

Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



Máster en Abogacía

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2017/2018

Convocatoria: Julio 2018

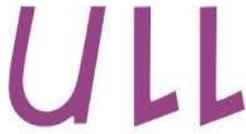
**EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CRÉDITO PÚBLICO EN LA LEY
CONCURSAL. SU HIPOTÉTICO TRATAMIENTO PRIVILEGIADO**

Realizado por el alumno D. Ignacio Ordóñez Hinojal.

Tutorizado por el profesor Dr. Antonio Santana Pérez.

**Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la
Empresa**

Área de conocimiento: Derecho Mercantil.



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



ABSTRACT

Study of the public credit regulation in the Law 22/2003, 9th of July, about the state of insolvency.

The objective of this study is to show the existence of a privileged regulation. I will also try to express the consequences that it entails to the other creditors and to the conservative purpose of this law.

RESUMEN

Estudio del régimen jurídico del crédito público en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y en otras leyes complementarias

El objetivo del presente trabajo consiste en poner de manifiesto la posible existencia de un régimen jurídico privilegiado del crédito público concursal, haciendo especial mención a las consecuencias negativas que ello implica para el resto de acreedores y para el propio concursado que pretenda continuar con su actividad empresarial.

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN.....	1
1. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.	
1.1. LEY CONCURSAL Y SUS MODIFICACIONES.....	4
1.2. OTRAS LEYES.....	8
2. CONCEPTO DE CRÉDITO PÚBLICO CONCURSAL.	
2.1. ASPECTOS GENERALES.....	8
2.2. PRESUPUESTO SUBJETIVO.....	9
2.3. PRESUPUESTO OBJETIVO.....	10
2.4. EL CRÉDITO PÚBLICO EN EL CONCURSO.....	12
3. LA HIPOTÉTICA REGULACIÓN PRIVILEGIADA DEL CRÉDITO PÚBLICO EN LA LEY CONCURSAL.	
3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	12
3.2. EL CRÉDITO PÚBLICO EN LA FASE DECLARATIVA DEL CONCURSO.	
3.2.1. INTRODUCCIÓN.....	15
3.2.2. POSIBILIDAD DE COMPENSAR CRÉDITOS CONCURSALES.....	15
3.2.3. DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA DEL CRÉDITO PÚBLICO.....	18
3.3. EL CRÉDITO PÚBLICO EN LA FASE COMÚN DEL CONCURSO.	
3.3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	22
3.3.2. COMUNICACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS PÚBLICOS..	23
3.3.3. LA CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS PÚBLICOS.	
3.3.3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	26
3.3.3.2. CRÉDITOS CONTRA LA MASA.....	27
3.3.3.3. CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL.....	32
3.3.3.4. CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL.....	34
3.3.3.5. CRÉDITOS ORDINARIOS.....	36
3.3.3.6. CRÉDITOS SUBORDINADOS.....	36

3.4. EL CRÉDITO PÚBLICO EN LA FASE DE CONVENIO.	
3.4.1. ASPECTOS GENERALES.....	37
3.4.2. DERECHO DE ABSTENCIÓN.....	38
3.4.3. POSIBILIDAD DE CELEBRAR ACUERDOS SINGULARES.....	39
3.5. EL CRÉDITO PÚBLICO EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN.	
3.5.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	41
3.5.2. PAGO DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES PÚBLICOS.....	42
4. CONCLUSIONES.....	44
5. BIBLIOGRAFÍA.....	51

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Máster tiene por objeto el estudio del régimen jurídico del crédito público concursal, figura contenida fundamentalmente en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante L.C.). Sin perjuicio de que encontremos otras leyes complementarias que también resultan de aplicación, como por ejemplo la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, L.G.T.).

Dicha figura, si bien constituye un aspecto concreto de la legislación concursal, cuenta con una regulación muy abundante y exhaustiva. Y esto se debe a que la finalidad de la L.C., entre otras, es la satisfacción de los créditos concursales, entre los cuales tienen gran importancia los de carácter público. Por ello, en atención a su especial relevancia y tutela en todo proceso concursal, son múltiples las disposiciones que de forma directa o indirecta se refieren a ellos.

En vista de lo anterior, y con la intención de conseguir que este trabajo resulte más interesante y llamativo para sus destinatarios, he decidido exponer el régimen jurídico del crédito público concursal desde un punto de vista crítico.

De esta forma, durante el desarrollo del trabajo se expondrán aquellos aspectos de la regulación del crédito público concursal que, en mi opinión, pueden constituir un tratamiento privilegiado sobre el resto de acreedores privados y, en consecuencia, resultar contrario al principio de igualdad de acreedores promulgado por la Exposición de Motivos de la L.C.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que gran parte de la regulación del crédito público concursal es compartida por la generalidad de los créditos, no se expondrá de forma pormenorizada el tratamiento legal que se otorga a aquéllos durante todas las fases del concurso, sino que se hará hincapié en comentar aquellos aspectos que puedan constituir un privilegio o un tratamiento de favor hacia los créditos que sean titularidad de la Administración Pública.

Dicho esto, y antes de comenzar con el desarrollo del trabajo, explicaré brevemente la estructura del mismo.

En primer lugar, como resulta lógico, se hará una mención sucinta al régimen jurídico del crédito público concursal, es decir, a las normas que regulan dicha figura, enfatizando en la mencionada L.C. y en sus modificaciones más sustanciales. Además, se mencionarán otras leyes que también resultan de aplicación a géneros o tipos concretos de créditos, esto es, a los créditos tributarios y a los de la Seguridad Social.

Tras realizar esta introducción normativa, se expondrá el concepto legal de crédito público concursal. Así, en primer lugar se desarrollará la idea general de crédito público y, tras esto, se traerá a colación con el proceso concursal, mencionando los distintos tipos o modalidades de créditos que se incluyen en esta categoría.

Una vez expuesto lo anterior quedaría delimitado el objeto del presente trabajo, por lo que se entraría a desarrollar el núcleo del mismo, esto es, la exposición de las principales manifestaciones en materia concursal que pueden implicar la existencia de un tratamiento privilegiado del crédito público.

Dentro del desarrollo se hará referencia a privilegios formales y materiales de los que goza la Administración Pública cuando interviene como acreedora en un proceso concursal, algunos de ellos concedidos por su condición como ente público y otros por la naturaleza de los créditos de los que es titular.

Con lo anterior quedaría finalizado el epicentro del trabajo, siendo el momento de redactar las conclusiones que he podido extraer tras el análisis de la legislación y la jurisprudencia aplicable, así como de la amplia doctrina que gira a su alrededor.

En relación con esto, entiendo que las conclusiones de este trabajo tienen una especial relevancia, ya que mi objetivo no es exponer el régimen jurídico del crédito público concursal, sino poner de manifiesto que dicho régimen trae consigo un polémico tratamiento privilegiado que perjudica al resto de acreedores y dificulta el éxito de nuestra regulación concursal.

Así, en las conclusiones se tratarán cuestiones que, desde mi punto de vista, resultan bastante interesantes y controvertidas, tales como la posible vulneración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores o la obstaculización a la

consecución de un convenio concursal que permita la continuación de la actividad empresarial del concursado.

Por otro lado, también haré algunas argumentaciones de «lege ferenda» que, mediante la reducción de privilegios e imposición de mayores sacrificios a los acreedores, pueden reforzar o impulsar una de las finalidades perseguidas por la legislación concursal, esto es, la consecución de convenios concursales que eviten la liquidación del patrimonio del concursado, y por tanto, le permitan continuar con su actividad.

Para finalizar, he decidido hacer mención en las conclusiones a un supuesto que me ha resultado muy interesante, tanto por la discusión doctrinal que le rodea como por la relevancia práctica y social que puede acarrear. Se trata de la posible consideración de la quita y espera del crédito público concursal como ayuda pública.

En definitiva, mediante la elaboración de este trabajo intentaré reflejar la importancia de reducir los privilegios de la Administración Pública, entre otros acreedores, así como la necesidad de promulgar una regulación concursal que impulse de forma efectiva la fase de convenio y que no se limite a un mero reconocimiento formal que no tiene virtualidad en la práctica.

1 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

1.1 LEY CONCURSAL Y SUS MODIFICACIONES

La principal Ley que recoge el régimen jurídico del crédito público concursal es la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, tras la promulgación de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, norma necesaria para cumplir con el mandato de reserva de Ley Orgánica que requería dicha modificación legislativa.

Dicha norma supuso un cambio sustancial en materia concursal con respecto a la regulación que venía rigiendo, esto es, la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio, así como diversos artículos del Código Civil y del Código de Comercio. En este sentido, nos encontramos ante una regulación totalmente distinta, ya que distinta es también la finalidad que persigue cada una de ellas¹.

En relación con lo anterior, el Derecho Concursal ya derogado perseguía la total protección de los intereses de los acreedores, situación que se conseguía mediante la liquidación del patrimonio del deudor. Ahora bien, la vigente regulación recoge un procedimiento que, si bien también persigue dicha satisfacción, pretende garantizar la continuación de la actividad económica del concursado². No obstante, dicha conservación tendrá lugar siempre y cuando ésta sea posible y viable, ya que, de no existir perspectivas de recuperación empresarial, procedería la liquidación de su patrimonio³.

También es de destacar la novedad que supuso la implantación del principio de unidad de disciplina. Dicho principio implicó la unificación de todas las instituciones

¹ PULGAR EZQUERRA, J., «*Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (L 22/2003 Y LORC 8/2003, de 9 de julio)*», *Diario la Ley*, nº 6094, Sección Doctrina, 27 de Septiembre de 2004.

² *En la propia Exposición de Motivos, concretamente en el número VI, se señala que «el convenio es la solución normal del concurso, que la Ley fomenta».*

³ HOLDER FRAU, H.A., *Introducción al Derecho Concursal*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2010, págs. 21-37

concursoales ya que, hasta la fecha, existían distintos procedimientos concursoales en atención al sujeto -persona física o jurídica- y a la finalidad perseguida⁴.

En lo relativo a la introducción del principio de conservación de la actividad empresarial, me pareció muy interesante el razonamiento de MICHAVILA NÚÑEZ, antiguo Ministro de Justicia, el cual defendía lo siguiente:

«Esta Ley, después de mucho diálogo y de mucho trabajo, ha encontrado un punto de equilibrio y lo ha conseguido porque tiene un norte bien claro y bien definido: frente a la única respuesta posible del derecho vigente que es el cerrojazo, la respuesta moderna es la viabilidad. A una empresa con dificultades el derecho vigente sólo le da una oportunidad, una única respuesta, el cierre, la expulsión de los trabajadores y, por tanto, que los trabajadores no cobren su sueldo más, que se pierdan puestos de trabajo, que no cobren los acreedores, que no cobre Hacienda y que no cobre la Seguridad Social. Esta es la triste realidad de un derecho vigente —como digo, señorías— desde hace casi dos siglos. La nueva respuesta es moderna porque apuesta sobre todo por la viabilidad de la empresa y por el mantenimiento de los puestos de trabajo. (...)»⁵

Dejando de lado lo anterior, en cuanto al procedimiento concursal introducido por la L.C., y sin ánimo de ahondar en profundidad, simplemente mencionaré brevemente las fases que lo componen.

Todo proceso concursal comienza con su declaración judicial, instada por el propio del deudor o por sus acreedores, que tendrá lugar cuando aquél se encuentre en estado de insolvencia y, por tanto, no pueda o prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones económicas.

⁴ Siguiendo a SÁNCHEZ PINO, A. J., la anterior legislación concursal se caracterizaba por una gran dispersión y diversidad de procedimientos que atendía al sujeto interventor y a la finalidad perseguida. De esta forma, para los comerciantes existía el procedimiento de quiebra y de suspensión de pagos mientras que los comerciantes podían intervenir en un proceso de concurso de acreedores o de quita y espera, todo ello en atención a la finalidad perseguida). SÁNCHEZ PINO, A. J., *Problemas Fiscales de la Suspensión de Pagos*, Pamplona, Edit. Aranzadi, 1997, pág. 20.

⁵ Vid. Diario de Sesiones del Pleno y Diputación Permanente del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, 17 de octubre de 2002, núm. 196, pág. 9794.

Una vez declarado el concurso, nos encontramos ante la fase común, la cual tiene por objeto fundamental la determinación de las masas del concurso, tanto la activa como la pasiva, determinación que tendrá lugar mediante la intervención de todos los interesados, esto es, del deudor, de sus acreedores, del administrador concursal y del propio juez.

