

La Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 21/01/2009, se identifica con la doctrina unánime de las Audiencias Provinciales, en relación con la forma de cálculo del privilegio general del art. 91.4º y sobre la subordinación de los recargos de la TGSS:

«ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por la Tesorería General de la Seguridad Social se interpuso demanda impugnando el informe de la Administración Concursal al no estar de acuerdo con la clasificación efectuada de sus créditos. Asimismo por la representación de la entidad Kangro 1998, S.L., se presentó demanda impugnando la lista de acreedores presentada por la Administración concursal, en lo que se refería a los créditos de la Tesorería General de la Seguridad Social. Ambas demandas fueron acumuladas, y el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona, dictó Sentencia con fecha 4 de marzo de 2.005, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimo parcialmente la demanda incidental formulada por la Tesorería General de la Seguridad Social y acuerdo que la administración concursal procesa a rectificar el informe en el siguiente sentido: créditos con privilegio general art. 91.2: 558'92 euros; crédito con privilegio general art. 91.4: 5.971'06 euros; crédito ordinario 5971'06 euros; créditos subordinado 2.281'54 euros; desestimando las demás peticiones formuladas, sin hacer especial imposición de las costas."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, dictó Sentencia con fecha 19 de enero de 2.006, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: DESESTIMAMOS el recurso interpuesto por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 4 de Barcelona, con fecha 4 de marzo de 2.005, cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente; Y CONFIRMAMOS dicha resolución, sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada."

TERCERO.- Por el Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social, se interpuso recurso de casación respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Quince, de fecha 19 de enero de 2.006, alegando como motivo del recurso la infracción de norma legal por indebida aplicación de los arts. 91.4º y 92.4º de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

CUARTO.- Por Providencia de fecha 22 de enero de 2.007, se tuvo por interpuesto el recurso de casación anteriormente mencionado, y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, se dictó Auto con fecha 4 de noviembre de 2.008, admitiéndose el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en defensa de los intereses de la Tesorería General de la Seguridad Social.

SEXTO.- No habiéndose personado la parte recurrida, se señaló para su votación y fallo en Pleno de la Sala el día 17 de diciembre de 2.008, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social se dedujo demanda de impugnación de la Lista de Acreedores frente a la empresa concursada KANGRO 1998, S.L. y la Administración concursal en la que solicita se reconozca a la Tesorería el crédito de importe 612,01 euros con privilegio general del art. 91.2 de la Ley Concursal, la suma de 7.391,29 euros con privilegio general del art. 91.4 de la misma Ley, y el crédito ordinario por importe de 6.779,27 euros, de conformidad con lo comunicado mediante Certificación aportada en plazo, y de fecha 18 de noviembre de 2.004.

Asimismo, por la entidad concursada KANGRO 1998, S.L. se dedujo demanda incidental de impugnación de los créditos de la Tesorería General de la Seguridad Social en cuanto a la cuantía, en el sentido de que su importe es el de 14.782,58 euros y no los 19.108,75 euros recogidos en el Informe de la Administración Concursal, y en lo que se refiere a la clasificación porque entiende que procede la que expresa.

La Administración Concursal en escrito de contestación a ambas demandas acoge la postura de la concursada estableciendo la clasificación siguiente: Crédito con privilegio general (art. 91.2 LC): 588,92 € Crédito con privilegio general (art. 91.4 LC): 5.971,06 € Crédito ordinario (art. 89.3 LC): 5.971,06 € y crédito subordinado (art. 92.4° LC): 2.281,54 € La Administración Concursal discrepa de la TGSS en que los recargos e intereses forman parte de los créditos subordinados.

