

**Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, de fecha once de octubre de dos mil seis**, considera variable y complementario el privilegio de art. 91.4º LECO, desde los términos literales de la norma, es decir, todos los créditos iuspúblicos están privilegiados, aunque sistemáticamente deben soslayarse los créditos subordinados, que nunca pueden venir privilegiados por su naturaleza, y no deben contribuir a privilegiar otro tipo de créditos, prededuciéndose de la base de cálculo, pero 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, y así, el privilegio general alcanzaría a la mitad menos lo mejor privilegiado, y el resto sería ordinario: «ANTECEDENTES DE HECHOS. Primero.- En el presente procedimiento de concurso voluntario de la deudora Asegarce Pelota S.A., se formuló el 9 de junio de 2006 por Letrado de la Administración de la Seguridad Social demanda de incidente concursal en impugnación de la lista de acreedores del Informe, frente a la administración concursal y la representación de la concursada...

**HECHOS PROBADOS.** 1.- La Tesorería General de la Seguridad Social, TGSS, solicita el reconocimiento de crédito concursal frente a la deudora, por importe total certificado con fecha 4 de septiembre de 2006 de 967.842,19 euros, dotado de privilegio general de art. 91.2º Ley Concursal por 77.452,04 euros, de privilegio general de art. 91.4º por 483.921,10 euros, como ordinario 393.069,29 euros, y subordinado los 10.399,76 euros restantes.

2.- La lista de acreedores del Informe de la Administración Concursal incluyó el crédito que tenía solicitado de reconocimiento la TGSS, para la fecha en que fue remitido, de 639.041,81 euros, clasificándolo con privilegio general de art. 91.2º Ley Concursal por 116.625,17 euros, con privilegio general de art. 91.4º Ley Concursal por 193.802,17 euros, ordinario en cuantía de 193.802,17 euros, y subordinado, de arto 92.3º Ley Concursal de 10.842,83 euros, y de art. 92.4º Ley Concursal de 123.969,47 euros.

3.- La diferencia entre la certificación de la TGSS previa al Informe, y la última hecha valer en este proceso de 4 de septiembre de 2006, incluye la incorporación de las cuotas y recargos reflejadas en actas levantadas por la Inspección provincial de Trabajo de Álava, conforme certificación de 6 de junio de 2006, y haberla depurado de duplicidades de conceptos y otros no justificados en las citadas actas. Al final, el sumatorio de documentos con créditos iuspúblicos enumerados asciende a un total de la deuda 964.842,13 euros, 57.863,84 euros de principal, retención de cuotas obreras de cotización, 695.096,36, 692095,71 euros de principal de otras cuotas y créditos de recaudación conjunta, 204.487,94 euros de recargo, y 10.394,64 euros de intereses de demora...

**FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.-** En cuanto a la impugnación de la TGSS, la versión judicial de los hechos resulta incontrovertida entre las partes, toda vez que los montos de sus créditos iuspúblicos, entre lo primitivamente reconocido en el Informe, y lo certificado después de publicado el Informe, sólo hay, al final, una divergencia de 0,06 euros.

En el acto del juicio la divergencia abarcaba algo más de 3.000 euros, lo cual debía valorarse teniendo en cuenta la existencia de tres certificaciones sucesivas de la TGSS, dos posteriores al Informe, y una posterior a la impugnación del mismo, anterior a resolver, cuyos datos aritméticos no son coincidentes, sin explicación que convenza, y de otro lado, el sumatorio que verifica el experto contable contratado por la administradora concursal, quien ha depuesto como testigo. Después del acto del juicio, primero la administración concursal ratificó sus cálculos, la TGSS presentó escrito luego que aclaraba el error de suma por el importe de un acta de infracción, que se

consignaba entre los relacionados en la certificación última, y después, la administración concursal ha aceptado por escrito la suma corregida.