Dentro de esta fase, el deudor y sus acreedores formularán las alegaciones que estimen oportunas en defensa del reconocimiento de sus intereses económicos. Tras esto el administrador concursal, teniendo en cuenta las alegaciones anteriores, fijará provisionalmente las masas del concurso, fijación que podrá ser protestada por aquéllos. Finalizado el anterior trámite, el juez, tras resolver las posibles protestas anteriores, determinará de forma definitiva la masa activa y pasiva, finalizando de esta forma la fase común.

Una vez finalizada la fase común, existen dos posibles vías para continuar con el procedimiento. La primera de ellas es el convenio, solución normal del concurso pretendida por la L.C., y la segunda es la liquidación y posterior reparto del patrimonio del deudor entre los distintos acreedores.

En relación con el mencionado principio de conservación, hay que destacar que las modificaciones que han ido sucediendo a lo largo del tiempo han perseguido precisamente este objetivo. De esta forma, se han introducido nuevas figuras que han tratado de facilitar y potenciar la consumación de un acuerdo entre las partes, ya sea antes, después o durante la tramitación del concurso, y todo ello con la intención de evitar la liquidación del patrimonio del concursado.

Siguiendo con la estructura del procedimiento, antes de proceder a la conclusión del mismo puede tener lugar la apertura de la sección de calificación concursal, si bien la misma sólo procede en supuestos concretos. Dicha fase, como su propio nombre indica, tiene por objeto calificar el concurso como fortuito o culpable, caso último que procederá cuando el estado de insolvencia del deudor haya sido generado o agravado por una intervención dolosa o culposa del mismo, imponiendo en consecuencia una serie de sanciones.

Finalmente llegamos a la conclusión del concurso, situación que se declarará por el juez en diversos supuestos: a) revocación del auto de declaración del concurso; b) cumplimiento de la finalidad del procedimiento, ya sea mediante cumplimiento del convenio o satisfacción de todos los acreedores; c) insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa; d) renuncia o desistimiento de todos los acreedores reconocidos.

Antes de finalizar con este epígrafe, resulta necesario remarcar que la L.C. ha sido modificada en un gran número de ocasiones, situación que ha sido duramente criticada por parte de la doctrina, tanto por la inseguridad jurídica creada como por la falta de idoneidad de la misma para resolver los problemas reales a los que se enfrentan los concursados⁶.

Ahora bien, si bien resulta criticable la ingente cantidad de modificaciones que ha sufrido la L.C., sobre todo mediante el empleo indiscriminado del mecanismo del Real Decreto-Ley, no es menos cierto que la materia concursal se encuentra a merced de las continuas variaciones de la coyuntura económica, por lo que resulta complicado alcanzar una regulación estable en el tiempo, máxime cuando venimos de una situación de crisis económica.

Dentro de las diversas modificaciones, y como simple mención, cabe destacar la Ley 38/2011, de 10 de octubre; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los Emprendedores y su internacionalización; la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social; el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia

⁶ Destacar el pronunciamiento de BELTRÁN SÁNCHEZ, E., Catedrático de Derecho Mercantil, el cual señaló lo siguiente al referirse a una concreta modificación de la L.C.: «*La reforma es apresurada, porque no se ha realizado con la debida serenidad ni ha contado con la reflexión de la doctrina cualificada*», concluyendo que «*la necesidad de realizar una reforma serena y global, que armonice adecuadamente todos los intereses en conflicto y cuente con el órgano específicamente creado para asesorar al Ministerio de Justicia en la tarea de elaboración de las leyes. Esa reforma debe servir para conseguir una Ley Concursal que permita al concurso de acreedores cumplir las funciones que le dotan de sentido: la satisfacción, lo más eficiente y equitativa posible de los acreedores; la conservación de la empresa cuando sea económicamente viable; y la sanción a quienes provoquen, con dolo o culpa grave, la insolvencia*». BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «*La reforma –inarmónica– de la ley Concursal*», *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 775, 2009, págs. 553-563.

concurzal; el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social; la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial; la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; y la Ley 9/2015, de 15 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

1.2 OTRAS LEYES

Sin perjuicio de que el núcleo del régimen jurídico del crédito público concursal esté contenido en la mencionada L.C., no es menos cierto que, en atención a la naturaleza o género del propio crédito, existan otras leyes que también resultan de aplicación a tipos concretos de créditos públicos.

Me refiero a los créditos públicos de naturaleza fiscal y a los créditos públicos propios de la Seguridad Social (en adelante SS).

En cuanto a los créditos públicos concursales de naturaleza fiscal o tributaria, existe una regulación complementaria contenida en la L.G.T. y en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuesta (en adelante, L.G.P.). Al respecto, simplemente adelantar que la regulación contenida en estas Leyes en algunos casos resulta contraria a la prevista en la L.C.

En este mismo sentido, en lo relativo a los créditos públicos concursales derivados de la SS, resultará en algunos casos de aplicación el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

2. CONCEPTO DE CRÉDITO PÚBLICO CONCURSAL

2.1 ASPECTOS GENERALES

Expuesta la legislación aplicable, resulta fundamental delimitar el concepto de crédito público concursal, no sólo porque de ello dependa la aplicación de un régimen jurídico particular, sino porque, además, no encontramos un concepto establecido en la propia L.C., siendo ésta una cuestión que corresponde al Derecho Público.

Además, la relevancia de la delimitación del crédito público es aún mayor si se tiene en cuenta el hecho de que la simple titularidad del mismo por parte de la Administración Pública no es un elemento determinante o suficiente, ya que ésta, en virtud del artículo 5.2 de la L.G.P. puede ser titular tanto de créditos públicos como de privados⁷.

El punto de partida para delimitar el concepto de crédito público lo encontramos en el mencionado artículo 5.2.2 L.G.P. el cual establece que: «*Son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas*».

Esta previsión también resulta de aplicación a las Administraciones de ámbito autonómico⁸. Asimismo, también se aplica a las Administraciones de ámbito local⁹.

2.2 PRESUPUESTO SUBJETIVO

El aspecto subjetivo ya ha sido avanzado en el subepígrafe anterior. Así, el titular del crédito ha de ser la Administración Pública y sus organismos autónomos, ya sea de ámbito nacional, autonómico o local.

⁷ El mencionado artículo proclama expresamente que «*Los derechos de la Hacienda Pública estatal se clasifican en derechos de naturaleza pública y de naturaleza privada*».

⁸ Así, en el ámbito autonómico canario, hay una disposición general contenida en el artículo 7 de la Ley de la Hacienda Pública Canaria que señala lo siguiente: «*Constituyen los recursos de la Hacienda Pública los establecidos en el Estatuto de Autonomía, y aquellos otros contemplados en las leyes*».

Ahora bien, lo anterior se ha de completar con lo dispuesto en la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias y en la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias

⁹ Por otro lado, en el ámbito local resulta de aplicación el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, T.R.L.H.C.) que dispone: «*1. La Hacienda de las entidades locales estará constituida por los siguientes recursos: a) Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado.; b) Los tributos propios clasificados en tasas, contribuciones especiales e impuestos y los recargos exigibles sobre los impuestos de las comunidades autónomas o de otras entidades locales.; c) Las participaciones en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas.; d) Las subvenciones.; e) Los percibidos en concepto de precios públicos.; f) El producto de las operaciones de crédito.; g) El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias.; h) Las demás prestaciones de derecho público.*

2. Para la cobranza de los tributos y de las cantidades que como ingresos de derecho público, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, debe percibir la hacienda de las entidades locales de conformidad con lo previsto en el apartado anterior, dicha Hacienda ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes».

Dicho presupuesto es bastante evidente dada la claridad del artículo 5.2.2 de la L.G.P. Ahora bien, conviene señalar que la doctrina entiende que no forman parte del ámbito subjetivo todas aquellas entidades que carezcan de potestad administrativa común para la gestión y recaudación de ingresos de Derecho Público.

Como ejemplo clarificador, se puede mencionar que los ingresos cuya titularidad corresponde a la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado (SELAE) no tienen la consideración de crédito público¹⁰.

2.3 PRESUPUESTO OBJETIVO

En base a la literalidad del mencionado artículo 5.2 L.G.P., MACÍAS CASTAÑO señala que *«para que el crédito pueda calificarse de público es necesario que consista en un tributo o que se trate de un derecho de contenido económico que derive del ejercicio de potestades administrativas»*.¹¹

De esta forma, tendrán la consideración de crédito público los ingresos tributarios, así como los recargos e intereses que deriven de su recaudación¹².

Dentro de los tributos, principal categoría del crédito público, simplemente mencionar que encontramos las tasas, las contribuciones especiales y los impuestos, conceptos definidos en el artículo 2.2 de la L.G.T.¹³.

¹⁰ Lo anterior se decretó en el Dictamen de la Abogacía del Estado 8/2012, de 18 de septiembre, relativo a ciertos ingresos cuya titularidad correspondía a la SELAE. Dicho dictamen señaló expresamente que: *«Al no ser el Estado el titular del repetidamente citado derecho de crédito, éste no podrá ser considerado como un derecho de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal, en los términos previstos en el artículo 5.2 L.G.P. (RCL 2003, 2753), ya que solamente pueden serlo los de titularidad de la Administración General del Estado y de sus organismos autónomos, ni, por ende, su exacción podrá ser llevada a cabo por los órganos de recaudación de la Administración General del Estado por el procedimiento regulado en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y en el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio»*.

¹¹ MACÍAS CASTAÑO, J. M., «El concepto de administración pública y de crédito público», AAVV., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., *Las Administraciones Públicas en el Concurso*, Navarra, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 86-90.

¹² El artículo 2 de la L.G.T. da una definición de los tributos: *«Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos»*.

¹³ *«Los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos:*
a) *Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado;*
b) *Contribuciones especiales son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del*

Ahora bien, además de los ingresos tributarios, hay otros créditos que también tendrán la consideración de público por ostentar contenido económico y derivar del ejercicio de potestades administrativas.

Así, el propio MACÍAS CASTAÑO *expone que*

«[...] créditos de la Seguridad Social, que se integran por las cuotas y el largo listado de recursos indicados en el artículo 1 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (R.G.R.S.S.)¹⁴; los resultantes del ejercicio de la potestad sancionadora; el reintegro de subvenciones; los importes de cuotas urbanísticas; los importes derivados del cobro de la actividad de ejecución de actos administrativos, como las multas coactivas o el reintegro de los importes correspondientes a actuaciones de ejecución subsidiaria y también, naturalmente, el importe de los intereses y recargos generados en la recaudación de las anteriores cantidades. Y todo ello, naturalmente como cita no exhaustiva de supuestos de ingresos que pueden provenir del ejercicio de potestades administrativas»¹⁵.

El anterior listado hace referencia a una serie de derechos económicos que, no siendo tributarios, son gestionados por una Administración Pública en base al ejercicio de una potestad administrativa, razón por la cual se consideran como crédito público.

Además de lo anterior, hay otros autores que califican como créditos públicos aquéllos en los que la Administración ostenta la posición de acreedora en base a un mandato legal¹⁶. Tal es el caso de los créditos gestionados por el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA)¹⁷.

establecimiento o ampliación de servicios públicos) Impuestos son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente».

¹⁴ Vid. artículo 1 R.G.R.S.S

¹⁵ AAVV., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., *Las Administraciones Públicas...*, op cit, págs. 88-89.

¹⁶ VALERO LOZANO, N., *El Régimen Jurídico de Crédito Público en la Ley Concursal*, Madrid, Edit. La Ley, 2007, pág. 41

¹⁷ El artículo 33.4.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone que: «Para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32 de esta ley. Si dichos créditos concurriesen con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes.»

2.4 EL CRÉDITO PÚBLICO EN EL CONCURSO

El concepto anterior de crédito público se puede traer a colación al proceso concursal ya que no existe ninguna diferencia entre el concepto de crédito público y crédito público concursal.

De esta forma, tendrá la consideración de crédito público concursal aquél que, además de ser titularidad de la Administración Pública y provenir del ejercicio de una potestad administrativa, forme parte de la masa pasiva de un concurso de acreedores.

Ahora bien, conviene señalar que la L.C. en ocasiones hace referencia al crédito público en general, mientras que en otros casos hace referencia a uno o varios créditos públicos en concreto -generalmente al crédito tributario o de la Seguridad Social-, por lo que es necesario atender a la literalidad de los preceptos y a la interpretación dada por la jurisprudencia para delimitar a qué tipo concreto resulta aplicable¹⁸.

El supuesto más llamativo lo encontramos en el artículo 91.4 L.C., si bien dejaremos su explicación para el epígrafe relativo a la clasificación de los créditos públicos concursales.