La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona el 4 de marzo de 2.005 en el procedimiento incidental núm. 100 de 2.004 (derivado del Concurso núm. 14/2.004) estima parcialmente la demanda incidental formulada por la TGSS y acuerda que la administración concursal proceda a rectificar el informe en el siguiente sentido: créditos con privilegio general del art. 91.2° LC: 558,92 euros; crédito con privilegio general del art. 91.4° LC: 5.971,06 € crédito ordinario: 5.971,06 € créditos subordinados: 2.281,54 euros, desestimando las demás peticiones formuladas. La resolución parte de la existencia de conformidad entre las partes sobre la cuantía total del crédito de la Seguridad Social (14.782,58 euros), y resuelve las dos cuestiones que se plantean en el sentido de: a) que los recargos deben ser clasificados como créditos subordinados, con base en que el concepto de sanción que maneja el art. 92.4° LC no tiene que ser el mismo que utiliza el legislador constitucional en el art. 25 CE; que conforme el art. 25 de la LGSS el recargo se devenga como consecuencia del retraso en el pago de la deuda, por lo que se quiere incentivar el pago puntual de las obligaciones castigando con el mismo al que no cumple; y que la propia LGSS en el 86,c) reconoce la naturaleza análoga de las sanciones y los recargos al enumerar entre los recursos de la SS "las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga"; y, b) en lo que se refiere a la forma de determinar la base para calcular el 50% del art. 91.4°, que no cabe incluir en la misma el importe de los créditos con privilegio especial del art. 90 y con privilegio general del art. 91.2°, ni los créditos subordinados.

Por la TGSS se interpuso recurso de apelación en el que alega, en síntesis, que los recargos por falta de abono en plazo reglamentario de las deudas de la Seguridad Social no son créditos subordinados dado que no figuran en los seis criterios de clasificación que son enumerados de forma taxativa en el art. 92 LC, y no tienen naturaleza sancionatoria, sino la misma que el concepto de que traen causa, y que la Administración Concursal cuantifica equivocadamente los créditos con privilegio general que se reconocen a la Seguridad Social conforme a lo dispuesto en el art. 91.4° de la Ley Concursal, porque -se afirma- la

redacción del precepto es meridiana en cuanto a la forma en que debe cuantificarse el privilegio y que la interpretación que realiza la Administración concursal es contraria al espíritu de la norma, y si el legislador hubiera optado por la exclusión en orden al cálculo de los créditos subordinados y las retenciones así lo habría determinado.

La Sentencia dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 19 de enero de 2.006, en el Rollo núm. 698/2005, desestima el recurso de apelación. Los principales argumentos de la resolución se resumen: A) En cuanto a la clasificación del crédito por recargo como subordinado, en que no existe ninguna contradicción entre la finalidad de estimular al cumplimiento de una obligación pecuniaria y el carácter sancionador del recargo, y además éste no deja de ser, como la pena en la cláusula penal, una obligación accesoria que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación, añadiendo que la propia LGSS (art. 86.1, c) asocia el recargo a la sanción, y que este concepto es más amplio que el previsto en el art. 25 CE; y que, por otra parte, una interpretación sistemática y teleológica del art. 91.4º, en relación con los arts. 89 a 93, todos ellos de la 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; y, B) En lo que se refiere al modo de calcular el importe del crédito con privilegio general del art. 91.4º LC, que la exclusión, de la base de cálculo, de los créditos de los arts. 90, 91.2º y 92 LC se justifica por una interpretación lógica y sistemática de todas las normas de clasificación de los créditos, pues de seguirse una interpretación literal de aquel precepto podría ocurrir algo que no puede ser: que un crédito sea privilegiado y subordinado a la vez, respondiendo la solución que se mantiene a la finalidad perseguida por la Ley, que, guiada por una acentuación de la literalidad del principio de la par condicio creditorum, parte del principio general de la paridad de trato, y conceptúa como excepciones tanto los privilegios como las subordinaciones, según se desprende de la lectura de la Exposición de Motivos (apartado V).

