que regulan la clasificación de créditos concursales (arts. 89 a 93 LC), permite advertir la voluntad de la Ley de reducir los créditos privilegiados y discriminar, subordinándolos, aquellos que sean accesorios a la obligación principal por ser una consecuencia de su falta de cumplimiento. El art. 92 LC subordina no sólo las multas y demás sanciones pecuniarias, sino también los intereses de cualquier clase y, por lo tanto, también los moratorios. La Ley marca una diferencia entre los créditos principales u originales y los accesorios que derivan, del incumplimiento de aquellos, en caso de concurso, pues entonces ante la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento regular

de todas las obligaciones exigibles del deudor, y puestos a ordenar el pago, debe primar el crédito principal sobre el accesorio, que ha nacido precisamente como consecuencia de la falta de cumplimiento, que es manifestación de la insolvencia, presupuesto a su vez del concurso...».