3. LA HIPOTÉTICA REGULACIÓN PRIVILEGIADA DEL CRÉDITO PÚBLICO EN LA LEY CONCURSAL

3.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente epígrafe constituye el núcleo o esencia del trabajo puesto que aquí se expondrán todos aquellos aspectos de la regulación concursal que implican un tratamiento privilegiado al crédito público concursal -mayoritariamente al tributario-, si se compara con el régimen general aplicable a los créditos privados.

Si bien es cierto que el legislador ha ido reduciendo paulatinamente los privilegios reconocidos a favor de la Administración Pública, todo ello en base al principio de igualdad de tratamiento de los acreedores y al principio de continuidad de la actividad empresarial, todavía encontramos en las leyes algunas disposiciones que

¹⁸AAVV., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., *Las Administraciones Públicas ...*, op. cit. págs. 90-92.

ponen de manifiesto la existencia de un tratamiento dispar que, en última instancia, perjudica tanto a los intereses del resto de acreedores como a los propios del concursado.

El fundamento de dichos privilegios entraña una gran discusión doctrinal.

Así, parte de la doctrina, tanto nacional como internacional, entiende que el tratamiento privilegiado del crédito público está justificado en base al principio de interés público, puesto que éstos se exigen para posteriormente revertirlos a la sociedad¹⁹. Asimismo, en el caso de los créditos tributarios y de la SS, sostienen dicha tesis en atención al artículo 31 de la Constitución Española²⁰. También justifican su razonamiento en base a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional²¹.

Como contrapartida, hay otros autores más críticos que entienden que dichos privilegios sólo responden a razones recaudatorias que, después de todo, suponen un grave perjuicio para el resto de acreedores privados que intervienen en el concurso²².

Entre los detractores más críticos cabe destacar a TALMA CHARLES, el cual defiende que: *«La única preocupación del legislador tributario consiste en recaudar, independientemente de cualquier otra consideración o problema que lo pudieran poner en contacto con el resto del ordenamiento vigente»*²³.

¹⁹ DIÉZ-PICAZO, L, se pronuncia sobre la excepcionalidad de la derogación del principio de igualdad de trato de los acreedores siempre que existan: *«serias y fundadas razones de política económica o política social que, de acuerdo con la conciencia colectiva justifiquen el trato preferencial. En definitiva, se trata de encontrar la razón de la conveniencia de proteger de manera más rigurosa determinados créditos, porque la mayor seriedad y el mayor fundamento de tal tipo de créditos se considera útil para toda la colectividad y, por consiguiente, para el desarrollo económico en general. Creo, por consiguiente, que la razón del privilegio hay que encontrarlo en que mediante él se realiza mejor el bien común»*. DIÉZ-PICAZO, .L., *«Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores, en la reforma del derecho de quiebra»*, Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español, Madrid, 1982, pág. 300.

²⁰ El mencionado artículo proclama el principio de generalidad en el pago de las obligaciones tributarias, señalando expresamente que: *«Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio»*.

²¹ En el Fundamento de Derecho III de la STC 76/1990, de 26 de abril, el TC manifestó que: *«La aplicación de los tributos encuentra su raíz y su justificación en el deber general de contribuir que nuestra Constitución impone en el artículo 31, y sólo a partir de él puede entenderse cabalmente la singular posición que ocupan el Estado y los demás entes públicos como titulares del poder tributario, y los ciudadanos en cuanto sujetos de ese deber constitucional»*

²² Así se pronuncia GARRIDO GARCÍA, J.M., al señalar que *«La noción de interés público parece como una cortina de humo que sirve para ocultar una opción política que perjudica a la mayor parte de acreedores»*.

²³ TALMA CHARLES, J., *«Consideraciones sobre los fundamentos de nuestro vigente sistema de privilegios crediticios (con especial mención a los denominados «superprivilegiados»)»*, Revista de Derecho Patrimonial, núm. 6, 2001, pág. 84

Siguiendo esta línea, hay otros autores que entienden que el reconocimiento de una serie de privilegios a la Administración Pública en un proceso concursal puede resultar, irónicamente, contrario al interés general.

Así se pronuncia VALERO LOZANO al señalar:

«... tales privilegios pueden desencadenar una cadena de quiebras que afectaría a todos los relacionados con el quebrado menoscabando de manera directa la economía nacional y, dicen ellos, por ende el interés público. (...) se apunta que con ello no sólo sufre la economía nacional, en su conjunto, sino que el Fisco es particularmente dañado, dado que perderá deudores y además los que continúen como tales tendrán derecho a deducciones por los créditos fallidos, creándose lo que algún autor ha denominado ilusión financiera»²⁴.

Teniendo presente la discusión doctrinal existente, el legislador debe preguntarse si el mantenimiento de un régimen concursal privilegiado del crédito público está justificado en base a la defensa del interés general, o si, por el contrario, resulta necesario extinguir todo privilegio que no atienda a la cualidad del propio crédito, todo ello en base al principio de igualdad de tratamiento de los acreedores.

Personalmente, y sin perjuicio de pronunciarme al respecto en las conclusiones, entiendo que si el verdadero espíritu de nuestra legislación concursal pretende salvaguardar la actividad empresarial del concursado, resulta necesario realizar una reducción cuantitativa y cualitativa de los privilegios de los denominados acreedores privilegiados –entre los cuales casi siempre se encontrará la Administración Pública-, ya que la actual regulación les permite desvincularse del posible convenio alcanzado y exigir el pago íntegro de su crédito.

²⁴ GONZÁLEZ BILBAO, E. sostiene que «El Estado, las administraciones autonómicas y locales se ven afectadas como consecuencia de las crisis industriales importantes. La desaparición de una empresa puede conducir a una región al declive y reconversión con pérdida de empleo en las respectivas zonas donde se ubica. El interés público se ve afectado ante la existencia de crisis de empresas importantes.» GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los intereses concurrentes y del interés del concurso en la nueva ley concursal», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Lex Nova, núm. 94, 2004, págs. 167 y ss.

3.2 EL CRÉDITO PÚBLICO EN LA FASE DECLARATIVA DEL CONCURSO

3.2.1 INTRODUCCIÓN

En este apartado se van a poner de manifiesto los distintos privilegios de los que goza el crédito público concursal en la fase declarativa. Concretamente se expondrán los efectos que la declaración del concurso despliega sobre aquéllos.

En primer lugar haré referencia a la posibilidad de compensar créditos públicos concursales –especialmente los de carácter tributario-, cuestión que tuvo que ser resuelta por la jurisprudencia en atención a la contradicción existente entre distintas regulaciones.

Tras esto será el turno de explicar la posibilidad de iniciar o continuar con los procedimientos administrativos de ejecución una vez declarado el concurso.

3.2.2 POSIBILIDAD DE COMPENSAR CRÉDITOS CONCURSALES

La compensación de deudas puede ser definida como una forma de extinción de las obligaciones, ya sea total o parcial, que tiene lugar cuando los sujetos intervinientes son recíprocamente acreedores y deudores.

Así, cuando hay dos personas en las que concurre a la vez la condición de deudor y acreedor, éstas pueden acordar que tenga lugar la compensación de sus créditos en la cantidad concurrente, todo ello con la intención de evitar innecesarios dobles pagos.

La compensación será total cuando las deudas compensadas sean de la misma cuantía mientras que, por otro lado, la compensación será parcial cuando sean de distinta cuantía, de tal forma que sólo subsistirá el exceso no concurrente con el importe de la otra.

En el ámbito concursal, la compensación siempre ha sido considerada una figura controvertida, dando lugar a una amplia discusión doctrinal acerca de su legalidad.

En este sentido, hay parte de la doctrina que se posiciona en contra del reconocimiento de la validez de la compensación, todo ello en base al principio de

indisponibilidad del patrimonio del concursado, el cual impide realizar pagos a favor de los acreedores en atención al perjuicio que causa a la masa activa y, por tanto, al resto de acreedores²⁵.

Por el contrario, hay otro sector doctrinal que defiende su admisibilidad por considerar que es una causa legal de extinción de las obligaciones que se encuentren totalmente vencidas, líquidas y exigibles. Así, entienden que la compensación opera por disposición legal y no por simple acuerdo entre las partes, último supuesto que sí resultaría contrario al trato igual de los acreedores²⁶.

Dejando de lado lo anterior, la vigente L.C. establece como regla general la prohibición de la compensación una vez declarado el concurso, si bien reconoce la eficacia de la compensación cuyos requisitos concurren con anterioridad a dicha declaración²⁷.

Además de esto, en el artículo 205.1 de la mencionada Ley, incluido en el Título IX sobre las normas de Derecho Internacional Privado, se señala que: «*La declaración de concurso no afectará al derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia*».

Ahora bien, en cuanto a los créditos de carácter tributario encontramos un régimen especial previsto en los artículos 10.3 y 14 L.G.P. y en el artículo 71 L.G.T.

Dichos artículos, contraviniendo con la regla general de prohibición de la compensación, vienen a reconocer la posibilidad de compensar las deudas tributarias

²⁵ VID. OLIVENCIA, M., «*La compensación en la quiebra y el artículo 926 del CCom*», *Anuario de Derecho Civil*, nº. 11, 1958, págs. 805 y ss.; RAMÍREZ, J.A., *La quiebra*, vol. II, s.l., Edit. Bosch, pág. 281 y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Las deudas de la masa*, Zaragoza, Edit. Bolonia, 1986, págs. 214 y ss.

²⁶ Vid. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crético de Derecho concursal*, t. II, Barcelona, Bosch, 1990, pág. 866

²⁷ Artículo 58 L.C.: «*Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.*

En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal. »

con créditos reconocidos a favor del obligado tributario-concursado, siempre y cuando se cumplan los requisitos reglamentarios²⁸.

Dicha cuestión, como no podía ser de otra forma, ha sido duramente criticada por parte de la doctrina²⁹.

Ante esta problemática regulación, resultó clarificadora la resolución del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (en adelante TCJ), de 28 de junio de 2004, en la cual, tras poner de manifiesto la contradicción existente entre la legislación concursal y la tributaria, proclamó la validez de la compensación cuando las deudas adquirieran la condición de compensables antes de declararse el concurso³⁰.

De esta forma, el TCJ optó por dar prioridad a la regulación contenida en la L.C., solución que, en mi opinión, resultó del todo acertada en atención al grave perjuicio económico que podía implicar para el resto de acreedores y para el propio resultado del concurso una interpretación contraria.

En definitiva, cabrá la compensación de cualquier crédito concursal, sea público o no, cuando concurran los requisitos de la compensación –previstos en el artículo 1197 CC- de forma previa a la declaración del concurso, con independencia de que la propia compensación se acuerde en un momento posterior.

²⁸ Así, VALERO LOZANO N. defiende que «con arreglo a una interpretación lógica y finalista del último inciso del art. 164.4 L.G.T., puede llegarse razonablemente a la conclusión de la potestad, de la Administración Pública acreedora de extinguir, en cualquier momento, por compensación las deudas tributarias de los contribuyentes, con independencia de su paralela sujeción a un proceso concursal» ya que «la introducción de una previsión específica relativa a la compensación de las deudas de derecho público y que se haya reiterado esta misma previsión en el art. 164.4 L.G.T. y en el art. 10.2 L.G.P. -actualmente art. 10.3)-, revela que el legislador ha querido dicha posibilidad aun cuando no se dé el presupuesto de requisitos anteriores al proceso concursal concurrente, conduciendo una interpretación contraria a la inutilidad de la modificación legalmente aprobado, por superflua, al reiterar una regla ya existente en nuestro OJ», razonamiento que hace al considerar la compensación como un medio de aseguramiento del cobro de las deudas de derecho público, y no como una forma de extinción de las obligaciones. VALERO LOZANO, N., *El régimen jurídico...* op.cit. págs. 142-144.

²⁹ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., vino a decir que se trata de: «un privilegio de la administración tributaria en detrimento del resto de acreedores a los que puede producir un grave perjuicio al disminuirse de manera muy sensible la masa activa». DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., «La compensación en la Ley Concursal. Régimen General y Excepciones» AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Edit. Marcial Pons, 2005, pág. 2650.

³⁰ En la mencionada STCJ se indicó sobre los preceptos de la L.G.P. y L.G.T. que: «ciertamente permiten compensar deudas, pero no determinan con claridad cuáles son los requisitos jurídicos impondibles a éstas», por ello, «entiende este Tribunal que, si bien la remisión a la legislación tributaria [...] permite la compensación automática de las deudas [...] la misma no se aplica a deudas que adquieran el carácter de compensables con posterioridad a la declaración de la quiebra y en especial cuando los bienes han sido ya ocupados y puestos a disposición del Juzgado donde de nuevo debe primar la regla de la temporalidad».