Por la Tesorería General de la Seguridad Social se interpuso recurso de casación por interés casacional. Se alega como presupuesto de recurribilidad la infracción de norma legal con menos de cinco años de vigencia y se concreta la vulneración en la indebida aplicación de los arts. 91.4º y 92.4º de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio. El recurso fue admitido por Auto de esta Sala de 4 de noviembre de 2.008.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se aduce calificación indebida de los recargos por falta de ingreso en plazo reglamentario de las deudas de la seguridad social como crédito subordinado, que infringe el 92.4º de la Ley Concursal, por indebida aplicación. En el cuerpo del motivo se argumenta, en síntesis: A) Los recargos controvertidos no son crédito subordinado porque: a) la lista del art. 92 puede ser calificada de "numerus clausus"; b) en la misma no figuran dichos recargos; y, c) no cabe considerarlos multas, ni tienen naturaleza sancionadora, ya que, por un lado, carecen de finalidad represiva o de castigo, y su finalidad es estimular el cumplimiento de las obligaciones a plazo, o, lo que es lo mismo, disuadir el incumplimiento, y ello queda ratificado mediante el mero examen del art. 27 de la Ley General de la Seguridad Social que modula el importe de recargo en función del retraso en el ingreso, y, por otro lado, el concepto de "sanción pecuniaria" a que se refiere el apartado 4º del art. 92 en el campo de la Seguridad Social corresponde a las sanciones administrativas impuestas como consecuencia de la comisión de las infracciones previstas en el Capítulo III del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real

Decreto Legislativo 5/200, de 4 de agosto. Por lo tanto, la inclusión en el art. 92.4º de la LC de los recargos de la Seguridad Social es contraria la tenor literal de la norma (art. 3 CC); y, B) El recargo por falta de ingreso en periodo reglamentario de las deudas tiene la misma naturaleza que el concepto del que trae causa. Se deduce de la gestión recaudatoria conjunta con las cuotas y otros conceptos e ingreso conjunto en su totalidad en el presupuesto de recursos de la Tesorería General de la Seguridad Social -arts. 25 y 27 de la Ley General y 10 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social de 11 de junio de 2.004-. Por lo tanto, es contrario a Derecho separar los recargos de las deudas no ingresadas en el plazo reglamentario a las que vienen asociados. Para el caso de que se entendiera que el recargo no forma una parte de la retención, a los efectos del art. 91.2º LC, por el efecto expansivo propugnado, lo que no cabría es considerarlo crédito subordinado, habida cuenta que por su condición de recurso de la Seguridad Social, merecería la calificación junto a otros recargos, conforme a la previsión que se contiene en el art. 91.4º LC.

El motivo debe ser desestimado porque resulta acertada la calificación de los recargos controvertidos como créditos subordinados por tener la naturaleza de sanciones pecuniarias previstas en el art. 92.4º LC, tal y como se recoge en la resolución recurrida.

Si bien es cierto que los créditos subordinados constituyen una excepción al régimen general, aunque su calificación como tales obedezca a razones justificadas de índole objetiva o subjetiva, y que su enumeración en el art. 92 LC tiene carácter de "numerus clausus", sin que en ninguno de sus supuestos se utilice la expresión literal "recargos", sin embargo, los créditos controvertidos -consecuencia de la falta de abono en el plazo reglamentario de las deudas de la Seguridad Social- se han de considerar incluidos en el concepto de "demás sanciones pecuniarias" del ordinal 4º de dicho artículo por las razones siguientes:

a) Porque el concepto de sanción pecuniaria debe entenderse en un sentido amplio, en sintonía con una interpretación lata -que no extensiva-, que armoniza con el texto y la "ratio" de la norma y la consideración objetiva del hecho, en el sentido de abarcar las sanciones impropias o en sentido estricto -"mecanismo creado por el ordenamiento jurídico para asegurar el cumplimiento de las situaciones jurídicas que establece, de forma inmediata o derivada"-; sin que quepa reducir el ámbito de su contenido, mediante una interpretación estricta rigurosa, a las sanciones propias administrativas consecuencia de las infracciones previstas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como pretende la parte recurrente.

