

El privilegio general de los créditos tributarios en el concurso

(según la «interpretación auténtica» contenida en
el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)

Fernando Pérez Royo

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Sevilla*

RESUMEN

La parte central del trabajo tiene dos partes. La primera aborda el intento de modificar la Ley Concursal a través de la interpretación de la Ley General Tributaria, cuyo artículo 77.2 habría acarreado una derogación parcial de la Ley Concursal en materia de privilegios. La segunda examina la propuesta de introducir esta interpretación en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular. El sistema que se propone, tercamente presentado como interpretación auténtica de la Ley Concursal original, aparte de los defectos técnicos de la redacción, entraña una alteración de la Ley Concursal en un punto central y va en contra de uno de sus principales objetivos en materia de clasificación de los créditos.

Palabras clave: Créditos tributarios; Proceso concursal; Privilegio; Liquidación; Convenio.

Key words: Tax liabilities; Insolvency proceedings; Preference; Liquidation; Settlement agreement.

ABSTRACT

This article is mainly in two parts. The first one deals with an early attempt to modify the regime of the preference in the enforcement of tax liabilities through the General Tax Act, whose section 77.2 would allegedly have entailed a derogation of the Insolvency Act. The second part examines the proposal of reform conveyed through an addition to a new bill submitted to Parliament, whose main scope is the regulation of preferences in singular enforcement proceedings. The new proposal is stubbornly drafted as a piece of statutory construction granted by the Parliament itself. The proposal, besides its technical flaws, severely disrupts the system of the Insolvency Act, going against its main purpose in the field of preferences.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. PRIMERA PARTE. EL DESPROPÓSITO ORIGINAL: EL INTENTO DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL A TRAVÉS DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA.—1. *La posición del crédito tributario en el sistema de la Ley Concursal.*—2. *La pretensión de derogación de la Ley Concursal a través de la interpretación del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria*
 - III. SEGUNDA PARTE: NUEVO INTENTO DE CONTRARREFORMA (O HACIENDA SIEMPRE TUVO RAZÓN).—1. *La propuesta de tratamiento de los créditos tributarios en los casos de ejecución singular.*—2. *La propuesta de nueva redacción del artículo 91-4º de la Ley Concursal.*—2.1. El primer párrafo: El privilegio incluye los recargos y se ejerce por su importe íntegro en caso de liquidación.—2.2. El segundo párrafo: La reducción del privilegio en caso de convenio.—2.3. (sigue) La base para el cálculo del 50 por 100.—3. *La aplicación retroactiva de la reforma. Interpretación de la Disposición Transitoria Única.*—3.1. Primera opción: la retroactividad se refiere al conjunto del párrafo segundo.—3.2. La retroactividad se refiere sólo al nuevo modo de cálculo del 50 por 100, pues para el resto del precepto no es necesario disponer efectos retroactivos, ya que su aplicación hacia el pasado viene impuesta sencillamente por su carácter de interpretación auténtica
 - IV. APOSTILLA FINAL
-

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se dedica al análisis de la modificación del artículo 91 de la Ley Concursal propuesto en la disposición final séptima del Proyecto de Ley de Concurrencia y Prelación de Créditos en caso de Ejecución Singular. Como se sabe, la presentación de este Proyecto de Ley obedece a un mandato contenido en la propia Ley Concursal (disp. final 33ª), con la finalidad de completar el panorama de la regulación de la prelación, que en ella había quedado, lógicamente, restringido a la clasificación de los créditos en el concurso. Sin embargo, el Proyecto, cuya presentación se ha retrasado considerablemente respecto del plazo de seis meses inicialmente establecido, se ha ocupado, no sólo de su objeto propio (la reforma de la legislación sustantiva, el Código Civil, en materia de prelación de créditos), sino que ha entendido necesario también proponer la reforma de la Ley Concursal en el punto antes indicado: el relativo a la definición del alcance del privilegio general de la Hacienda Pública y la Seguridad Social contenido en el número 4º del artículo 91. Se trata de una reforma importante, que se propone apenas superados los primeros compases de la aplicación del régimen previsto en la Ley Concursal, y que afecta a uno de sus puntos centrales.

Dentro de este pórtico de nuestro comentario, diremos que, mediante la reforma se pretende corregir la situación creada por lo que podríamos lla-

mar un «desaguisado» anterior. Desaguisado, o despropósito, contenido, no en la Ley Concursal, sino en la Ley General Tributaria, que fue aprobada sólo unos meses después (y que entró en vigor, dos meses antes). De manera que nuestro análisis debe partir del recordatorio de la novedad que supuso la Ley Concursal en el ámbito de que estamos hablando, para inmediatamente pasar a exponer el que hemos llamado «desaguisado» introducido por la Ley General Tributaria y las vicisitudes sufridas en su intento de aplicación. Una vez expuestos estos imprescindibles antecedentes, pasaremos al análisis de la propuesta de reforma contenida en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular. No sólo la referida a la nueva redacción del precepto relevante de la Ley Concursal (art. 91,4º), sino también la disposición transitoria, que nos va a iluminar sobre el alcance de la contrarreforma y su caracterización como obra de interpretación auténtica. Concluiremos con una apostilla final explicando como las ventajas que se pretende conceder a la Hacienda se suman a una posición que ya está concebida en términos extraordinariamente favorables en la Ley Concursal original. La conclusión final es que la «contrarreforma» debería ser rechazada.

II. PRIMERA PARTE. EL DESPROPÓSITO ORIGINAL: EL INTENTO DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL A TRAVÉS DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

1. La posición del crédito tributario en el sistema de la Ley Concursal

Como es bien sabido, una de las principales novedades abordadas por la tan esperada Ley Concursal, fue, junto a la sistematización y ordenación de los privilegios diseminados en diferentes textos legales, la reducción del alcance de estas excepciones al principio fundamental de la *par condicio creditorum*. Y en esta obra de poda de privilegios, tal vez la más significativa fue la que afectó a los créditos tributarios y de la Seguridad Social. Fuera de los casos en que estuvieran cubiertos con una garantía real y el consiguiente privilegio especial (art. 90 LC), los créditos de Hacienda y Seguridad Social correspondientes al principal de las deudas se dividen en dos grupos: por un lado, los correspondientes a retenciones, que disfrutaban del privilegio general, con el número 2º dentro de la lista del artículo 91; y, por otro, los restantes créditos públicos¹ (básicamente los que podemos identificar con la

¹ Nuestro estudio se va a referir a los créditos tributarios y ésta, o la de créditos de la Hacienda, serán las expresiones que emplearemos, como sinónimas. El estudio, sin embargo, es aplicable, con muy leves variantes, a los créditos de la Seguridad Social e incluso a los restantes créditos de derecho público, que es la expresión que emplea el artículo 91-4º de la Ley Concursal y que, en líneas generales, serán aquellos créditos que, aún no siendo tributarios, son recaudados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria. No entramos en el análisis de esta cuestión de la extensión del privilegio a créditos distintos de los tributarios, aunque se trata de un punto de interés, pues revela que el privilegio se fundamenta, no tanto o no sólo en la naturaleza de los créditos, sino en el estatuto personal del acreedor.

cuota de los diferentes tributos y las cotizaciones patronales en la Seguridad Social). Los créditos pertenecientes a este segundo grupo disfrutaban de privilegio general, en el puesto número 4 de la lista del mismo artículo, y sólo hasta el 50 por 100 de su importe. Por último, dentro de los créditos subordinados se cuentan los intereses y las sanciones.

Como la propia Ley se encarga de resaltar en su Exposición de Motivos, el régimen que acabamos de exponer se presenta como parte de «una de las innovaciones más importantes que introduce la ley». Este mismo texto, al detallar el contenido de dicha innovación, dedica especial atención al recorte del tradicional privilegio de la Hacienda Pública. Privilegio, debemos recordar, que se remonta a la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1850 y que, a través de la Ley del mismo nombre de 1911, de la Ley General Tributaria de 1963 y de la General Presupuestaria de 1977, ha subsistido hasta su reforma en la Ley Concursal. Más aún: durante la mayor parte de este siglo y medio largo, el privilegio de que hablamos quedó configurado como indisponible (o, para ser exactos, disponible sólo mediante Decreto del Consejo de Ministros, tras informe del de Estado en pleno). Sólo a partir de 1989 se dio paso a la posibilidad de renunciar a la preferencia y suscribir convenios en los procedimientos de ejecución universal por simple acuerdo del órgano competente del Ministerio de Hacienda, competencia que, en los casos de créditos tributarios se atribuyó en la reforma de la Ley General Tributaria de 1995 a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

No parece necesario subrayar la importancia de la novedad aportada por la reforma. Hasta ella, la Administración Tributaria, a la que finalmente el legislador ha reconocido la posibilidad de participar en el convenio, comparece en el concurso como acreedor privilegiado, con un privilegio que alcanza a la totalidad de su crédito, sea cual sea la naturaleza de éste. De manera que la aceptación del convenio pasa por la renuncia al ejercicio total de ese privilegio. Renuncia que se produjo sólo en un número relativamente limitado de supuestos². Con el sistema de la Ley Concursal, en cambio, Hacienda y Seguridad Social, aparte de los casos en que la totalidad de sus créditos correspondieran a retenciones o estuvieran asegurados con garantía real, se integran en el concurso como acreedores titulares de créditos privilegiados, de créditos ordinarios y de créditos subordinados. Con lo cual, fuera de los casos en que la totalidad del principal de sus créditos correspondiera a deudas con garantía real o a retenciones, Hacienda sería un miembro «natural» de la junta de acreedores.

Para acabar el cuadro, la propia Ley Concursal (Disp. Final 11^a.1) previó una modificación de la General Tributaria para que ésta, al tratar del privilegio general de la Hacienda Pública, añadiera que «en caso de concurso, los

² Según datos del Subsecretario de Hacienda en comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso, entre 1994 y 2001 (marzo) la AEAT suscribió 32 convenios generales, con una quita media del 70 por 100 y 148 acuerdos singulares, con una quita media del 49 por 100.

créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal». Previsión esta que fue incorporada al Proyecto de nueva Ley General Tributaria que en esa misma época se presentó al Congreso, con un ligero e innecesario³ añadido, pues se decía «los créditos tributarios, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta».