En puridad, estos escritos expositivos posteriores en arranque del plazo para dictar sentencia, y más la introducción de hecho nuevo -corrección del error-, no tienen encaje procesal. Sin embargo, la interpretación que se concede en estos Juzgados al artº 92.1º LECO, al prever créditos no comunicados que sean incluidos en la lista de acreedores por la sentencia dimanante de la impugnación, salvándoles de la morosidad, es de toda amplitud, en línea finalística, puesto que se atiende a la ineptitud de la Administración Pública para reaccionar con rapidez y ductilidad, por sus condicionantes burocráticos, no obstante fijar un punto temporal en que se determinan definitivamente las masas, sin lo que las soluciones del procedimiento no podrían culminar.

Y tal punto puede llevarse a aquel en que precluye la defensa de adverso, la administración concursal en defensa de la masa, o del acreedor interviniente que haya comparecido en el proceso incidental, y por ende, en un supuesto como el presente, en que las partes han cruzado sus escritos alegatorios, el dictado de la sentencia de art. 96 LECO -la cual, por otra parte, puede ser recurrida por quien no impugnó, en cuanto produzca modificaciones en el Informe publicado-. Por consiguiente, se adaptan los cálculos a la última noticia conforme entre partes sobre ellos...

TERCERO.- En punto al segundo capítulo de "*litis*" en la demanda de la TGSS, el régimen de cálculo del privilegio general, polémico, ha de arraigar en la misma tendencia exegética "ad restringenda". El privilegio de art. 91.4º LECO se entiende variable y complementario, a juicio del disponente, desde los términos literales de la norma:

1º) Hay 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. 91.4º LECO se refiere a unos créditos privilegiados por su naturaleza, y del ejercicio de ese privilegio sólo hasta un porcentaje del importe del "conjunto de los créditos de... la Seguridad Social" (como de la Hacienda Pública). Esto es, se afirma el carácter privilegiado de una condición de créditos, para pasar a establecer un tope o "plafón" hasta el cual puede ejercerse el privilegio decretado.

2º) La necesaria deducción del privilegio del art. 91.4º, de todo otro preferente en LECO. Es así que la norma explícitamente excluye de entre esos créditos privilegiados por su naturaleza, en concreto, los que "no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo".

Debe admitirse que la inconsistencia de la literalidad del art. 91.4º LECO permite soluciones aritméticas variadas, de las que se han ido decantando mayoritariamente dos, que no se consideran las más ajustadas a tales presupuestos literales:

a) Descuento del crédito dotado del más intenso privilegio general de art. 91.2º LECO - como si hubiera privilegiados especiales-, así como de lo subordinado de art. 92.4º LECO, para formar la base de cálculo de la mitad hasta la que cabe ejercitar el privilegio general inferior de art. 91.4º LECO. Es la tesis de la Audiencia Provincial de Barcelona, y puede ser que prevalezca en la Sección 28º de la Audiencia Provincial de Madrid. Es la línea de cálculo que propugna la administración concursal.

b) Aplicar el 50% a todo el crédito ius público, con independencia de su privilegio o antiprivilegio (subordinación), la catalogación de privilegio general del art. 91.4º LECO, para luego, descontar de los privilegiado aquello que cuente con mejor privilegio, especial, o de art. 91.2º LECO. Está magníficamente explicado en sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid.

A pesar de que, por prospección de la tesis que aparenta prosperará, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, ha asumido inclinarse por la primera de las tesis, no obstante razonar ampliamente sobre la que aquí se mantiene -e incluso secundó en anterior decisión-, no llega a persuadir, salvo a propósito de que gana mayoría en las sentencias de los Juzgados.

Desde luego, el privilegio general de art. 91.4º LECO aparece expresamente residual de otro mejor privilegio, pero no hay fórmula de conciliar la exégesis contraria a una amplitud de las ventajas del Fisco en la comunidad de pérdidas del concurso, que no incluir los créditos subordinados en la base de cálculo, puesto que incluirlos conduciría irremediablemente a privilegiar el crédito, o por mejor decir, facultaría el ejercicio del privilegio en mayor medida, lo que contraría la filosofía de la subordinación, y el carácter de hipocrédito del subordinado. En ello hay acuerdo bastante general entre los Juzgados de lo Mercantil, y por ello, la línea b) tiende a declinar, por mucho que sus apoyos textuales y metodológicos no tengan reproche. Ahora bien, de la línea a) se sigue sin comprender la razón legal para excluir de la base de cálculo a los créditos privilegiados con mejor preferencia que la de art. 91.4º LECO, porque no está en la norma. Todo el crédito iuspúblico está privilegiado por dicho precepto, pero sólo se puede ejercer hasta el límite del 50%, descontado aquello que goce de mejor preferencia con base en otro precepto.