Los requisitos son los siguientes: a) que las partes sean a la vez acreedores y deudores principales el uno del otro; b) que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero; c) que las dos deudas estén vencidas; d) que sean líquidas y exigibles; e) que no exista sobre ellas retención o contienda promovida por terceras personas que haya sido notificada oportunamente al deudor.

Para acabar con este epígrafe, me resultó interesante la cuestión relativa a la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de la posible compensación de los créditos de naturaleza pública.

Así, sin perjuicio de que el Juez de lo Mercantil tenga competencia para conocer de todas las cuestiones relativas al concurso -art. 8 y ss. L.C.-, la determinación de la existencia del propio crédito público es una cuestión administrativa que, según cierto sector doctrinal, deberá ser conocida por el Tribunal Económico Administrativo y, posteriormente, por el orden contencioso, pudiendo únicamente ser resuelta por el Juez del concurso como cuestión prejudicial- art. 9.1 L.C.-³¹.

3.2.3 DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA DEL CRÉDITO PÚBLICO

Una de las cuestiones más relevantes del concurso es la relativa a los efectos que la declaración del mismo tiene sobre el resto de procedimientos –declarativos o de ejecución- que, estando pendientes o que se vayan a incoar, afecten a la determinación de la masa activa y pasiva.

Pues bien, con respecto a los procesos declarativos resultan de aplicación los artículos 50 y ss. L.C., los cuales establecen un régimen distinto según sean procesos nuevos o pendientes.

Así, la regla general aplicable a los nuevos procesos es su acumulación ante el Juez del concurso, mientras que, por otro lado, los procesos declarativos que se encuentren en tramitación en el momento en que se declare el concurso se continuarán

³¹ Así lo entiende VALERO LOZANO, N., en base a una interpretación conjunta del art. 9.4 LOPJ sobre competencia del orden contencioso, art. 10.1 de la misma Ley sobre cuestiones prejudiciales y art. 86.2 L.C. que viene a decir que la administración concursal podrá impugnar los actos administrativos de reconocimiento de créditos «a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica».

ante el juez del orden jurisdiccional correspondiente hasta que la sentencia devenga firme, si bien cabe la acumulación de los mismos en supuestos tasados.

Además de esto, en ningún caso se paralizarán los procedimientos penales o contenciosos-administrativos que puedan tener trascendencia sobre el patrimonio del deudor, aunque se deberá emplazar a la administración concursal si se han incoado después de declarado el concurso.

Ahora bien, la cuestión que aquí interesa es la relativa a los procedimientos de ejecución, tanto al procedimiento administrativo de apremio por impago de un crédito público como al procedimiento de ejecución laboral incoado por la TGSS.

En la nueva L.C. se ha dejado de lado el principio *prior in tempore potior in iure*, en virtud del cual tenía preferencia aquel procedimiento que se hubiese incoado con anterioridad³².

En la actualidad resulta de aplicación el artículo 55 L.C. que establece como regla general la imposibilidad de iniciar ejecuciones y la paralización de las que estén pendientes en el momento de declaración del concurso, haciendo mención expresa a «los *apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor*», todo ello en base al principio de protección del patrimonio del deudor.

Sin perjuicio de lo anterior, el siguiente párrafo del artículo 55.1 L.C. contiene una excepción a la regla general, señalando expresamente que «*Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*».

³² En este sentido, el artículo 129.3.b) de la L.G.T. de 1963, introducido tras la modificación de la Ley 25/1995, establecía que «*b) En los supuestos de concurrencia del procedimiento de apremio con procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, aquel procedimiento tendrá preferencia para la ejecución de los bienes o derechos que hayan sido objeto de embargo en el curso del mismo, siempre que dicho embargo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha de inicio del proceso concursal*».

Dicho párrafo supone una quiebra a la norma general y su reconocimiento implica graves perjuicios tanto para el concursado como para el resto de acreedores comunes, los cuales, con independencia de la consideración de su crédito –privilegiado, ordinario o subordinado-, pueden ver como desaparecen bienes de la masa activa del concursado, reduciendo considerablemente las posibilidades de cobro de sus créditos³³.

Además, esta regulación hay que completarla con el artículo 164.1.2 L.G.T. que dispone que: *«Cuando concurra con otros procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que el embargo acordado en el mismo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso»*.

De esta forma, queda totalmente reconocida la posibilidad de continuar con los procedimientos administrativos de apremio hasta su efectiva ejecución, siempre y cuando se cumpla con el requisito temporal previsto en la L.C., es decir, que se haya dictado diligencia de embargo antes de la declaración del concurso³⁴.

Por otro lado, la L.C. también permite que la T.G.S.S. continúe con el procedimiento de ejecución laboral si, efectivamente, se hubiesen embargado bienes del concursado con anterioridad a la declaración del concurso.

A pesar de lo anterior, el propio artículo 55 L.C. ha establecido dos límites a la posibilidad de continuar con dichos procedimientos de ejecución, y ello con independencia de que la diligencia de embargo se haya dictado con anterioridad a la declaración del concurso.

El primero de ellos consiste en la implantación de un límite temporal para finalizar con el procedimiento de apremio, implantación que tuvo lugar tras la

³³ Como simple apreciación, simplemente señalar que existía cierta contradicción entre la legislación concursal y la tributaria puesto que aquélla se refería a la providencia de apremio como momento procesal oportuno para permitir la continuación de la ejecución, mientras que la L.G.T. hablaba de diligencia de embargo. Dicha contradicción fue corregida mediante publicación de la modificación de la L.C. el 11 de octubre de 2011, haciendo referencia al momento de decretarse la diligencia de embargo.

³⁴ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La Hacienda Pública y los Procesos Concursales*, Navarra, Edit. Thomson Aranzadi, 2006, págs. 31-52.

modificación operada por la Ley 38/2011, la cual introdujo la frase «*hasta la aprobación del Plan de liquidación*» en el artículo 55.1.2 L.C.

Dicha imprecisa redacción dio lugar a varias interpretaciones.

Así, parte de la doctrina, en base a una interpretación literal, entendió que las ejecuciones administrativas y laborales podían continuar hasta la aprobación del Plan de liquidación, de tal forma que si el procedimiento de apremio no había finalizado llegado este momento se debían restituir los bienes embargados a la masa activa y ser enajenados según lo dispuesto en el mencionado Plan.

Por otro lado, cierto sector doctrinal defendía una interpretación que, bajo mi punto de vista, resultaba demasiado rebuscada y contraria al espíritu de la L.C.

Estos autores entendían que dicha norma establecía un límite temporal para solicitar la reanudación del procedimiento administrativo, y no para finalizarlo. Es decir, defendían que la Administración debía solicitar al juez la reactivación de la ejecución antes de que se aprobase el plan de liquidación, puesto que el mismo había sido suspendido con la declaración del concurso.

Al respecto hay que destacar el auto de la AP de Sevilla, de 12 de noviembre de 2012 y la sentencia de la AP de Valladolid, de 22 de junio de 2015, las cuales optaron por la interpretación literal, estableciendo por tanto un *dies ad quem* para la finalización del derecho de ejecución separada³⁵.

Por otro lado, la segunda excepción viene recogida en el artículo 55.1.2 *in fine* L.C. al señalar expresamente que podrán continuarse los procedimientos administrativos de ejecución «*siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*»³⁶.

³⁵ Vid. AAP Sevilla, de 12 noviembre de 2012; SAP Valladolid, de 12 de junio de 2015.

³⁶Anteriormente existía una contradicción entre la redacción de los artículos 55 y 56 L.C. Así, el primero de ellos hablaba de bienes que «*no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*» mientras que el segundo hacía referencia a «*bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad*». Pues bien, dicha contradicción fue salvada mediante la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, el cual estableció como requisito la necesidad del bien y no su afectación.

Dicha excepción constituye una importante limitación a los privilegios de la Administración, siendo uno de los pocos casos en los que el legislador prioriza la salvaguarda de la actividad empresarial del concursado.

Ahora bien, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se realizará atendiendo a las características del propio bien y a la concreta actividad del concursado, teniendo siempre presente la viabilidad o posibilidad de continuar con la explotación mercantil³⁷. Así, no debería negarse la ejecución de bienes que sean necesarios para dicha actividad cuando, por ejemplo, la empresa no tenga trabajadores o no tenga una actividad real.

Siguiendo en este punto a FRANCISCO PAÑEDA, cuando manifiesta que:

«En definitiva, podemos afirmar que cabrá la atribución de la condición de necesario de todo tipo de bienes de la concursada (inclusive el dinero metálico y los derechos de cobro) cuando sea previsible la continuidad de la concursada, esto es, que concurra una perspectiva razonable de convenio o de viabilidad, debiendo excluir radicalmente aquellos casos en los que se haya solicitado la liquidación o se prevea la liquidación con un alto grado de certeza (cese de actividad, extinción de la totalidad de las relaciones laborales, pasivo manifiestamente superior al activo y recursos generados o a generar, obsolescencia o pérdida de competitividad en el sector de actuación de la concursada, etc.)»³⁸.

3.3 EL CRÉDITO PÚBLICO EN LA FASE COMÚN DEL CONCURSO

3.3.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

En este epígrafe se van a exponer las principales manifestaciones que constituyan un trato de favor hacia el crédito público concursal en la fase común, es decir, desde la declaración judicial del concurso hasta la concreción definitiva de la masa activa y pasiva del mismo.

³⁷ Así se pronuncia la SJM Vizcaya, de 22 de marzo de 2005 y el AJM Málaga, de 22 de julio de 2005, sobre el caso concreto del metálico como bien necesario.

³⁸ PAÑEDA, F., «La autotutela de la Administración: Los apremios y el concurso. Ejecuciones separadas», AAVV, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M., *Las Administraciones...*, op. cit., págs. 93-114.

En concreto, haré referencia a la comunicación y reconocimiento de los créditos concursales y a la clasificación de los mismos, disposición última que resulta especialmente controvertida ya que la consideración de un crédito como privilegiado aumenta considerablemente las probabilidades de pago de su titular.

3.3.2 COMUNICACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS PÚBLICOS

Como ya se ha señalado, la fase común del concurso tiene por objeto la determinación de la masa activa -mediante la formación de inventario- y de la masa pasiva -mediante la realización el listado de acreedores-.

Pues bien, dentro de la determinación de la masa pasiva tiene gran importancia la comunicación y el reconocimiento de los créditos.

Al respecto, la vigente L.C. establece como norma general la consideración de la comunicación del crédito como una carga procesal del acreedor, es decir, aquél que quiera que su crédito sea reconocido en el proceso concursal y, por tanto, que sea incluido en la masa pasiva, tendrá que comunicarlo en tiempo y forma, debiendo afrontar las consecuencias que conlleva su falta de comunicación, entre las que destaca la consideración del crédito como subordinado³⁹.

En este sentido, el artículo 85.1 de la L.C. dispone que *«Dentro del plazo señalado en el número 5.º del apartado 1 del artículo 21 –un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el B.O.E. del auto de declaración del concurso-, los acreedores del concursado comunicarán a la administración concursal la existencia de sus créditos»*.

Por otro lado, en cuanto al reconocimiento de créditos, el artículo 86 de la L.C. establece como regla general la competencia de la administración concursal para

³⁹ El artículo 92.1 L.C. proclama que tendrán la consideración de créditos subordinados *«Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas»*.

determinar, una vez comprobada la validez y legitimidad de los créditos, su inclusión en la masa pasiva.

Ahora bien, en lo que aquí interesa, conviene señalar que el régimen general de comunicación y reconocimiento de los créditos concursales no es aplicable a aquéllos que sean titularidad de la Administración Pública, de tal forma que éstos siempre van a incluirse en la masa pasiva o, al menos, se va a facilitar su incorporación.

En cuanto a la comunicación, tenemos que partir del artículo 21.4 L.C. el cual recoge una comunicación simplificada o de oficio. Este artículo obliga a la administración concursal a realizar una comunicación individualizada a los acreedores cuya identidad emane de la documentación que obre en autos, haciendo mención expresa a la AEAT y a la TGSS⁴⁰.

Por tanto, la Administración Pública siempre va a tener constancia de la incoación de un proceso concursal en el que se vean afectados créditos de su titularidad, puesto que, a diferencia de otros acreedores, va a recibir la comunicación individualizada por parte de la administración concursal⁴¹.

Por otro lado, en cuanto al régimen de reconocimiento de los créditos, el artículo 86.2 L.C. señala que «*Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos (...) reconocidos por certificación administrativa*».