La reducción o poda del privilegio fue saludada por la generalidad de la doctrina mercantilista, que, si acaso, reprochó al legislador su timidez, en comparación con las reformas acometidas en otros países europeos y el retroceso respecto de los planteamientos anteriores, desde la Propuesta de 1995, en los que la poda se acometía con mayor decisión⁴. Sólo quedaba esperar a la aplicación del nuevo esquema⁵.

Pues bien, aún se encontraba la Ley en el limbo de su *vacatio legis*, cuando el esquema diseñado en ella en relación con la clasificación de los créditos tributarios se vio alterado en su nitidez a través de otra ligera modificación introducida en el texto del nuevo código general tributario, precisamente en el punto a que nos acabamos de referir, el de la remisión a la Ley Concursal prevista por esta misma. Es el que hemos llamado el desaguizado inicial, al que nos vamos a referir en un apartado propio.

2. La pretensión de derogación de la Ley Concursal a través de la interpretación del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria

El Proyecto de Ley General Tributaria, que se encontraba en tramitación en el momento de aprobación de la Ley Concursal, incorporaba la norma de coordinación a que acabamos de hacer referencia. Y así fue aprobado en

³ Es claro que la Ley Concursal se aplica también a este tipo de obligaciones. Si nos centramos en la regulación de los privilegios, las retenciones, que son la manifestación más importante de estos pagos a cuenta, aparecen expresamente mencionadas como créditos con privilegio general, sin reducción alguna (art. 91,2º). Este mismo régimen se aplicará, a nuestro juicio, a los ingresos a cuenta de retribuciones en especie, que son sencillamente una forma de retención. En cuanto a los pagos fraccionados, la otra modalidad de ingreso a cuenta, quedan incluidos entre los créditos cubiertos por el privilegio general del artículo 91-4º. Por eso decimos que el añadido era innecesario. Si alguna duda podía existir era la relativa a los «ingresos a cuenta» de que hemos hablado como equiparados a las retenciones. Pero esa duda (la de si se integran en el puesto 2º o en el 4º de la lista del privilegio general) no queda solventada por el añadido de marras.

⁴ Cfr., entre otros, ALONSO LEDESMA, C.: *Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación*, en GARCÍA/ALONSO/PULGAR (dirs.), «Derecho Concursal», 2003, pgs. 382-385.

⁵ Es sintomático el comentario de SERRANO DE TOLEDO, L. G.: «Las Administraciones públicas, al igual que el resto de los acreedores, han sido llamadas a recuperar un procedimiento en desuso en nuestro Derecho... La Ley Concursal ha resuelto gran parte de los problemas que la práctica forense había indicado que podían impedir la plena participación de las Administraciones Públicas en el proceso concursal. Pero el momento presente es prematuro avanzar cuál será la posición que adopten en el mismo». («Especialidades del tratamiento de la Administración Pública en la Ley Concursal, en *Estudios Olivencia III*, pg 3277). Esta cautelosa apreciación tiene especial valor dada la experiencia profesional del autor como Abogado del Estado.

la primera lectura en el Congreso. Sin embargo, en el Senado, y por iniciativa del grupo mayoritario (iniciativa en la que no es difícil identificar la *longa manus*⁶ del Ministerio de Hacienda o de la Agencia Estatal de Administración Tributaria) se aprobó una enmienda que alteraba ligeramente la redacción inicial. Esta modificación final consistió esencialmente en sustituir la palabra “concurso” por la expresión «convenio concursal». De manera que el precepto relevante (el art. 77.2) quedó finalmente redactado en los siguientes términos:

«En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

Si ese texto se lee «a palo seco», la impresión que se obtiene es la de una norma de apariencia inocua: se trata de recordar que en caso de convenio, la Hacienda Pública se encuentra en la posición de acreedor privilegiado, posición que deberá ocupar en los términos previstos en la Ley Concursal y con la extensión que, en relación con el alcance de su privilegio, resulte de la misma norma. De manera que los efectos del convenio, en cuya aprobación habrá participado en los términos previstos en el artículo 123.3 (como titular de créditos ordinarios y de créditos con privilegio), se le aplicarán en los términos previstos en los artículos 133 a 136 (Eficacia del Convenio) y singularmente el artículo 134.2, sobre la no vinculación respecto de los acreedores privilegiados que no hubieren votado a favor de la propuesta ni su firma o adhesión se hubiera computado como voto favorable. Tal vez una norma superflua, pero de ese género hay numerosos ejemplos en la propia Ley General Tributaria. Sin ir más lejos, citemos el añadido sobre los créditos correspondientes a pagos a cuenta de que se hablamos en la nota (2). Y como tal norma inocua o redundante fue tratada (o ignorada) por una gran parte de la doctrina (especialmente la mercantilista).

Pero la enmienda que alumbró ese texto iba acompañada de una justificación, cuya lectura podía complicar la interpretación:

«La redacción del apartado 2, mencionando “concurso” en lugar de “convenio concursal” podía interpretarse como una pérdida del derecho de prelación de la Hacienda Pública con independencia de la suerte que corriera el proceso concursal, interpretación que no resultaría justificada para el caso de que el proceso entre en liquidación puesto que en estos supuestos ya no se trata de apoyar la viabilidad futura de la entidad concursada que era la razón última que justificaba la pérdida del privilegio de la Hacienda Pública. De esta forma, la preferencia establecida en el apartado 1 se mantendría para los supuestos de liquidación, pero no en aquellos en los que se suscriba un convenio concursal que incluya los créditos tributarios».

Este texto de justificación de la enmienda se convertiría en el argumento central de la tesis de que la Ley General Tributaria había derogado a la Concursal en este punto: la reducción del privilegio general de la Hacienda Pública se aplicaría sólo para el caso de que el concurso se resolviera me-

⁶ Véase la siguiente nota.

dian te convenio y para los créditos incluidos en el mismo. Tesis esta que fue la defendida, con diferentes matices, por la mayor parte de los autores que repararon en la cuestión⁷, aunque también existieron opiniones en sentido contrario⁸. Esta interpretación se apoyaría sobre todo en el argumento

⁷ Por supuesto esta fue la interpretación presentada de manera indubitada, sin molestarse en el análisis detallado del precepto, en la *Guía de la Ley General Tributaria*, CISS, 2004, un libro de comentarios que apareció de forma inmediata a la aprobación de la Ley y que tiene un valor especial por ser sus autores, CERVANTES/DE DIEGO/MEJÍAS/MESTRE/PLAZA/RUIZ (aunque aparecen en orden alfabético, el autor principal es el primero Carlos CERVANTES, en la actualidad Director del Departamento de Inspección de la Agencia Tributaria), funcionarios de la Dirección General de Tributos que «han participado en las tareas técnicas de preparación del Borrador de Anteproyecto de Ley que fue enviado al Consejo de Ministros y [sobre todo] han seguido la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley en su paso por las Cortes hasta la aprobación definitiva de la nueva Ley». O sea, que ya tenemos identificados a los responsables de la redacción de la enmienda famosa. Esto se advierte claramente en el comentario al art. 77.2 en el que, sin citar la enmienda ni su justificación, se emplean unos términos que son casi literalmente coincidentes con los de dicha justificación (véase pg. 78). Otra importante opinión, también tempranera, fue la de LINARES, M., Director del Servicio Jurídico de la Agencia, «Créditos tributarios en la Ley Concursal, Ley General Tributaria y Ley General Presupuestaria: ¿una contrarreforma?», *RDCyP*, núm. 1 (2004), que lleva hasta sus últimas consecuencias los efectos de la pretendida derogación (o contrarreforma) de la Ley Concursal. El autor llega incluso a sostener que la solución de circunscribir el recorte del privilegio a los casos de convenio viene impuesta por el respeto a los principios constitucionales sobre el deber de contribuir (art. 31 CE), los cuales podrían ceder en caso de convenio, para facilitar la continuidad de la empresa. «Pero cuando el concurso concluya en liquidación y no en convenio, ¿cómo explicar esta lesión de los principios constitucionales?» (pg. 256). O sea, que, según este autor, el privilegio tributario es nada menos que un imperativo constitucional, que sólo puede ser modulado en función de otras exigencias dignas de protección, entre las cuales no se incluye la de respetar, o reducir las excepciones a la igual condición de los acreedores. Entre los autores favorables a la interpretación de que el artículo 77.2 había derogado la Ley Concursal, se encuentra también ZABALA, A., en HUESCA BOADILLA (dir.) *Comentarios a la Ley General Tributaria*, Thomson-Aranzadi, 2004 (véase pg. 546), obra ésta debida a un grupo de prestigiosos Abogados del Estado. En el ámbito universitario la cuestión pasó desapercibida a la práctica generalidad de los mercantilistas y fue analizada sólo por un reducido grupo de tributaristas, que llegaron a la misma conclusión, aunque con severas críticas al modo de articular la «contrarreforma». Véanse, en primer lugar, SÁNCHEZ PINO, A. J., «La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal», *Quincena Fiscal Aranzadi*, 8/2004, pg. 25 y, tras él, MALVAREZ, L., «La deuda tributaria», en PALAO (dir.) *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, 2004, pg. 271; MATA, M. T., «Las quitas del crédito tributario en el procedimiento concursal», en *Estudios Calvo Ortega I*, 2005, pg. 745; TEJERIZO, J. M., «Algunos aspectos de la recaudación relacionados con las exigencias del tributo a tercero y con los procesos concursales» (texto mimeografiado presentado en el III Foro Sainz de Buja nda, IEF, 6-VII-2005).