Poniéndolo en números de acuerdo con lo probado, la idea es que todos los créditos iuspúblicos están privilegiados, es decir, el crédito total de 964.842,13 euros, aunque sistemáticamente deben soslayarse los créditos subordinados, 214.882,58 euros, certificados como recargos e intereses, que nunca pueden venir privilegiados por su naturaleza, y no deben contribuir a privilegiar otro tipo de créditos, prededuciéndose de la base de cálculo, que queda en 749.959,55 euros, pero 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, por cuotas obreras retenidas de arto 91.2º LECO, ascendente a 57.863,84 euros, y así, el privilegio general alcanzaría a 317.115,93 euros (la mitad menos lo mejor privilegiado), y el resto sería ordinario (432.843,62 euros) [sic]. De ahí, que determinado "*quantum*" hipotéticamente privilegiable (en nuestro caso, 30.431,93 euros) [sic], no puede ejercer privilegio, ni siquiera el general residual, y quedaría como ordinario.

Ahora bien, fijar un pronunciamiento con este detalle, en el supuesto, no corroboraría la aplicación normativa de la administración concursal, quien no estuvo en sintonía con lo que opina el Juzgador, y además supondría un empeoramiento de las condiciones crediticias de la TGSS impugnante que, a pesar de ver incrementado su crédito total respecto del Informe, estaría como acreedor privilegiado por debajo de lo que se le califica en aquél y asume la deudora concursada, y en fin, se produciría una incongruencia en la sentencia" respecto del debate de las partes.

Hasta que no exista una doctrina de apelación contraria, el Juzgador en pro de la corrección de las operaciones clasificatorias de las administraciones concursales que se alinean con su criterio, no las ha de modificar por la existencia de una mayoría de sentencias de primera instancia escoradas hacia una solución más simplista. Pero en los supuestos, como el de autos, cuando la administración concursal se inclina por esta otra tesis, tampoco puede, por un prurito de interpretación judicial pretendidamente más científica, fallar "*in peius*" del acreedor impugnante. Así pues, se asumirán los cálculos que la contestación a la demanda de la administración concursal consigna...

VISTOS los preceptos y jurisprudencia mencionados, y demás de general y pertinente aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, que emana de la soberanía popular, FALLO: Con estimación parcial de las pretensiones de la TESORERÍA GENERAL DE

LA SEGURIDAD SOCIAL; y desestimación íntegra de las de BAINET MEDIA S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales..., frente a la administración concursal, y la concursada ASEGARCE PELOTA S.A., debo declarar como declaro como texto definitivo de la lista de acreedores:

1.- La cuantificación y clasificación de los créditos concursales de la Tesorería General de la Seguridad Social, con el siguiente detalle:

-Crédito total: 964.842,13 euros.

-Con privilegio general de art. 91.2º LECO: 57.863,84 euros.

-Con privilegio general de art. 91.4º LECO: 347.548,85 euros.

-Ordinario: 347.548,85 euros.

-Subordinado de art. 92.3º LECO: 10.394,64 euros.

-Subordinado de art. 92.4º LECO: 204.487,94 euros...

Líbrese, y previa inclusión en el libro de su clase, únase a los autos por testimonio, y notifíquese a la administración concursal y a las partes personadas, a quienes se hará saber que contra la presente sentencia no cabe interponer recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima para ante la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, siempre que formulen protesta en el plazo de cinco días, a contar desde el siguiente al de notificación de la misma. Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo» D. Edorta Josu Etxarandío Herrera.