Así, la regla general según la cual la administración concursal reconocerá o no los créditos según su juicio no resulta aplicable a aquéllos que consten en certificación administrativa, entre otros.

Por tanto, en base al principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, dichos créditos se reconocerán obligatoriamente⁴². Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 86.2., in fine, de la L.C. permite a la administración concursal

⁴⁰ Artículo 21.4.3 L.C. «*La comunicación se dirigirá por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras. Igualmente se comunicará a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento como parte*».

⁴¹ AGUILAR RUBIO, M., *Crédito tributario y concurso de acreedores*, Vizcaya, 2009, págs. 277-318.

⁴² HOLDERL FRAU, H.A., *Introducción al...*, op. cit. págs. 109-113.

impugnar los créditos reconocidos por certificación administrativos según lo dispuesto en la legislación correspondiente.

Como simple apreciación, señalar que tanto la Hacienda Pública como la Seguridad Social están legitimados para emitir certificaciones administrativas⁴³. Por tanto, los créditos tributarios y de la SS siempre serán reconocidos, sin perjuicio de que la administración concursal pueda impugnarlos si lo considera oportuno.

Además de lo anterior, también hay que tener presente que los créditos públicos cuentan con otro privilegio que viene previsto en el artículo 87 L.C. sobre supuestos especiales de reconocimiento.

En este sentido, la regla general es que los créditos litigiosos recibirán un tratamiento similar a los créditos sometidos a condición suspensiva, de tal forma que *«(...) serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro»*⁴⁴.

Ahora bien, la situación no es igual cuando nos encontramos ante créditos de titularidad pública ya que, en este caso, los créditos públicos litigiosos recibirán el mismo tratamiento que el de los créditos sometidos a condición resolutoria, y no suspensiva, por lo que *«se reconocerán como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición»*, invirtiéndose por tanto la regla general expuesta.

Como última aclaración, me resultó interesante la siguiente aportación de ANTÓN GUIJARRO, J:

«La regla de reconocimiento necesario o forzoso opera exclusivamente en el ámbito de los créditos concursales y no así en el de los créditos contra la

⁴³ Vid. artículo 123.3 Reglamento General de Recaudación y artículo 50.1 Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

⁴⁴ Según la STS, de 28 de febrero de 1991, el crédito litigioso es aquél sobre el que existe *«un debate judicial iniciado y no resuelto acerca de su existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes»*.

masa cuyo régimen escapa a las reglas de concurrencia concursal, y en este sentido el art. 86.2 L.C. es claro al exigir la inclusión de los créditos amparados por la norma en la «lista de acreedores», mientras que los créditos contra la masa precisamente por no formar parte del pasivo concursal simplemente se harán constar en el informe mediante «relación separada»»⁴⁵.

3.3.3 LA CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS PÚBLICOS

3.3.3.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

Como sabemos, el concurso tiene por objeto principal, entre otros, el pago de los créditos reconocidos que se incluyen en la masa pasiva, así como de los créditos contra la masa, los cuales constituyen una categoría distinta y preferente.

Pues bien, en atención a esta finalidad, y teniendo presente la posible imposibilidad del concursado de satisfacer íntegramente todas sus deudas, el legislador ha optado por clasificar los créditos concursales en distintas categorías –privilegiados, ordinarios y subordinados–.

De esta forma, en caso de que tenga lugar la liquidación del patrimonio del deudor, se deberán satisfacer los créditos en atención al orden de prelación establecido en los artículos 89-93 de la L.C. En definitiva, la clasificación de los mismos se refleja en las posibilidades reales de satisfacción del crédito⁴⁶.

Ahora bien, la adscripción de un crédito a una determinada categoría tiene otras consecuencias más allá de las operativas en caso de liquidación del patrimonio del concursado. Así, cabe destacar por su vinculación con el objeto del presente trabajo, el derecho de abstención que la L.C. otorga a los acreedores privilegiados, si bien su estudio se dejará para un posterior epígrafe.

⁴⁵ ANTÓN GUIJARRO, J., «Especialidades en la comunicación y reconocimiento de los créditos de Derecho Público en el concurso de acreedores», AAVV., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., *Las Administraciones Públicas... op. cit. págs. 201-222.*

⁴⁶ HOLDERLD FRAU, H. A., *Introducción al... op. cit. págs. 113-117*

3.3.3.2 CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Los créditos contra la masa pueden ser definidos como aquéllos que, con carácter general, derivan de la propia tramitación del procedimiento concursal, no integrándose en la masa pasiva del concurso.

El artículo 84 L.C. los define por vía de exclusión al señalar que «*Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta ley no tengan la consideración de créditos contra la masa*».

Así, podríamos decir que los créditos concursales son los causantes del propio concurso mientras que los créditos contra la masa son los generados con posterioridad a su declaración y, por tanto, hacen referencia a los gastos judiciales y a los gastos derivados del mantenimiento de la actividad empresarial del concursado.

No obstante, hay algunos créditos que se originan con anterioridad al auto de declaración pero que, debido a su especial condición, reciben esta consideración por mandato legal, destacando el caso de los salarios de los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso⁴⁷. También se incluyen los créditos vinculados a la rehabilitación de algunos contratos o el denominado *fresh money*.⁴⁸.

Por tanto, con carácter general existe un *dies a quo* y *ad quem* para poder calificar los créditos como contra la masa. Así, tendrán esta consideración los que se originen desde la declaración del concurso hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o se declare la conclusión del concurso, incluyéndose por tanto los créditos generados durante la fase de aprobación del mismo. Esta última apreciación fue modificada con la entrada en vigor de la Ley 38/2011⁴⁹ ya que, hasta este momento, se incluían los créditos generados hasta la aprobación del convenio⁵⁰.

⁴⁷ Señala HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., «La clasificación concursal de los créditos laborales», AAVV, ORELLANA CANO, N. A., *El concurso laboral*, Madrid, Edit. La Ley, 2012, págs. 202-203 que se trata de un «superprivilegio» que se restringe a los créditos salariales.

⁴⁸ Vid. artículos 84.2.1, 84.2.7 y 84.2.11 L.C..

⁴⁹ Vid. SAP Barcelona, de 23 de octubre de 2013; SAP Barcelona, de 2 de enero de 2014.

⁵⁰ Hasta esta modificación, el artículo 84.2.5 señalaba expresamente «*hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso*».

Su fundamento lo encontramos en el hecho de que, una vez declarado el concurso, su propia solicitud y tramitación, así como la continuidad de la actividad empresarial, genera nuevas obligaciones empresariales.

Esto resulta totalmente coherente con el principio de conservación de la actividad empresarial ya que ningún operador mercantil mantendría relaciones comerciales con el concursado si sus créditos fuesen a integrarse en la masa pasiva.

En cuanto al orden de pago, el propio artículo 84.3 L.C. dispone que los créditos del número 1º, relativo a los salarios, se pagarán de forma inmediata, mientras que los restantes «*se pagarán a sus respectivos vencimientos*».

Sin perjuicio de ello «*La administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social*». Con esto se puso fin a las discusiones doctrinales y jurisprudenciales sobre el criterio aplicable⁵¹.

Ahora bien, el régimen de pago de los créditos contra la masa se completa con lo dispuesto en el artículo 154 L.C. que recoge la prioridad de pago de los créditos contra la masa sobre los concursales⁵².

Expuesto ya lo anterior, se procede a mencionar todos aquellos créditos que tengan la consideración de créditos contra la masa, distinguiendo entre créditos de la SS y créditos tributarios⁵³.

⁵¹ AJM Bilbao, de 26 de junio de 2009 «*Es cierto que existe un fuerte debate doctrinal y de jurisprudencia menor en torno a cuál debe ser el criterio rector del pago de créditos contra la masa, optando determinados Juzgados de Instancia por el criterio puro de vencimiento, y optando otros por introducir matizaciones en aras del interés del concurso. Entre las muchas resoluciones dictadas sobre dicho asunto, se pueden mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 5 de marzo de 2007 (RA 2007/273898) que acoge la primera de las tesis expuestas; o las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona número 2 de 20 de diciembre de 2006 (RA 2007/336), o la dictada por este mismo Juzgado en fecha 11 de febrero de 2008*».

⁵² Artículo 154 L.C. «*Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta. Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial*».

⁵³ Vid. GARRIDO, J. M., «La clasificación de los créditos», (art. 91 L.C.), AAVV, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentarios en la Ley Concursal, T. I*, Madrid, Edit. Civitas, 2004, págs. 1644 y ss.

En primer lugar, en cuanto a los créditos ante la SS, la regla general es que tendrán esta consideración los que se originen desde la declaración del concurso hasta su conclusión y los que deriven de una obligación legal⁵⁴. Así, destacan los siguientes:

- a) Pago de las cuotas de la SS: dichas cuotas tendrán la consideración de créditos contra la masa si se han devengado con posterioridad a la declaración del concurso y si derivan de la continuación de la actividad empresarial, ex. artículo 82.4.5 L.C.⁵⁵. Ahora bien, el pago de estas cuotas también podría tener la consideración de crédito contra la masa por derivar de una obligación legal surgida tras la declaración del concurso, con independencia de que surjan o no de la continuación de la actividad empresarial ex. artículo 84.1.10 L.C.
- b) Intereses y recargos por cuotas a la SS: las cuotas de la SS tienen que ser ingresadas dentro del plazo señalado legalmente –generalmente un mes desde su devengo-. La falta de pago dentro de plazo implica el devengo de intereses de demora y la imposición de recargos del 20% o 35%. La consideración de dichos intereses y recargos como créditos contra la masa tuvo lugar mediante la STS, Sala Primera, de 15 de marzo de 2013, la cual exige que se devenguen tras la declaración del concurso y que deriven de la continuación de la actividad profesional. Además, dichos créditos han de tener la misma consideración que el principal del que derivan.
- c) Recargos por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales: dicho concepto puede ser entendido como una responsabilidad que se impone a la empresa cuando, por incumplimiento de las normas de seguridad y salud laboral, se causan daños a un trabajador. De esta forma, la empresa incumplidora tendrá que pagar un porcentaje de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional que oscilará entre un 30% y un 50%. Por ello, puede decirse que tiene una naturaleza mixta ya que, por un lado, constituye un complemento de la prestación para el trabajador afectado mientras que, por otro

⁵⁴PÉREZ PÉREZ, E., «La clasificación de los créditos de la Seguridad Social», AAVV, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., *Las Administraciones*, op. cit. pág.s 225-281.

⁵⁵ Vid. STS, Sala Primera, de 3 de junio de 2014; STS, Sala Primera, de 4 de junio de 2014; SAP Albacete, de 3 de febrero de 2014; SAP Asturias, de 24 de septiembre de 2014.

lado, constituye una sanción para el empresario⁵⁶. Ahora bien, una cuestión fundamental es la determinación del momento concreto que ha tenerse en cuenta para calificar el crédito, existiendo jurisprudencia dispar al efecto. Así, algunas sentencias, basándose en su carácter punitivo, entienden que lo fundamental es la fecha de comisión de la conducta sancionadora, es decir, el momento de incumplimiento de las normas de seguridad⁵⁷. Por otro lado, otras sentencias entienden que hay que atenerse a la fecha de imposición de la responsabilidad por parte del INSS⁵⁸. Ahora bien, la jurisprudencia más reciente prima el carácter resarcitorio del recargo, de tal forma que atienden a la fecha del hecho causante de la prestación⁵⁹. De esta forma, si el hecho causante del recargo, es decir, la producción del accidente, es posterior a la declaración del concurso, el mismo tendrá la condición de crédito contra la masa, ex. artículo 84.2.5 L.C., mientras que, en caso de ser anterior, sería un crédito con privilegio general del artículo 91.1.1 L.C.

- d) Capital coste de las prestaciones devengadas tras la declaración del concurso: concepto que se origina cuando se declara la responsabilidad de una empresa por incumplimiento en el abono de prestaciones periódicas que responden a la falta de alta, afiliación o cotización. De esta forma, el empresario deberá ingresar en la T.G.S.S. el capital coste de la prestación -valor actual- para que ésta proceda a su abono. En este caso, el elemento temporal vuelve a ser determinante para calificar el crédito, con independencia de la inclusión expresa en el artículo 91.1 L.C. Así, la fecha del hecho causante será la que determine dicha calificación⁶⁰.

Con lo anterior han quedado reflejados los créditos de la SS que tienen la consideración de créditos contra la masa, siendo el momento de hacer lo propio con los créditos tributarios.

⁵⁶ Vid. STS, Sala Cuarta, de 2 de octubre de 2008.

⁵⁷ Vid. STS, Sala Primera, de 6 de abril de 2011; STS, Sala Primera, de 1 de julio de 2011.

⁵⁸ Vid. SAP Castellón, Sección 3ª, de 18 de junio de 2010.

⁵⁹ Vid. STS, Sala Cuarta, de 13 de marzo de 2015.

⁶⁰ En prestaciones por muerte o supervivencia el hecho causante será el fallecimiento. En caso de incapacidad permanente se tendrá en cuenta la fecha del informe del equipo de valoración, salvo que venga precedida de una incapacidad temporal, en cuyo caso se tendrá en cuenta el momento de su finalización. En caso de incapacidad temporal se estará al momento de emisión del parte de baja.

A diferencia de los créditos de la SS, los tributarios no cuentan con una mención expresa en el artículo 84.2 L.C. Por ello, ha existido una gran discusión jurisprudencial y doctrinal a la hora de fijar el criterio aplicable.

Así, un sector abogaba por el criterio del vencimiento mientras que otro defendía la aplicación del criterio de la exigibilidad de la cuota tributaria.

Esta controversia fue resuelta mediante la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en el año 2009, la cual señaló que los créditos tributarios por hechos anteriores a la declaración del concurso tendrían la consideración de créditos concursales, con independencia del momento de la autoliquidación, ya que el crédito tributario nace con la realización del hecho imponible, momento que coincide con el devengo, tal y como proclama el artículo 21 L.G.T⁶¹.

En definitiva, tendrán la consideración de créditos contra la masa aquellos créditos tributarios que se devenguen con posterioridad a la declaración del concurso⁶².

Esta solución opera en supuestos de pago de cuotas del IRPF⁶³. También resulta aplicable al pago IVA⁶⁴.

A pesar de lo anterior, la emisión de esta sentencia no puso fin a la problemática ya que en la actualidad existen algunos supuestos especiales en los que la aplicación del criterio del devengo no resulta tan simple. Tal es el caso de las facturas rectificativas del IVA y las posibles retenciones del IRPF, si bien no entraré en su estudio debido a la amplia jurisprudencia existente al efecto.

Finalmente, un aspecto importante de los créditos contra la masa es la determinación del carácter de los intereses y recargos que deriven de los mismos.

⁶¹ Vid. STS 590/2009, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de septiembre.

⁶² Así se pronuncia también la jurisprudencia menor, entre otras la SAP La Coruña, de 19 de febrero de 2008 que señala que el criterio relevante para calificar el crédito lo constituye la fecha de nacimiento, es decir, el devengo, con independencia del período de liquidación del tributo.

⁶³ Vid. STS, de 20 de septiembre de 2009.

⁶⁴ Vid. STS, de 1 de septiembre de 2009.

Así, la regla general del artículo 59 L.C. es que la declaración del concurso suspende los intereses, por lo que los ya devengados tendrán la consideración de créditos concursales, como el principal del que derivan.

Ahora bien, la solución no es la misma en caso de devengo de intereses de créditos contra la masa, ya que resulta de aplicación el artículo 84.4 L.C., introducido por la Ley 38/2011.

Este artículo proclama que *«...no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento»*.

Por tanto, en atención al último párrafo, los intereses devengados por la falta de pago de los créditos contra la masa tendrán esta consideración a todos los efectos.

3.3.3.3 CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL

Los créditos con privilegio especial constituyen junto a los créditos con privilegio general, los ordinarios y los subordinados, la categoría de créditos concursales, los cuales conforman la masa pasiva de todo concurso.

Por tanto, nos encontramos ante una categoría totalmente distinta a los créditos contra la masa, contando cada una de ellas con una regulación diferenciada.

Están recogidos en los artículos 89 y ss. L.C. y puede definirse como aquéllos que surgen antes de la declaración del concurso, es decir, son los que originan el estado de insolvencia del deudor y, por tanto, constituyen la masa pasiva de todo concurso.

Explicado lo anterior, los créditos con privilegio especial están recogidos en el artículo 90 L.C. y, con carácter general, se caracterizan por afectar a bienes y derechos concretos sobre los que se ha constituido una garantía real.

De esta forma, en caso de liquidación se satisfarán con cargo a los bienes y derechos afectos, si bien cabe que la administración concursal opte por pagarlos con cargo a la masa, es decir, sin realización del bien afecto, ex. artículo 155 L.C.

Además de esta preferencia de pago, el titular de créditos con privilegio especial cuenta con otras prerrogativas que refuerzan su posición frente al concursado y frente al resto de acreedores. Dichas prerrogativas se expondrán más adelante.

Entrando en materia, entre los créditos con privilegio especial recogidos en el artículo 90 L.C. hay que destacar los previstos en el párrafo primero, esto es, los créditos que estén «*garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados*», siempre y cuando el bien asegurado forme parte del patrimonio del concursado⁶⁵.

En esta subcategoría destaca la figura de la hipoteca legal tácita, garantía que se establece automáticamente en favor del Estado, CCAA y EELL sobre la anualidad corriente y la última vencida y no pagada respecto a tributos que graven periódicamente los bienes y derechos de los contribuyentes inscribibles en un registro público⁶⁶.

Esta hipoteca legal tácita surge en supuestos de impago de impuestos reales de gravamen periódico, esto es, en del Impuesto de Bienes Inmuebles y en el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.

Así, la Administración Pública cuenta con un derecho real, oponible *erga omnes*, que no requiere de inscripción en el Registro correspondiente para desplegar efectos.

En palabras de HERRERO CANO, M. L., este derecho concede «*una prioridad frente a cualquier acreedor, aunque se trate de un tercer adquirente, incluso aunque*

⁶⁵ Vid. SAP Pontevedra, de 26 de septiembre de 2011; SAP Burgos, de 16 de diciembre de 2011.

⁶⁶ El artículo 78 L.G.T. dispone que: «*En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior*».

sea de buena fe, y aunque hubiera inscrito su derecho en un registro con anterioridad a la fecha de nacimiento del derecho de la Administración Tributaria».

Por tanto, como se explicará en un posterior epígrafe, los créditos con privilegio especial permiten a su titular realizar los bienes afectos al margen del concurso, todo ello respetando los límites previstos en el artículo 56.1 L.C.

3.3.3.4 CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL

Los créditos con privilegio general están recogidos en el artículo 91 L.C., situándose en un peldaño inferior a los créditos con privilegio especial en términos de preferencia de pago.

Así, en virtud del artículo 156 L.C. se satisfarán con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o, en su caso, al remanente de ellos, todo ello en atención al orden establecido en el propio artículo 91 L.C.

A efectos del presente trabajo esta categoría es especialmente relevante ya que gran parte de los créditos de titularidad pública van a incluirse en esta categoría. Así, se incluyen los siguientes:

- a) Los capitales coste de SS responsabilidad del concursado y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, ex artículo 91.1 L.C.: en este caso se exige que hayan sido devengados con anterioridad a la declaración del concurso ya que, en caso contrario, tendrán la consideración de créditos contra la masa.
- b) Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de SS debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal, ex. artículo 91.2 L.C.: en cuanto a las retenciones de la SS se incluyen las derivadas del pago de cuotas por contingencias comunes, profesionales, horas extraordinarias y conceptos de recaudación conjunta, es decir, la denominada «cuota obrera», cuyo titular es la T.G.S.S. Por otro lado, en cuanto a las retenciones tributarias, cabe destacar el IRPF, siempre y cuando haya sido devengado una vez declarado el concurso.

- c) Créditos tributarios, de SS y demás de Derecho público que no gocen del privilegio especial del artículo 90.1 L.C. ni del privilegio general del artículo 91.2 de la misma Ley, hasta el 50% de su importe, ex. artículo 91.4 L.C.: en esta categoría se incluyen todos los créditos tributarios y de la SS que, además de carecer de garantía real sobre un bien, no tengan la consideración de retenciones. Tampoco se incluirán los capitales coste de SS y los recargos por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral que, como hemos visto, se mencionan expresamente en el párrafo primero. Ahora bien, la oscuridad del precepto ha dado lugar a una gran discusión doctrinal sobre la determinación de la base sobre la que se aplicará el mencionado 50%. La solución definitiva viene contenida en la STS de 3 de octubre de 2011, la cual señaló que *«para el cálculo del cincuenta por ciento a que se refiere el precepto que el recurrente dice infringido no se ha de tomar en cuenta el importe de los créditos comprendidos en los arts. 90, 91 y 92 de la Ley 22/2003, dado que los mismos ya han sido clasificados con una u otra condición y, por consiguiente, quedan fuera de aquél cómputo»*⁶⁷. Dicha sentencia puso fin a actuaciones abusivas de las AAPP, las cuales calculaban dicho 50% sobre la totalidad de los créditos públicos, ya sean por privilegio especial o general, ordinario o subordinado⁶⁸.
- d) Los créditos por responsabilidad civil extracontractual, ex. artículo 91.5 L.C.: cabe destacar las cantidades debidas por responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y Seguridad Social, teniendo presente que las cantidades defraudadas tendrán la condición de crédito contingente hasta su reconocimiento en sentencia, ex. artículo 87.2 L.C.

⁶⁷ Vid. SSTS 1231/ 2009 y 1232/2019, de 21 de enero.

⁶⁸ Esta cuestión fue discutida en el II Congreso de Derecho Mercantil. Así, los representantes de las AAPP entendían que el cálculo de este privilegio debía hacerse computando todos los créditos de los que ésta es titular frente al concursado, ya sean con privilegio especial o general del artículo 91.2 L.C., ordinarios o subordinados y, una vez calculado, se aplicaría el límite del 50% sobre la cuantía resultante una vez deducidos los privilegiados y los subordinados.

Frente a esto, cierto sector doctrinal, entre los que destaca ALONSO LEDESMA, C., defendían que el mencionado 50% se aplicaba la base resultante de reducir al adeudado a las AAPP las cantidades correspondientes a créditos con privilegio especial, con privilegio general del artículo 91.2. L.C., ordinarios y subordinados.

- e) El 50% de los créditos de que fuera titular el acreedor instante del procedimiento concursal, que no tuvieran la condición de subordinados: este apartado constituye un estímulo para que el acreedor, público o privado, inste la declaración del concurso. Ahora bien, a la Administración Pública no le interesará esta opción puesto que perdería la posibilidad de iniciar una ejecución separada. No obstante, resulta interesante el hecho de que la Administración Pública, de instar el concurso, se vería beneficiada en un 50% sobre la cantidad que, por aplicación del límite del artículo 91.4 L.C., pasó a tener la consideración de crédito ordinario.

3.3.3.5 CRÉDITOS ORDINARIOS

La inclusión del crédito público en esta categoría no constituye ningún tipo de privilegio o ventaja con respecto al resto de acreedores, razón por la cual me limitaré a mencionar por encima sus aspectos esenciales.

La calificación de los créditos como ordinarios responden a una delimitación negativa, de tal forma que tendrán esta consideración los que no se encuentren calificados en la Ley como privilegiados o subordinados, incluyéndose el 50% de los créditos públicos que no tienen la consideración de privilegiados⁶⁹.

En virtud del artículo 157 L.C. se satisfarán a prorrata con cargo a los bienes de la masa activa, una vez hayan sido satisfechos los créditos contra la masa y con los créditos privilegiados.

3.3.3.6 CRÉDITOS SUBORDINADOS

Al igual que los créditos ordinarios no constituyen una categoría privilegiada, así que sólo mencionar que vienen previstos en el artículo 92 L.C. y se caracterizan porque sus titulares carecen de derecho de voto en la junta y porque se verán sometidos a las mismas quitas y esperas que prevea el convenio para los créditos ordinarios, si bien no se satisfarán hasta que no se hayan satisfecho los anteriores, ex. artículos 122.1 y 134

⁶⁹ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La Hacienda pública...*, op. cit. págs. 63-87.

L.C. Asimismo, en caso de liquidación no serán satisfechos hasta el pago de los créditos del resto de acreedores, ex. artículo 158 L.C..

En esta categoría se incluyen los denominados créditos morosos, los créditos por recargos e intereses y los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

3.4 EL CRÉDITO PÚBLICO EN LA FASE DE CONVENIO

3.4.1 ASPECTOS GENERALES

Como ya adelanté, la fase común finaliza con la determinación de la masa activa y pasiva del concurso y con la presentación del informe de la administración concursal. Su regulación está contenida en el título IV de la L.C.

Finalizada esta fase, el proceso concursal seguirá una de las dos posibles vías, es decir, el convenio o la liquidación.

La finalidad de estas dos soluciones es la misma, esto es, la satisfacción de los intereses de los acreedores, si bien el convenio persigue este objetivo mediante el establecimiento de quitas y esperas acordadas por las partes, todo ello en base al principio de conservación de la actividad empresarial.

Ahora bien, además de quitas y esperas, se pueden incluir soluciones alternativas, tales como la conversión del crédito en acciones o participaciones o la cesión en pago, si bien esta opción no se podrá imponer a las Administraciones Públicas, ex. artículo 100.3 L.C.

De esta forma, podemos definir el convenio como el negocio jurídico basado en el acuerdo de voluntades de los acreedores, cuya consecución exige alcanzar las mayorías previstas legalmente y su posterior homologación judicial, y que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores mediante quitas o esperas de los créditos.

La finalidad conservativa del convenio es manifiesta, ya que el legislador prohíbe el convenio de liquidación en el mencionado artículo 100.3 L.C.

En lo que aquí interesa, tenemos que partir de la base de que nuestra legislación tiende a una sobreprotección del crédito público, de tal forma que otorga grandes

privilegios a la Administración Pública en la fase de convenio concursal, a la vez que limita sus facultades de negociación con el concursado.

Como consecuencia de lo anterior, se reducen las posibilidades de que los créditos públicos sean sometidos a quitas o esperas. De esta forma, el resultado suele ser la satisfacción íntegra de sus créditos mediante la liquidación del patrimonio del deudor, por lo que no resulta acorde con el espíritu conservativo proclamado en la Ley.

En definitiva, este régimen sobreproteccionista del crédito público constituye una traba a las posibilidades de continuación de la actividad empresarial y, por tanto, a la supuesta finalidad de la L.C.

En este epígrafe se van a abordar dos de estas cuestiones, concretamente el derecho de abstención de los organismos públicos y la posibilidad de celebrar acuerdos singulares, figuras que están íntimamente relacionadas.

3.4.2 DERECHO DE ABSTENCIÓN

Esta figura se incluye dentro de la extensión subjetiva del convenio, aspecto regulado en el artículo 134 L.C.

Tenemos que partir de la base de que el convenio aprobado judicialmente vincula a todos los acreedores concursales, hayan comparecido o no al proceso de aprobación, hayan votado o no a favor, e incluso cuando no hayan comunicado el crédito en los momentos procesales oportunos.

Ahora bien, su contenido no afectará a los créditos contra la masa ni a los créditos privilegiados, salvo que su titular decida vincularse voluntariamente⁷⁰.

Esta facultad se conoce como derecho de abstención, figura recogida en el artículo 134 L.C. que señala *que «Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable. Además, podrán*

⁷⁰ El artículo 124.3 L.C. dispone que *«La aprobación del convenio implicará la extensión de sus efectos a los acreedores ordinarios y subordinados que no hubieran votado a favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 134».*

vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio».

Ahora bien, en contradicción con lo anterior, tanto el artículo 10.3 L.G.P. como el artículo 164.4 L.G.T. reconocen un derecho genérico de abstención a la Hacienda Pública, no limitado a los créditos privilegiados, por lo que es necesario determinar que regulación es la aplicable⁷¹.

Ante esta dicotomía, entiendo que resulta de aplicación el régimen de la L.C. ya que, por un lado, esta Ley señala que no cabe el reconocimiento de más privilegios que los reconocidos en su articulado y, por otro lado, tanto el artículo 77 de la L.G.T. como su Disposición Adicional Octava reconocen prioridad a la legislación concursal, existiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo ratifica.

En consecuencia, este derecho de abstención permite a los entes públicos, aunque limitado a los créditos privilegiados, no vincularse al convenio, por lo que sus créditos deberán ser satisfechos íntegramente, con los perjuicios que ello conlleva para los acreedores que sí hayan sacrificado sus intereses en beneficio común⁷².

A pesar de todo lo expuesto, es cierto que las últimas modificaciones operadas en la L.C. tratan de garantizar la continuación de la actividad del concursado mediante la eliminación de trabas y el impulso de las facultades de negociación, si bien la práctica no lo corrobora, razón por la cual resulta evidente la necesidad de reducir aún más los privilegios de ciertos acreedores y de imponerles mayores sacrificios.

3.4.3 POSIBILIDAD DE CELEBRAR ACUERDOS SINGULARES CON EL CONCURSADO

Continuando con lo expuesto, la Ley impone grandes limitaciones a los organismos públicos a la hora de transigir sobre sus derechos de crédito, todo ello con fundamento en la protección de los intereses generales que tiene encomendada.

⁷¹ AGUILAR RUBIO, M., *Crédito tributario y...*, op. cit. págs. 331-335.

⁷² RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Las particularidades de la fase de convenio: La extensión subjetiva», AAVV, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., *Las Administraciones...*, op. cit. págs. 353-391.

Al respecto, el artículo 24 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante T.R.L.G.S.S.) dispone que *«No se podrá transigir judicial o extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social (...) sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado»*.

Ahora bien, conviene señalar que este rígido requisito no se exige en los procedimientos concursales, ya que es el párrafo segundo el que enumera las distintas prerrogativas que tiene reconocidas la TGSS en este tipo de procesos.

Por otro lado, tanto la legislación tributaria como la social reconocen la posibilidad de que sus respectivos órganos públicos suscriban lo que se denomina acuerdos singulares con el concursado.

Así, en el ámbito tributario viene recogido en los artículos 10.3 L.G.P. y 164.4 L.G.T., mientras que en el ámbito de la Seguridad Social viene previsto en el mencionado artículo 24.2 T.R.L.G.S.S.

Estos artículos proclaman que tanto la TGSS como la Hacienda Pública podrán *«acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el acuerdo o convenio que pongan fin al proceso judicial»*.

Ahora bien cabe destacar que, a diferencia de lo que opinan algunas Administraciones, sólo se podrán celebrar acuerdos singulares de pago que tengan por objeto créditos privilegiados, excluyéndose de esta facultad negociadora los créditos ordinarios y los subordinados. Este límite me parece totalmente justificado.

Al respecto, tiene gran relevancia la Instrucción 3/2014, de 19 de noviembre de la Directora del Departamento de Recaudación de la AEAT, para la suscripción de acuerdos singulares con obligados declarados en concurso de acreedores, la cual

reconoce la posibilidad de celebrar estos acuerdos sobre créditos privilegiados y fija una serie de criterios y requisitos formales necesarios para su formalización⁷³.

Fuera de estos casos, la legislación concursal sólo permite que el convenio concursal contenga tratos singulares hacia acreedores que compartan ciertas características cuando, además de alcanzarse las mayorías legales, se obtenga el voto favorable del pasivo no afectado en las mismas proporciones⁷⁴.

Para evitar extenderme en exceso, dejaré para las conclusiones un supuesto que está íntimamente relacionado con la celebración de acuerdos concursales por parte de los organismos públicos, esto es, la posible consideración de estos acuerdos como ayudas de Estado.

3.5 EL CRÉDITO PÚBLICO EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN

3.5.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

La liquidación constituye una segunda vía de finalización del procedimiento concursal que está regulada en los artículos 142 a 162 L.C.

Esta operación tiene por objeto la realización de los bienes y derechos del deudor –ya sea en atención al plan de liquidación realizado por la administración concursal o en atención a las reglas legales de liquidación- y posterior pago de los acreedores según el orden preestablecido y hasta donde alcance el producto obtenido con dicha realización⁷⁵.

Constituye una solución subsidiaria ya que impide la consecución de uno de los fines primordiales de la legislación concursal, esto es, el ya reiterado principio de conservación de la actividad empresarial.

En este sentido se pronuncia la Exposición de Motivos de la L.C. al señalar *que «(...) la liquidación es siempre una solución subsidiaria, que opera cuando no se*

⁷³ Vid. Instrucción 3/2014, de 19 de noviembre de la Directora del Departamento de Recaudación de la AEAT, para la suscripción de acuerdos singulares con obligados declarados en concurso de acreedores,

⁷⁴ Vid. artículo 125 L.C.

⁷⁵ HOLDERLD FRAU, H. A., *Introducción al... op. cit. págs. 138-150.*

alcanza o se frustra la de convenio», si bien la misma puede ser solicitada por el deudor en cualquier momento del proceso, ex. artículo 142.1 L.C..

En lo que aquí interesa, en el siguiente epígrafe se expondrán los privilegios de pago con los cuenta la Administración Pública en los supuestos de liquidación, si bien el grueso de la cuestión ya se adelantó al explicar la clasificación de los créditos.

3.5.2 PAGO DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES PÚBLICOS

Una vez liquidado el patrimonio del concursado, ya haya tenido lugar en atención al plan de liquidación presentado por la administración concursal o en atención a las reglas legales, se procederá al pago de los acreedores.

El pago de los créditos concursales aparece regulado de forma taxativa en los artículos 154 a 162 L.C. por lo que, a diferencia del convenio concursal, no es posible alcanzar acuerdos que alteren el régimen previsto en la Ley.

Como ya se adelantó, el pagó de los créditos de los acreedores se realizarán en atención a la clasificación de los créditos, haciéndose frente en primer lugar a los créditos contra la masa.

Así, en primer lugar, se detraerán de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa, teniendo en cuenta que no se podrán hacer con cargo a los bienes o derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial, ex. artículo 154. L.C.

Estos créditos serán satisfechos según el criterio de vencimiento y, además, devengan intereses desde este momento, tal y como dispone el artículo 84.4 L.C.

En relación a la autotutela administrativa sobre los créditos contra la masa, hay una Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo que señala que la Administración Pública *«puede ejecutar, pero siempre que respete dicho orden de vencimiento, de*

suerte que será nulo un embargo que traiga como consecuencia que créditos contra la masa anteriores en devengo resulten impagados»⁷⁶.

Tras esto, se procederá al pago de los créditos con privilegio especial con cargo a los bienes y derechos afectos, sin perjuicio de que la administración concursal pueda optar por proceder a su pago sin realizar dichos bienes, ex. artículo 155 L.C.. La parte que no quede cubierta mediante la realización del bien se satisfará conjuntamente con los créditos ordinarios, a prorrata⁷⁷.

A continuación, es el turno de satisfacer los créditos con privilegio general con cargo a bienes no afectos a privilegio especial o, en su caso, al remanente que quede de éstos y siempre en atención al orden establecido en el propio artículo 91, ex. artículo 156 L.C. Esto quiere decir que en caso de insuficiencia de la masa activa no se satisfarán a prorrata, sino que tendrán preferencia los créditos que ocupen los primeros cardinales del artículo 91.

Seguidamente se procederá al pago de los créditos ordinarios que, en caso de insuficiencia de la masa activa, tendrá lugar a prorrata junto a la parte de los créditos con privilegio especial que no haya quedado cubierta mediante la realización del bien afecto, ex. artículo 157 L.C..

En el último escalón encontramos los créditos subordinados que, al igual que los créditos con privilegio general, se satisfarán en atención al orden establecido en el artículo 92 L.C., por lo que la insuficiente de masa activa no implica la satisfacción a prorrata de los mismos.

De esta forma, trayendo a colación lo explicado en el epígrafe relativo a la clasificación de los créditos, podemos ver que el crédito público cuenta con grandes privilegios y preferencia de pago ya que éstos, con carácter general, van a ostentar la condición de crédito con privilegio especial o general. Por tanto, puede señalarse que, *a priori*, los créditos públicos cuentan con altas probabilidades de ser satisfechos.

⁷⁶ Vid. SJM Oviedo, de 7 de febrero de 2011.

⁷⁷ ORELLANA CANO, M. A., «La liquidación y las Administraciones Públicas», AAVV., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., *Las Administraciones...*, op. cit. págs. 397-430.

Así, en caso de liquidación se procederá al pago de los créditos públicos tras la satisfacción de los créditos con privilegio especial, teniendo siempre presente que éstos sólo se pagarán en la cuantía que resulte de la realización del bien afecto, de tal forma que los capitales coste de la SS, los recargos sobre prestaciones por incumplimiento en materia de salud laboral, las retenciones tributarias y de SS y los créditos públicos en la parte no correspondiente al 50% por privilegio especial (artículos 91.1, 2 y 4, respectivamente) cuentan con un trato de favor a la hora de proceder al pago de los créditos concursales.

Para finalizar, tiene gran relevancia la doctrina del TS que puso fin a la conflictividad generada por el artículo 84.4 L.C., el cual señala, al referirse a los créditos contra la masa, que *«no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos»*.

Dicha doctrina matizó el presente artículo al señalar que no cabe incoar procedimientos de ejecución sobre créditos contra la masa una vez abierta la fase liquidación ya que esta actuación iría en contra del carácter universal de la liquidación concursal⁷⁸.

4. CONCLUSIONES :

PRIMERA:

Tras estudiar la normativa aplicable a los créditos públicos concursales, tanto la contenida en la L.C. como en las demás leyes complementarias, así como la amplia jurisprudencia y doctrina al efecto, he reparado en que el crédito público sigue estando fuertemente blindado.

De esta forma, sin perjuicio de que la entrada en vigor de la L.C. y sus últimas modificaciones hayan llevado a cabo una considerable tala de los privilegios recogidos en la anterior Ley de Suspensión de Pagos, no es menos cierto que el esfuerzo no ha

⁷⁸ Vid. STS, de 12 de diciembre de 2014, entre otras.

sido suficiente ya que los acreedores privilegiados –entre ellos la Administración Pública- siguen contando con facultades exorbitantes que le eximen de sacrificarse en beneficio común del propio concurso.

Así, si la legislación concursal no opta por reducir el número de acreedores privilegiados y no elimina una serie de facultades que, en mi opinión, resultan incompatibles con la finalidad conservativa que persigue la L.C., tales como la posibilidad de continuar con los procedimientos administrativos de ejecución una vez incoado el concurso, el arcaico derecho de abstención o la posibilidad de celebrar acuerdos singulares más favorables, la eficacia de esta norma seguirá siendo prácticamente nula.

SEGUNDA:

Esta sobreprotección del crédito público no sólo resulta contraria al mencionado principio de conservación de la actividad empresarial, sino también a otros que, teóricamente, inspiran la legislación concursal.

Estoy haciendo referencia al principio de igualdad de tratamiento de los acreedores y al principio de universalidad concursal.

En este sentido, como se ha visto a lo largo del presente trabajo, la finalidad principal del procedimiento concursal es la satisfacción de los intereses de los acreedores, los cuales, al comunicar sus créditos, tienen la expectativa de ver sus créditos satisfechos de forma total o parcial.

Pues bien, el hecho de que la Administración mediante el mecanismo de la ejecución singular pueda extraer de la masa activa del concurso bienes o derechos de forma ajena al proceso, sin esperar a la formalización de un convenio o a la apertura de la liquidación, tiene un claro impacto negativo sobre estas expectativas.

Lo anterior se ve reforzado en atención a la frecuente clasificación del crédito público como privilegiado y a las prerrogativas que ello conlleva.

Por ejemplo, mediante el derecho de abstención la Administración podrá desvincularse del contenido del convenio y exigir el pago íntegro de sus créditos

privilegiados, con el evidente perjuicio económico que ello conlleva para el resto de acreedores que, mediante quitas o esperas, han decidido sacrificarse en beneficio común.

Sobre este derecho de abstención, cabe destacar la limitación introducida mediante el párrafo tercero del artículo 134 L.C. si bien, en atención a los requisitos exigidos para el *arrastre* de los acreedores disidentes, no está clara su relevancia práctica.

En definitiva, sin perjuicio de que se hayan reducido ciertos privilegios y se haya favorecido la consecución de soluciones convencionales al convenio, el articulado de la L.C. sigue resultando incompatible con el principio de igualdad de tratamiento que proclama su Exposición de Motivos por lo que nos encontramos ante un mero reconocimiento formal que no tiene virtualidad en la práctica.

TERCERA:

Este régimen privilegiado esconde una consecuencia negativa que va más allá del perjuicio para el resto de acreedores y para el propio concursado, esto es, el perjuicio económico y social que el cierre de una empresa conlleva para la sociedad.

Así, parte de la doctrina entiende que el fundamento que justifica la sobreprotección del crédito público y la limitación de la capacidad de transigir sobre ellos es la tutela del interés público, ya que estos créditos se recaudan para posteriormente revertirse en la sociedad.

Pues bien, este fundamento puede volverse en su contra ya que, en mi opinión, resulta más perjudicial para los intereses generales de la población las consecuencias que conlleva el cierre de una empresa que el hecho de pactar quitas o esperas sobre el crédito público.

En este sentido, la sustracción de bienes y derechos de la masa activa para satisfacer los créditos públicos puede dar lugar a la liquidación de la empresa y al posterior cierre de la misma, con las consecuencias negativas que la pérdida de puestos

de trabajo y el aumento del gasto social en prestaciones por desempleo genera para la economía nacional.

De esta forma, entiendo que el legislador deberá ponderar todas estas circunstancias a efectos de futuras modificaciones legislativas ya que, en algunos casos, la defensa a ultranza del interés público puede resultar contraproducente.

CUARTA:

Ahora bien, entiendo que para justificar mis argumentos, concretamente el relativo a la falta de implicación de la Administración Pública en la consecución de convenios concursales, es necesario hacer referencia a la forma en la que viene actuando en la práctica.

Así, entre 2006 y 2014 la Hacienda Pública aceptó quitas por importe de 74 millones de euros en un total de 40.000 procedimientos concursales, lo que equivale a una media de 1.900 euros por concurso, todo ello según datos publicados por el propio organismo.

Además de esto, siguiendo a GARCÍA MARTÍN, abogado experto en Derecho Concursal, durante el mencionado período la Hacienda Pública se ha adherido a 116 convenios concursales.

Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que estos datos no reflejan fielmente la intervención de los organismos públicos en los procesos concursales, ya que no están actualizados y los resultados equivalen a simples medias aritméticas.

No obstante, parte de la doctrina entiende que los organismos públicos tienden a mantener una posición pasiva y de abstención en los convenios concursales, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que nuestra normativa le brinda opciones que resultan más beneficiosas para sus intereses.

Entre estas opciones destaca la posibilidad de celebrar acuerdos singulares de pago sobre créditos privilegiados o el derecho de ejecución separada.

Así, en la mencionada Instrucción 3/2014, de 19 de noviembre, resulta llamativo el párrafo segundo, el cual señala que, con carácter general, no se incorporarán en el acuerdo quitas sobre el crédito privilegiado, y en ningún caso podrán realizarse quitas respecto de las deudas que tengan su origen en retenciones, ingresos a cuenta o deudas aduaneras.

En definitiva, la solución no consiste en compeler a la Administración para que adopte una posición más activa a la hora de alcanzar un convenio concursal, sino en eliminar estas prerrogativas legales para que el convenio general sea su única opción.

QUINTA:

Hay una cuestión que me resultó muy interesante debido a la relación que tiene con la capacidad negocial de los organismos públicos en el concurso y a su relevancia práctica.

Me refiero a la posible consideración de la quita o espera del crédito público como ayuda de Estado, aspecto que debido a su importancia he decidido exponer aquí.

Para entender este asunto, tenemos que partir de la base de que las autoridades europeas son las encargadas de velar por la protección del mercado europeo y, entre estas cuestiones, tienen que intervenir para evitar comportamientos que puedan evitar el falseamiento de la competencia.

Dentro de estos comportamientos que pueden falsear la competencia cabe destacar las denominadas ayudas de Estado, reguladas en los artículos 107 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante T.F.U.E.).

Esta institución incluye subvenciones, anticipos, avales, beneficios fiscales y otros comportamientos que pueden condicionar el mercado único europeo mediante el favorecimiento a ciertas empresas, con el correlativo perjuicio hacia las demás.

Así las cosas, el artículo 107 T.F.U.E. dispone que *«serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a*

determinadas empresas o producciones», siendo la Comisión Europea el único organismo competente para determinar la compatibilidad o no de dicha ayuda con el mercado.

En este sentido, además de establecer en el propio TFUE un listado de medidas que no se consideran ayudas de Estado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) viene exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos para calificar una medida como ayuda de Estado: a) intervención del Estado o mediante fondos estatales; b) que esta intervención pueda afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros; c) que confiera una ventaja selectiva a su beneficiario; d) que falsee o amenace falsear la competencia.

Por tanto, surge la incógnita de si las quitas o esperas de créditos públicos pueden ser consideradas ayudas de Estado.

Pues bien, para poder calificar esta actuación concreta como ayuda de Estado o no, la jurisprudencia viene utilizando el denominado «*criterio de un operador privado*» o «*principio del inversor privado en una economía de mercado*», de tal forma que la concreta quita o espera no se calificará como ayuda de Estado si un acreedor diligente también optara por esta solución.

Así, las quitas o esperas de créditos públicos concursales ordinarios y subordinados no tendrían la consideración de ayudas de Estado ya que el resto de acreedores privados también se van a ver afectados por las mismas condiciones.

Ahora bien, la situación se torna más problemática al tratarse de créditos privilegiados ya que, en este caso, al contar con posibilidades de obtener una mayor satisfacción de sus créditos, ya sea mediante la ejecución separada o mediante el derecho de abstención o celebración de acuerdos singulares, la aceptación voluntaria de las quitas o esperas del convenio podría considerarse como ayuda de Estado.

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria entiende que habrá ayuda de Estado si lo obtenido con la quita o espera fuera inferior a lo que se haya podido obtener en caso de liquidación, por lo que resulta necesario atender a las circunstancias de cada concurso y a la posición que ostente la Administración con respecto al resto de acreedores.

A pesar de lo anterior, existen una serie de excepciones y criterios reconocidos por la Comisión Europea y el TJUE que pueden permitir a salvar este escollo.

Así, no estaremos ante una ayuda de Estado si estamos ante entidades sin ánimo de lucro, si no se alcanza la norma de «*minimis*» fijada en 200.000 euros o si se renuncia a sanciones o recargos de la Hacienda Pública.

En definitiva, a la sobreprotección del crédito público en nuestra normativa hay que añadirle las limitaciones comunitarias, si bien la regla del «*minimis*», entre otras, permitirá alcanzar acuerdos para salvaguardar la actividad de las PYMES.

SEXTA:

Para finalizar con las conclusiones, la lectura de algunas obras de Derecho Comparado en materia concursal me ha permitido extraer algunas consideraciones «*de lege ferenda*» para tratar de impulsar la solución conservativa el concurso.

En este sentido, entiendo que para conseguir este objetivo es fundamental acercarse al modelo propio del sistema germánico, denominado «*Klasenloskonkurs*», vigente en países como Alemania o Austria.

Este sistema equivale a un concurso sin clases, en el que el único crédito privilegiado es el que cuente con garantía real, de tal forma que los demás acreedores, sean público o privados, reciben igual tratamiento.

Así se garantiza la virtualidad del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ya que sólo se extraerán de la masa activa las cantidades necesarias para satisfacer los créditos concursales y los créditos con garantía real, evitando de esta forma comportamientos egoístas que beneficien a uno o pocos acreedores en perjuicio de todos los demás.

En definitiva, siguiendo la opinión de OLIVENCIA RUIZ, si realmente se quiere optar por un sistema conservativo es necesario reducir cuantitativa y cualitativamente los privilegios, de tal forma que los acreedores, especialmente los públicos, estén dispuestos a hacer sacrificios que redunden en beneficio del propio concurso y, en definitiva, del interés general.

5. BIBLIOGRAFÍA:

- HOLDER FRAU, H. A., *Introducción al Derecho Concursal*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2010.
- SÁNCHEZ PINO, A. J., *Problemas Fiscales de la Suspensión de Pagos*, Pamplona, Edit. Aranzadi, 1997.
- MACÍAS CASTAÑO, J. M., «El concepto de administración pública y de crédito público», AAVV., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., *Las Administraciones Públicas en el Concurso*, Navarra, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 86-90.
- VALERO LOZANO, N., *El Régimen Jurídico de Crédito Público en la Ley Concursal*, Madrid, Edit. La Ley, 2007.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., «La compensación en la Ley Concursal. Régimen General y Excepciones» AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Edit. Marcial Pons, 2005.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La Hacienda Pública y los Procesos Concursales*, Navarra, Edit. Thomson Aranzadi, 2006; Y «La compensación en la quiebra y el artículo 926 del C.Com», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 11, 1958, págs. 805 y ss.
- AGUILAR RUBIO, M., *Crédito tributario y concurso de acreedores*, Vizcaya, 2009, págs
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Las deudas de la masa*, Zaragoza, Edit. Bolonia, 1986
- OLIVENCIA RUIZ, M., «La reforma de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 285, 2012; Y «Crítica de la reforma de la Ley Concursal», *Revista Economistas*, núm. 33, 2012.

- TALMA CHARLES, J., «Consideraciones sobre los fundamentos de nuestro vigente sistema de privilegios crediticios (con especial mención a los denominados «superprivilegiado», Revista de Derecho Patrimonial, núm. 6, 2001.

- GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los intereses concurrentes y del interés del concurso en la nueva ley concursal», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Lex Nova, núm. 94, 2004, págs. 167 y ss.

- RAMÍREZ, J.A., *La quiebra*, vol. II, s.l., Edit. Bosch, pág. 281.