b) Porque el recargo controvertido tiene la naturaleza de una sanción impropia, en cuanto castigo por la falta de cumplimiento de la deuda habida con la Seguridad Social, sin que tenga finalidad resarcitoria ni compensatoria, ni obste la finalidad preventiva de estimular el cumplimiento, o, lo que es lo mismo, disuadir del incumplimiento, pues finalmente su operatividad supone un castigo al deudor incumplidor.

c) La calificación del recargo como crédito subordinado es coherente con su carácter de obligación accesoria, pero, sobre todo, lo que es más significativo es que se ajusta plenamente a la previsión de la Exposición de Motivos (V, párrafo quinto) de la LC en cuanto se refiere al ámbito de los créditos subordinados como comprensivo de "las sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios, como de la Seguridad Social".

d) La propia Ley General de la Seguridad Social asocia los recargos y las sanciones al enumerar entre los recursos de la Seguridad Social "las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones, u otras de naturaleza análoga" (art. 86.1, c).

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso se alega cuantificación errónea de los créditos con privilegio general que se reconocen a la seguridad social, por lo que se imputa a la resolución recurrida que infringe, por aplicación indebida, el art. 91.4º de la Ley Concursal. En el cuerpo del motivo se argumenta que la redacción del precepto, -"Son créditos de privilegio general: Los de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90 ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto (...) de los créditos de la Seguridad Social (...) hasta el 50% de su importe"-, es meridiana en cuanto a la forma en que debe cuantificarse el privilegio: el módulo de cálculo o valor de referencia viene constituido por el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, es decir la totalidad de los créditos existentes, si bien limitados al 50% de su importe. Seguidamente se impugna la interpretación del precepto que realizó la Administración concursal [hay que entender por razones obvias que en realidad lo que impugna el recurso es la resolución de la Audiencia], consistente en tomar como base de cálculo para determinar los respectivos porcentajes de crédito con privilegio general del número 4º del art. 91 y de crédito ordinario la suma del conjunto de créditos una vez descontados los créditos con privilegio especial (art. 90), con privilegio general del art. 91.2º (retenciones) y subordinados (art. 92), con los argumentos, en síntesis, siguientes: a) Dicha interpretación está al margen de la literalidad de la norma y su sentido gramatical (art. 3.1 CC); b) Es contraria al espíritu de la norma, al constituir una poda del privilegio exagerada al aplicar todavía criterios más restrictivos en cuanto a las fórmulas de cálculo; c) El párrafo primero del art. 91.4º LC es meramente explicativo; d) Si el legislador hubiera optado por la exclusión de las retenciones y créditos subordinados a efectos del cálculo así lo habría determinado; y, e) La tesis que se mantiene queda reforzada por lo previsto para el crédito ordinario en el art. 89.3 LC: "se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentran calificados en la (...) Ley como privilegiados, ni como subordinados".

El motivo debe desestimarse porque las razones esgrimidas en el mismo no resultan consistentes para desvirtuar las que determinaron la resolución recurrida, siendo, por el contrario, más sólidas las que justifican la decisión adoptada.

El argumento del motivo que se apoya en el elemento interpretativo literal o gramatical es muy endeble porque en absoluto cabe deducir del precepto controvertido la fórmula de cálculo que alega la parte recurrente, y menos todavía resulta del mismo un criterio inequívoco como lo revelan las diversas opiniones doctrinales que suscita sobre la fijación del porcentaje.

Tampoco reviste consistencia la alegación de que la fórmula por la que opta la resolución recurrida contradice el espíritu de la norma porque la finalidad del precepto (inciso segundo) es la de fijar el respectivo porcentaje de los créditos concursales de Derecho público que tienen la condición de privilegiados, con carácter general y rango del ordinal cuarto del art. 91 LC, e indirectamente el de la condición de ordinarios, tal y como se deduce de la expresión legal "este privilegio" con que se inicia el texto del inciso controvertido, que por una opción de mera política legislativa se establece en el cincuenta por ciento, de modo que, de no haber existido el inciso, todos los créditos de la Seguridad

Social, a salvo los que ostentasen un privilegio de rango superior y los subordinados, tendrían la condición de privilegiados en los términos de dicho ordinal del art. 91.