⁸ Cfr. PEREZ ROYO, F. «Derecho Financiero y Tributario. Parte General», 15ª ed., Civitas, 2005, y 16ª ed, 2006, donde exponemos una argumentación semejante, aunque más condensada que la que desarrollamos en este trabajo. También defiende esta posición LUQUE, A. «La Hacienda y el crédito tributario en los procesos concursales» (tesis doctoral, aún inédita, defendida el pasado 27 de noviembre en la Universidad de Sevilla). Con algunas dudas, rechaza la pretendida derogación de la Ley Concursal FONSECA E., en MANTERO/GIMÉNEZ-REYNA (coords.) *Ley General Tributaria. Antecedentes y Comentarios*, 2005 pg. 397. En la doctrina mercantilista, CAMPUZANO, A. B., en la «Crónica» aparecida en este mismo

de la intención del legislador expresada en la justificación de la enmienda. Por eso, es conveniente detenerse en el análisis de este texto de justificación, para comprobar la consistencia del argumento. Pero, además, el examen de esta explicación del propósito de la enmienda es también interesante porque nos va a indicar «por donde van los tiros» de la propuesta contenida en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular, que constituye el segundo intento de reforma de la Ley Concursal, una vez que la inicial fracasó en la prueba ante los tribunales.

Procediendo a este análisis, lo primero que se observa es que la enmienda se explica como una forma de asegurar la correcta interpretación del precepto relevante (art. 91-4º LC), que sería justamente la que se acaba de exponer. Rasgo este de presentar la reforma como una interpretación auténtica que veremos reaparecer en la Exposición de Motivos del reciente Proyecto de Ley.

En segundo lugar, y metidos ya en este ámbito de la hermenéutica, hemos de decir que el autor de la enmienda pone de manifiesto un craso desconocimiento del precepto a interpretar (el art. 91-4º LC) e incluso, diríamos, de la función de los privilegios. Pues las normas que regulan esta figura se refieren, no a las relaciones con el deudor, sino a las de los acreedores entre sí, al excepcionar la regla general que rige estas relaciones. Los privilegios juegan primariamente en la ejecución patrimonial propiamente dicha, es decir en la liquidación y sólo de modo reflejo (en cuanto influyen en la composición de la Junta y permiten a su titular sustraerse a los efectos del acuerdo) en el convenio, que de suyo supone una novación de los créditos originales establecida por acuerdo entre los propios acreedores. Esto es lo que parecen ignorar los redactores de la enmienda dichosa cuando la ofrecen como una forma de interpretación del mandato del artículo 91-4º. Que, aparte de ser claro en su letra (al menos, en lo que aquí interesa), obedece a una inspiración opuesta a la que se sostiene. Como afirma con claridad la Exposición de Motivos de la Ley, el propósito de la poda de privilegios es, antes que nada, el de limitar las excepciones a la *par condicio creditorum*, es decir, proteger a los acreedores ordinarios (e incluso a los privilegiados de rango inferior). Estos son los auténticos beneficiarios de la reducción. Y, como decimos, los efectos de ésta se manifiestan especialmente en los casos de liquidación. Nos permitimos recordar el texto de la citada Exposición de Motivos:

«La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor

ADCo [núm. 2 (2004)], pese a advertir la «clara intención de derogar la Ley Concursal», advierte que «esa derogación es más que dudosa si se realiza una valoración de la normativa tributaria y la concursal» (pg. 11). También en la doctrina mercantilista, véase SASTRE, S., en SAGRERA/SALA/FERRER (coords.) *Comentarios a la Ley Concursal*, II, 2004, pg. 1125: «... la nueva LGT ha pretendido ampliar su privilegio [el de la Hacienda], lo que le está vedado al amparo de lo previsto en el artículo 89.2, *in fine*».

derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.

... A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, *en caso de liquidación*, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por ciento de su importe en cada caso)... Se pretende así evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos, y, sin desconocer el interés general de la satisfacción de éstos, conjugarlo con el de la masa pasiva en su conjunto, a la vez que se fomentan soluciones de convenio que estén apoyadas por los trabajadores y la Administración pública en la parte en que sus créditos no gozan de privilegio» (cursivas nuestras).

Más claro, agua, como diría un castizo: lo que se pretende con la reducción es evitar que el concurso quede consumido (en la liquidación) con el pago de algunos créditos, singularmente los de Hacienda y Seguridad Social, dejando insatisfecha al resto de la masa pasiva. Son estos acreedores ordinarios los que ganan con el descenso hasta su mismo nivel de una parte de los créditos tributarios. De rebote, podríamos decir, la inclusión de Hacienda en la masa pasiva como titular de créditos ordinarios, en la generalidad de los casos favorece que se llegue a una solución de convenio, con las consiguientes quitas o esperas. De ahí a deducir que el único sentido de la reducción es favorecer al concursado facilitando la continuidad de la empresa hay un gran trecho, que no puede ser superado con la peregrina tesis de que así lo impone la Constitución⁹.

Pero es que, además, aún entendiendo que la auténtica finalidad de la reducción fuera efectivamente la de favorecer la viabilidad de la empresa, a través del convenio, nos preguntamos: ¿cómo se conjuga este propósito con el texto literal de la enmienda incorporada a la Ley General Tributaria y con la propia redacción de la justificación? ¿Qué se quiere decir cuando se afirma que la preferencia se limitará al 50 por 100 sólo en aquellos casos «en los que *se suscriba* un convenio concursal que incluya los créditos tributarios»? Pues para que se produzca esa circunstancia sería necesario que la Hacienda renunciara al privilegio que hasta ese momento tenía y que la ponía a cubierto de cualquier convenio. O sea, que estaríamos de nuevo en la situación anterior a la reforma Concursal y el propósito de ésta quedaría frustrado, también en lo que se refiere a la configuración de la Hacienda Pública como partícipe «natural» del convenio, en cuanto titular de créditos ordinarios.

Como respuesta a esta objeción, podría argüirse que lo que se ha querido decir no es «en caso de convenio», sino en caso de que se llegue a la fase

⁹ Véase la cita de LINARES, M., «Créditos...» en la nota (6). Valiéndome de la confianza que me otorga la amistad con Maximino, el autor, le diría que su planteamiento me recuerda la broma de otro común amigo, que cuando se le inquiriere sobre el fundamento de una opinión jurídica, de modo invariable responde, imperturbable: «La Constitución y normas de desarrollo».

de convenio. De suerte que la lectura que habría que hacer del precepto sería, más o menos, la siguiente: «En caso de que se abra la fase de convenio, los créditos de la Hacienda Pública quedarán clasificados, a efectos de su participación en la Junta de acreedores, en los términos previstos en los artículos 90, 91 y 92 de la Ley Concursal». Pero no es ese el texto que se incorporó a la Ley Tributaria, pretendidamente como interpretación auténtica o, en su defecto, como derogación implícita de la Concursal. Y, francamente, parece un poco osado pretender que se ha logrado este objetivo con un texto que, a su vez, hay que leer en forma diferente de lo que dice su letra para que llegue a decir lo que imaginamos que ha querido expresar su redactor. Más aun cuando la Ley que se pretende derogar reclama, ella misma, una derogación expresa.

Como resumen de lo que se acaba de exponer, tenemos: un precepto posiblemente superfluo pero redactado en unos términos cuya interpretación literal conduce a unos resultados en perfecta armonía con la Ley Concursal, de manera que el sentido de su expresión literal quedaría reforzado con el argumento sistemático o de coherencia interna del sistema. Es la interpretación que creemos debe imponerse. Frente a ésta, se nos presenta otra, la que entiende que el precepto ordena que la reducción del privilegio tributario sólo se aplique en caso de convenio, no en los de liquidación. Interpretación que no encuentra sostén, ya lo hemos dicho, en la redacción del precepto y, mucho menos, en su lectura *a sensu contrario*. Pues de esta lectura lo que resultaría sería un absurdo: puesto que en el precepto (art. 77.2 LGT) se dice que la Ley Concursal se aplicará en caso de convenio (y, según esta lectura, sólo en caso de convenio) habría que entender que en caso de liquidación no se aplica dicha Ley. No sólo quedaría excluida la aplicación del art. 91.4º, con su poda del 50 por 100 (precepto este al que, por otra parte, no se hace alusión en el texto del art. 77.2 LGT), sino la de cualquier otro precepto de la Ley Concursal o, al menos, los relacionados con la clasificación de los créditos¹⁰. Una conclusión absurda, como decimos. En realidad, el único apoyo de la interpretación pretendida por la Administración tributaria es el que proporciona el texto de la justificación de la enmienda. Justificación redactada en unos términos que ponen de manifiesto en sus autores una rotunda insolvencia (intelectual) en lo que hace al conocimiento del Derecho concursal. ¿Vamos a decir que, sin embargo, esta es la voluntad del legislador? Sin necesidad de entrar a distinguir entre *voluntas legislatoris* y *voluntas legis*, nos vamos a contentar con afirmar que se trata sencillamente de la voluntad o propósito de los autores de la enmienda. Y, si se nos permite descender al terreno coloquial, diríamos que aquí sucede como en otros ámbitos de la vida, que no basta con la voluntad, con las intenciones (que, según el dicho popular, sirven de empedrado al infierno), lo importante es la ejecución. Tomemos, por ejemplo, el fútbol: el delantero va a lanzar un golpe franco, que está decidido a ejecutar de tal manera que

¹⁰ Véase nuevamente LINARES, M., «Créditos...», pg. 256, donde se sostiene que en caso de liquidación los intereses de demora tributarios tienen la consideración de «privilegiados del artículo 91.4º, por exigirlo el nuevo artículo 77.2» [de la LGT].

la pelota entre por la escuadra; si, no obstante esa intención, la ejecución se materializa en un zapatazo que envía el balón al segundo anfiteatro, ¿diremos que lo que cuenta es el propósito y que hay que anotar el gol? Absurdo. Vamos a mejorar la analogía: nos trasladamos a América, donde se está jugando un partido de fútbol europeo (*soccer*, lo llaman allí); pero el pateador, que acaba de salir al campo, cree que el partido es de *american football* y que lo que tiene que hacer es transformar el ensayo siguiente a un *touch-down*, de manera que, aunque le extraña la forma redondeada del balón, le da un punterazo que lo hace pasar por encima del travesaño pero entre los dos postes, como prescriben las reglas del deporte al que cree estar jugando. Pues eso es lo que pasa también aquí: que los redactores de la enmienda desconocían el objeto (la LC), que pensaban estar reformando. En cualquier caso, la torpe traducción al lenguaje legal del propósito de los autores de la enmienda (fuera éste el que fuera), impide que su intención sea tenida en cuenta. Más aún, si continuando con la analogía futbolera, advirtiéramos que en el golpe franco era necesario sortear la barrera erigida por la defensa. Pues en el caso que nos ocupa en la Ley cuya derogación parcial se buscaba existía (y existe) una barrera a superar para proceder a su modificación: el artículo 89.2, que exige, en materia de preferencias y privilegios, la derogación o modificación expresa. Ciertamente no se trata de una barrera infranqueable, ya que el legislador ordinario no puede impedir que una Ley posterior rectifique su obra en la Ley Concursal original, sin respetar este método de la derogación expresa¹¹. Pero para sortear esa barrera sería necesario que la nueva norma estuviera expresada en unos términos inequívocos. Lo que, desde luego, no acontece en el caso presente.

Al final, llega el momento de la verdad, es decir, el examen en vía judicial. La posición de la Administración, expresada en forma de impugnación a la clasificación de los créditos tributarios en la masa pasiva efectuada por la administración concursal en cada caso¹², fue rechazada por los Juzgados de lo Mercantil y las Audiencias Provinciales¹³, que entendieron que no era atendible la pretensión de derogación implícita de la Ley Concursal me-

¹¹ Esto es lo que no parece apreciar SASTRE, en *Comentarios...*, cit., cuando dice que la LGT actúa *contra legem*. Véase, en cambio, el razonamiento contrario, en la línea que apuntamos, expresado por el Magistrado Fragola i Riera en la SJMER Madrid de 5-VII-2005.

¹² Una circunstancia que debe ser puesta de relieve es que en estos casos, la Administración comparece en una posición procesal a la que no está habituada. Pues en las controversias ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa la Administración no suele actuar como demandante, sino para defender la corrección de una actuación, sobre la cual, además de estar amparada por la presunción de legalidad, ya ha tenido, además, la oportunidad de reafirmar su criterio en la revisión en vía administrativa. Es como prestarse a la «revancha» en campo neutral, después de haber ganado el primer *round* en campo propio. En estos otros casos, ante el Juzgado de lo Mercantil, la Agencia comparece como impugnador del informe de la administración concursal, en la misma posición que cualquier acreedor.

¹³ Véanse, entre otras, SJMER Madrid 05-07-2005; AJMER Oviedo 28-02-2006; SJMER Málaga 15-03-2006, SJMER Barcelona, 10-04-2006, SAP Coruña, 07-04-2006.

diante el rebuscado método de la interpretación *a sensu contrario* de un precepto casi contemporáneo de otro texto legal.

Y aquí se habría acabado la historia. Estaríamos hablando de un ejemplo, poco edificante, de mal uso de la técnica legislativa, de un intento de colar «de matute» una reforma de una importante Ley codificadora, como la Concursal, en un punto central de la misma. El intento finalmente fracasó a la hora de la prueba. Hubiera valido la pena, no obstante, referir este relato, aunque sólo fuera para ilustrar sobre cómo *no* deben prepararse los proyectos u otros materiales legislativos y, menos aún, reducir el derecho de enmienda del Parlamento a la función de poner el sello (*rubber stamping*, dicen los ingleses) al texto cocinado por la Administración. El que, además, esa enmienda fuera ratificada sin discusión por las Cámaras es otra cuestión (que tiene que ver con los riesgos de las mayorías absolutas). Aquí habría acabado el relato, volvemos a decir. De hecho, las páginas que anteceden están redactadas desde hace más de año y medio, pero, al empezar a ir cayendo, una tras otra, las resoluciones judiciales, poniendo las cosas en su sitio, preferí guardar las cuartillas en un cajón y, de paso, pensé, dejar de seguir «haciendo amigos» entre quienes perpetraron el Anteproyecto de Ley General Tributaria y, sobre todo, sus «mejoras» de última hora. Sólo al tener conocimiento del nuevo Proyecto de Ley decidí rescatar el trabajo, pues el nuevo texto que se propone no se entiende cabalmente si no se expone previamente la historia de lo que hemos llamado, ahora se entenderá el por qué, el desaguizado inicial.

Pues, como sabemos, nuestra historia no acaba aquí. Una Administración tributaria inasequible al desaliento¹⁴ reaccionó a los reveses judiciales encargando una reforma legislativa que dejara claro de una vez por todas lo que un puñado de jueces y profesores se empeñaban en enturbiar. ¿No decís que la Ley Concursal no puede ser modificada en este punto si no es mediante una técnica de derogación expresa? Pues ahí tenéis un nuevo texto del artículo 91.4º de dicha Ley, donde se aclara esta cuestión. Y, de paso, alguna cosa más. Esto es lo que han hecho los encargados de elaborar las propuestas normativas en la Dirección General de Tributos (aunque tal vez, la iniciativa real venga de la propia Agencia). Y, aprovechando el Proyecto de Ley de Concurrencia y Prelación de Créditos en casos de ejecuciones

¹⁴ Ya en 2006, con posterioridad a la serie de juicios en los que, una vez tras otra, fue rechazada la pretensión de la Agencia Tributaria, en un artículo publicado por una Abogada del Estado con destino en la propia Agencia, luego de una vigorosa defensa de la tesis derrotada, aún criticando el modo en que fue introducido el precepto, leemos la siguiente conclusión: «Mientras tanto, a los operadores jurídicos, entiendo que sólo nos queda aplicar lo que se ha dado en calificar como auténtica contrarreforma concursal». (ORDIZ, M. C., *La clasificación del crédito tributario en caso de liquidación concursal*, Tribuna Fiscal, núm. 185, pg. 23). Por «operadores jurídicos» habrá que entender los funcionarios de la Agencia, pues otros, como los Jueces y los integrantes de la Administración concursal, han entendido lo contrario. Y lo ineludible para este tipo de «operadores jurídicos» será sencillamente acatar las instrucciones del superior jerárquico, en este caso la Dirección del Servicio Jurídico de la Agencia.

singulares, preparado por Justicia, han conseguido «colar» en él dos disposiciones adicionales, la sexta y la séptima, para dar cuenta de la cuestión que hemos tratado en este apartado. Y, de paso, alguna más. Analizamos las propuestas de reforma en el siguiente apartado. Proseguimos nuestro relato con la exposición de los detalles de la propuesta.

III. SEGUNDA PARTE: NUEVO INTENTO DE CONTRARREFORMA (O HACIENDA SIEMPRE TUVO RAZÓN)

En esta parte vamos a estudiar el segundo intento de contrarreforma, vehiculado a través de las disposiciones finales 6ª y 7ª del Proyecto de Ley de Ejecución Singular. Pero antes de entrar en ellas, nos detenemos en un pequeño paréntesis para exponer el contenido del articulado de ese Proyecto en lo que tiene que ver con los créditos tributarios.

1. La propuesta de tratamiento de los créditos tributarios en los casos de ejecución singular

El Proyecto de Ley que examinamos es de artículo único y en él se recogen las modificaciones de los artículos del Código Civil relativos a las preferencias y prelación de créditos en casos de ejecución singular. Nos referimos brevemente al tratamiento de los créditos tributarios en este ámbito. En general, el sistema que se propone para la regulación en el Código sigue en cuanto al sistema de clasificación los criterios de la Ley Concursal, distinguiendo entre los supuestos de preferencia especial y preferencia general, aunque sin incorporar la categoría de créditos subordinados. Por lo que hace a los créditos tributarios, se mantiene la mención expresa de la hipoteca legal tácita, que ocupa el número 2 de la clasificación en el nuevo artículo 1922 del Código Civil (dedicado a los créditos con preferencia especial), por delante de los otros casos de garantía real (núm. 4), en lugar de quedar refundida con ellos, como se hace en la Ley Concursal (art. 90.1-1º). Siempre dentro de la preferencia especial, se dice expresamente que se equiparan a los indicados créditos con garantía real los «legalmente protegidos por afección análoga a la hipotecaria y que hayan obtenido la consignación registral precisa» [nuevo art. 1922-4º.c) CC]. Lo cual soluciona la cuestión del encaje del derecho de afección previsto en la Ley General Tributaria (art. 79), que suele pasar desapercibido en los análisis de la Ley Concursal, aunque debe entenderse, a nuestro juicio, que queda comprendido, junto con la hipoteca legal tácita, en el número 1º del art. 90.1. En el ámbito de la preferencia general (nuevo art. 1924 CC), se establece una lista que parece tomada del artículo 91 de la Ley Concursal, con la adición de los créditos por alimentos, que ocupan el 2º puesto, y con una significativa modificación en lo que concierne a los créditos tributarios, singularmente los del número 4º, que aparecen en el artículo 1924-5º del Código Civil, pero sin reducción al 50 por 100 y con la mención expresa de que se incluyen los «intereses, recargos y sanciones pecuniarias». No se trata, en

realidad, de una novedad, pues esto era ya lo que se deducía del artículo 77.1 de la Ley General Tributaria. La inclusión de las obligaciones accesorias puede ser vista como un pequeño error técnico, por ser esa mención innecesaria, ya que, al no existir en este ámbito la categoría de créditos subordinados, las obligaciones accesorias siguen el régimen de su principal. La mención expresa en este supuesto concreto podría abonar la idea de que en los restantes la preferencia no cubre estos conceptos. En realidad, no pensamos ir descaminados al entender que la precisión de que hablamos constituye una marca de fábrica del origen del precepto. En los restantes casos, parecen haber pensado los redactores, quedará abierta la discusión de si efectivamente las prestaciones accesorias siguen el régimen de la principal. Pero en lo que concierne a la Hacienda, que no quede ninguna duda. ¿Qué al empeñarnos en recalcar, innecesariamente, este punto, estamos afectando a la armonía interna de un precepto que forma parte no de una norma tributaria, donde esto sería moneda común, sino del Código Civil? Pues ¿qué se le va a hacer?

Pero aparte de estos puntos, sobre los que no nos extendemos, la cuestión que hemos venido tratando en los apartados anteriores resulta abordada en las disposiciones finales Sexta y Séptima. La primeramente citada trata de la nueva redacción del artículo 77 Ley General Tributaria. En su apartado 1 se contiene sencillamente una remisión al Código Civil, que, como hemos dicho, no altera el régimen hasta ahora vigente en la normativa fiscal, salvo en el detalle de desglosar en dos apartados el privilegio general: uno para las retenciones y otro para los restantes créditos tributarios. En el apartado 2, en cambio, sí que existe, a primera vista, un cambio: se recupera el texto contenido en el Proyecto de Ley General Tributaria de 2003, antes de la enmienda tantas veces citada:

«En caso de concurso, los créditos tributarios, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal».

¿Una vuelta al «buen camino», de respeto a la Ley Concursal? Pues sí, pero con la particularidad de que, a renglón seguido, se va a dejar claro cuál es ese «buen camino». Lo cual nos lleva directamente al núcleo de la cuestión: la nueva redacción que se propone para el artículo 91-4º del Código Concursal.

2. La propuesta de nueva redacción del artículo 91-4º de la Ley Concursal

Esta nueva redacción del número 4º del artículo 91 se contiene en la Disposición Final Séptima del Proyecto de Ley. Antes de entrar en el examen del texto propuesto, conviene ver lo que se dice al respecto en la Exposición de Motivos, porque en ella se recoge una idea que «sonará» a quien haya leído los apartados anteriores de estas Notas. Efectivamente, se dice que «debe destacarse la regulación que afecta a los créditos públicos, con la doble finalidad de realizar una *interpretación auténtica de los preceptos que, en caso de*

concurso, regulan su clasificación...» (Cursivas nuestras). ¡Bravo! Esto es lo que los antiguos llamaban «mantenella y no enmendalla»: no es que vayamos a modificar la Ley, ésta ya decía lo que ahora vamos a poner en ella, clarito clarito, para que lo entiendan hasta quienes se empeñaban en no verlo. Lo único que al lector ingenuo se le puede ocurrir es plantear la pregunta de si los términos de esta «interpretación auténtica» han sido consultados con la ponencia de la Comisión de Codificación que preparó el Anteproyecto de Ley Concursal.

Sea como sea, el texto propuesto para el número 4º del artículo 91 se descompone en dos apartados. El primero, podríamos decir, establece la regla general y el segundo contiene una excepción, aplicable en los casos de convenio. Con más exactitud diríamos, puesto que las opciones se reducen a dos (convenio y liquidación), que el segundo apartado trata del modo de aplicar el privilegio en casos de convenio y el primero es el aplicable en los casos de liquidación.

2.1. *El primer párrafo: El privilegio incluye los recargos y se ejerce por su importe íntegro en caso de liquidación*

El texto del primer párrafo es el siguiente:

«Los créditos tributarios y demás de derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social, incluidos los recargos, que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo».

Según esto, el privilegio o prelación de los créditos tributarios de que trata este número recupera toda su extensión y la poda del 50 por 100 que dispuso la Ley Concursal habrá tenido una corta duración (ninguna, como veremos al final), en el caso de que este punto del Proyecto de Ley sea finalmente aprobado. Los créditos de que hablamos serán clasificados en la masa pasiva por su importe íntegro. Ya veremos lo que sucede en el caso de que se llegue a la fase de convenio, cuestión que se aborda en el segundo párrafo. Pero si el concurso se resuelve mediante liquidación, la Hacienda Pública gozará de privilegio en relación a todos sus créditos, aunque con diferente posición en la lista según la naturaleza de las deudas a que corresponden dichos créditos. Sólo quedarán fuera los créditos subordinados. Ésta sería la única diferencia con la posición de la Hacienda en los casos de ejecución singular.

Precisamente en relación con esta cuestión de los créditos subordinados, el Proyecto se encarga de resolver una cuestión que desde la entrada en vigor de la Ley Concursal había enfrentado a la Administración tributaria con las administraciones concursales en diversos supuestos resueltos en los Juzgados de lo Mercantil. Nos referimos a la caracterización de los recargos. Estos pueden ser de diferentes clases. Dejamos de lado los que menciona el artículo 58, d) de la Ley General Tributaria («los exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas a favor del Tesoro o de otros entes públicos»), que son claramente equiparables a la cuota o deuda tributaria principal. Pero aparte

de esta figura, prácticamente inaplicada en los momentos actuales, los recargos que interesan (los que habían dado lugar a las controversias antes aludidas) son los citados en las letras b) y c) del mismo precepto: los recargos por declaración extemporánea y los del período ejecutivo. En ambos casos se trata de deudas accesorias derivadas de la falta de ingreso en plazo. En el primer caso, el correspondiente a las autoliquidaciones o declaraciones complementarias, el recargo se exige, en sustitución de las sanciones, en los casos en que el obligado tributario ha incumplido su obligación de declarar (y, en consecuencia, ingresar) en plazo pero subsana el incumplimiento de modo espontáneo: en lugar de la sanción mínima del 50 por 100, se le liquida un recargo del 5, 10, 15 o 20 por 100, según la duración del retraso. Estos recargos absorben los intereses de demora, al menos los correspondientes a los primeros doce meses; si el retraso en presentar la declaración supera este período, además del recargo (del 20 por 100), se liquidarán los intereses devengados a partir del primer año. En cuanto a los recargos del período ejecutivo, su devengo tiene lugar al no ser satisfecha la deuda en el período voluntario. Su cuantía es del 5 por 100, si la deuda se satisface antes de que se dicte la providencia de apremio. En ese caso, el recargo absorbe los intereses devengados desde el cumplimiento del plazo de ingreso. Dictada la providencia de apremio, el recargo asciende al 20 por 100, aunque se reduce al 10, si la deuda se satisface en el plazo indicado en la providencia, sin que sea necesario, pues, pasar a la ejecución propiamente dicha.

Nos hemos detenido en estas elementales explicaciones sobre los recargos, en parte para refrescar los conceptos a los lectores no especializados en Derecho tributario, pero también para dejar claro el por qué de la conclusión prácticamente unánime de la doctrina (y de los Jueces) de que estas prestaciones accesorias debían encajarse en la categoría de los créditos subordinados, junto con los intereses y las sanciones. La Agencia Tributaria se obstinó en defender la tesis contraria, basada en una interpretación apegada a la letra del precepto (art. 92 LC), que no menciona el término recargo. Pero sus impugnaciones de la clasificación establecida en cada caso por la administración concursal fueron rechazadas en los Juzgados con una gran profusión de argumentos. Los Jueces de lo Mercantil se esforzaron en llamar la atención sobre la función que cumplen estos recargos en la aplicación de los tributos, incluyendo referencias a la caracterización de la figura que había realizado el Tribunal Constitucional, el cual, aún rechazando su identificación con las sanciones «en sentido técnico» (es decir, a efectos del procedimiento a seguir para su imposición), había resaltado su función como incentivos al cumplimiento puntual y compensación por el retraso en el pago, apreciando la existencia de un «tinte sancionador» que le lleva a afirmar que se trata de deudas análogas a las derivadas de las cláusulas penales en los contratos. Claro que, según la interpretación de la Agencia, las cláusulas penales tampoco encajarían en los términos del artículo 92 de la Ley.

Bien, pues resulta que todos, menos la Agencia, estábamos equivocados. Y para que no quede duda, el legislador, cumpliendo su función de interpretación auténtica, va a dejar clara la cuestión, modificando la redacción del

precepto correspondiente, el artículo 91-4º. O, al menos, eso es lo que le pide el Proyecto de Ley.

Pasamos al siguiente apartado, para tratar la que podríamos considerar la cuestión central: las vicisitudes del privilegio en la fase de convenio.

2.2. *El segundo párrafo: La reducción del privilegio en caso de convenio*

Como hemos expuesto, en el caso de que el concurso se resolviera mediante liquidación, sin llegar a la fase de convenio, Hacienda aparecería en la lista como acreedor privilegiado por el importe íntegro de los créditos de que estamos hablando. La cuestión es qué sucede si se llega a la fase de convenio, cuestión que, como vimos, era la que se había suscitado con el artículo 72.2 de la Ley General Tributaria. A ella se dedica el segundo párrafo del artículo 91-4º de la Concursal propuesto por el Proyecto de Ley:

«En caso de convenio concursal, el privilegio general previsto en este apartado quedará limitado hasta una cantidad máxima equivalente al 50 por 100 del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y al 50 por 100 del conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente. A los solos efectos del cálculo de dicho porcentaje, se incluirán los créditos que tengan la calificación de privilegiados especiales, con privilegio general del número 2º y subordinados».

En el análisis de este texto se plantean diversas cuestiones. La primera es la relativa al presupuesto de hecho que hace nacer la reducción o limitación del privilegio al 50 por 100, de la que nos ocupamos en el presente apartado. La segunda es la de la base que se toma para el cálculo de ese porcentaje, que dejamos para el siguiente.

El presupuesto de hecho al que el Proyecto de Ley conecta la reducción del privilegio se expresa en los siguientes términos: «En caso de convenio concursal». ¿Qué es lo que se quiere decir con esa concisa expresión? A primera vista, podría pensarse que para que opere la reducción es necesario que se haya llegado a la aprobación del convenio. Pero ¿cuál será la participación de la Hacienda Pública en las deliberaciones y votaciones? Debemos recordar que la Ley General Presupuestaria y la propia Ley General Tributaria (que aún siguen apegadas a los términos de la antigua Ley de Suspensión de Pagos) dicen con claridad que «el carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el *derecho de abstención* en los procesos concursales» (véase arts. 10.2 LGP y 164.4 LGT). Haciendo también aquí caso omiso de lo que, en relación con estos textos, establecía la Ley Concursal (Disposiciones Finales 10ª y 11ª)¹⁵. ¿Hasta dónde alcanza este «derecho

¹⁵ La Ley Concursal no habla de derecho de abstención, como hacía la Ley de Suspensión de Pagos de 1922. Y no se trata de una mera cuestión de terminología, pues lo que ha hecho la nueva Ley es alterar sustancialmente el modo de recoger en la fase de convenio el reflejo derivado de la calificación de los créditos. En la Ley de 1922 la condición privilegiada de un crédito otorgaba a su titular un derecho de abstención en el convenio, derecho que decaía *ope legis*, si el acreedor participaba en la Junta, aun cuando su voto fuera en contra (véase art. 15 LSP). La Ley Concursal, en cambio, ha establecido, en lugar del derecho de abstención, que en caso de convenio, su contenido no vinculará a los acreedores privilegiados más que en el supuesto de que «hubieren votado a favor de

de abstención» en relación a los créditos de que estamos hablando? ¿Al importe que figura en la relación de la masa pasiva o al 50 por 100 que se menciona en este párrafo?

A pesar de que la letra del precepto no ayuda, parece que la respuesta lógica (lógica, queremos decir, en el esquema del Proyecto de Ley) debe ser la segunda. De manera que leeremos la citada expresión «en caso de convenio concursal» como si dijera «en el caso de que se llegue a la fase de convenio». Si eso sucede, la hacienda Pública participará en la Junta con un privilegio reducido al 50 por 100 en los términos previstos en el precepto que estamos examinando. O sea, que la apertura de la fase de convenio determinará una modificación en la clasificación de los créditos tributarios integrados en la masa pasiva. Esto es lo que parece indicar la expresión «el privilegio... quedará limitado hasta una cantidad máxima al 50 por 100».

La cuestión que a continuación se plantea es la siguiente: ¿Qué sucede con el privilegio en el caso de que no llegue a aprobarse ninguna propuesta de convenio? En ese caso, hay que entender que el privilegio recuperaría todo su vigor en la liquidación que se abriría a raíz del no acuerdo.

Suspendemos nuestro juicio sobre el nuevo sistema hasta que hayamos acabado el estudio de este párrafo segundo. Pero ya desde ahora, puede advertirse como su funcionamiento es bastante más complicado que el sencillo previsto en la Ley original. Ahora podemos tener un diseño que incluye incluso la posibilidad de un baja/sube, de estilo «montaña rusa» en la configuración del privilegio. Pero, en fin, para esto se introduce la «interpretación auténtica», que incluso, diríamos, podría ser más detallada, con instrucciones de uso más completas. Vamos, ahora, a la segunda cuestión, la del modo de cómputo de la reducción al 50 por 100.

2.3. *(sigue) La base para el cálculo del 50 por 100*

Nos encontramos nuevamente con una cuestión que había dado lugar a controversias entre la Agencia Tributaria y las administraciones de los diferentes concursos, nacidas de la distinta manera de entender la expresión que usaba (y sigue, aún, usando) la Ley Concursal, la cual dice que «este privilegio podrá ejercerse *para el conjunto de los créditos* de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectiva-

la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable» (véase art. 134.2 LC). Como puede verse un sistema muy distinto del que se derivaba del reconocimiento del derecho de abstención. Por eso, cuando la propia Ley Concursal se ocupa de corregir la redacción de la General Tributaria y General Presupuestaria vigentes (que, lógicamente, debería igualmente recogerse en las que se estaban tramitando casi simultáneamente), elimina las referencias al mencionado «derecho de abstención». El hecho de que, en uno y otro texto, se decidiera finalmente no hacer caso a la Ley Concursal y recuperar en su redacción la ecuación privilegio/derecho de abstención permite plantear la siguiente cuestión: ¿Estamos ante otra derogación singular de la Ley Concursal? No vamos a entrar en el examen de este punto, aunque hemos de señalar que la pretensión derogatoria tendría en este caso más fundamento que en el del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria, con la redacción que conocemos.

mente, hasta el cincuenta por ciento de su importe». La fuente de la discusión estaba en las palabras resaltadas en cursiva. Para la Agencia la expresión en cuestión debía ser entendida en el sentido de que ese conjunto de todos los créditos tributarios, incluidos los dotados de otros privilegios y los subordinados, era la base sobre la que habría que calcular el límite de ejercicio del privilegio. Para las administraciones concursales (y para la práctica totalidad de la doctrina), la referida base debe entenderse constituida por el importe de los créditos a los cuales afecta el privilegio y su límite. Esta segunda fue la tesis adoptada en sus decisiones por los Juzgados de lo Mercantil. Por nuestra parte, además de otras consideraciones lógicas de que hablaremos más adelante, diremos que un simple repaso a las reglas de la sintaxis castellana nos enseña que la lectura realizada por la Agencia es errónea: la expresión «conjunto de los créditos» no puede desconectarse de los términos «este privilegio». En caso contrario, lo que se estaría ejerciendo no sería «este privilegio», sino otro, referido a todos los créditos, además de los del art. 91, 4º. La expresión «conjunto de los créditos de la Hacienda Pública» significa sencillamente que este conjunto puede integrar créditos correspondientes a diversos tributos (IVA, Impuesto de Sociedades, IRPF... o, en el caso de la Seguridad Social, los diferentes conceptos de recaudación conjunta) e incluso a diferentes titulares (Hacienda estatal, Haciendas autonómicas o locales) y que el límite del 50 por 100 se aplica al conjunto, sea cual sea la distribución interna. Eso, como decimos, en lo que toca al elemento literal o de redacción, porque hay otras consideraciones de carácter lógico a las que nos referiremos algo más adelante.

Da igual, porque ahora el Proyecto de Ley nos dice que nuevamente eran los técnicos de la Agencia los que, aún sin dominar la sintaxis del idioma de CERVANTES, habían entendido las cosas de modo correcto. Y para evitar dudas, ahora se van a poner «negro sobre blanco» los términos de la solución. Que, como ya sabemos, consiste en afirmar que «a los solos efectos del cálculo de dicho porcentaje, se incluirán los créditos que tengan la calificación de privilegiados especiales, con privilegio general del número 2º y subordinados».

Bueno, pues esto es lo que hay (o lo que habrá, si esta parte del Proyecto se convierte en Ley). Centrémonos ahora en las consecuencias de este modo de proceder, examinando los efectos sobre la composición y funcionamiento de la Junta de acreedores. La posición de Hacienda en la Junta, de acuerdo con la Ley todavía vigente, es clara: la mitad de los créditos del art. 91,4º tienen la consideración de ordinarios y, en consecuencia, forman parte natural del *quórum* a computar para la constitución (art. 116 LC) y para la aprobación del convenio (art. 124 LC). La otra mitad tendrá la consideración de crédito privilegiado, no afectado por el convenio, salvo que su titular decida participar votando a favor. Los créditos subordinados son irrelevantes a uno y otro efecto. Con la redacción que se propone, en cambio, Hacienda comparece como titular de un crédito privilegiado *ex artículo* 91-4º, cuyo límite se determina en función del importe total de los créditos. De manera que puede darse el caso de que dicho límite (el 50 por

100 de ese total) sea superior a la cantidad a limitar. En el cual caso, los créditos ordinarios serán igual a cero.

La mejor manera de exponer esto con claridad –y de ganar tiempo– es recurrir a un ejemplo con números. Vamos a tomar los resultantes de los hechos a que se refiere la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 5 de julio de 2005. Los créditos de la Hacienda en ese caso eran los siguientes:

–Retenciones:	461.842 euros.
–Otros conceptos:	373.983 euros.
–Recargos, intereses, sanciones:	282.394 euros.
–Total	1.218.219 euros.

A la hora de efectuar la clasificación en la masa pasiva, la Administración concursal, aplicando la reducción del 50 por 100 prevista en el artículo 91-4º, propuso la siguiente clasificación:

CLASIFICACIÓN PROPUESTA POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Créditos privilegio general (art. 91.2º)	461.842 euros
Créditos privilegio general (art. 91.4º)	186.991 euros
Créditos ordinarios	186.991 euros
Créditos subordinados	282.394 euros

Por su parte, la Agencia Tributaria, en la impugnación de esta clasificación, proponía la siguiente:

CLASIFICACIÓN PROPUESTA POR LA AEAT

Créditos privilegio general (art. 91.2º)	461.842 euros
Créditos privilegio general (art. 91.4º)	430.622 euros
Créditos ordinarios	0 euros
Créditos subordinados	225.775 euros.

La diferencia en el renglón de créditos subordinados obedece a los dos siguientes datos: i) a que la Agencia incluye entre los créditos con privilegio del art. 91,4º el importe de los recargos (56.639 euros), excluyéndolo del renglón de créditos subordinados; ii) a que el límite del 50 por 100 se calcula sobre el importe total de los créditos por todos los conceptos, límite que en este caso ni siquiera se alcanza, pues los créditos incluidos en el privilegio no llegan al 50 por 100 computado de este modo. Es decir, que, el límite que, según la Agencia establecía la Ley Concursal con su poda era un límite tal que su importe podía ser superior al de la cantidad a limitar.

En cualquier caso, lo que sobresale en la comparación es que con el modo

de operar de la Agencia (coincidente con el propuesto ahora en el Proyecto de Ley), los créditos ordinarios, y con ellos la participación de Hacienda en el convenio como miembro «natural» de la Junta, que es lo que pretendía la Ley Concursal, se han evaporado. O sea, que nuevamente estamos ante la situación anterior a la citada Ley, una situación en la que la participación de Hacienda en el convenio se producirá sólo si la Agencia graciosamente así lo decide, renunciando a ejercer su «derecho de abstención».

En otros casos, con otros números, los resultados pueden tener un alcance menor. Pero, de cualquier modo, salvo que los únicos créditos tributarios presentes en el concurso pertenezcan al grupo del artículo 91-4º, siempre se producirá, en mayor o en menor medida, el efecto «perverso» de que el alcance de un privilegio y su límite resulte determinado por el de los créditos incluidos en otro privilegio e incluso por el de los créditos subordinados.

Pues eso es lo que ahora se nos propone. Cuando los que se incorporan al denominador son otros créditos privilegiados, su preferencia se estará computando dos veces: una en su propio ámbito y otra como modo de ampliar el alcance de otro privilegio. El calificativo de «perverso» tiene sentido especialmente respecto de los créditos subordinados, pues, como se sabe, la titularidad de ese tipo de créditos no da derecho a voto en la Junta (art. 122.1-1º LC). Y, sin embargo, con este modo de proceder, la existencia de créditos subordinados, al influir sobre el alcance del privilegio en la fase de convenio y, en consecuencia, sobre el importe de los créditos tributarios ordinarios, será determinante para la propia composición y funcionamiento de la Junta, para su *quórum* de constitución y para determinar el umbral de la mayoría requerida para la aprobación del convenio. ¿Cómo se compagina ese resultado con los claros preceptos de la Ley que hemos citado? Pues su sentido (el del art. 116, sobre constitución de la Junta; el del 124, sobre mayoría para la aprobación y el del 122 sobre no derecho a voto por los créditos subordinados) es el de que la clasificación de unos créditos dentro de esta categoría de subordinados determina la irrelevancia de los mismos en el convenio. Y, en cambio, con la fórmula que se propone, su influencia es, como hemos visto, determinante. Llamamos la atención sobre el dato de que este efecto de que los créditos subordinados influyan decisivamente sobre los *quórum* de la Junta no se producirá en casos marginales, sino en la práctica totalidad de los casos, pues es muy raro que el deudor tributario que llega al concurso no incluya entre sus deudas con Hacienda intereses y sanciones. Un repaso a los datos que ofrecen los casos resueltos en el TEAC y Audiencia Nacional permite apreciar que son muy frecuentes las situaciones en las que el objeto del recurso está integrado por deudas tributarias en las que el importe de los conceptos accesorios igualan al del principal. Si a ello se suman, en caso de que el recurso se falle en contra del contribuyente, los intereses del período de suspensión durante la tramitación del recurso, casi diríamos que la «parte del león» de la deuda que llega a la ejecución es la compuesta por estos elementos accesorios.

Vamos llegando al final, pero aún quedan cosas. Pues del esquema ideado

por el Proyecto resulta que, incluso en el caso de que la reducción del 50 por 100 no sea distorsionada por la presencia de otros créditos a computar en el denominador de la división, la situación también sería muy diferente a la que había previsto la Ley Concursal y explicado en su Exposición de Motivos, en la que, recordamos, la poda del privilegio tributario también (aunque desde luego, no sólo, como pretende la Agencia) se veía como un modo de fomentar la participación de Hacienda en el convenio. En el nuevo sistema, como hemos visto antes, aún en el raro supuesto de que, al no contar con créditos de otra categoría, Hacienda entre en la Junta como titular de créditos divididos por mitad entre privilegiados y ordinarios, no nos encontramos ante una situación definitiva. Si la Junta no llega a aprobar ninguna propuesta, se dará paso a la liquidación y, por consiguiente, a la recuperación del entero vigor del privilegio, sin límite alguno. No es necesario ser muy malicioso para pensar que en una situación como ésta la Hacienda Pública (que con frecuencia será un peso pesado en la Junta, aún con la reducción de su privilegio) puede verse tentada de operar en el sentido de hacer inviable la mayoría requerida para el acuerdo.

Como conclusión de este análisis, vamos a hacernos las siguientes preguntas: ¿Es éste el resultado que se pretende obtener? ¿Estamos dispuestos a seguir llamando al resultado de esta reforma «interpretación auténtica» de la Ley Concursal? ¿O cambiamos el rótulo por el de «destrozo de su sistema»? En todo caso, esto es lo que propone el Proyecto de Ley, el cual no sólo reafirma la contrarreforma que se había querido inferir de la redacción del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria de 2003, sino que incluso añade nuevos elementos. ¿No queríais taza? pues taza y media. O como decía Marx, otro adicto al lenguaje popular: «Y además dos huevos duros»¹⁶. Pero aún queda algo más.

3. La aplicación retroactiva de la reforma. Interpretación de la disposición transitoria única

Aun a riesgo de parecer pesados volvemos sobre la cuestión de que la reforma se nos presenta como una obra de interpretación auténtica. Y, como es sabido, lo que caracteriza a este modo de interpretación es que su sentido se extiende hacia el pasado, con ciertas limitaciones impuestas por el respeto a la seguridad jurídica y que habrá que precisar en cada caso.

En nuestro caso, la caracterización de la reforma como interpretación auténtica la dota de este efecto retroactivo. Así lo indica la Disposición transitoria única, que dice:

«Disposición transitoria única. Procedimientos en tramitación.

1. Las normas sobre clasificación y prelación de créditos contenidas en esta Ley serán de aplicación a todos los procedimientos de tercería de mejor derecho, procedimientos especiales e incidentes de reparto de sobrante que se inicien a partir de su entrada en vigor.
2. En caso de concurso, lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 58/2003, de

¹⁶ Cfr. «Sopa de Ganso», pero no estoy seguro, cito de memoria.

17 de diciembre, General Tributaria, en la redacción dada por la disposición final sexta de la presente Ley, así como lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 91 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en redacción dada por la disposición final séptima de esta ley, surtirá efectos con relación a los restantes acreedores del deudor salvo cuando, en el momento de entrada en vigor de la presente ley, se hubiere presentado el informe a que se refiere el artículo 95 de la Ley Concursal».

De nuevo nos encontramos con un precepto cuya redacción puede acarrear dificultades a la hora de interpretar su mandato. En primer lugar, hay que señalar que, aunque en el apartado 1 no se menciona el procedimiento concursal (puesto que dicho apartado trata del derecho transitorio para el cuerpo del Proyecto de Ley), hay que entender que en caso de concurso la regla general aplicable (para la Disposición Final Séptima) es la misma: los procedimientos concursales en tramitación al entrar en vigor la reforma se regirán por la Ley Concursal original; el apartado 2 es precisamente la excepción a esta regla. En segundo lugar, advertimos que esta excepción, la aplicación retroactiva de la reforma en ciertos supuestos, se circunscribe al *segundo párrafo* del nuevo artículo 91-4º. En cuanto al límite de esta retroactividad, se establece en el momento de la presentación (no de la aprobación) del informe a que se refiere el artículo 95. En ese artículo de lo que se trata (en su apartado 2) es de la presentación al Juez del informe de la administración concursal, regulado en los artículos 73 y 74 y que irá acompañada de la lista de acreedores referida a la fecha de solicitud del concurso (art. 94 LC). Estamos ante el penúltimo trámite de la fase común, que concluye con la aprobación judicial del mismo. (O el antepenúltimo, si tomamos en cuenta la resolución de las eventuales impugnaciones).

A la vista de estos elementos, examinamos las diferentes posibilidades de interpretación que, a primera vista, se ofrecen para entender el sentido de la disposición transitoria.

3.1. *Primera opción: la retroactividad se refiere al conjunto del párrafo segundo*

Según esta interpretación, si el informe, con la lista y clasificación de los créditos (que habrá sido preparado por la administración concursal de acuerdo con la LC todavía vigente), ya ha sido presentado en el momento de entrada en vigor de la reforma, el concurso proseguirá en los términos previstos igualmente en la Ley original. Sea cual sea su solución (convenio o liquidación), Hacienda participará, en cuanto a los créditos que aquí interesan, como acreedor privilegiado por la mitad de su importe y como acreedor ordinario por la otra mitad. En caso contrario, es decir, si en el momento de la entrada en vigor de la reforma aún no se hubiera presentado al Juez el informe y la lista, el concurso se desarrollará teniendo en cuenta lo que dice el nuevo artículo 91-4º en su segundo párrafo, el relativo al modo de aplicar el privilegio *en caso de convenio*.

Pero ¿y si el concurso acaba en liquidación o incluso ya desde su inicio el deudor hubiera solicitado esta vía? Recordemos que el tratamiento para estos casos, de aplicación del privilegio general por la totalidad del importe

de los créditos, es el que ahora se establece en el *párrafo primero* del citado precepto. Y que respecto de este primer párrafo no se postula la aplicación retroactiva. De manera que en los casos indicados, la liquidación se regirá por el régimen anterior. Es decir, con los créditos tributarios en cuestión clasificados como privilegiados en un 50 por 100 de su importe total y sin que se incluyan en el privilegio los recargos, pues también ésta es una adición introducida por la contrarreforma. Y esto sería así, tanto si al entrar en vigor la nueva redacción, ya se ha presentado el informe y la lista de acreedores como si este trámite aún no hubiera sido cumplimentado.

O sea, que la retroactividad de que hablamos tendría un corto (bueno, no tan corto, como en seguida veremos) recorrido, pues el elemento central de la contrarreforma, la reintegración del privilegio en todo su vigor en los casos de liquidación no tendría aplicación más que para los concursos que se iniciaran bajo la vigencia del nuevo régimen. Para los iniciados con anterioridad, el privilegio seguiría siendo del 50 por 100. Y en caso de convenio (de que se abra la fase de convenio), pues lo mismo, aunque con una significativa modificación para los casos en que se hubiera llegado a la presentación del informe, pues en esos casos el denominador de la fracción de que habla el artículo 91,4º estaría formado, no por el importe de los créditos de dicho precepto, sino por el total de todos los que tengan a la Hacienda como titular. Pues ese punto sí que se contiene en el párrafo segundo, el de aplicación retroactiva.

Ésa sería la interpretación derivada del respeto estricto a la letra del precepto y prescindiendo de su caracterización como interpretación auténtica que se contiene en la Exposición de Motivos. Pero si tomamos en cuenta este factor y, en lugar de entenderlo como un simple desahogo (¡siempre tuvimos razón!), le atribuimos las consecuencias jurídicas que se derivan de esta configuración, la respuesta sería otra. La que resumimos en el rótulo del siguiente subepígrafe.

- 3.2. *La retroactividad se refiere sólo al nuevo modo de cálculo del 50 por 100, pues para el resto del precepto no es necesario disponer efectos retroactivos, ya que su aplicación hacia el pasado viene impuesta sencillamente por su carácter de interpretación auténtica*

Este segundo modo de leer la disposición transitoria parece ser más acorde con la intención de la contrarreforma y el modo en que ésta se ha gestado y, además, es coherente con la configuración que en la Exposición de Motivos se hace de la nueva redacción del artículo 91-4º de la Ley Concursal como interpretación auténtica del texto original. Según esta lectura, la disposición transitoria vendría simplemente a aclararnos que no todo el nuevo texto es interpretación auténtica, pues también existen elementos nuevos: concretamente los que disponen el modo de calcular el 50 por 100, tomando como base, no el importe de los créditos a que se refiere el precepto, sino el de la totalidad de los créditos tributarios, incluyendo los cubiertos por otros privilegios y los subordinados. Y es solamente este elemento nuevo, contenido en el párrafo segundo del precepto, el que necesita de

una disposición expresa ordenando su aplicación retroactiva. El resto (que el privilegio abarca el importe total de los créditos del 91-4º, incluyendo los recargos pero queda sujeto a reducción en caso de convenio) no sería una novedad: se trata sencillamente de aclarar lo que desde siempre dijo la Ley Concursal correctamente interpretada y, en consecuencia no necesita de que se ordene su aplicación hacia el pasado: ésta se deriva sencillamente de su carácter de interpretación auténtica.

Este modo de ver las cosas encaja, además, con el dato de que el límite temporal de la retroactividad se sitúa en el momento de presentación (no en el de aprobación) de la lista de acreedores. Lo cual, lo vamos a ver en seguida, tiene una importancia trascendental.

Según esta interpretación, si en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley existen concursos abiertos en los que aún no se ha presentado el informe con la lista de créditos y su clasificación, ésta se llevará a cabo en los términos previstos en la reforma. Si, por el contrario, el informe ya se hubiera presentado al Juez, éste lo deberá aprobar aplicando la antigua Ley Concursal. Sin aplicar el nuevo modo de cálculo del denominador al que ha de aplicarse la división por dos, pero en el bien entendido de que, aparte este detalle, la Ley original debe ser interpretada en los términos correctos, que ahora el propio legislador se ha preocupado de dejar claros. De manera que si la administración concursal hubiera presentado el informe en los términos derivados de la interpretación hasta ahora sancionada por los tribunales, el Juez debería corregir dicho informe y la lista anexa, aplicando la interpretación que ahora sabemos que es la correcta. Más aún: ese mismo criterio es el que deberían aplicar las Audiencias Provinciales al resolver las apelaciones pendientes contra los fallos de los Juzgados, que, como ya hemos dicho, han resuelto en sentido contrario en *todos* los casos de impugnación (al menos los que aparecen en las bases de datos al uso).

Un poco «fuerte» ¿no? Pues eso es lo que hay: la Agencia Tributaria siempre tuvo razón. Y si, para dársele hay que rehacer el pasado, pues se rehace.

IV. APOSTILLA FINAL

Una vez expuesto el sentido de la reforma (contrarreforma) de la Ley Concursal y la apreciación que nos merece, queremos prevenir contra un posible equívoco: el que podría surgir a la vista de que la contrarreforma ha sido propuesta por un Gobierno salido de una mayoría parlamentaria diversa de la que aprobó en 2003 la Ley. Lo cual podría sugerir que el nuevo texto obedece a un cambio en las prioridades políticas.

Esta conclusión sería, a nuestro juicio, equivocada, pues el auténtico agente de la contrarreforma que ahora se presenta es el mismo que ya la intentó «colar» en 2003, según hemos explicado. O sea, la Agencia Tributaria. La contradicción no se plantea entre el legislador de 2003 y el de 2006 ó 2007, sino entre los que podríamos llamar (malamente) legislador mercantil y tributario, o, descendiendo a los actores reales, Justicia y Hacienda. Por

eso nos hemos detenido en exponer lo que hemos llamado el despropósito original, insistiendo en identificar al responsable del mismo y en mostrar que la contradicción de que hablamos ya se planteó en 2003. Y ese responsable, una vez deshecho en sede judicial su primer intento, vuelve a ensayarlo ahora por vía legislativa.

Es ésta una cuestión de importancia mayor y que va más allá del caso concreto. Pues con frecuencia se tiene la impresión de que los proyectos de Ley en materia tributaria, y más concretamente en los temas relacionados con los procedimientos de aplicación de los tributos, son preparados por los propios funcionarios encargados de esa aplicación, con la vista puesta en asegurarse una posición de ventaja. Posición de ventaja que, en ocasiones, no responde a exigencias del interés general. Y eso es precisamente lo que ilustra el episodio que motiva estas notas. Pues la contrarreforma de la Ley Concursal de que hablamos aprovechará singularmente a los funcionarios de la Agencia responsables de la recaudación.

Como somos conscientes de que las anteriores palabras pueden sonar un poco duras, vamos a intentar justificarlas recordando el marco general en que se mueve la Hacienda Pública en los casos de concurso. Es hora de advertir que, pese a las voces que han abundado en resaltar la postergación de los créditos públicos en el concurso, la realidad es que Hacienda defendió denodadamente sus intereses en la preparación de la Ley Concursal, obteniendo un resultado final sumamente ventajoso. Debemos poner en primer plano que, de acuerdo con la dicha Ley, la Hacienda Pública es (junto con la Seguridad Social y en mejores condiciones que ésta) el único acreedor que puede proseguir un procedimiento de ejecución ya iniciado en el momento de la declaración del concurso, sin que esta declaración le afecte más allá de la posible sustracción a la traba de los bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (véase art. 55.1 LC). De manera que la Agencia Tributaria, apenas constate el descubierto derivado de la falta de ingreso de una deuda en período voluntario, podrá (deberá) lanzar la providencia de apremio, notificándola al deudor¹⁷ y asegurarse, de ese modo, la ejecución separada de su crédito, aún en el caso de que dicho deudor acabe inmerso en un concurso.

Más aún: esta posibilidad de escapar a la confusión con los restantes acreedores se estructura en la Ley Concursal en un modo más expedito y ventajoso que el vigente con anterioridad. Pues hasta ella, esa posibilidad de ejecución separada se hacía depender de que se hubiera llegado a la traba

¹⁷ Frente a lo que en ocasiones se sostiene, entendemos que cuando la Ley Concursal y la propia Ley General Tributaria hablan de que «se hubiera dictado providencia de apremio», está requiriendo que la providencia no sólo haya sido firmada, sino que haya sido notificada a su destinatario. Es este un punto que debe ser resaltado, pues en ocasiones se han dado casos de providencias de apremio fechadas en el día siguiente al del cumplimiento del plazo de pago en voluntaria, es decir, cuando el descubierto aún no ha podido ser constatado, habida cuenta de los plazos de que disponen las entidades de crédito para cumplir la orden de pago.

de bienes o derechos y de que «dicho embargo se hubiera producido antes del inicio del proceso concursal» [véase art. 129.3, b) LGT/1963 en su redacción anterior a la reforma]. Con la Ley Concursal, cuyo mandato se recoge en la nueva Ley General Tributaria, bastará que se haya dictado la providencia de apremio, aun cuando no se haya llegado a la fase de embargo. Y, además, la fecha límite, el *dies ad quem*, en lugar de situarse en el momento impreciso del «inicio del proceso concursal» (que puede ser entendido como la fecha en que se presenta la solicitud del concurso), se fija en la de la declaración judicial. Todavía más: esta sustancial mejora procedimental se contempla en la Ley Concursal sólo para los créditos tributarios y demás de derecho público, excepción hecha de los de la Seguridad Social, los cuales siguen ciertamente disfrutando también de la posibilidad de ejecución separada pero sólo si en el momento de la declaración del concurso ya existen embargos acordados en el procedimiento de ejecución laboral (véase igualmente art. 55.1 LC). Se conoce que la Agencia tributaria fue más hábil que la Tesorería de la Seguridad Social en las negociaciones que condujeron al texto de la Ley Concursal.

Vamos ya a la conclusión final, que se deduce de lo que acabamos de exponer: la inmersión de Hacienda en el concurso y la consiguiente rebaja de su privilegio tendrá lugar comúnmente sólo en aquellos casos en que los órganos de recaudación no hayan actuado con una mínima diligencia, la necesaria para no demorar la providencia de apremio hasta más allá de la declaración del concurso. Para lo cual disfruta, además de una posición y unas fuentes de información, incluidas las procedentes de los órganos judiciales¹⁸ sumamente ventajosas. De suyo, la Hacienda Pública sólo se vería abocada ineludiblemente al concurso en relación con los créditos que, aún devengados con anterioridad, no hubieran sido objeto de liquidación en el momento de su declaración (la del concurso). El supuesto típico sería el de los casos en que, al momento de esa declaración, se encontraran entablados procedimientos de comprobación tributaria en vía de gestión o, más comúnmente, de inspección.

¹⁸ Téngase en cuenta lo que previene el artículo 164.3 de la Ley General Tributaria: «Los juzgados y tribunales estarán obligados a colaborar con la Administración tributaria facilitando a los órganos de recaudación los datos relativos a procesos concursales o universales de ejecución que precisen para el ejercicio de sus funciones. Asimismo tendrán este deber de colaboración, respecto de sus procedimientos, cualesquiera órganos administrativos con competencia para tramitar procedimientos de ejecución». Y, como se reconoce precisamente en los propios materiales de preparación del proyecto de Ley General Tributaria, «esta regla que, en principio, parece no tener mayor trascendencia, puede resultar esencial en los supuestos, nada infrecuentes, en que los órganos judiciales sufren un retraso en dictar la providencia por la que se entiende iniciado el proceso concursal. Y ello ya que en tales situaciones, la información obtenida por la Administración acerca de la existencia de un proceso concursal en sus inicios le permitirá acelerar las actuaciones de embargo» [véase «Informe de 2003» del Grupo de Expertos, en MANTERO/JIMÉNEZ-REYNA (COORDS.)]. *Ley General Tributaria. Antecedentes y Comentarios*, 2005, pg. 733. Y es que Hacienda no da puntada sin hilo, como suele decirse: se requiere información a los jueces con la finalidad descarada de «madrugarlos» en la ejecución.

Pues bien, si esto es así (y así es), nos preguntamos: ¿cuál es la necesidad de apurar hasta llegar a la contrarreforma que hemos analizado, una vez que en la propia Ley Concursal y su contemporánea la General Tributaria se ha conseguido esta posición de ventaja? ¿Es necesario llegar a la desfiguración del flamante Código Concursal como ahora se nos propone?

Ponemos el punto final de estas notas, que a veces se han desenvuelto en un tono desenfadado, recurriendo una vez más al lenguaje popular para responder a las anteriores preguntas: Y es que «la avaricia rompe el saco». Esperemos que ese sea también el dictamen del legislador.