La consideración del motivo relativa a que la alusión del inciso primero de la norma (art. 91.4º LC) a que "no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo" es "meramente explicativa", no aporta ningún dato hermenéutico de interés, porque sea ello, o no, cierto, y sea o no necesaria la mención, la realidad es que no cabe desconectar los dos incisos, y que no es razonable que un crédito ya clasificado con un rango superior pueda tomarse además en cuenta para determinar el importe del que tiene un rango inferior.

Es obvio que el legislador pudo haber optado por una dicción más sencilla y precisa, y no lo hizo [acaso por los avatares que sufrió la norma en el trámite parlamentario], pero de ello no cabe deducir que excluyó la fórmula de cálculo adoptada por la resolución impugnada [que entendemos la más lógica y racional], y menos todavía que pretendió recoger la que defiende el recurso, u otra de las que se sostienen, con no menos buenas razones, en la doctrina.

Finalmente, la alegación denominada en el motivo "de refuerzo" que se fundamenta en el precepto del art. 89.3 LC sobre créditos ordinarios no aporta ningún elemento de juicio favorable al criterio que se mantiene en el recurso, sino más bien todo lo contrario en la medida que cabe deducir que en la fijación de los ordinarios, en cuanto determinados por exclusión, no deben tomarse en cuenta los subordinados.

A la falta de consistencia de los argumentos de la parte recurrente procede añadir varias razones que permitan dar un fuerte soporte jurídico al criterio de la resolución recurrida. Y al respecto cabe señalar:

a) Un criterio lógico y racional aconseja que se descuenten los créditos ya clasificados, no sólo ya para evitar el sin sentido de una doble calificación, sino, además, porque los que tienen un privilegio específico (arts. 90 y 91.2º LC) ya se hacen efectivos con antelación (art. 156 LC), y en cuanto a los subordinados no es razonable que se tomen en cuenta para incrementar la base de cálculo que repercute en favor del privilegio general, cuando sucede que dichos créditos están sujetos a discriminaciones en diversos aspectos y entre ellas la de postergación en el pago (art. 158 LC); y,

b) La solución que se sigue es plenamente ajustada a la regulación legal, tanto en lo que se refiere al texto literal, según se deduce de la exclusión expresada en el inciso primero y la referencia a "este privilegio" del inciso segundo, sin que obste la alusión al "conjunto de los créditos" porque hay que entenderla a los "no clasificados", como al nexo lógico entre los preceptos que conforman el régimen de clasificación de créditos y sus respectivas condiciones y efectos. Y asimismo armoniza plenamente con las líneas directrices del sistema consistentes en restricción de los créditos privilegiados, interpretación restrictiva de los privilegios, y respeto al principio de igualdad de trato de los acreedores -"par condicio creditorum"-; a lo que aún cabe, finalmente, añadir la mención estricta de las "cuotas" de la Seguridad Social que se hace en la E. de M. de la LC (V, párrafo tercero) en relación a la fijación del porcentaje del 50% del privilegio.

Por todo ello, el motivo decae.

CUARTO.- La desestimación de los motivos conlleva la declaración de no haber lugar al recurso de casación, y no se hace especial imposición de las costas del mismo por plantearse cuestiones sobre las que no hay una opinión uniforme habiendo suscitado serias dudas su resolución, tanto en la doctrina científica como en la práctica de los tribunales, todo ello de conformidad con los arts. 487.3, "a contrario sensu", y 398.1 en relación con el 394.1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S: Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Sentencia dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 19 de enero de 2.006, en el Rollo número 698 de 2.005, dimanante del incidente concursal de impugnación de lista de acreedores núm. 100 de 2.004 del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de la misma Capital, sin hacer especial imposición de costas por el presente recurso de casación. Publíquese esta resolución conforme a derecho, y devuélvase a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trías.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico».