



FACULTAD DE TURISMO Y FINANZAS

GRADO EN FINANZAS Y CONTABILIDAD

EL CRÉDITO PÚBLICO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Trabajo Fin de Grado presentado por JOSÉ ANTONIO VEGA DE LA PEÑA, siendo el tutor del mismo ENRIQUE MELCHOR GIMÉNEZ.

Vº. Bº. del Tutor/a/es/as:

El alumno/a:

D. Enrique Melchor Giménez

D. José Antonio Vega de la Peña

Sevilla. abril de 2017.



**GRADO EN FINANZAS Y CONTABILIDAD
FACULTAD DE TURISMO Y FINANZAS**

**TRABAJO FIN DE GRADO
CURSO ACADÉMICO [2016-17]**

TÍTULO:

EL CRÉDITO PÚBLICO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

AUTOR:

JOSÉ ANTONIO VEGA DE LA PEÑA

TUTOR:

DR. D. ENRIQUE MELCHOR GIMÉNEZ

DEPARTAMENTO:

DERECHO MERCANTIL

ÁREA DE CONOCIMIENTO:

DERECHO MERCANTIL

RESUMEN:

El crédito público disfrutaba en la normativa anterior a la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, de una situación privilegiada, ya que disponía de un régimen especial y los procedimientos recaudatorios se continuaban sobre el patrimonio del concursado, salvo que la declaración de suspensión de pagos fuese de fecha anterior a la providencia de apremio. La Ley Concursal se propone conjugar los principios de mantenimiento de la actividad y el de "*par conditio creditorum*", con la especificidad del crédito que ostenta la Administración por el interés público.

Esto exige el recorte de los privilegios del crédito público, que se logra a partir de la clasificación de los créditos en extraconcursoales y concursales, sean con privilegio especial o general, ordinarios y subordinados, manteniéndose las preferencias exclusivamente en los privilegiados, reducidos en número y cuantía, de modo que un mismo crédito puede tener distintas clasificaciones. Por esta razón se genera un diferente tratamiento en las distintas fases del concurso que examinamos, "Declaración de concurso", "Fase común", "Fase de convenio" y "Fase de liquidación", haciendo hincapié en los privilegios sustantivos y procesales que subsisten tras la Ley.

PALABRAS CLAVE:

Concurso; extraconcursoales; privilegiados;

Ordinarios;Subordinados

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN.....	1
1.1.- OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	1
1.2.- PRESENTACIÓN.....	2
1.3.- CARÁCTER PRIVILEGIADO DEL CRÉDITO PÚBLICO	2
1.1.1. Justificación de su existencia	2
1.1.2. Limitación de privilegios en la Ley Concursal.....	3
2.- LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO: SUS EFECTOS	5
2.1.- EFECTOS DE LA DECLARACIÓN	5
2.1.1. El derecho de ejecución separada: sus límites	5
2.1.2. Prohibición de compensación.....	8
2.1.3. Suspensión del devengo de intereses	9
2.1.4. Suspensión del derecho de retención.....	10
2.1.5. Interrupción de la prescripción.....	10
3.- LA FASE COMÚN DEL CONCURSO	11
3.1.- CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y CONCURSALES	11
3.2.- COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS	12
3.2.1. Necesidad de comunicación de créditos.....	12
3.2.2. Créditos de comunicación automática	13
3.3.- RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS	14
3.3.1. Créditos de reconocimiento automático	15
3.3.2. Créditos por actos administrativos y autoliquidaciones	15
3.3.3. Recurridos en vía administrativa. y jurisdiccional	16
3.3.4. Sujetos a comprobación o inspección	16
3.3.5. Derivados de querrela o denuncia	17
3.3.6. Por derivación de responsabilidad	17
3.4.- CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS	18
3.4.1. Créditos contra la masa	18
3.4.2. Créditos con privilegio especial	22
3.4.3. Créditos con privilegio general	23
3.4.4. Créditos subordinados	26
4.- OPCIONES CONSERVATIVA Y LIQUIDATIVA	29
4.1.- FASE DE CONVENIO	29
4.1.1. Contenido	29
4.1.2. Modos de tramitación y efectos	30
4.1.3. Los acuerdos singulares	33
4.1.4. Calificación de “ayuda de Estado”	36
4.2.- FASE DE LIQUIDACIÓN	39

4.2.1. Solicitud	39
4.2.2. Efectos de la apertura	40
4.2.3. Clases de créditos: su pago	41
4.3.- CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA	50

ABREVIATURAS.-

A.E.A.T.	Agencia Estatal de Administración Tributaria.
AP	Administración Pública.
AAPP	Administraciones Públicas.
Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado.
I.R.P.F.	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
I.S.	Impuesto sobre Sociedades.
I.V.A.	Impuesto sobre el Valor Añadido.
LC	Ley Concursal.
LGP	Ley General Presupuestaria.
LGT	Ley General Tributaria.
RGR	Reglamento General de Recaudación.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN

1.1.- OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.-

Con el presente Trabajo Fin de Grado, pretendemos analizar la posición que ostenta el crédito público en el concurso de acreedores, haciendo las menciones imprescindibles al acreedor privado, que queda fuera del objeto del presente trabajo, por lo que las únicas que se hagan a lo largo del mismo, será por razones comparativas con el acreedor privado.

Metodológicamente este análisis nos obligará a partir de la normativa anterior a la LC, en la que, a pesar de ello, sólo entraremos puntualmente ya que la amplitud del contenido no nos permite ir más allá. A partir de ella, procederemos al examen de la Ley 22/2003 para conocer, desde este punto de partida, la doctrina generada y, sobre todo, la jurisprudencia, que ha tenido un papel relevante en las modificaciones que aquélla ha sufrido. Haremos especial hincapié en la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, ya que constituye la modificación más importante del texto original, para terminar con el examen de la situación actual, siempre limitando nuestro estudio a la parte del proceso concursal en que más incidencia tiene el crédito público en cuanto a las preferencias o privilegios de que dispone, omitiendo las partes más comunes de dicho proceso.

En cuanto a la estructura del Trabajo, dedicaremos el CAPÍTULO I a la “Introducción”, con un tercer apartado sobre el “Carácter privilegiado del crédito público”, con mención a la evolución de la regulación del crédito público desde la vigencia de la normativa anterior a la LC. En el CAPÍTULO II examinaremos la “Declaración del concurso” y sus efectos.

En el CAPÍTULO III nos centraremos en la “Fase común del convenio”, recogiendo la comunicación y el reconocimiento de créditos, y el trascendente tema de la “Clasificación de los créditos”, que sustenta los beneficios de que sigue disponiendo la Administración Pública (en adelante, AP). En el CAPÍTULO IV nos referiremos a las “opciones conservativa y liquidativa”, aludiendo a la “Fase de convenio”, recogiendo sus efectos y los “acuerdos singulares” que puede suscribir la Administración respecto a los créditos privilegiados, y la posibilidad de incidir en la calificación de “ayudas de Estado” por la aceptación de quitas o esperas que distorsionen la competencia en el ámbito de la Unión Europea, por infracción de la legislación comunitaria. También analizaremos la “Fase de liquidación”, con el pago de los créditos según sus distintas clases. Por último, presentaremos las “Conclusiones” derivadas del análisis desarrollado a lo largo de nuestro trabajo

A lo largo del Trabajo haremos referencia a los aspectos más relevantes del crédito público, con especial atención a sus preferencias y privilegios, partiendo de la evolución de la normativa concursal a partir de la Ley 22/2003 para conocer a partir de ella, las posiciones doctrinales que se han suscitado y los pronunciamientos de nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS). Finalizaremos con un apartado dedicado a la Bibliografía utilizada a lo largo del Trabajo, con mención de los libros consultados, artículos de revistas, accesos a Bases de Datos telemáticas y disposiciones normativas mencionadas, que han servido en todos los casos para su desarrollo.

1.2.- PRESENTACIÓN.-

El Derecho español consagra en el artículo 1.911 (en adelante, art.) del Código Civil el principio de responsabilidad universal del deudor, que responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Pero en la vida real, este derecho del acreedor a hacer efectivos sus créditos, choca a veces con la crisis financiera del deudor, que es la imposibilidad de hacer frente a sus pagos. Si la crisis es de liquidez, hay deficiente financiación del ciclo de operaciones, solucionable mediante la modificación de la política financiera del deudor, pero si se encuentra en situación de crisis financiera o insolvencia, no puede atender a sus compromisos a largo plazo, y tiene que acudir a soluciones extraordinarias, como la enajenación de activos extrafuncionales, para hacer frente a sus obligaciones ante al acreedor. Pero si éste no ve satisfecho su derecho, tendrá que acudir a los órganos judiciales para solicitar la ejecución sobre los bienes y derechos del deudor, ejecución que se puede plantear en el plano individual o en el colectivo, cuando hay una pluralidad de acreedores y el patrimonio del deudor puede resultar insuficiente.

En esta situación, el Derecho general cede ante un Derecho excepcional, en el que el interés colectivo de los acreedores va a primar sobre el individual, y el ejercicio de las acciones individuales ha de ceder ante el interés de la colectividad, para evitar que sólo los que primero procedan a la ejecución sobre los bienes del deudor, vean satisfecho su crédito, en perjuicio de los restantes. Se busca alcanzar un resultado igualitario, de modo que el principio "*prior in tempore, potior in iure*" cede ante el de "*par conditio creditorum*", porque de no ser así, unos satisfarían íntegramente sus créditos en perjuicio de otros que asumirían las pérdidas derivadas de la insuficiencia del patrimonio del deudor.

1.3. CARÁCTER PRIVILEGIADO DEL CRÉDITO PÚBLICO.-

1.3.1.- Justificación de su existencia.-

El crédito público, al igual que cualesquiera otros créditos privilegiados, ha gozado siempre de importantes prebendas, que suponen la ruptura del principio "*par conditio creditorum*", de modo que los acreedores ordinarios, normalmente la contraparte en las operaciones comerciales del deudor, no llegaban a alcanzar la satisfacción de sus créditos, soportando una situación de debilidad frente a aquéllos.

En la normativa anterior a la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), los créditos tributarios y de la Seguridad Social tenían el carácter de privilegiados y disponían de un régimen especial, de modo que los procedimientos recaudatorios se continuaban, salvo que la declaración de suspensión de pagos fuese de fecha anterior a la providencia de apremio. Además, las cantidades cobradas por el deudor por retenciones o cantidades repercutidas gozaban del derecho de retención al ser calificadas de depósitos en el art. 96-5 del derogado Reglamento General de Recaudación de 1990, al tiempo que los créditos de la Hacienda Pública disfrutaban con carácter general del derecho de abstención en los procesos concursales.

En el ámbito tributario, la derogada Ley 230/1963 de 28 de diciembre, General Tributaria establecía el derecho de prelación de la Hacienda para el cobro de los créditos (art. 71); la afección de los bienes transmitidos a los tributos que graven las transmisiones, con la salvedad de que se trate de un tercero que goce de la fe pública registral (art. 74); el derecho de retención sobre las mercancías que se despachen en cuanto a los tributos que graven su tráfico (art. 75), mientras que el art. 76 establecía la hipoteca expresa para la concesión de aplazamientos y fraccionamientos. Además, el principio de autotutela administrativa o posibilidad de ir contra el patrimonio del deudor para hacer efectivo su derecho sin tener que acudir a los órganos judiciales al tener preferencia de cobro respecto a un bien concreto, hacía posible un derecho sustantivo y procesal que era el de abstención, que le permitía renunciar a participar en el convenio.

La existencia de estos privilegios era muy criticada con argumentos economicistas, considerando que tras ellos sólo existían intereses recaudatorios, que no sirven de justificación porque la Administración dispone de medios suficientes de control del fraude, en perjuicio de los restantes acreedores que no satisfacen sus derechos por el privilegio de la Administración Pública. A estas razones, añade Valero Lozano (2007), la contradicción que suponía mantener una situación privilegiada, exenta de riesgos por dicha razón, y conceder aplazamientos de pago a los deudores, creando una apariencia de solvencia por el mantenimiento en el mercado de la empresa, en perjuicio de terceros.

Frente a este sector, la doctrina administrativa los ha justificado en el interés público y en que, aunque la Administración tiene medios de control, las actuaciones que ha de llevar a cabo sufren una demora temporal para su iniciación difícil de evitar por los plazos de declaración y obtención de información, lo que pone en peligro el cobro del crédito. Por otra parte, el hecho real es que es la Administración la que suele quedar sin satisfacer sus derechos por insuficiencia del patrimonio del concursado.

1.3.2.- Limitación de privilegios en la Ley Concursal.-

Como se desprende de lo expuesto en el apartado precedente, los privilegios de los créditos públicos se caracterizaban por una gran rigidez, que incluso a veces le impedían la defensa del interés público del modo más efectivo en orden a la satisfacción de sus créditos, lo que se ha tratado de evitar con la nueva Ley, al tiempo que pretende el mantenimiento de la actividad empresarial, buscando el equilibrio entre el mantenimiento de la empresa, el crédito público y el de los restantes acreedores. Consciente de este problema, ya el art. 129 de la Ley 58/2003 de 28 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), dispuso que *“el carácter privilegiado de los créditos otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, podrá, en su caso, suscribir acuerdos o convenios concertados en el curso de los procesos concursales para lo que se requerirá únicamente autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria”*.

La LC restringe de modo importante los privilegios de que gozaba el crédito público, lo que adquiere especial relevancia en la clasificación de los créditos y, como dice la Exposición de Motivos, busca reducir *“los privilegios y preferencias a efectos del concurso... Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones deben ser muy contadas y siempre justificadas...”*. Y establecido este principio, añade que *“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...”*. Consagra que la igualdad de los acreedores es la regla general, y dispone la paralización de las ejecuciones individuales mientras dure la negociación del convenio.

Esta reducción de privilegios, derivada de la clasificación de los créditos, hace que el derecho de abstención quede limitado en la Ley a los créditos privilegiados. Este hecho tiene una doble consecuencia: de una parte, va a permitir a la AP llegar a acuerdos singulares en cuanto a los citados créditos privilegiados, siempre que no recoja condiciones más favorables para el deudor que el convenio general, y de otra parte, al desaparecer tal derecho respecto a los créditos ordinarios y subordinados, hace que la posibilidad de concurrir al convenio de la anterior normativa, pase a ser una necesidad en cuanto a los citados créditos.

También las retenciones gozaban de un tratamiento singular, que concedía a Hacienda un derecho de separación, de modo que no se incorporaban a la masa, a pesar de que no cumplían los requisitos del contrato de depósito, que era la figura que se argumentaba como justificación. En opinión de Calvo Vérguez (2014), *“la obligación tributaria derivada de la retención origina más bien una deuda autónoma de la que únicamente deriva un derecho de crédito a favor de la Hacienda”*. En esta línea de

pensamiento, la LC elimina el derecho de separación, porque sólo hay una deuda de dinero y no un contrato de depósito ya que, además de no cumplir los requisitos de dicha figura, la calificación en caso de falta de ingreso es de delito fiscal, y no de apropiación indebida como procedería de tratarse de un depósito.

Sin embargo, en virtud del art. 77 de la LGT, la Hacienda Pública mantiene un derecho de prelación para el cobro de sus créditos frente al resto de los acreedores, salvo que lo sean de dominio, prenda, hipoteca u otra garantía real, en el ámbito de un procedimiento recaudatorio, que Calvo Vérguez (2014) denomina "*privilegio general del crédito tributario*", aunque cede ante otro crédito tan privilegiado o más que el de Hacienda, que son los créditos laborales del art. 32 del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, no todo se traduce en pérdida de privilegios del crédito público, si bien se ven muy recortados respecto a la normativa anterior. En cualquier caso, como veremos con mayor amplitud en momento posterior, esta prelación consagrada por el art. 77 queda limitada al ámbito de la ejecución singular, ya que el apartado 2 de dicho art. establece que en el concurso, los créditos tributarios quedan sometidos a la LC.

Finalizaremos el apartado recogiendo algunas consecuencias de la clasificación de los créditos que desarrollaremos en momento posterior. La LC reduce el número de créditos privilegiados e incluso limita la cuantía de algunos de ellos, a los que el convenio general sólo les afectará si presta conformidad, pero en caso de que se abra la fase de liquidación, la AP cobrará con anterioridad a los acreedores ordinarios. Por otra parte, esa reducción conduce a la calificación como ordinarios o subordinados de los restantes, incluyéndose entre estos últimos a los recargos, intereses, multas y sanciones pecuniarias, frente a la calificación que, en la normativa anterior, ostentaban todos los créditos públicos como privilegiados.

CAPÍTULO 2

LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO: SUS EFECTOS

2.1.- EFECTOS DE LA DECLARACIÓN.-

La declaración de concurso es el primer paso del “procedimiento ejecutivo universal”, y el momento a partir del que los intereses individuales ceden ante los de la colectividad. Si se trata del crédito público, es preciso resolver la concurrencia entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo, algo que no tiene nada que ver con la prelación de créditos, sino con la de procedimientos.

En este capítulo vamos a analizar cómo incide dicha declaración en el derecho de ejecución separada de la AP, cuándo puede continuarse el procedimiento de ejecución y con qué límites se va a encontrar, así como en qué supuestos se produce la paralización de las acciones individuales. Además examinaremos otros efectos que la declaración conlleva, como son la prohibición de compensación, la suspensión del devengo de intereses y del derecho de retención y la interrupción de la prescripción.

2.1.1.- El derecho de ejecución separada: sus límites.-

Como dice Aguilar Rubio (2009), el empeoramiento del crédito público se produce no sólo por la pérdida de la posibilidad de embargar cuando se declara el concurso, sino también por la pérdida de la posibilidad de ejecución respecto de los que disfrutaban de un derecho real de garantía. La normativa anterior permitía proseguir con la ejecución, lo que se denominaba derecho de separación, haciendo innecesario comunicar el crédito ya que estaba garantizado con afectación de los bienes, y sólo se incorporaba a la masa si el importe de la realización del bien no era suficiente.

A pesar de que este derecho fue muy criticado, la LC lo mantiene aunque con importantes límites. Así se desprende del art. 56-1, que paraliza la posibilidad de iniciar la ejecución hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se haya procedido a la apertura de la fase de liquidación, o del apartado 2 que suspende las ya iniciadas, de modo que en uno y otro caso el derecho de separación existe, aunque está latente y suspendido sólo temporalmente. La misma conclusión se extrae de los apartados 2 y 3 del art. 155, que consagran la facultad de la administración concursal de atender al pago de los créditos con privilegio especial con cargo a la masa, sin realización de los bienes afectos, y la posibilidad de venderlos con subrogación del adquirente en la obligación. Hay, pues, un derecho de separación limitado del crédito con privilegio especial, con afectación sobre unos bienes y derechos concretos o con asunción de la obligación por el adquirente en caso de que se enajenen o su sustitución por el cobro contra la masa si la administración concursal decide no proceder a la enajenación de los mismos.

Durante la vigencia de la derogada Ley 230/1963 se aplicaba el principio “*prior in tempore, potior in iure*”, resolviendo la concurrencia de procedimientos administrativos y concursales con un criterio temporal, tomando como referencia la fecha de la providencia de apremio. Este criterio es el que siguió el art. 55-1 de la LC, que en su redacción original decía que “*podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio...*”. Pero ya en ese momento se plantearon dudas, que recoge Calvo Vérguez (2014), sobre si había que estar a la fecha de la providencia de admisión de la solicitud del deudor, como recogía el derogado Reglamento de Recaudación, o a la de su formulación para evitar el posible retraso en la emisión de la providencia, criterio por el que se pronunció el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en Sentencia de 26 de octubre de 1987.

Pero a partir de la modificación del art. 129-3 de la citada Ley 230/1963 por la Ley 25/1995 de 20 de julio, de modificación parcial, este criterio chocaba con lo dispuesto en el citado precepto, que disponía que cuando el procedimiento de apremio concurra con otros procedimientos universales de ejecución, será preferente aquél en el que primero se hubiese efectuado el embargo, siempre que éste se hubiese producido con anterioridad a la fecha de inicio del concurso. Se producía así una discrepancia entre la LC y la LGT, resuelta por la Ley 38/2011 que modifica la redacción del art. 55-1 de la LC, que a partir de la citada modificación establece que *“... Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiese dictado diligencia de embargo... con anterioridad a la fecha de declaración de concurso...”*. Salvaba así la discrepancia existente de modo acertado, porque la providencia de apremio no implica el inicio de actuaciones ejecutivas, pues concede un plazo al obligado para que proceda al pago del débito, y sólo cuando éste transcurre, se procede a la traba sobre los bienes. Por ello dice Calvo Vérguez (2014), que *“carece de todo sentido acudir a la providencia de apremio, ya que, como es sabido, esta última no supone la afección de bien concreto alguno”*.

En el mismo sentido, el art. 164-1, párrafo 2º de la LGT, dice que cuando concurra el procedimiento de apremio con otros procesos universales de ejecución, será preferente siempre que el embargo se haya acordado antes de la fecha de declaración de concurso, a efectos de lo cual se estará a la fecha de la diligencia de embargo, por lo que iniciado el concurso, no cabe ejecución separada sobre los bienes del deudor. O sea, declarado el concurso, no pueden iniciarse ejecuciones singulares ni seguirse procedimientos administrativos contra el patrimonio del deudor, pero si la diligencia de embargo es de fecha anterior, las actuaciones pueden continuarse hasta la fase de liquidación, lo que constituye un privilegio procesal según el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, rechazando que nos encontremos ante un privilegio material o sustantivo.

Cabe preguntarse si en caso de haberse dictado providencia de apremio sobre la garantía antes de la declaración de concurso, la AP puede ir contra otros bienes del concursado, ya que el art. 56 sólo habla de suspensión de la ejecución sobre la garantía, y para Aguilar Rubio (2009), hay que entender que no, porque el art. 168 de la LGT solamente recoge la posibilidad de optar por el embargo de otros bienes con anterioridad a la ejecución de la garantía, cuando ésta no esté proporcionada con la deuda quedando sin efecto la garantía en la parte asegurada por el embargo.

Hemos visto cuándo el procedimiento administrativo es preferente, concurriendo con otros procesos concursales. Pero esta preferencia tiene dos límites que son la necesidad de los bienes para la continuidad de la actividad y la facultad del Juez para el levantamiento y cancelación de los embargos trabados. Como hemos señalado, el procedimiento de apremio puede continuarse en determinados casos, pero existe un primer límite, ya que el art. 55-1 dice que ello es posible *“siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”*, de modo que aunque la diligencia de embargo se hubiese dictado antes de la declaración de concurso, habrá de suspenderse.

Se plantean cuatro posibles escenarios en opinión de Aguilar Rubio (2009): si los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad, puede iniciarse o continuarse la ejecución separada, y si en el momento de la declaración está publicada la subasta, se continuará; pero si son necesarios, la ejecución no puede iniciarse hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya procedido a la apertura de la fase de liquidación, y en caso de que se haya iniciado, quedará paralizada hasta el citado momento.

Surgieron algunos problemas en relación con la necesidad de los bienes. De una parte, existía una disparidad entre los arts. 55-1 y 56-1, ya que el primero hablaba

de *“bienes necesarios para la continuidad de la actividad”*, concepto más restrictivo que el utilizado por el segundo, que hablaba de *“bienes afectos a la actividad”*, disparidad salvada por el Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial, modificando la redacción del art. 56 para hacerla coincidir.

Un segundo problema surge de que la Ley habla de *“continuidad en la actividad”* y no de *“continuidad en la explotación”*, lo que abre paso a incluir bienes que, no siendo necesarios para la explotación, favorecen la continuidad de la actividad que es un concepto más genérico, excluyéndolos de la posibilidad de embargo. En esta cuestión, la Administración consideraba que en dicha categoría solamente pueden incluirse los bienes que sean necesarios en el sentido de la Ley del I.R.P.F., que incluye los inmuebles en los que se desarrolla el ejercicio de la actividad, los destinados a servicios económicos y socioculturales del personal y cualesquiera otros necesarios para la obtención de rendimientos. Otros autores, como Aguilar Rubio (2009), consideran que no debe interpretarse en función de una determinada Ley, sino que hay que determinar cuáles son los bienes productivos que posibilitan la actividad.

Aunque esta opinión parece acertada, la polémica redacción ha dado lugar a que los Jueces de lo Mercantil, competentes para decidir sobre la necesidad, se pronuncien actualmente en el sentido de considerar necesarios para la continuidad de la actividad el importe, por ejemplo, de certificaciones de obra sobre las que se haya podido trabar embargo, situación con la que manifiestan su preocupación los órganos de Hacienda, porque el dinero siempre es necesario para la continuidad, y con esta interpretación amplia en cualquier momento se llegará a considerar *“bien necesario para la continuidad de la actividad”* un activo extrafuncional al que el concursado haya puesto el cartel de *“en venta”*.

Expresa Calvo Vérguez (2014), que, en relación con el dinero, habrá que estar a la posición que ocupe en el ciclo financiero, porque no puede hablarse de necesidad si se destina a pagos corrientes, como es lo que en la realidad suele ocurrir, pero sí si es indispensable para alcanzar un convenio o una liquidación ordenada. Ante la realidad práctica actual, los Departamentos de Recaudación de la Administración suelen presentar recurso contra dicha calificación en defensa del interés público.

El segundo límite radica en la facultad del Juez para acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados (art. 55-3), si afectan gravemente a la continuidad de la actividad. Como señala García-Villarrubia (2012), el precepto no habla de suspensión sino de cancelación, conceptos distintos porque mientras que con la suspensión, el bien no queda libremente disponible, con la cancelación el bien embargado pasa a formar parte de la masa activa. Esta modificación venía siendo reclamada por la doctrina, porque la cancelación de los embargos puede producirse en cualquier momento de la fase común, mientras la suspensión en la anterior redacción, sólo hacía posible la cancelación de los embargos con la aprobación del convenio o apertura de la fase de liquidación.

Pero hay una excepción a este límite en el mismo apartado 3 *“in fine”*, que es que *“el levantamiento y cancelación no podrán acordarse respecto de los embargos administrativos”*, de acuerdo con la preferencia del procedimiento de apremio anterior a la declaración que establece el art. 164 de la LGT al que ya hemos hecho referencia.

Como el art. 55-1 establece un límite temporal para la continuación de los procedimientos de ejecución, que es la aprobación del plan de liquidación, parece que el art. 55-3 no es aplicable en esta fase. Valero Lozano (2007) señala que, excluida la fase de liquidación, la cuestión se centra en si pueden cancelarse los embargos en la fase común, a pesar de la prohibición del art. 55-3, ya que el trato de favor no se explica cuando los créditos públicos apremiados no cuentan con ninguna preferencia

de cobro ni se puede justificar por el privilegio procesal de continuar la ejecución separada sobre los bienes no necesarios. Pero la realidad es que es difícil encontrar un apoyo para la cancelación de los embargos administrativos durante la fase común.

La opinión no es pacífica sobre la opción legislativa adoptada, y aunque el precepto no da respaldo a opiniones discrepantes, algunos se inclinan por la posibilidad de cancelar los embargos administrativos en la fase común, haciendo posible el alzamiento de las trabas en la medida en que venga exigido por el principio "*par conditio creditorum*". El Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca ha entendido que no cabrá la cancelación del embargo por la simple calificación del bien como necesario, pero sí, si el bien se realiza en el concurso para favorecer la continuidad de la actividad, sin que pueda hablarse de suspensión sin cancelación ya que ésta es meramente instrumental y consecuencia de aquélla. Posiblemente ésta sea la línea jurisprudencial futura.

Sólo nos queda para terminar este análisis del derecho de ejecución separada de los créditos con garantía real sobre los bienes necesarios para la continuidad de la actividad, mencionar que se puede iniciar o reanudar cuando "*se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la fase de liquidación*" (art. 56-1), añadiendo el art. 57-3 que "*abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones, perderán el derecho a hacerlo en procedimiento separado*".

En definitiva, subsiste el derecho a la ejecución separada en vía ejecutiva si la diligencia de embargo es anterior a la declaración de concurso, con las limitaciones analizadas.

2.1.2.- Prohibición de compensación.-

Durante la vigencia de la normativa anterior a la LC, la jurisprudencia la entendió procedente si se daba cumplimiento a los requisitos del art. 1.196 del Código Civil con anterioridad a la declaración de concurso. Pero a partir de una Sentencia del TS de 20 de mayo de 1993, que se pronunció en el sentido de que la compensación podría frustrar los derechos de los acreedores no privilegiados, la Circular 3/1990 dispuso que no se efectuaría compensación entre créditos y débitos, al no proceder según la regulación concursal. Ello no impidió que autores defendiesen su procedencia en base a que la regulaba el derogado Reglamento de Recaudación, de aplicación preferente, o como propugnaba Zabala Rodríguez- Fornos (1992), porque no es absurdo el cierre de cuentas entre créditos y devoluciones por el mismo concepto impositivo.

En la LC, el art. 58 establece que "*sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de 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*". Como norma general, la compensación no está permitida en situación concursal porque va contra el principio de "*par conditio creditorum*", en cuanto es un instituto que permite saldar posiciones acreedoras y deudoras.

Pero hay que atender a la salvedad que realiza el precepto en relación al art. 205, que dice 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*", aplicable al crédito privado y público, lo que nos lleva al art. 164-4 de la LGT que dispone que "*el carácter privilegiado de los créditos tributarios, otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales... Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos*

en los términos previstos en la normativa tributaria". La norma no deja lugar a dudas sobre la extinción por compensación del crédito público; como dice Valero Lozano (2007), *"el adverbio igualmente pone de manifiesto la voluntad del legislador de conceder a la Hacienda Pública dos potestades diferentes, en razón al carácter privilegiado de los créditos de derecho público, sin que le afecten los convenios que pudieran celebrarse en su seno, salvo adhesión administrativa voluntaria, e igualmente la de compensar esas deudas de derecho público contraídas con la Hacienda Pública con los créditos contra ella ostentados por los deudores concursales..."*. No sorprende, porque el crédito privilegiado excluye la vigencia del principio *"par conditio creditorum"*, aunque han de estar vencidos y ser exigibles antes de la declaración del concurso.

Aguilar Rubio (2009) recoge que la legislación tributaria establece tres tipos de compensación: la primera es aplicable a todos los tributos y se fundamenta en el instituto civil de la compensación; la segunda es la cuenta corriente tributaria que se cancela en el caso de que el titular entre en concurso, compensándose el saldo existente en ese momento si a la fecha de la declaración el sujeto estaba al corriente de sus obligaciones fiscales, porque de no ser así se habría cancelado con anterioridad, y la tercera la compensación entre cónyuges del I.R.P.F., que no es aplicable si no está al corriente de sus obligaciones.

En la práctica, el único supuesto posible es el primero, porque difícilmente quien entra en concurso va a estar al día en sus obligaciones fiscales, aunque en algún caso los administradores concursales han incluido en la masa activa el importe de las devoluciones de I.V.A. acreditadas a lo largo del ejercicio. La AP ha impugnado este tratamiento, entendiendo que cualquier devolución no se produce hasta la presentación de la declaración del cuarto trimestre, impugnaciones desestimadas por los Jueces porque el valor de los activos se determina a la fecha del informe, con independencia del devengo a efectos tributarios, en claro perjuicio para la AP, que se ve obligada a devolver cantidades que se van a integrar en la masa activa, mientras que la declaración positiva del cuarto trimestre, que habría absorbido en la hipótesis planteada, todas las cantidades a devolver acreditadas, se integra en la masa pasiva.

El inciso final del art. 58 establece la competencia del Juez para entender de la compensación de créditos tributarios, sobre lo que Valero Lozano (2007) opina que dicha competencia no debe ser deferida a los Juzgados de lo Mercantil, sino a los Tribunales Económico-Administrativos. Creemos, por el contrario, que ello iría contra la universalidad del concurso.

2.1.3.- Suspensión del devengo de intereses.-

De acuerdo con el art. 59 de la LC, *"desde la declaración quedará suspendido el devengo de intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía..."*. El precepto busca la igualdad de los acreedores porque de no suspenderse se verían perjudicados aquéllos cuyos créditos no devengan intereses, y evitar el incremento de la masa pasiva del convenio.

No obstante, según el art. 59-2, si se llega a una solución convencional que no implique quita, puede pactarse el cobro de los intereses calculados al menor de los tipos, legal o convencional, de igual modo que si de la liquidación resulta remanente después del pago de los créditos concursales, se satisfarán los intereses calculados al tipo convencional, supuestos que parten en ambos casos de la existencia de una masa activa suficiente para el pago de los créditos concursales. Hay que entender, por tanto, que la norma suspende la exigibilidad, pero no el devengo de los intereses, que en dichas circunstancias son exigibles; de ahí que la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, A.E.A.T.) siga liquidando intereses de demora en sus actuaciones inspectoras.

Si se produce propuesta de convenio sin quita, la AP deberá solicitar que se incluyan los intereses suspendidos de los créditos ordinarios y subordinados. En cuanto a los privilegiados, hay autores que consideran que no recobran eficacia porque está limitada a los créditos sometidos a convenio, pero si termina con liquidación y queda remanente, deberían satisfacerse los intereses de los créditos privilegiados, porque si no, se estaría beneficiando al deudor. Pero, la suspensión de intereses no afecta a los devengados antes de la declaración, y sobre ellos se mantendrán los procedimientos de ejecución como un componente más de la deuda.

Hay que preguntarse qué ocurre con los recargos cuyo devengo se mantiene según el art. 164-2 de la LGT. Los anteriores a la declaración de concurso, formarán parte del crédito público a insinuar en el concurso, pero la Ley no dice nada sobre los vinculados al periodo ejecutivo. Valero Lozano (2007) entendía que *“transcurrido el plazo de ingreso voluntario, se devengará el recargo de apremio, pero no podrá dictarse la correspondiente providencia, por impedirlo el art. 55 de la LC en los términos analizados. No obstante se incluirá su importe en la certificación de deuda aportada por la Administración”*. Dada la asimilación en la LC entre intereses y recargos como obligaciones accesorias y créditos subordinados en la nueva redacción del art. 93-2, creemos que su tratamiento debe ser el mismo que el de los intereses.

2.1.4.- Suspensión del derecho de retención.-

El art. 59 bis de la LC, introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, dispone que *“declarado el concurso, quedará suspendido el derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa”*, con lo que el legislador pretende restringir las situaciones de privilegio, como sería la retención de la garantía. Pero para el caso de que el concurso concluya y dichos bienes no hayan sido enajenados, deben ser restituidos al acreedor titular del derecho de retención, si el crédito que ostentaba no ha sido íntegramente satisfecho.

Sin embargo, después de expuesto este tratamiento general, hay que señalar que no afecta al crédito público, porque el apartado 3 de este artículo indica que *“la suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social”*, de modo que la AP mantiene su situación privilegiada mediante el derecho de retención, después de la declaración de concurso.

2.1.5.- Interrupción de la prescripción.

El art. 60 establece la interrupción de la prescripción de las acciones contra el deudor por créditos anteriores a la declaración de concurso, desde el momento en que ésta se produce, sin que dicha interrupción pueda perjudicar a los deudores solidarios, fiadores y avalistas, previendo que el *“cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso”*.

Si se trata de créditos tributarios, el art. 68-7 de la LGT prevé que el plazo de prescripción se interrumpe por la declaración de concurso, reiniciándose el cómputo cuando se apruebe el convenio concursal para las deudas no sometidas al mismo, mientras que en el caso de las sometidas, se iniciará cuando aquéllas resulten exigibles al deudor. Si el convenio no fuese aprobado, el plazo se reinicia cuando se reciba la resolución judicial firme que de traslado de dicha circunstancia. La norma alcanza a los procedimientos recaudatorios anteriores al concurso, si la fecha de la providencia de apremio es posterior a la declaración del mismo, ya que el procedimiento ejecutivo para el cobro queda interrumpido, pero no afecta a las actuaciones inspectoras, para la liquidación de cuota y sanciones; a las deudas contra la masa, que deben satisfacerse a la fecha de vencimiento y a las deudas sobre las que se haya iniciado procedimiento ejecutivo y dictado diligencia de embargo, antes de la declaración de concurso.

CAPÍTULO 3

LA FASE COMÚN DEL CONCURSO

Analizados los efectos de la declaración de concurso, veremos la fase común del mismo, comenzando por la distinción entre créditos contra la masa y concursales que va a ser determinante del distinto tratamiento que tienen unos y otros, Trataremos de la necesaria, en general, comunicación o insinuación de los créditos, y de los créditos de reconocimiento automático. Dentro del reconocimiento de créditos, haremos referencia a la consideración que reciben los que no están determinados al momento de la elaboración de la lista de acreedores, y finalizaremos con la clasificación de los créditos, novedad de la LC y básica para el tratamiento del crédito público.

3.1.- CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y CONCURSALES.-

El auto de declaración abre la fase común, ya que el art. 21-2 de la LC dispone que *“el auto.. producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso... y será ejecutivo aunque no sea firme”*. De este modo, aunque contra dicho auto cabe recurso puesto que el precepto indica que *“aunque no sea firme”*, es ejecutivo porque el recurso que se interponga carece de efectos suspensivos.

Dentro de esta fase se realizan actuaciones para determinar los créditos contra la masa, los bienes y derechos que integran la masa activa y los créditos que forman la masa pasiva. Esta información será tenida en cuenta por los acreedores para decidir si prefieren optar por alcanzar un convenio o por la liquidación. Vamos a ver estos elementos y veremos, posteriormente, la comunicación y reconocimiento de créditos.

A). Créditos contra la masa.- Solamente haremos una breve referencia porque son tratados con mayor profundidad al analizar la clasificación de los créditos. El art. 84-1 los define siguiendo un criterio de exclusión respecto a los concursales, de modo que son los que no integran la masa pasiva, siendo extraconcursoales al haber nacido después de la declaración de concurso, lo que es la regla general aunque hay alguna excepción en nuestra legislación con los créditos laborales (salarios de los 30 días anteriores a la declaración del concurso), a diferencia de los concursales que son anteriores. Se satisfacen con cargo a la masa pero no forman parte de la masa pasiva, debiendo satisfacerse a su vencimiento, porque no están sometidos a convenio o liquidación que son los modos de resolución del convenio,

En el entorno en el que estamos en este momento, los créditos contra la masa de las AAPP están recogidos en el art. 84-2, apartados 5º y 10º, el primero de los cuales incluye los generados en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, posteriores a la declaración del concurso, mientras que el 10º incorpora un planteamiento genérico, extensivo a las obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del deudor.

En este punto se ha planteado un amplio debate con posturas encontradas, que recoge Herrero Cano (2014), en relación a qué momento hay que estar para la calificación de un crédito como concursal o extraconcursoal o contra la masa, si a la exigibilidad del crédito o a la fecha de su generación. Los que mantienen que hay que estar a la fecha de generación se basan en el art. 21-1 de la LGT, que dice que *“el hecho imponible es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y cuyo nacimiento origina el nacimiento de la obligación tributaria”*, y si los créditos tributarios devengados antes de la declaración son créditos concursales y los devengados con posterioridad son extraconcursoales, el criterio de la exigibilidad convertiría a los anteriores a la declaración en extraconcursoales, lo que la LC no permite.

Por ello es opinión mayoritaria el criterio de devengo, y así lo ha ratificado el TS en Sentencia de 1 de septiembre de 2009, que establece que *“... (procede) concluir que únicamente el crédito por I.V.A. devengado con posterioridad a la fecha de declaración del concurso... puede disfrutar del reconocimiento de crédito contra la masa. No puede resultar relevante a esta finalidad el momento en que tenga lugar la liquidación del impuesto pues, toda vez que ello sólo sirve a la mejor gestión del impuesto y su recaudación por la Hacienda Pública, una solución contraria supondría en el ámbito concursal que un sistema diseñado por el Reglamento del I.V.A. para la propia comodidad del acreedor operaría al mismo tiempo para transmutar en el concurso la naturaleza del crédito que por Ley naturalmente le correspondería, alterándola en su propio beneficio...”*. Queda otra cuestión por dilucidar, relacionada con los tributos de devengo periódico, con periodo impositivo durante el que cabe que se declare el concurso, pero la veremos con la clasificación de créditos.

B). La masa activa. Como no tiene incidencia en el tema central de nuestro Trabajo, nos vamos a limitar a señalar que la integran los bienes y derechos del patrimonio del deudor y los que adquiriera hasta la conclusión del concurso, siendo inventariada y valorada por el administrador concursal, si bien puede apoyarse en expertos independientes con dicha finalidad.

En cuanto a la masa pasiva, la forman los créditos existentes contra el concursado en el momento de la declaración de concurso, para lo que deben ser objeto de comunicación.

3.2.- COMUNICACIÓN DE LOS CRÉDITOS.-

Es la puesta en conocimiento del administrador concursal de la existencia de una pretensión de contenido patrimonial contra el deudor, para que pueda procederse a su clasificación.

3.2.1.- Necesidad de comunicación de los créditos.-

Aunque la comunicación por el acreedor privado en el plazo de un mes, a partir del día siguiente a la fecha de publicación del auto en que se declare el concurso es un acto voluntario, no puede ser sustituida por la comunicación por el administrador a los acreedores de la situación concursal, porque ésta sólo busca, como dice Herrero Cano (2014), informar de *“la existencia de un nuevo procedimiento que se acaba de iniciar en el que es imprescindible la colaboración con los acreedores, pero que de ninguna manera sustituye el deber o la carga de éstos de comunicar sus créditos”*.

Este plazo de un mes desde el auto de declaración, con los retrasos que se producen en la publicación en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, B.O.E.), chocaba con el plazo de dos meses para emitir informe desde la aceptación del cargo por parte de la administración concursal, de modo que a veces éste transcurría antes que el concedido para la comunicación de créditos, lo que la jurisprudencia resolvió pronunciándose en el sentido de que el cómputo del plazo de dos meses se haría desde la publicación en el B.O.E. La nueva redacción del art. 74-2-2º, que dice que *“si al vencimiento del plazo de dos meses no hubiera concluido el plazo de comunicación de créditos (podrá prorrogarlo el juez) a solicitud de la administración concursal, hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo”*, salva la cuestión suscitada.

Por tanto, se pueden plantear distintas situaciones: si la comunicación se produce dentro del mes, se incluirá en la lista de acreedores, y si se produce después del mes pero antes del informe de la administración concursal, se incluirá como subordinado, pero si es después de emitido el informe y elaborada la lista de acreedores, es

inexistente y sólo cabe la impugnación de la lista. En este sentido, la Sentencia del TS de 13 de mayo de 2011 interpretó que no se debe confundir “comunicación tardía” con “falta de comunicación oportuna”, en la línea antes citada. En cualquier caso, hoy el art. 96 bis dispone que concluido el plazo de impugnación de la lista de acreedores, podrán comunicarse nuevos créditos que se calificarán como corresponda.

Entrando en el crédito público, la voluntariedad de la comunicación no existe cuando se trata de la Administración, ya que actúa en defensa del interés público y ello le impone una carga irrenunciable para el cobro de las deudas tributarias, al ser indisponible el crédito tributario. Con anterioridad, dado que existía el derecho de separación, doctrina y jurisprudencia se pronunciaban por la innecesariedad de la comunicación de los créditos pero, desaparecido aquél, la comunicación resulta obligatoria.

3.2.2.- Créditos de comunicación automática.-

El art. 86-2 establece la obligación de los administradores concursales de incluir en la lista de acreedores los créditos que aparezcan en la certificación administrativa, surgiendo un reconocimiento obligatorio de carácter excepcional, junto al de los recogidos en el apartado 1, que son los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por otra razón constaren en el concurso, lo que puede hacer pensar que se excluye la necesidad de comunicación de los mismos. No parece que sea así de modo que muy al contrario, el administrador viene obligado a informar a los acreedores de sus créditos, para que los conozcan, ratifiquen o rectifiquen en su caso; así una Sentencia de la Audiencia Territorial de León de 1 de septiembre de 2008, establece en un caso en el que la administración concursal no tuvo acceso a la documentación del deudor, que *“tal carencia de documentación fiable sólo puede ser suplida por la comunicación del acreedor que, en este caso, fue tardía, justificando así que su crédito se relegue como subordinado...”*. Resulta de todo ello que los administradores concursales deben decidir sobre cada crédito comunicado, pronunciándose sobre los que resulten de libros y documentos del deudor y cualesquiera otros que constaren en el concurso.

Aceptada la necesidad de comunicación de los créditos públicos, incluso de los garantizados con hipoteca tácita con derecho a ejecución separada, la misma se llevará a cabo mediante la certificación administrativa, expresando *“identidad del acreedor, así como (los datos) relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda”*, y los bienes y derechos afectos si goza de privilegio especial. En cualquier caso ha perdido importancia en comparación con otras posibilidades de reconocimiento automático de los créditos, como que resulten de los libros y documentos del deudor, que hemos apuntado y que desarrollaremos posteriormente.

Concluimos afirmando la necesidad de que la AP comunique los créditos para evitar que sean ignorados si no constan en los documentos y libros de contabilidad del deudor, o que, alternativamente, queden clasificados como subordinados por notificación fuera de plazo. En apoyo de esta interpretación Herrero Cano (2014) trae a colación el hecho de que en la tramitación de la LC se presentó una enmienda en el Congreso para introducir la mención *“se incluirán necesariamente en la lista de acreedores, aunque no hubieran comunicado la existencia de sus créditos...”*, enmienda que fue rechazada.

Ahora bien, la Administración española precisa desarrollar procedimientos de comprobación o inspección para comprobar la corrección de las autoliquidaciones formuladas por el deudor o, simplemente, para cuantificar la deuda tributaria en el supuesto de que el deudor no las haya presentado. Para el caso de no presentación, establece el art. 86-3 que *“cuando no se hubiera presentado alguna declaración o*

autoliquidación que sea precisa para la determinación de un crédito de Derecho Público o de los trabajadores, deberá cumplimentarse por el concursado en caso de intervención o, en su caso, por la administración concursal cuando no lo realice el concursado o en el supuesto de suspensión de facultades de administración y disposición". De este modo la reforma de la Ley 38/2011 trata de evitar la clasificación como créditos subordinados por comunicación tardía.

Como dice Calvo Vérguez (2014), se trata de que no se produzcan vacíos respecto a la obligación de declarar o autoliquidar para la determinación de la deuda, y reparar con medidas correctoras los incumplimientos de esas obligaciones formales, relevantes para el ejercicio de los derechos de crédito de la Administración, imponiendo una obligación de declarar a personas distintas de las que eran inicialmente obligadas.

La Ley prevé en el art. 86-3 "in fine", que si no puede determinarse la cuantía por falta de datos, el crédito se calificará de contingente. Pero puede que la declaración presentada sea incorrecta, y para que figuren en la masa por su importe correcto la Ley abre una doble vía: la obligación de la administración concursal de incluir los créditos que resulten de los libros de contabilidad y documentos del deudor (art. 86-1) o la calificación como contingentes de los créditos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección hasta su cuantificación (art. 87-2-2º), para evitar su clasificación como subordinados por comunicación tardía. Lo desarrollaremos posteriormente con mayor amplitud.

Doctrinalmente se planteó un interesante debate porque la Administración solía incluir en la certificación administrativa una cláusula abierta, que venía a decir que los créditos resultantes de la certificación debían considerarse sin perjuicio de los que resultasen de los libros y documentos del deudor y de los procedimientos de comprobación o inspección que pudieran desarrollar los órganos de la Administración.

La discusión derivaba de que a partir de esta cláusula la Administración pretendía generar un crédito contingente, cuando, a priori, de unas actuaciones inspectoras no se puede considerar que surgirá un crédito público, ya que pueden finalizar con acta en la que se reconozca la corrección de las autoliquidaciones presentadas. La reforma efectuada por la Ley 38/2011 ha venido a dar la razón a la Administración, ya que el art. 97-3 establece que la lista definitiva de acreedores podrá modificarse "2º. Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el art. 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que puedan resultar créditos de Derecho Público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos", lo que hace posible calificar dichos créditos según su naturaleza, y no como subordinados por comunicación tardía.

Alude Herrero Cano (2014) a lo que denomina como "*privilegio procesal o formal*", para que la Administración tenga conocimiento inmediato del procedimiento concursal y pueda comunicar a los administradores concursales los créditos en el plazo de un mes a partir de la publicación en el B.O.E. del auto de declaración, con cuya finalidad el art. 21-4 dispone la obligación de los administradores concursales de comunicar por medios electrónicos a la A.E.A.T. o a la Seguridad Social la declaración de concurso, conste o no su condición de acreedora. Constituye un auténtico privilegio frente a los restantes acreedores, al no ser preciso que conste su condición de acreedora, con lo que difícilmente los créditos podrán ser calificados de subordinados por comunicación tardía, ya que esta posibilidad solamente puede responder a una actuación negligente por parte de los funcionarios del área de Recaudación.

3.3.- RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS.-

Son actividades dirigidas a formar la masa pasiva del concurso, mediante el conocimiento de los acreedores con título suficiente para personarse en el procedimiento concursal. Para ello los administradores concursales procederán a verificar la documentación aportada para determinar los que deben incorporarse a la lista de acreedores y los que no, denegando y motivando su exclusión, verificación que alcanza a todos los créditos, incluso los de reconocimiento automático.

3.3.1.- Créditos de reconocimiento automático.-

En nuestro sistema hay dos vías de reconocimiento, la de comunicación por el acreedor, necesaria para la integración del crédito en el concurso, y la denominada vía automática. Esta segunda es la más utilizada en el caso de las AAPP, y así el art. 86-1 dice que *“corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión de la lista de acreedores... Esta decisión se adoptará respecto a cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren el concurso”*. Obliga a incorporar a la masa los que resulten de los libros de contabilidad y documentación del deudor, a los que hay añadir los referidos en el apartado 2, que son los *“reconocidos por laudo o resolución procesal, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público”*. Para nuestro Trabajo, nos interesan los que constan en los libros y documentos del deudor y los que figuran en la certificación administrativa.

Los que resultan de los libros y documentos del deudor son desconocidos para la AP, incorporándose como crédito concursal o contra la masa según la fecha de devengo del hecho imponible, siendo de reconocimiento obligado para la administración concursal. Por otra parte, los que constan en la certificación administrativa se incorporan a la lista de acreedores de modo inmediato y sin necesidad de cotejo, a diferencia de lo que ocurre con los créditos privados, lo que es consecuencia del principio de ejecutividad y presunción de legalidad. De este modo, la única decisión de la administración concursal es determinar su clasificación. Sólo resta añadir que la certificación administrativa se suele acompañar de un informe aclarativo de la AP, que no participa de la naturaleza de la certificación, por la especificidad de los créditos tributarios, consignando sus características más relevantes, importe de la base de cálculo del privilegio del art. 91-4 y propuesta de clasificación de los créditos.

3.3.2.- Créditos por acto administrativo y autoliquidaciones.-

Hay que hacer referencia a la posibilidad de reconocimiento de los créditos tributarios por acto administrativo o por autoliquidación. El acto administrativo es resolutorio de un procedimiento por aplicación de la ley a un caso concreto, y si es de liquidación, cuantifica el importe de la deuda o la cantidad a compensar o a devolver, de modo que los créditos que de ellos resulten, deben incorporarse a la lista de acreedores, pues gozan de la presunción de legalidad. Dado que los Tribunales Económico-Administrativos son competentes cuando se ejerciten acciones contra los mismos, puede ocurrir que si se solicita la suspensión tras la declaración de concurso, el Juez del concurso conozca de las medidas cautelares y la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá del fondo del asunto.

La naturaleza de las autoliquidaciones ha sido muy discutida, pero hoy es opinión unánime que no son actos administrativos, sino actos de colaboración de los obligados impuestos por la ley, en los que se manifiesta la existencia y cuantía de la obligación tributaria mediante la declaración de los hechos imponibles. Al no ser actos administrativos y carecer de la presunción de legalidad, algunos autores (Varona Alabern, 2001) consideran que no pueden ser reconocidos en sede concursal, de modo que para ellos es necesario que la Administración actúe con premura dictando

un acto administrativo de liquidación, pero para otros autores, como Aguilar Rubio (2009), no hay razón para la no inclusión en la lista de acreedores, porque, a diferencia de las que precisan liquidación por nacer ilíquidas, en las autoliquidaciones la deuda es líquida y exigible.

El art. 87 de la Ley, contempla unos supuestos especiales de reconocimiento de créditos, que vamos a recoger siguiendo la clasificación que hace Herrero Cano (2014) que distingue los recurridos en vía administrativa o jurisdiccional; los que resultan de procedimientos de comprobación o inspección y los que se derivan de denuncia o querrela.

3.3.3.- Recurridos en vía administrativa o jurisdiccional.-

El art. 87-1 dispone que *“los créditos sometidos a condición resolutoria se reconocerán como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición. Cumplida ésta, podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubiera sido decisivo...”*, con lo que se da solución a los desajustes que el voto hubiera producido en el concurso, ya que han dejado de ser créditos concursales.

Este precepto resulta de aplicación a los créditos públicos por remisión del art. 87-2 que dice que *“a los créditos de derecho público... recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, aun cuando su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida, les será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior”*. Por tanto, si están recurridos en vía administrativa o jurisdiccional deben ser reconocidos como créditos condicionales, sujetos a condición resolutoria, por lo que la certificación debe determinar la situación de los créditos, indicando si media recurso y cuál sea su clasificación, porque su situación será muy distinta si se califica como subordinado o como privilegiado, como después veremos. En consecuencia la Administración concurrirá como si sus créditos fueran firmes, y solamente si se resolviesen desfavorablemente los recursos, se anularán las decisiones en las que su voto haya sido decisivo.

Por tanto los créditos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional no se consideran contingentes, que tendrían suspendidos los derechos de voto, sino que disfrutan de sus derechos concursales. A juicio de Calvo Vérguez (2014), *“parece tratarse de una consecuencia derivada de la presunción de legalidad de los actos administrativos”*, y la realidad es que al ser reconocidos como condicionales, ostentan derechos mientras la condición no se cumpla, y cumplida ésta, se anularán las decisiones en las que su voto hubiera sido necesario.

Surge una polémica a partir de lo previsto en el art. 87-4, que dispone que *“cuando el Juez del concurso estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente, podrá, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que considere oportunas en cada caso”*. Como dice Valero Lozano (2007), la estimación del Juez sobre el probable cumplimiento de la condición resolutoria, nos sitúa en un escenario de prejudicialidad, condicionando las competencias de otro órgano administrativo o judicial, por lo que entiende que no puede ser de aplicación a los créditos públicos recurridos, respecto de los que debe permanecer ajeno el Juez del concurso para respetar las competencias atribuidas por la ley.

3.3.4.- Sujetos a comprobación o inspección.-

Se reconocen como contingentes, de acuerdo con lo previsto en el art. 87-2, precepto que, con mayor precisión que el art. 92-1, habla de “actuaciones de comprobación o inspección”, mientras que el último citado utiliza la expresión “actuaciones de comprobación” solamente. Posteriormente, cuando estos créditos queden cuantificados, se les atribuirá el carácter que corresponda a su naturaleza, evitando el de subordinación por comunicación tardía.

Se califican inicialmente como contingentes, porque la ausencia de liquidación impide calificarlos de condicionales, y están sujetos a condición suspensiva mientras no se cumpla la contingencia, puesto que de los procedimientos de comprobación o inspección no necesariamente surgirá un crédito a favor de la Hacienda Pública, ya que dichas actuaciones pueden finalizar con acta que considere correctas las declaraciones presentadas. Por eso se califican de contingentes, y solamente cuando se demuestre la existencia del crédito, se graduarán y participarán en el concurso, circunstancia que, unida a la posibilidad de modificación de la lista de acreedores prevista en el art. 97-3-2º, sirven de salvaguarda a las AAPP para evitar que sus créditos se califiquen de subordinados por comunicación tardía.

Entiende Aguilar Rubio (2009), que estos créditos tienen que comunicarse necesariamente en tiempo y forma para su incorporación a la lista de acreedores, sin precisar cuantía, porque la posible alternativa de la incorporación automática exige que el crédito conste en la certificación administrativa, cosa que no es posible. La razón radica en que de no admitirse esta tesis, los créditos sujetos a procedimientos de comprobación o inspección tendrían un trato más favorable que los liquidados.

Si no los comunica, una opción de la AP es impugnar la lista de acreedores, acreditando que el crédito consta en la documentación del deudor incorporada al expediente administrativo, de manera que es un medio de prueba muy accesible.

3.3.5.- Derivados de querrela o denuncia.-

También se clasifican de contingentes, ya que el art. 97-2 dispone que “*se clasificarán como contingentes hasta su reconocimiento por sentencia judicial, las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia*”. Ello es debido a que la A.E.A.T. habrá suspendido sus actuaciones y remitido el expediente al Ministerio Fiscal, para que los Juzgados determinen la cuantía defraudada; si la sentencia dictada es recurrida, pasará a tener al calificación de condicional, como prevé el art. 86-2.

Alternativamente cabe la absolución del deudor del delito fiscal, lo que da lugar a la reiniciación de las actuaciones inspectoras para la cuantificación del crédito, circunstancia que se comunicará a la administración concursal sin que, en ningún caso, se clasifique de subordinado por comunicación tardía.

3.3.6.- Por derivación de responsabilidad.-

Todavía podemos hacer referencia al crédito público originado por derivaciones de responsabilidad, solidaria o subsidiaria, de otras personas junto al deudor principal. Puede que un responsable subsidiario sea declarado en concurso, y que dentro del plazo de insinuación de los créditos en el concurso, aún no se haya podido determinar el alcance de su responsabilidad, por lo que el crédito debe incluirse en la masa como crédito contingente. Así lo establece el art. 87-5 que prevé que el Juez podrá adoptar medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que considere oportunas.

3.4.- CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS.-

Analizadas la declaración y la fase común del concurso, es el momento de entrar en el importante tema de la clasificación de los créditos. La LC comienza derogando los arts. 1.912 a 1.920 del Código Civil que regulaban la prelación de créditos, con lo que a partir de su vigencia, la prelación no va a ser igual si media o no concurso, siendo una de las novedades más interesantes (Aguilar Rubio, 2009) la clasificación de los créditos en privilegiados, ordinarios y subordinados, e incluso un mismo crédito puede tener cuantías que respondan a cada uno de estos tipos, dando lugar a una disgregación.

Vamos a referirnos en este apartado a los créditos ordinarios, que no plantean ninguna problemática ni gozan de privilegio, pero tampoco son postergados como los subordinados, para analizar seguidamente los créditos contra la masa o extraconcursoales, continuando con los concursales, distinguiendo los que disfrutaban de privilegio, especial o general, y los subordinados.

La LC recoge los créditos ordinarios sólo por vía de exclusión, cuando el art. 89-3 establece que *“se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquéllos que no se encuentren en esta Ley como privilegiados ni como subordinados”*, formando parte de este grupo el cincuenta por ciento del crédito público del art. 91-4 que carece de la condición de privilegiado. Por ello, se incluyen en el concepto todos los de naturaleza pública (tributarios o no), en la parte no cubierta por privilegio especial o general, así como los de naturaleza privada de titularidad de entes públicos.

3.4.1.- Créditos contra la masa.-

No se recogían en la normativa con anterioridad a la LC, de manera que su construcción jurídica se ha realizado a partir de la doctrina y jurisprudencia. La LC los define por vía de exclusión en el art. 84, que señala que la masa pasiva se integra por *“los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa”*. Con ello distingue entre los gastos causantes del propio concurso y los generados con posterioridad a su declaración, lo que es coherente con el objetivo de mantenimiento de la actividad que subyace en toda la normativa, ya que difícilmente alguien contrataría con el concursado después de la declaración, si sus créditos se van a integrar en la masa. Son los gastos judiciales y los originados para el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional, que deben atenderse conforme se vayan devengando.

Hay que recoger que el art. 84-4 dispone que no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos los créditos contra la masa hasta que se apruebe el convenio o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se abra la fase de liquidación, pero ello no impide el devengo de intereses, recargos y demás obligaciones derivadas de la falta de pago de los créditos. El administrador concursal puede alterar el orden de pago de los créditos contra la masa, prescindiendo de la fecha de vencimiento, pudiendo postergar unos en beneficio de otros, con la excepción de los créditos tributarios y de la Seguridad Social, que no pueden ser objeto de postergación al ser indisponibles, fijando la ley su devengo y pago.

Pero si la teoría obliga al pago al vencimiento y a la no postergación de los créditos tributarios, la práctica que nos transmiten las Dependencias de Recaudación de la A.E.A.T. es muy distinta, ya que fue habitual la petición de aplazamientos y fraccionamientos de pago de los créditos tributarios contra la masa, lo que dio lugar a que la Ley 7/2012 de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal, modificase el art. 65 de la LGT, imposibilitando su concesión, criterio que reafirma la Instrucción 1/2017 de 18 de enero, que las califica de inaplazables. En cuanto a la postergación, la realidad muestra que se atiende al pago de todos los créditos, porque si no el mantenimiento

de la actividad sería imposible, menos precisamente los tributarios, acudiendo a la presentación de declaraciones para evitar la responsabilidad, pero sin ingresar cantidad alguna. Esto ha dado lugar a que los órganos de la Administración estén formulando puntualmente acciones de derivación de responsabilidad contra los administradores concursales por la postergación de los créditos tributarios.

El art. 84 relaciona los créditos contra la masa, y en términos generales son los gastos corrientes de la actividad necesarios para que el concursado pueda mantener la empresa en funcionamiento y posteriores a la declaración del concurso. Si nos limitamos a los apartados que pueden contener créditos públicos, haremos referencia al 5º, 7º y 10º. El primero de ellos incluye *“los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso... hasta que el Juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial o declare la conclusión del concurso”*, mientras que el apartado 10º puede incluir en su tenor, desde la perspectiva del crédito público, a *“los que resulten de obligaciones nacidas de la ley... con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo”*. Lógicamente, se hallan en esa situación los impuestos que se devenguen a cargo del concursado en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial, como las cantidades que resulten de autoliquidaciones del I.V.A.

Hemos dejado para el final la referencia al apartado 7º, que incluye a *“los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos... correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado”*. Este precepto hay que ponerlo en relación con el art. 155-2, al que haremos posterior referencia, que atribuye a la administración concursal la facultad de atender al pago de un crédito con privilegio especial con cargo a la masa sin realización de los bienes afectos, satisfaciendo los plazos de amortización e intereses vencidos, supuesto en el que los sucesivos pagos han de asumirse como créditos contra la masa. Finalmente podemos hacer referencia al apartado 12º, que contiene una cláusula abierta, que permite calificar como tal a cualquier otro al que la ley atribuya dicho carácter.

Si los gastos anteriores a la declaración son concursales y los posteriores extraconcursoales, es cuestión debatida si para la calificación hay que estar al momento del devengo o al de la exigibilidad. El problema de calificación se plantea en créditos tributarios que nacen de operaciones realizadas a lo largo de un periodo de tiempo, como ocurre en el I.V.A., cuando la declaración de concurso se produce en mitad de un periodo, como será lo normal. Inicialmente, los Juzgados de lo Mercantil mantenían que debían prorratearse las cantidades del periodo proporcionalmente a la fecha de la declaración, mientras que la Administración defendía que lo procedente era estar a la fecha de exigibilidad, ya que en ella se saldaban las cantidades repercutidas y soportadas, y nacía el crédito. El mismo planteamiento surgía en relación con las retenciones del I.R.P.F., que con la nueva normativa habían dejado de tener el carácter de depósitos.

El TS mediante Sentencia de 1 de septiembre de 2009, fijó como doctrina legal que los créditos tributarios por hechos anteriores a la declaración de concurso son créditos concursales, con independencia del momento de la autoliquidación, incluso en el supuesto de factura rectificativa, porque el crédito tributario nace con la realización del hecho imponible, que coincide con el devengo, tal como establece el art. 21 de la LGT, precisando que en dicho momento se produce el nacimiento de la obligación principal. Argumentaba, además, que de no interpretarse en este sentido se producirían situaciones discriminatorias, ya que el régimen aplicable a las importaciones es distinto, y que se trata de una cuestión concursal, que no debe alterarse para una mejor adaptación a las normas tributarias. Así las cosas, dado que la declaración era única, parecía que la solución radicaba en el prorrateo proporcional.

En cualquier caso las liquidaciones de I.V.A. siguieron acarreado complejidad, porque se planteaba si el crédito concursal sería el saldo existente en el momento de la declaración de concurso o el que se genera a la finalización del periodo liquidatorio. Opina Calvo Vérguez (2014), que sería el del momento de la declaración de concurso porque no nos hallamos ante un periodo impositivo, sino meramente liquidatorio que no incide en el devengo, por lo que el crédito contra la masa resultará de la autoliquidación formulada menos el saldo neto a la fecha de declaración de concurso.

Siguiendo el criterio jurisprudencial, el Real Decreto 828/2013 de 25 de octubre, que modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, dispone en el art. 71-5 que en el caso de que el deudor haya sido declarado en concurso, deberá presentar dos declaraciones-liquidaciones por el periodo de liquidación trimestral o mensual en el que se haya declarado el concurso, una referida a los hechos anteriores a la declaración y otra a los posteriores. Para dicho supuesto, si el saldo anterior al concurso es favorable al sujeto pasivo, podrá compensarse con el correspondiente a los hechos posteriores.

La misma conclusión se obtiene si tratamos de las retenciones del I.R.P.F., ya que la Sentencia del Alto Tribunal de 20 de septiembre de 2009 en relación con las practicadas sobre salarios abonados con anterioridad a la fecha de declaración de concurso, afirma que son créditos concursales porque *“la obligación de retener nacerá en el momento del abono de las rentas correspondientes... la obligación del retenedor... nace en el momento del abono de las rentas o salarios, con independencia de que la retención se realice o no, y del momento en que proceda efectuar el ingreso”*. En el mismo sentido se pronunció el TS en Sentencia de 31 de enero de 2011, en la que la A.E.A.T. recurrió al considerar que debían calificarse de créditos contra la masa ya que no nacen hasta el 31 de diciembre, pretensión desestimada por el Alto Tribunal, que consideró que sólo tenían dicho carácter las retenciones practicadas relativas al mes de diciembre y no las del trimestre completo, en base a que el devengo del impuesto y la obligación de retener e ingresar se produce cuando el empleador realiza el pago del salario y practica la retención en la correspondiente nómina, y no en el momento del pago del impuesto, ya que el retenedor es un mero intermediario obligado al pago, retenga o no el impuesto o lo haga por cantidad inferior a la procedente.

Al hilo de lo anterior deberíamos preguntarnos qué ocurriría si no se han practicado retenciones. Una Sentencia del TS de 27 de febrero de 2007, se pronunció en el sentido de que la administración concursal deberá requerir de la A:E.A.T. que pruebe la falta de ingreso, y en caso contrario, no podrá reconocerse crédito concursal ni contra la masa, ante la falta de constancia en los libros y documentos del deudor.

Respecto a los ingresos a cuenta del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, I.S.) e I.R.P.F., hay autores que opinan que no hay devengo separado de la exigibilidad, por lo que la obligación nace en dicho momento (Argente Álvarez; Bertrán Girón y Mellado Benavente, 2012), pero para otros, mientras que la exigibilidad se produce los días 20 de abril, octubre y diciembre, el devengo tiene lugar los días 31 de marzo y 30 de septiembre y noviembre.

Cuestión interesante ha sido la de las facturas rectificativas emitidas en I.V.A. cuando el deudor concursado no atienda al pago con posterioridad a la declaración de concurso. Este hecho originará que la declaración inicial del deudor, que normalmente habrá sido a devolver dada su situación de insolvencia, se convierta por causa de la rectificación en autoliquidación a ingresar, ya que la cuota dejada de ingresar por el proveedor por la modificación de su declaración como consecuencia del impago, se transforma en importe a ingresar en el concursado, convirtiendo a la A.E.A.T. en acreedora del mismo. De aquí surge un interesante debate, en el que, como dice Calvo Vérguez (2014), el elemento clave es la identidad o no del crédito originario,

porque si el acreedor no ha cobrado cantidad alguna, no existe modificación de la base imponible, y sí sólo una mera sustitución de la persona del acreedor, suscitándose la duda de si es el mismo crédito originario en caso de modificación de la base imponible, o se ha extinguido y ha nacido uno nuevo.

Una primera interpretación, mantenida por la Administración, estima que la fecha de nacimiento del crédito sería la del devengo y tendría la consideración de crédito contra la masa porque el nacimiento del crédito se produce cuando se emite la factura rectificativa, que es posterior a la declaración de concurso. Pero esta tesis ha recibido el rechazo de quienes opinan que estamos ante una novación subjetiva que modifica una obligación ya existente, y no ante la extinción de un crédito anterior y el nacimiento de otro nuevo, con lo que el crédito es concursal por ser anterior a la declaración. Esta teoría, avalada posteriormente por la jurisprudencia, ha sido muy criticada por Valero Lozano (2007), puesto que la novación subjetiva requiere el mutuo acuerdo, y además, las obligaciones de proveedor y concursado no son idénticas.

En cualquier caso, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona y Asturias de 26 de abril de 2007 y 22 de septiembre de 2006, se pronunciaron en el sentido de que el crédito es el mismo, mediando una mera novación subjetiva, pudiendo la A.E.A.T. incorporar el crédito a la certificación administrativa, aunque haya transcurrido el mes de plazo para la comunicación de los créditos, que no perderán el carácter de privilegiados. Por su parte, el TS en Sentencia de 3 de marzo de 2011, establece que la naturaleza no es la de un crédito contra la masa, porque el nacimiento del crédito tributario se produce con la realización del hecho imponible, que coincide con el momento del devengo, debiéndose tener en cuenta el momento de la entrega del bien. Si el devengo es anterior a la declaración, el crédito será concursal, y aunque la Ley del I.V.A. dice que la modificación de las deducciones del destinatario determina el nacimiento del crédito para la Hacienda Pública, debe estimarse que el devengo se produjo con la realización del hecho imponible, máxime cuando los privilegios deben interpretarse restrictivamente. Por otra parte, la existencia de un crédito nuevo, requiere la extinción del anterior, y ésta no se produjo porque sólo hay una modificación de la base. Concluye estimando que solamente hay una novación modificativa, siendo ésta la línea más seguida jurisprudencialmente, con lo que queda configurado como crédito concursal, teniendo el cincuenta por ciento carácter privilegiado y el otro cincuenta por ciento, ordinario.

Pero queremos conocer el carácter que tienen los intereses y recargos de los créditos concursales. Si según el art. 59 de la LC la declaración de concurso suspende el devengo de intereses, los créditos por intereses tendrían que ser concursales al ser anteriores a la declaración, mientras que la doctrina dudaba si los que se devengaban sobre créditos contra la masa por ser posteriores, también se suspendían y debían calificarse como créditos contra la masa. La reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011 ha incorporado un apartado 4 al art. 84 que dice que la paralización de las ejecuciones de créditos contra la masa no impide el devengo de intereses, recargos y obligaciones vinculadas a la falta de pago, de modo que ya no hay dudas sobre su clasificación como créditos contra la masa.

Todavía nos queda analizar el carácter de las sanciones sobre créditos contra la masa. Para la Administración, la obligación nace con la finalización del expediente sancionador, y en función de su fecha, el crédito será concursal o extraconcursal, pero para un sector doctrinal (Luque Cortella, 2008) no pueden ser créditos contra la masa porque no es una obligación nacida de la ley, no tiene la consideración de deuda, y en definitiva, recaería sobre los restantes acreedores. Pero dice Herrero Cano (2014), que estos argumentos no pueden aceptarse, ya que dichas sanciones pueden derivar del ejercicio de la actividad y porque el administrador concursal debe evitar la comisión de infracciones. El TS en Sentencias de 23 de febrero, 5 de abril y 1 de julio de 2011, concluye que serán créditos contra la masa o concursales en función de la fecha de comisión de la infracción, y dice que *“para la calificación de un crédito como contra la*

masa o como concursal, ha de atenderse, generalmente, no a la fecha de la resolución judicial o administrativa.... sino a la fecha de la acción u omisión que en aquella (infracción) desemboca”, y añade que “lo contrario implicaría hacer depender la calificación de un crédito, no de un elemento objetivo sino subjetivo, como la mayor o menor agilidad de la Administración de Justicia o incluso, del interés de la A.E.A.T., a quien bastaría retrasar la imposición de una sanción para alterar la calificación del crédito, y con ello las posibilidades de cobro”.

Estudiados los créditos contra la masa, vamos a entrar en los concursales clasificados en el art. 89-1 en privilegiados, ordinarios y subordinados. Dado que ya hemos hecho alusión a los ordinarios, comenzaremos por analizar los privilegiados, para finalizar con los subordinados, pudiendo los primeros ser de privilegio especial que afectan a determinados bienes y derechos, mientras que los de privilegio general afectan a la totalidad del patrimonio.

3.4.2.- Créditos con privilegio especial.-

El art. 90-1 dice que *“son créditos con privilegio especial: 1º. Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados”.* No se crea durante el concurso, sino que tiene que haber nacido antes, y en la parte a la que no alcance la garantía, se convierte en crédito ordinario.

Se califica de especial porque hay unos bienes afectos a la satisfacción del crédito a través del instituto de la ejecución, de modo que los créditos pueden ser realizados al margen del concurso, si bien el art. 56-1 establece que si los bienes son necesarios *“no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o hubiese transcurrido un año desde la declaración del concurso sin que se hubiese producido la apertura de la liquidación”.* Pero la ejecución tiene límites, determinados por el principio que subyace en la LC de mantenimiento de la actividad empresarial, por lo que, declarado el concurso, no pueden iniciarse ejecuciones o continuarse apremios administrativos contra el patrimonio del deudor, siguiéndose los procedimientos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo hasta la aprobación del plan de liquidación, *“siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.* Las actuaciones en tramitación, quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso.

Pero el art. 90 distingue entre los garantizados con hipoteca legal y voluntaria. La voluntaria se constituye a favor de la Administración por el deudor voluntariamente en garantía de aplazamientos o fraccionamientos. Pero merece una consideración más amplia la hipoteca legal, contemplada en el art. 78 de la LGT, que dice 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.... 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”.* El art. 90-2 concede a la AP el derecho de persecución del bien gravado, sin necesidad de constitución ni inscripción de garantía alguna, si bien se limita a tributos muy concretos, como el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Nace de forma automática y otorga un derecho real oponible “erga omnes”, y concede según Herrero Cano (2014), *“una prioridad frente a cualquier acreedor, aunque se trate de un tercer adquirente, incluso aunque 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”*, lo que constituye una excepción a la preferencia determinada por la fecha de inscripción; es una especie de derecho de persecución.

Para Aguilar Rubio (2009), se une el carácter de privilegio especial, con el derecho real de hipoteca, tácita porque no precisa inscripción, uniendo los caracteres de accesoriedad, reipersecutoriedad y poder de ejecución, pudiendo recaer sobre bienes inmuebles. Ahora bien, el problema está en su alcance sustantivo y objetivo, ya que sólo incluye impuestos de gravamen periódico, han de devengarse en ejercicios sucesivos y son impuestos reales, aunque no es preciso que recaigan sobre bienes inmuebles, requisitos que solamente cumplen el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, el Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades No Residentes y el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.

La hipoteca legal cubre las cuotas de los dos últimos ejercicios, incluyendo intereses de demora y recargos del periodo ejecutivo al tratarse de créditos con garantía real, con el límite del importe de ésta, pero no las costas del procedimiento de apremio porque carecen del carácter de deuda tributaria. Ahora bien podrían concurrir una hipoteca legal y otra voluntaria, en el caso de que esta segunda se constituya en garantía de un aplazamiento o fraccionamiento; en este caso nos encontraríamos con que la hipoteca legal o tácita es preferente respecto a otros acreedores, pero sólo garantiza dos anualidades, mientras que la voluntaria no tiene preferencia sobre otros acreedores, pero cubre un importe superior.

El pago se efectúa con cargo a los bienes y derechos afectos, y los intereses y recargos son exigibles hasta donde alcance la garantía, aunque hoy se ha iniciado una tendencia en los Juzgados de lo Mercantil a limitar el privilegio a las cuotas.

Para terminar, hay que decir que Herrero Cano (2014), partiendo del hecho de que los impuestos que gravan las transmisiones de bienes, gozan, a tenor del art. 79 de la LGT, de un derecho de afección sobre los mismos y son créditos con privilegio general del art. 91, se plantea la posibilidad de que ostenten un privilegio especial en vez de general, por la semejanza del derecho de afección del art. 79 con la hipoteca legal tácita. Sin embargo, no lo creemos posible por el carácter restrictivo que la LC predica en relación con los privilegios, junto a la circunstancia de que se regulan en artículos distintos, 78 y 79 de la LGT. Caso de prosperar su tesis, abarcaría al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al Impuesto sobre la Renta de No Residentes en caso de transmisión de inmuebles, al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y a los Impuestos de Aduanas que gravan las importaciones.

3.4.3.- Créditos con privilegio general.-

Vienen recogidos en diversos apartados del art. 91 de la LC, a los que, sucesivamente, vamos a referirnos. El primero de ellos se recoge en el apartado 2 que incluye con este carácter, *“las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en base a una obligación legal”*.

El Código de Comercio establecía en el art. 908 que las mercaderías y cualesquiera otros bienes, incluidos en la masa de la quiebra y que no hayan sido transferidos al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus dueños. Este precepto daba amparo al derecho de separación de la Administración sobre las cantidades por retenciones en poder del suspenso, en base a que el título que ostentaba era el de depositario puesto que los importes no le habían sido transferidos por título irrevocable, punto de vista confirmado por sentencia del TS de 5 de julio de 2000, en la que establecía que *“las cantidades que el sujeto del procedimiento hubiese cobrado en concepto de retenciones o repercusiones.... se considerarán depósitos a efectos de la Hacienda Pública”*.

Aguilar Rubio (2009) considera que este tratamiento era una mera ficción, y prueba de ello es que el art. 96-5 del derogado Reglamento General de Recaudación decía *“se considerarán depósitos a favor de la Hacienda Pública...”*, lo que evidencia que no son depósitos en cuanto se consideran como si lo fueran. Además era una norma reglamentaria, sin cobertura legal alguna, e incluso podía estar derogada por el art. 58

de la LGT que las calificaba como deuda tributaria, lo que chocaba con la consideración de depósitos y con la obligación del retenedor de ingresarlas aun en el caso de no haber retenido. Por ello, es mayoritaria la teoría que considera que Hacienda tiene un derecho de crédito y no un derecho real, máxime teniendo en cuenta el hecho de que el dinero es un bien fungible. La derogación del art. 908 y la redacción de la LC, no deja lugar a dudas sobre la desaparición del derecho de separación.

Pero superada esta controversia, el tratamiento actual es la consideración como privilegio general sobre el cien por cien del crédito, limitado a las retenciones y Seguridad Social, lo que se denomina “cuota obrera”. El legislador da un tratamiento especial a las retenciones sobre otros créditos tributarios, con objeto de evitar un doble perjuicio para la Hacienda Pública, ya que las retenciones serán deducidas por el perceptor de las rentas en su declaración. Pero en esta línea argumental habría que dar el mismo tratamiento a los “ingresos a cuenta” de las percepciones en especie, que serán repercutidos al perceptor de las retribuciones; también podrían tener el mismo tratamiento las cantidades repercutidas, pero el problema está en el I.V.A. no se ingresa por el importe repercutido, sino que se minorra en la cuantía del soportado, de manera que parece que solamente quedan bajo el amparo del art. 91-4 y no del apartado 2.

Para terminar, traemos a colación el planteamiento que hace Calvo Vérguez (2014) sobre la posible concurrencia en el crédito por retenciones de un privilegio general y especial, si se halla asegurado por alguna de las garantías del art. 90-1, y entiende este autor que procedería la aplicación sucesiva de ambos privilegios, en el que el general no tendría limitación alguna de cuantía.

Tenemos ahora que hacer alusión a los créditos con privilegio general del art. 91-4 que califica de créditos con privilegio general, a *“los créditos tributarios y demás de Derecho Público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe”*. Dejamos el debate sobre el tratamiento de los recargos para cuando realicemos el análisis de los créditos subordinados, y vamos a plantearnos el problema de la determinación de la base que servirá para calcular el cincuenta por ciento.

La norma dice que *“este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública... hasta el cincuenta por ciento de su importe”*, precepto en el que la expresión “conjunto de los créditos” suscita dudas sobre su alcance.

Recoge Valero Lozano (2007) los debates que la cuestión suscitó en el II Congreso de Derecho Mercantil. Para los representantes de la AP, el cálculo del privilegio del art. 91-4 debe hacerse computando todos los créditos que ostenta, sean por privilegio especial o general del art. 91-2, créditos ordinarios e incluso subordinados, y calculado el cincuenta por ciento de los mismos, se aplicaría dicho límite sobre los créditos que quedasen después de deducir los privilegiados y los subordinados, haciendo una aplicación extensiva del privilegio.

Frente a esta teoría, un sector doctrinal, entre otros Alonso Ledesma (2003), entiende que hay que minorar el crédito público total, en los importes correspondientes a los que gocen de privilegio especial, general del art. 91-2, ordinarios y subordinados, para luego calcular el cincuenta por ciento. Los Jueces de lo Mercantil asistentes al citado Congreso, descartaron la posibilidad de que la opción prevalente pueda ser la mantenida por los representantes de la AP, pues de ninguna manera la base puede construirse, en su opinión, en función de los créditos con privilegio especial o general del art. 91-2, ya que el propio artículo define a estos créditos como los que son ajenos a ellos, aunque nada decía de los subordinados. Otra interpretación del precepto considera que ese cincuenta por ciento no establece una cuantía concreta, sino un

límite máximo, bien sea computando todos los créditos concursales, o minorando el importe de los créditos subordinados, aunque esta opinión carece de soporte legal.

Descartadas otras opciones, quedan la que estima que el cincuenta por ciento es un límite máximo del que posteriormente hay que restar el importe de los créditos con privilegio especial, general del 91-2 y subordinados, frente a la que considera que el cincuenta por ciento será el importe del privilegio general del art. 91-4.

Los ponentes del Congreso excluyeron la del límite máximo, porque el precepto utiliza la expresión “podrá” no en sentido contingente, sino como potencialidad, porque si el legislador hubiese querido que la aplicación quedase al arbitrio de alguien, habría definido de quién; porque la LC es estanca, dedicando un artículo a cada tipo de crédito, de manera que para determinar la base de los créditos con privilegio general, no se pueden computar otros tipos créditos, y porque la voluntad del legislador es reducir el número de privilegios. Si bien es cierto que las teorías del quantum y del límite máximo no se distancian, si la distribución de los créditos de la Administración es homogénea, no ocurre igual si el importe de los créditos con privilegio especial, general del 91-2 y subordinados es sensiblemente superior al de los créditos del art. 91-4, porque el cincuenta por ciento absorbería la cuantía total del resto de créditos tributarios, incrementando el privilegio concedido.

Inicialmente, recoge Calvo Vérguez (2014), el Juzgado de lo Mercantil de Madrid en Sentencia de 29 de marzo de 2005, se decantó porque el cincuenta por ciento debía calcularse sobre la totalidad de los créditos de Hacienda, sin deducir ninguno; a continuación, de la parte que son los créditos con privilegio, se restarían los de privilegio especial o general de otro apartado, y así se obtendría el importe amparado por la norma; hecho lo cual, de la otra mitad se deducirían los subordinados, adquiriendo los demás la condición de ordinarios. Pero la línea mayoritaria ha sido estimar que el cómputo hay que hacerlo tras depurar los que gozan de cualquier privilegio y los subordinados, hecho lo cual, se calcula el cincuenta por ciento, adquiriendo la otra mitad la consideración de ordinarios. El Juzgado de lo Mercantil de Madrid en Sentencia de 23 de junio de 2005, se pronunció en el sentido de que *“si el art. 91-4 no hace referencia a la necesidad de deducir... el importe de los créditos subordinados para hallar la base del 50%, ello se debe... a consideraciones de carácter sistemático... por reputarse sobreentendida en la... subordinación crediticia”*.

Estas consideraciones no chocarían con la expresión “conjunto de todos los créditos”, si la entendemos, no como referido a los créditos con privilegio especial, general y subordinados, sino como referida a la multiplicidad de tributos de nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, Tejerizo (2005) promovió una teoría integradora que sostiene que el cincuenta por ciento se aplica al conjunto de todos los créditos, y del importe resultante se restarían los de privilegio especial, aplicándose a la diferencia el privilegio general del art. 91-4, con lo que asumiría una posición inversamente proporcional a la cuantía del privilegio especial, que contribuiría a contener la posición privilegiada atribuida a la AP.

Tras este interesante debate doctrinal, la cuestión ha sido resuelta por el TS en Sentencias 1231/2009 y 1.232/2010, ambas de 21 de enero, en las que se sienta doctrina, según la cual *“la finalidad del precepto controvertido es la de determinar el ámbito del privilegio general de los créditos de Derecho Público no clasificados, y concretar su restricción mediante la aplicación de un porcentaje, de modo que una parte de dichos créditos... queda privilegiada con el rango que le otorga la propia norma, y la parte restante (la otra mitad de la cuantía) tiene la calificación de créditos ordinarios... sujetos a la regla de par conditio creditorum.... Para determinar la base a que debe aplicarse el porcentaje del cincuenta por ciento no cabe tomar en cuenta los créditos incardinables en los arts. 90, 91 y 92 porque los mismos ya están clasificados con una u otra condición, y por tanto quedan fuera... de los no clasificados...”*.

Añade el Alto Tribunal que *“la exclusión de la base de cálculo de los créditos con privilegio especial (art. 90 LC) y de las retenciones (art. 91-2) se ratifica por su*

específico rango privilegiado (arts. 155 y 156) y por la propia disposición legal (inciso primero del art. 91-4 de la LC); en tanto que la exclusión de los créditos subordinados se refuerza si se advierte, por un lado que no es razonable que unos créditos que el legislador posterga o discrimina por unas u otras razones objetivas o subjetivas se deban tomar en cuenta para incrementar la cuantía del privilegio general en perjuicio de los acreedores ordinarios, y por otro lado, que una de las directrices de la Ley Concursal es la de la limitación de privilegios... con interpretación restringida de los mismos...". En conclusión, no deben tomarse en cuenta para determinar la base de cálculo ni los créditos con privilegio especial, ni general del art. 91-2, ni los créditos subordinados, y el exceso sobre el cincuenta por ciento, que no goza del privilegio general, tiene la consideración de ordinario, interpretación que unifica la doctrina.

Seguidamente vamos a referirnos a los créditos con privilegio general del art. 91-5, que se refería en el texto original a *"los créditos en concepto de responsabilidad civil extracontractual..."*. Surgían dudas por los derivados de delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, conceptos originariamente tributarios, que perdían su carácter por la intervención del delito fiscal del que resultaba una responsabilidad derivada, que podría gozar de privilegio del cien por cien. La jurisprudencia fue tradicionalmente contraria, y así el Juzgado de lo Mercantil de Málaga en Sentencia de 14 de abril de 2009 dice que *"la referencia al apartado 5º del art. 91 de la LC lo es a la responsabilidad civil extracontractual y no otra sin esa conditio iuris"*.

La redacción dada al precepto por la Ley 38/2011, sigue la teoría mantenida por la jurisprudencia, de manera que a partir de ella el citado apartado incluye a *"los créditos por responsabilidad civil extracontractual... Los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social"*. Es evidente que el precepto no se está refiriendo a la cuota defraudada, porque sería crédito contingente, según el art. 87-2, y no es así.

En relación con este apartado se ha discutido si debe aplicarse el privilegio general del cien por cien o el del cincuenta por ciento del art. 91-4, al que hemos hecho anterior referencia; entendemos que no cabe la polémica, porque no es posible efectuar una aplicación extensiva de la LC para someterlo a una limitación del cincuenta por ciento, y porque el legislador lo que ha pretendido es darle un trato igual a los demás supuestos de responsabilidad extracontractual.

El último de los créditos con privilegio general es la posibilidad creada por el art. 91-7. Según el mismo, tienen la consideración de privilegiados *"los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiese declarado el concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe"*. No estamos ante un precepto referido al crédito público, sino que abarca igualmente al privado, pero en el caso del crédito que ostenta la Administración determinaría el carácter de privilegiado para el cincuenta por ciento de la parte que se convierte en ordinario, por habersele aplicado el límite del art. 91-4, aumentando en un veinticinco por ciento la parte privilegiada del crédito.

Este precepto se marca en la línea de la LC de promover el concurso, constituyendo un estímulo para el acreedor que lo insta, pero es difícil que a la Administración le pueda interesar ya que goza de la autotutela ejecutiva, de manera que le puede ser más conveniente iniciar la vía de apremio, porque al haberse realizado con anterioridad a la declaración de concurso, actuará al margen de éste sin concurrencia con otros posibles acreedores. Pero si optase por instarlo, surge la duda de sobre qué créditos se aplicará ese premio del veinticinco por ciento, excluidos los subordinados mencionados expresamente la ley, si sobre los ordinarios o sobre los del art. 91-4 en su integridad. Entre ambas opciones, claramente nos decantamos por los ordinarios, ya que los otros ya gozan de su propio privilegio.

3.4.4.- Créditos subordinados.-

No existían en la normativa anterior, pero a partir de la LC que los reconoce, sus titulares quedan colocados en la peor situación del concurso, ya que cobran después de todos los acreedores y carecen de derecho de voto en la Junta de acreedores. Hasta tal punto su situación se relega por parte de la LC que Valero Lozano (2007) opina *“que no tiene siquiera derecho a voto, se da prácticamente por perdido en cuanto a su cobro, lo que resulta, desde nuestra óptica, jurídicamente discutible”*, mientras que para Calvo Vérguez (2014), es una especie de *“preterición crediticia”* por razones de política jurídica, objetiva o subjetiva, que suscita dudas sobre el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley.

En cuanto al crédito público, interesan los apartados 1, 3 y 4, el primero de los cuales establece que *“son 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”*. El precepto excepciona, entre otros, a los que corresponden a la falta de presentación de autoliquidaciones, que obliga al concursado o, en su caso, a la administración concursal a presentarlas, los créditos que resultan de la documentación del deudor, y los que precisen para su cuantificación de la acción comprobadora de la Administración. No vamos a entrar en más detalles porque todos han sido ya analizados a lo largo de este Trabajo.

El segundo grupo aparecen recogidos en el apartado 3, que califica como créditos subordinados a *“los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía”*. Dado que el art. 58 de la LGT recoge los intereses como un componente de la deuda tributaria, el legislador podía haber optado por clasificarlos como créditos con privilegio general, pero la LC no deja lugar a dudas sobre su encaje como subordinados, salvo los que derivan de créditos con garantía real y hasta donde alcance su importe. Por otra parte, la LC prevalece sobre la LGT.

Pero la cuestión más debatida estuvo centrada en la consideración de los recargos, ya que con anterioridad a la reforma de la LC por la Ley 38/2011, no existía mención sobre los mismos. El TS se pronunció repetidamente en el sentido de que los recargos carecen de carácter coercitivo o disuasorio, no participando de naturaleza sancionadora, pero tienen una función de resarcimiento por el retraso sufrido, y disuasoria de la tardanza en el pago, aunque carecen de la función represiva que los asimilaría a las sanciones. La doctrina se manifestó con muy diversas opiniones.

De este modo, frente a argumentos que mantenían la procedencia de incluirlos en el art. 91-4, teniendo en cuenta que el art. 58 de la LGT dice que *“... Además, la deuda tributaria estará integrada en su caso, por:... b) Los recargos por declaración extemporánea. c) Los recargos del periodo ejecutivo. d) Los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas a favor del Tesoro o de otros entes públicos”*, cabía argüir que la LGT distingue la cuota, que se califica de obligación principal, de los recargos a los que el art. 25-1 cita como prestaciones accesorias.

Esta calificación de accesoriedad es determinante y fundamento de la calificación como crédito subordinado para la Exposición de Motivos de la ley, lo que conduciría a su inclusión en el art. 92. No obstante, autores como Calvo Vérguez (2014), estiman que esta condición de accesoriedad será determinante para su calificación como crédito concursal o contra la masa, dependiendo del carácter que tenga la obligación principal, pero no puede considerarse suficiente por sí sola para la calificación de subordinación.

Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1995 de 13 de noviembre, *“el hecho de que los recargos tengan esa naturaleza coercitiva, disuasoria o de estímulo (lo que les da... un cierto matiz sancionador)... no los convierte en sanciones en sentido propio porque su función no es represiva... siempre y cuando... no alcancen el valor de las sanciones”*, y añade que *“puesto que dicho recargo no constituye una manifestación del ius puniendi del Estado, es decir, no es una sanción en sentido propio, no les son aplicables,, las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionadora establecen los arts. 25-1 y 24 de la Constitución Española”*.

El Tribunal Constitucional abría así la puerta a distinguir entre sanciones y sanciones derivadas del ius puniendi, porque de los recargos sólo dice que no son manifestación de éste. Pero el art. 92 no habla de multas y sanciones derivadas del ius puniendi, sino solamente de multas y sanciones pecuniarias, y se podría argumentar que donde la ley no distingue, no procede hacerlo, porque no puede discutirse que constituyen un *“castigo”* por ingreso extemporáneo, para estimular la presentación de declaraciones en plazo voluntario, lo que les atribuye un cierto carácter sancionador.

Tampoco es argumento para mantener su inclusión entre los créditos con privilegio general del art. 91-4 el hecho de que se incluyan en el art. 58 de la LGT, porque *“de contrario”* hay que señalar que no es materia de dicha legislación sino de la LC, que en el art. 89-2 dispone que *“no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”*. Además, también incluye el art. 58 de la LGT los intereses de demora, y nadie discute su calificación de crédito subordinado.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la Sentencia del TS de 21 de enero de 2009 dice que *“entendiendo el concepto de sanción en sentido amplio... el recargo de apremio ordinario es una sanción por falta de cumplimiento de la deuda tributaria, que se contempla en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal al referirse a “sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social”, y en el art. 92-4 bajo la expresión legal “los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias”*.

En definitiva, este debate doctrinal y los pronunciamientos jurisprudenciales sirvieron de base para la modificación de la LC por la Ley 38/2011, que dio paso a una nueva redacción del art. 92-3, que a partir de la vigencia de esta ley establece que son créditos subordinados *“... 3º Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la garantía respectiva”*. Así el legislador, entre la opción de disponer su encaje en el art. 91-4, como créditos con privilegio general por ser uno de los componentes de la deuda tributaria, o considerarlos créditos subordinados, bien sea con asimilación a los intereses, o a las sanciones de carácter pecuniario, ha optado por su inclusión en el art. 92, y dentro del mismo los asimila a los intereses.

Para finalizar los créditos subordinados, diremos que el art. 92-4 califica como créditos subordinados a *“los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias”*. El hecho de que la Ley las relegue parece lógica, ya que son fruto de una infracción tributaria y de no haberse clasificado como tales, la consecuencia sería que el daño lo soportarían los acreedores ordinarios, que verían perjudicado su derecho ante el crédito privilegiado de la AP. Trata de evitar que las consecuencias del incumplimiento del deudor, se trasladen a los acreedores, y así lo manifiesta la Audiencia Provincial de A Coruña, en Sentencia de 7 de abril de 2006, cuando dice que *“... al calificar como subordinados los créditos por multas y sanciones pecuniarias ...(la intención ha sido) la de evitar que ni los componentes accesorios de las deudas (como los intereses) ni penalizadores (como las sanciones) produzcan el efecto pernicioso de acabar gravando y menoscabando los créditos de los demás acreedores...”*.

Sobre las costas que se generan en el procedimiento de apremio no hay referencias en la LC. Su naturaleza es indemnizatoria de los gastos realizados, por lo que entendemos que, teniendo en cuenta su carácter accesorio respecto al crédito principal, su clasificación correcta sería como crédito ordinario, de naturaleza privada.

CAPÍTULO 4

OPCIONES CONSERVATIVA Y LIQUIDATIVA

El concurso termina con una solución conservativa o una solución liquidativa, que se corresponden, respectivamente, con el convenio y la liquidación, siendo, como dice Pulgar Ezquerro (2003), *“valorable positivamente desde una perspectiva terminológica la sustitución de la tradicional terminología de quiebra y suspensión de pagos – traumática por muchas razones en nuestro Derecho - por la de convenio y liquidación, que expresan de manera precisa y aséptica la esencia de los institutos concursales que se configuran”*.

4.1.- FASE DE CONVENIO.-

Si entramos a analizar la fase de convenio, hay que recordar que la continuidad de la actividad es uno de los objetivos principales de la LC, pero respetando el principio *“par conditio creditorum”*, y así la Exposición de Motivos dice *“aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser un instrumento para salvar las que, total o parcialmente, se consideren viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses...”*. En este sentido, el articulado de la ley procura la solución convencional facilitando su propuesta, pudiendo solicitarlo tanto el deudor como los acreedores. En este apartado vamos a examinar los modos de tramitación del convenio, su contenido y efectos, pero dedicaremos especial atención a los acuerdos singulares, y a la posible consideración de las quitas o esperas que acepte la AP como “ayudas de Estado” en el marco de la Unión Europea.

4.1.1.- Contenido.-

El convenio tiene como finalidad la satisfacción de los créditos. La regulación que del contenido hace el art. 100 es muy extensa en cuanto a las limitaciones que establece, de manera que Pulgar Ezquerro (2003) señala que *“si bien la excesiva libertad contractual en que se dejaba la negociación del convenio en el antiguo Derecho podía conducir a manipulaciones y abusos que la práctica ha venido a confirmar, sin embargo, el legislador ha sido excesivamente prolijo en la regulación del contenido del convenio, limitando excesivamente la autonomía de la voluntad de las partes, dificultando con ello la conclusión del convenio”*.

Con anterioridad a la reforma efectuada por la Ley 38/2011, el art. 100-1 establecía que el convenio no podía establecer quitas superiores al cincuenta por ciento del importe de los créditos ni esperas superiores a cinco años, pero la citada Ley suprimió tales límites, de modo que en la actualidad sólo establece que *“deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas”*. Pero puede contener otras propuestas, y así el apartado 2 prevé que *“la propuesta de convenio podrá contener, además de quitas o esperas, proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos”*, precepto en el que “clases de acreedores” parece referirse a titulares de créditos de la misma naturaleza.

En cualquier caso, el contenido esencial del convenio general son las esperas y quitas. Al referirse a éstas, Gurrea Martínez (2011) dice que se trata de reducciones del crédito que a veces, se configuran como una condonación, pero considera que, en todo caso, sería una *“condonación especial o pactum de non petendo”*, porque en el convenio general tiene características especiales ya que no necesita del consentimiento del acreedor. Por otra parte, se le pueden imponer a cualquier acreedor ante el voto de la mayoría, extinguiendo el crédito en la parte objeto de la quita, crédito a cuya satisfacción íntegra tiene derecho en caso de incumplimiento; de igual modo, para este autor la espera es un aplazamiento en el pago del crédito, que se configura como un *“pactum de non petendo de duración limitada”*. Ambos

contenidos, remisorio y dilatorio, constituyen el contenido esencial del convenio de continuación.

Añade además el mencionado artículo que *“también podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada,,. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional...”*.

Pero el art. 100 también establece una serie de limitaciones a su contenido, y así prohíbe que la propuesta pueda consistir en la liquidación global del patrimonio o en la cesión en pago de bienes y derechos a los acreedores, salvo que se limite a los que no sean necesarios para la continuidad de la actividad, cesión en pago que hay que entender que incluye también la cesión para pago. Parte de la doctrina critica esta prohibición, recogida en el art. 100-3, “in fine”, que dice que *“en ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos”*, por estar referida sólo a éstos y no alcanzar del mismo modo a terceros.

4.1.2.- Modos de tramitación y efectos.-

La Ley distingue entre una tramitación anticipada y ordinaria. La tramitación anticipada pretende reducir los costes del procedimiento mediante la presentación de una propuesta por el deudor antes de la finalización del plazo de insinuación de créditos. En cualquier caso, el art. 105 establece que no pueden formular propuesta anticipada los concursados que no hayan solicitado voluntariamente el concurso cuando debieran, ni el condenado por sentencia firme por delitos contra el patrimonio o contra la Hacienda Pública, entre otros, o el que haya incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación de depositar las cuentas anuales.

Para la admisión a trámite de la propuesta, ha de ir acompañada de adhesiones de créditos ordinarios y privilegiados que superen el veinte por ciento del pasivo, correspondiendo el control de la tramitación a la administración concursal y al Juez, que puede rechazarlo si no se logran las adhesiones necesarias o el deudor incurre en alguna de las prohibiciones antes citadas. Como paso previo a la aprobación, en su caso, la administración concursal debe emitir un informe que evalúe el plan de pagos y de viabilidad. Si no se aprueba, no se abre la fase de liquidación porque aún queda la opción de la tramitación ordinaria.

La tramitación ordinaria del convenio supone la convocatoria de la Junta de acreedores, que debatirá las propuestas que se realicen, las cuales, posteriormente, serán evaluadas por el Juez, que las aceptará o rechazará, lo que daría paso a la apertura de la fase de liquidación.

La propuesta tiene que ser aceptada por acreedores en una Junta en la que esté personado al menos la mitad del pasivo ordinario (art. 116), computándose tanto los acreedores firmantes como los adheridos (art. 124), lo que constituye una novedad respecto a la normativa anterior. Señala Pulgar Ezquerro (2003), que el quórum exigido tendrá en cuenta a los que tengan derecho de asistencia y que el cómputo ha de hacerse teniendo en cuenta los titulares de créditos ordinarios, pero no los privilegiados ni los subordinados.

En dicha Junta, carecen de derecho de adhesión y voto los créditos contra la masa, que verán satisfechos sus derechos a la fecha de vencimiento y los créditos subordinados, mientras que los acreedores privilegiados tienen derecho de abstención, de manera que no quedan sujetos a lo que apruebe el convenio, salvo que opten por votar favorablemente al mismo. En caso contrario, pueden exigir de forma inmediata el importe de su crédito.

También carecen de derecho de voto los titulares de créditos especialmente relacionados con el concursado, que hubiesen adquirido su derecho de voto por actos

inter vivos después de la declaración de concurso (art. 122), que pierden incluso el derecho que les corresponda por otros créditos que ostenten. A diferencia de lo que dispone la LC, en la normativa anterior se respetaba su derecho de voto por otros créditos, y no se establecía la exigencia de que estuviesen “especialmente relacionados”. Dice Pulgar Ezquerro (2003) que con ello se pretende evitar que personas especialmente relacionadas, puedan decidir la conclusión del convenio, o que, mediante persona interpuesta, el deudor adquiriera créditos para alcanzar las mayorías exigidas.

La aprobación del convenio requiere, en función de la cuantía de la quita o plazo de la espera, el voto favorable del (art. 124):

- Cincuenta por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito o esperas por plazo no superior a cinco años. No obstante, si la propuesta consiste en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente con que vote a favor una parte del pasivo superior a la que vote en contra.

- El sesenta y cinco por ciento del pasivo ordinario, cuando las esperas sean superiores a cinco años, sin exceder de diez, o quitas superiores a la mitad del importe del crédito.

Para el cómputo de mayorías se incluyen los acreedores privilegiados que voten a favor y su aprobación supone la extensión de sus efectos a los acreedores ordinarios y subordinados que no hayan votado a favor.

Si no se alcanzan las mayorías previstas, el convenio queda rechazado, y si se alcanzan, se someterá a la aprobación del Juez, que lo rechazará si aprecia infracción legal, o lo aprobará. Contra la aprobación cabe recurso, según el art. 128, fundado en *“la infracción de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, la constitución de la junta o su celebración”*. Si no se formulase recurso, el convenio queda aprobado.

Si un acreedor considera incumplido el convenio, podrá acudir al Juez para que se declare el incumplimiento, lo que acarrea la apertura de la fase de liquidación, a diferencia de lo que ocurría en la normativa anterior, en la que daba lugar a la reapertura del convenio. El plazo para la solicitud es de dos meses desde la publicación del auto de cumplimiento, y se configura como un plazo de caducidad.

La aprobación acarrea determinados efectos, entre los que podemos citar el cese de los administradores concursales previa rendición de cuentas y el cese de la generación de créditos contra la masa, de modo que el concursado pasa a tener la condición de deudor ordinario frente a la Administración. Afecta a los acreedores ordinarios y subordinados respecto de los créditos anteriores a la declaración del concurso, y estos créditos, junto con los privilegiados que hubiesen votado a favor, se extinguirán hasta donde alcance la quita, según Pulgar Ezquerro (2003) incluso aunque el deudor llegue a mejor fortuna, y se verán aplazados en su exigibilidad durante el tiempo de la espera.

Sus efectos se extienden también a los acreedores privilegiados que hayan votado a favor, o si su firma o adhesión se hubiese computado como voto favorable (art. 134-2), quedando también vinculados cuando concurren mayorías de acreedores de su misma clase del 60% o del 75%, según se trate de medidas del art. 124-1, párrafos a) o b), respectivamente. Este precepto constituye una novedad que obliga a Hacienda, por ejemplo, a asumir la quita, si los demás acreedores públicos votan a favor en un porcentaje del 75%.

Los gastos *“se satisfarán en los términos fijados en el convenio”*, pero no se establece, como en otros Derechos comparados, que son créditos contra la masa, como sería conveniente, según Pulgar Ezquerro (2003), *“no sólo porque se devengan*

durante el procedimiento cuando éste desemboca en un convenio, sino porque sólo de ese modo se propiciará la concesión de créditos para financiar el plan del que depende la continuidad de la empresa". Incluso en opinión de esta autora, las partes no podrán decidir que tengan la consideración de créditos contra la masa o privilegiados, de modo que todo ello dificultará las posibilidades de refinanciación.

Con ello pasamos a analizar el crédito público específicamente, al que afecta el convenio en los casos expresados en el párrafo anterior. En cuanto a ellos, la primera referencia a la participación de las AAPP en los convenios aparece en la Ley 230/1963, pero la posibilidad de dicha participación, contemplada en dicha normativa, se ha convertido en necesidad al disponer de créditos ordinarios y subordinados que obligan a la Administración a personarse.

En el convenio se ponen de manifiesto los privilegios de la Administración durante su tramitación, con situaciones distintas según la naturaleza del crédito, y mencionados ya los efectos que afectan a los créditos privilegiados, hay que indicar que el convenio no afecta a los créditos contra la masa, que al ser extraconcursales deben satisfacerse a su vencimiento, mientras que los subordinados carecen de voto en el convenio aunque quedan sometidos al mismo, y los ordinarios sí tienen derecho de voto en la Junta de acreedores y participan en la elaboración del contenido del convenio. A partir de la fecha de eficacia del convenio, las deudas devengadas a favor de la AP son créditos nacidos después del cese de efectos del concurso, de modo que son aplazables como cualquier deuda tributaria, según la Instrucción 1/2017 de 18 de enero, del Departamento de Recaudación sobre aplazamientos y fraccionamientos de pago. La eficacia del convenio determina la exigibilidad de los créditos privilegiados no sometidos al mismo, sin que puedan ser objeto de aplazamiento según la citada Instrucción

Si analizamos el crédito público, tenemos que tratar del derecho de abstención de los acreedores privilegiados, porque si hacen uso de este derecho, no les afecta el convenio aprobado, lo que en el caso de la AP se ha justificado por la naturaleza del crédito tributario.

En la LC aparece regulado en los arts. 134 y 123. El primero de ellos establece 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"*, mientras que el segundo dispone que en el caso de que el acreedor *"sea titular de créditos privilegiados y ordinarios se presumirá emitido (el voto) en relación a estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente en el acto de votación"*. Vemos, por tanto, que la LC les da una participación superior a la normativa anterior, pudiendo asistir a las deliberaciones, pero solamente quedan vinculados en las circunstancias recogidas en el art. 134, antes citado. Sin embargo, esa vinculación al convenio no determina la pérdida de la preferencia para el cobro, que puede mantenerse aunque asuma las quitas y esperas del convenio.

La LC suprimió el derecho de abstención genérico que recogía el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, reduciéndolo a los créditos privilegiados, pero excluyendo del mismo a los ordinarios y subordinados a los que la normativa anterior también lo concedía. No obstante, la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante, LGP), vuelve a proclamar el derecho de abstención en los procesos concursales, sin limitación a los créditos privilegiados, en un nuevo intento de restablecerlo, ya que el art. 10-3, establece *"el carácter privilegiado de los créditos de la Hacienda Pública estatal (es lo que) otorga a ésta el derecho de abstención en los procesos concursales, en cuyo curso, no obstante, podrá suscribir los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal..."*. Esto suscita la duda de si la prevalencia corresponde a la LGP por ser sectorial y posterior, o a la LC como ley especial, lo que parece más adecuado puesto que proclama que no puede haber más privilegios que los reconocidos en la propia ley.

Una Resolución de 26 de diciembre de 2005 estableció que el ejercicio de este derecho se llevaría a cabo no compareciendo en el concurso, sin perjuicio de la presencia en él de la Abogacía del Estado para obtener información, lo que se consideró un privilegio procesal de la AP. Si el derecho de abstención se ejercita, el cobro del crédito se produce al margen del convenio, y si el pago no se efectúa, se pueden derivar acciones de responsabilidad contra los administradores concursales.

En cualquier caso, vamos a hacer referencia a la práctica diaria en la negociación del convenio por parte de la AP, en base a la información facilitada por los órganos de Recaudación de la A.E.A.T. Aunque hemos repetido que los créditos contra la masa se satisfacen al vencimiento, recordamos el incumplimiento sistemático que dichos órganos ponen de manifiesto, y las actuaciones de derivación de responsabilidad contra los administradores concursales a los que hemos hecho referencia anterior. En cualquier caso, la Administración no negocia sobre ellos prácticamente nunca y ya hemos dicho que la LGT, a partir de la reforma efectuada por la Ley de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal, imposibilita la concesión de aplazamientos o fraccionamientos para el pago de los mismos.

Respecto a los créditos ordinarios y subordinados, la postura que adopta la Administración en el convenio general va a depender de la presentación de un plan de viabilidad serio, que no se limite a decir que el concursado va a aumentar ventas y disminuir gastos, como suele ser habitual, y de las quitas y esperas que se propongan, con exigencia de que no sean elevadas. Si esas pretensiones no se cumplen, se abstiene. En cuanto a los créditos privilegiados, en ningún caso la AP suscribe el convenio general, acudiendo siempre a acuerdos singulares, en los que las quitas son muy excepcionales. Algunas veces vota favorablemente el convenio si su contenido no va más allá de una espera de entre tres y cinco años; quedan al margen los créditos por retenciones que son innegociables.

Vamos a hacer referencia a dos aspectos muy relevantes en el análisis del crédito público, cuales son los “acuerdos singulares” y la posibilidad de consideración de las quitas como “ayudas de Estado” en el ámbito de la legislación comunitaria.

4.1.3.- Los acuerdos singulares.-

Discutía la doctrina si los acreedores privilegiados que no voten ni se adhieran al convenio general, podían suscribir acuerdos singulares. De lo previsto en la LGT y LGP se deduce con toda claridad dicha posibilidad respecto a los créditos privilegiados, sin necesidad de que las condiciones queden incluidas en el convenio general, y por tanto, sin necesidad de que se someta al voto de la Junta de acreedores. Esta teoría se refuerza, en opinión de Valero Lozano (2007), si se tiene en cuenta que el límite está en que no contenga condiciones más favorables que el convenio general, y éstas no pueden ser conocidas hasta que el convenio se apruebe.

Así, aprobado judicialmente el convenio, la Administración titular de créditos clasificados como privilegiados podrá adherirse al convenio celebrado o suscribir convenios o acuerdos singulares, siempre que éstos no tengan condiciones de pago más favorables que el convenio general, y que el procedimiento se halle en curso, es decir, que las actuaciones procesales estén en tramitación.

A priori, la posibilidad de suscribir acuerdos singulares que comporten un trato especial requeriría del voto favorable del pasivo afectado por el mismo, pero la LC establece una salvaguarda en el art. 125 que establece que *“a estos efectos, no se considerará que existe un trato singular cuando la propuesta de convenio mantenga a favor de los acreedores privilegiados que voten a su favor ventajas propias de su privilegio, siempre que esos acreedores queden sujetos a quita, espera o a ambas, en la misma medida que los ordinarios”*. Por tanto, el mantenimiento de las ventajas del privilegio para los que voten a favor, no supone trato singular, si es en las condiciones que establece el precepto. En cualquier caso, estas condiciones son aplicables a cualesquiera acreedores privilegiados, y no exclusivas de la AP; a “sensu contrario”, si la quita o espera son más favorables al deudor que las del convenio general, será

preciso que esas condiciones singulares se recojan y acepten en el convenio general.

La posibilidad de “acuerdos singulares” queda restringida a los créditos con privilegio, general o especial, y viene contemplada en los arts. 164-4 de la LGT y 10-3 del LGP, como anteriormente hemos apuntado, que con una redacción casi idéntica, establecen que *“la Hacienda Pública podrá suscribir en el curso de estos procesos los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como 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 convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial. Este privilegio podrá ejercerse en los términos previstos en la legislación concursal”*.

Pero, vamos a examinar cómo ha evolucionado la postura de la Administración ante la posibilidad de suscribir quitas o esperas en procesos concursales. Como dice Alarcón (2017), *“en el mundo de los impuestos, un año es una eternidad, y lo demuestra el giro copernicano dado por la Dirección (sic) de Recaudación de la Agencia Tributaria entre la Instrucción 6/2013 de 9 de diciembre, y la Instrucción 3/2014 de 19 de noviembre”*.

En efecto, la Hacienda Pública ha pasado de disponer en la Instrucción 6/2013 la inaplazabilidad de los créditos contra la masa y de ordenar el archivo de las solicitudes de aplazamiento de créditos concursales formuladas antes de la declaración del concurso por pérdida sobrevenida del objeto, así como la inadmisión de las formuladas con posterioridad a la declaración, a prever en la Instrucción 3/2014 que no ha sido objeto de publicación, la suscripción de acuerdos singulares que, como hemos recogido con anterioridad, ya estaban previstos en la LGT y LGP.

La Instrucción promueve los acuerdos singulares de los créditos públicos con privilegio, con preferencia a la adhesión al convenio general, estableciendo como fecha límite para su suscripción la de eficacia del convenio con los acreedores, ya que a partir de dicho momento finalizan los efectos de la declaración del concurso y se reinicia, en su caso, el procedimiento administrativo de apremio. Establece también, la conveniencia de analizar de nuevo los aplazamientos y fraccionamientos del crédito privilegiado adoptados con anterioridad, para reconducirlos mediante un acuerdo singular. En igual sentido, la Instrucción 1/2017 señala en cuanto a los aplazamientos, que los solicitados con anterioridad a la declaración del concurso y pendientes de resolución, se archivarán por pérdida sobrevenida del objeto, y los solicitados con posterioridad al auto de declaración, se inadmitirán porque el pago de los créditos quedan sometidos al proceso judicial.

También impone que, reconociendo que el convenio general es el marco para los créditos ordinarios y subordinados, se pueden incorporar a él las condiciones de pago de los privilegiados, lo que impediría la suscripción de acuerdo singular, pero los criterios de la Instrucción deberán ser tenidos en cuenta para negociar el convenio general.

El límite temporal para suscribir el acuerdo singular es el de la resolución que aprueba el convenio, estando referido exclusivamente a los créditos privilegiados y siempre que se hayan satisfecho todos los créditos contra la masa, hecho que la Instrucción establece como requisito previo, con el límite de que no puede contener condiciones más favorables para el deudor que las del convenio general. El tipo acordado no puede ser inferior al interés de demora, y su suscripción requiere el ingreso previo de un porcentaje de la deuda objeto del acuerdo; una vez suscrito no cabe la modificación de sus términos, salvo que supongan mejores condiciones o garantías para el cobro del crédito público. Su incumplimiento determinará la resolución del convenio, con vencimiento de las deudas contenidas en el mismo.

Si continuamos con el análisis de la citada Instrucción respecto a los acuerdos singulares, dispone que los mencionados acuerdos podrán contener esperas, pero con carácter general, no incorporarán quitas. Por tanto, no establece reservas en cuanto a

la incorporación de esperas, pero no ocurre lo mismo con las quitas, que quedan prohibidas con carácter general, y en todo caso, si los conceptos impositivos determinantes del crédito son retenciones, ingresos a cuenta o deudas aduaneras. Esta prohibición y la expresión “con carácter general” ponen de manifiesto “a sensu contrario”, la posibilidad de negociar quitas dentro de los límites que la norma establece, rompiendo el principio de indisponibilidad del crédito público.

Vamos a hacer mención a la práctica española ante los convenios concursales. Como dice Mendibil Crespo (2008), *“las Administraciones Públicas españolas suelen ser muy prudentes a la hora de aprobar un convenio singular o adherirse a un convenio general..., y para plantearse la firma... suelen exigir que la insolvencia se deba a un acontecimiento extraordinario... Se exige también que los otros acreedores colaboren con la salvación de la empresa concursada, de forma que ningún acreedor tenga mejor trato que las Administraciones Públicas”*. Además, prosigue el citado autor, *“se busca extender este acuerdo a la plantilla y los sindicatos con congelación salarial y posible rebaja de los salarios”*.

No es ésta la impresión que transmiten los órganos de Recaudación, y mejor coincide con lo que decíamos antes del plan de viabilidad que las empresas presentan. En efecto, no se puede considerar que un plan de viabilidad tiene seriedad, si a la supuesta elevación de las ventas, siempre hipotética, y reducción de gastos, posiblemente siempre relacionados con la reducción de plantilla o salarial, porque es difícil la reducción de otros gastos distintos, no se une un plan de refinanciación de la deuda financiera o de ampliaciones de capital que aumenten los fondos propios. De ahí la postura de la Administración de exigencia de un plan de viabilidad que sea asumible, y creemos que lo que este autor imputa a la AP sobre reducciones de plantilla, con toda probabilidad no es más que lo que suelen recoger los planes de viabilidad que habitualmente se formulan.

En este orden de cosas, Estrada (2014) indica que, a pesar de que la incidencia del crédito público en los concursos de acreedores de pymes se sitúa en un porcentaje entre el 20% y 30% de la masa pasiva, en el periodo comprendido entre 2006 y 2014 la Hacienda Pública sólo había aceptado quitas por importe de 74 millones de euros, lo que representa una media de 1.900 euros, ya que el número de concursos durante ese periodo era de 40.000. Sin embargo, creemos que no es muy adecuado para dar información sobre el importe medio de las quitas aceptadas por la Hacienda Pública, atender al número de concursos habidos en España, ya que ni se tiene en cuenta el número de ellos que puedan haber finalizado con la liquidación de la empresa concursada, o simplemente, los que hayan podido terminar con la adopción de esperas, sin que se hayan efectuado quitas, entre otras múltiples circunstancias. Nos parece más correcta la información que facilita García Martín (2014), que señala que Hacienda se ha adherido durante ese periodo a 116 convenios concursales, en los que ha aceptado quitas por dicho importe, de modo que, con los datos que maneja esta autora, la media aceptada por la Hacienda Pública es de 637.931 €.

Pero hay algún dato más. La primera vez que Hacienda participó en un convenio concursal en el que el deudor era una gran empresa fue en 2014, en el concurso de la inmobiliaria Nozar, con una deuda de 732 millones de euros, renunciando para ello al privilegio que la Ley le concede, y tras un enfrentamiento del Ministro de Economía, Luis de Guindos, con los de Hacienda y Trabajo, Cristóbal Montoro y Fátima Báñez, respectivamente (Segovia, 2014), se adhirió en cuanto a los créditos privilegiados al convenio de acreedores suscrito, cuyo importe era de 26,3 millones de euros, entre los que estaban los que ostentaba la A.E.A.T.

Pero aunque la Banca asumió una quita del 75% de sus créditos y una espera de 15 años para recuperar el 25% restante, la Hacienda Pública se acogió a una alternativa, denominada opción B, que suponía, como recoge Segovia (2014) en un artículo en El Confidencial, *“que del importe que se obtenga de las rescisorias (recuperación de activos vendidos indebidamente) y de lo aportado por la compañía con recursos propios, y una vez pagados los créditos contra la masa, se cancelarán*

los créditos con privilegio general y luego los ordinarios". Por tanto, en esta opción la empresa va a recuperar los activos vendidos hasta determinados importes, que de no alcanzarse se implementarán con recursos propios, de manera que a priori no se conoce lo que recuperará Hacienda de sus créditos, pero si llega para pagar los ordinarios, cobraría la integridad de sus créditos.

Esto supone un cambio en la actitud habitual que venía manteniendo de ser la primera en cobrar sus créditos, que ha dado lugar a que muchas empresas consideren que terminaron en situación concursal por culpa de la intransigencia de Hacienda, todo ello sin olvidar que, muchas veces, la mejor defensa del interés público no estará en posturas intransigentes, sino en transigir a través de la adhesión a convenio general o la suscripción de acuerdos singulares. En cualquier caso, la postura de la AP sigue siendo muy restrictiva en cuanto a la posibilidad de convenir sobre los créditos privilegiados.

4.1.4.- Calificación de "ayuda de Estado".-

Una de las rémoras que tiene la AP para aceptar quitas o esperas en relación a sus créditos en la masa pasiva, está en el temor de incurrir en infracción de las leyes administrativas a nivel europeo, al poder ser calificadas de "ayudas de Estado" en cuanto pueden restringir la libre competencia en el ámbito de la Unión Europea al favorecer a las empresas nacionales frente a las de los restantes países, lo que ha añadido argumentos para que la posición de las AP en los concursos haya sido siempre muy cautelosa.

Para que el beneficio económico que pueda obtener una empresa pueda calificarse de "ayuda de Estado", es necesario que se otorgue con cargo a fondos o recursos públicos, obteniendo el beneficiario una ventaja que le libere de una carga o suponga un beneficio que no se hubiera logrado con el ejercicio habitual y normal de la actividad, ventaja que se proyecta en las relaciones entre empresas de distintos Estados, distorsionando la competencia. Además es necesario que la ayuda sea selectiva o específica, favoreciendo determinadas actividades, o siendo una excepción en la aplicación del esquema general para otras entidades.

No obstante, hay que tener en cuenta que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) sólo prohíbe las que puedan falsear la competencia. El art. 107 establece que *"salvo que los Tratados dispongan otra cosa, 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"*.

Pero al mismo tiempo, el artículo realiza una delimitación negativa del concepto y dispone que *"Serán compatibles con el mercado interior: a). Las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos. b). Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional. c) ..."*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJCE) se ha pronunciado en diversas sentencias diciendo que *"el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que de diversas maneras, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y, por tanto, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tienen el mismo carácter e idénticos efectos"*. Incluye la consecución de un objetivo no alcanzable sin ayuda externa y, por consiguiente, las ayudas fiscales consistentes en bonificaciones o exenciones, pero también las que no generan un gasto fiscal pero provocan en el beneficiario efectos similares a las ayudas, lo que integraría en el concepto las moratorias, aplazamientos o fraccionamientos de pago.

A través de las quitas o esperas se concede con cargo a los fondos públicos, una ventaja patrimonial en beneficio del concursado. Pero no siempre la quita o espera, aceptada por un Estado, puede calificarse de “ayuda de Estado”, porque habrá situaciones en que pueda constituir la mejor defensa del interés público; para calificar una quita o espera de “ayuda de Estado”, hay que estar a la circunstancia de si se cumple o no el “criterio de un operador privado” o “principio del inversor privado en una economía de mercado” y a la “lógica del mercado”, o sea, que lo que determina la calificación de “ayuda de Estado” es la actuación negligente por parte de la Administración. En este contexto, si la AP acepta un determinado contenido convencional que un acreedor prudente aprobaría, no podrá calificarse de “ayuda de Estado”, con lo que la calificación va a estar condicionada por las normas de Derecho interno y de Derecho comunitario.

Este matiz sirve para excluir dicha calificación respecto de los créditos ordinarios y subordinados, en cuanto que las quitas o esperas son aceptadas por los acreedores que forman la masa pasiva; la aprobación por los “acreedores prudentes” excluye la calificación de “ayuda de Estado”, y así, el porcentaje de quita que pueda admitirse para no calificar tal hecho de “ayuda de Estado”, variará en función de la cuantía del crédito que ostente el acreedor, en este caso, la AP. Pero si esto es así en los créditos ordinarios y subordinados, distinto es cuando hablamos de créditos privilegiados, en los que habrá de comparar lo que se obtendrá tras la quita o espera, con lo que eventualmente se podría lograr mediante una ejecución separada, y si mediante ésta se lograra un resultado más favorable y la aceptación del convenio fuese voluntaria, se estaría incurriendo en “ayuda de Estado”. Este es el ámbito donde esta figura puede surgir, porque el reflotamiento de una empresa por parte del Estado no puede constituir una norma de conducta.

Para hacer la comparación con el acreedor privado, la Comisión Europea atiende a la posición en el concurso y a la cuantía del crédito, porque el porcentaje de quita puede variar en función de la cuantía del crédito público, y desde luego no habrá “ayuda de Estado” si lo que cobra tras la quita es superior a lo que cabría esperar en caso de liquidación. También hay que valorar los límites del cincuenta por ciento en las quitas y los cinco años en la espera que, recordamos, requieren una mayoría superior para su aprobación, porcentaje que coincide con la limitación de los créditos privilegiados del art. 91-4 al cincuenta por ciento, porque la existencia de estos límites en nuestra normativa tendrá incidencia en la calificación de los hechos de acuerdo con las normas comunitarias, ya que puede plantearse la necesidad de autorización por parte de la Comisión Europea para superar tales límites.

En este sentido, hay que plantearse la competencia que pueda tener el Juez del concurso para valorar las quitas y esperas. Desde luego, carece de competencias sobre este extremo, según Calvo Vérguez (2014), pero Aguilar Rubio (2009) matiza que, por el contrario, nada impide que haga ver a la Administración la posibilidad de que los acuerdos podrían constituir “ayudas de Estado”, aunque lo habitual es que esta cuestión se suscite por denuncia interpuesta por empresas competidoras, que ven dañados sus derechos por esa especial protección por parte del Estado hacia una de las empresas del sector.

Pero a estos criterios, mantenidos por la Comisión Europea y el TJCE, hay que unir una serie de salvedades y criterios, como el de que en el ámbito de las entidades sin ánimo de lucro, no cabe hablar de “ayudas de Estado” ya que no es previsible que se produzca competencia con empresas de otros Estados miembros, que es lo relevante. Otra salvedad es la norma de “mínimis”, de manera que por debajo de un determinado umbral, que dejaría al margen las quitas de cuantía inferior a 200.000 €, se considera que la ayuda carece de efectos significativos para la competencia, por lo que no es precisa actuación ni comunicación alguna.

Existen otras conductas que no se calificarían de “ayudas de Estado”, como la renuncia de la A.E.A.T. a sanciones, recargos e incluso es posible la renuncia a la diferencia entre el interés de demora y el interés legal o en los casos en los que las

cuotas tributarias y débitos con la Seguridad Social, son cantidades minoritarias respecto a la masa del concurso o cuando las AAPP se adhieren al convenio general o pactan convenios singulares similares. Por el contrario se ha calificado de “ayuda de Estado” permitir la continuidad de una empresa después de haber quebrado, sin que se haya aprobado convenio ni abierto la fase de liquidación.

Así en el caso MAGEFESA se calificó de “ayuda de Estado” la actuación de la Administración, por permitirle operar sin pagar impuestos ni cotizaciones sociales, y frente a la alegación española de que se había intentado el cobro por todas las vías posibles, el TJCE mantuvo su decisión porque había dejado de instar el concurso, ya que considera que en estas situaciones la AP debe hacer uso de sus potestades para evitar la continuidad en el mercado de empresas con sucesivos impagos de créditos públicos. Son las que se han dado en llamar “ayudas por inactividad”.

En todo caso, si las AAPP son los acreedores principales, lo cual es bastante frecuente, la decisión debe tomarse con cautela, teniendo en cuenta la posibilidad de recuperar los fondos públicos si la empresa desaparece, efectuando un análisis de la incidencia sobre el gasto público del cierre y de los menores ingresos que se van a producir si se consuma dicha desaparición.

La LC no dice nada sobre las “ayudas de Estado”, pero la actuación de la Administración siempre es objeto de valoración, exigiendo una actuación asimilable a la de un acreedor prudente, lo que no debe ser obstáculo para la aceptación de convenios para la mejor defensa del crédito público; el Juez no puede actuar de oficio, como lo confirma el hecho de que no se recoge como uno de los motivos de oposición al convenio en los arts. 128 y 131 de la Ley, pero puede advertir a la Administración de esta posible contingencia.

La competencia decisonal, como hemos venido apuntando, corresponde a la Comisión Europea, que puede adoptar una decisión positiva, estimando que no constituye “ayuda de Estado”; condicional, en la que exige el cumplimiento de algunas condiciones adicionales para emitir una decisión positiva, y finalmente, negativa, que obliga a la restitución, dirigiéndose, no al beneficiario, sino al Estado miembro que asume la obligación de solicitar la devolución.

En la realidad, la mayor parte de las Decisiones que toma la Comisión Europea suelen ser positivas, pero las ayudas concedidas por el Estado español ya han sido cuestionadas en algunos casos, como ocurrió con la Decisión 1999/484/CE de 3 de febrero de 1999, siendo el concursado la empresa “Hijos de Andrés Molina S.A.”, en la que, siendo negativa la decisión de la Comisión y presentado recurso contra la misma, el Tribunal de Primera Instancia dictó sentencia parcialmente estimatoria el 11 de julio de 2002 (Asunto T-152/99), o en la Decisión de la Comisión de 11 de mayo de 2002, (Caso Grupo Empresas Álvarez), donde se considera que existen “ayudas de Estado” incompatibles y se ordena al Estado recuperar las cantidades consideradas como ayudas.

Muy interesante es la Decisión 2009/849/CE de 13 de mayo de 2009, relativa a las medidas ejecutadas por España a favor de la empresa “Pickman – La Cartuja S.A.”. El expediente se abre por las posibles “ayudas de Estado” que puedan suponer la garantía de un préstamo concedida por la Junta de Andalucía, unos préstamos participativos y subvenciones concedidas por la misma, y la condonación de deudas por parte de la Tesorería de la Seguridad Social, que es la única que nos interesa a efectos del Trabajo que venimos desarrollando.

La Medida 2, que es la que va a ocupar nuestra atención, consistió en la *“condonación de una deuda de 3,29 millones de euros de Pickman con la Seguridad Social mediante un acuerdo singular celebrado el 11 de abril de 2000, diferente del convenio general de acreedores”*. En la Decisión de iniciar el procedimiento, la Comisión Europea concluyó que las medidas 2 a 7 podían constituir ayuda estatal a tenor de lo previsto en el art. 87 del TFUE (hoy, art. 107). Contra la Decisión

provisional, España formuló alegaciones, que respecto a la condonación del crédito de la Tesorería de la Seguridad Social consistieron en manifestar que, aunque la Seguridad Social era acreedor preferente sobre los créditos ordinarios, no lo era respecto a los que gozaban de garantía y ante las deudas con el personal de la empresa, de modo que su prioridad no era absoluta, por lo que era más beneficioso abstenerse en el convenio general y suscribir un acuerdo singular para obtener condiciones más favorables que en aquél. Por otra parte, la ejecución sobre los activos posiblemente conducirían a un resultado menor, ya que se encontraban hipotecados con anterioridad.

Ante esta situación, España manifestó que se había optado por suscribir un convenio singular que mejoraba las posibilidades de cobro, y en él Pickman, que debía 4 millones de euros, acordó pagar el 18% a la Tesorería, con un tipo de interés del 3,25%, acuerdo que estipulaba que sería anulado si cualquier acreedor recibía un trato más favorable. En realidad la Tesorería buscaba recuperar la mayor cantidad posible del deudor, actuando de acuerdo con el principio del inversor en una economía de mercado. Por otra parte, Pickman – La Cartuja S.A. reiteraba iguales argumentos en sus alegaciones y añadía que desde que se suscribió el convenio se habían reembolsado todas las deudas de Pickman con la Seguridad Social, al tiempo que las cotizaciones posteriores se habían abonado regularmente.

La evaluación que realizó la Comisión, destacaba que las cuotas de Seguridad Social tenían un trato preferente que le permitía a España suscribir acuerdo singular, y que de la información aportada se comprobaba que el acuerdo singular es más favorable para la Administración que el convenio general, que solamente daba opción a recuperar el 5% de los derechos de crédito en 75 días o el 20% en 17 años sin intereses, mientras que el Estado obtenía con el acuerdo singular la posibilidad de recuperar el 18% de su crédito en 8 años, con un tipo de interés del 3,25%. Además, en caso de liquidación, la única opción de la Seguridad Social era intentar cobrar su deuda ejecutando el embargo sobre determinados activos específicos, que España demostró que no tenían un valor real al tener prelación una hipoteca constituida sobre los mismos, de modo que esta alternativa habría sido poco rentable.

En base a lo anterior, la Comisión Europea efectuó una serie de consideraciones en las que concluyó que *“teniendo en cuenta lo dicho, la Comisión está convencida de que queda demostrado suficientemente que la Tesorería de la Seguridad Social actuó de acuerdo con el principio de un acreedor en una economía de mercado,... buscando la alternativa que garantizara de hecho la recuperación del mayor importe posible en las condiciones más efectivas. Por consiguiente, la Comisión concluye que la medida consistente en la condonación de deudas de Pickman con la Seguridad Social no constituye ayuda estatal a tenor del artículo 87, apartado 1, del Tratado”*

Para la Comisión *“la medida 2 no constituye ayuda estatal puesto que la Tesorería de la Seguridad Social actuó de acuerdo con la diligencia esperada de un hipotético acreedor en una economía de mercado”*. Si nos fijamos en las consideraciones que realiza la Comisión y en la conclusión que obtiene, vemos cómo examina la aplicación de los criterios que con anterioridad hemos expuesto, que son los que se vienen aplicando para la calificación de los hechos como “ayuda de Estado”.

Expuesta la solución conservativa del concurso, pasamos al análisis de la liquidativa, que para Pulgar Ezquerro (2003), se configura como *“una solución subsidiaria, condicionada a la inexistencia o frustración de un convenio anterior”*.

4.2.- FASE DE LIQUIDACIÓN.-

Es un conjunto de actos que tienen como finalidad la realización del patrimonio del concursado, para atender con su importe los créditos de los acreedores que integran la masa pasiva del convenio, respetando la prelación de los mismos.

4.2.1.- Solicitud.-

La apertura de la fase de liquidación se puede producir de modo voluntario o necesario o de oficio. La forma voluntaria se produce en cualquier momento a solicitud del deudor, siempre que no se haya formulado propuesta de convenio o la presentada se considere de imposible cumplimiento, como establece el art. 142-1, o porque *“durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél”*, correspondiendo al Juez la decisión sobre la procedencia de la apertura de la fase. Critica Pulgar Ezquerro (2003) esta opción, ya que no se exige siquiera al deudor un plan de liquidación, y se plantea no ante una situación de insolvencia actual, sino inminente, pudiendo hablarse de una liquidación preventiva, colocando al deudor en una posición negociadora fuerte frente a los acreedores, abocados a una liquidación en la que las posibilidades de satisfacción de sus créditos son remotas.

La necesaria o de oficio se efectúa por el Juez, cuando no se ha presentado dentro del plazo legal ninguna propuesta de convenio o no ha sido aceptada; o por haberse rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en Junta de acreedores o declarado la nulidad del convenio aprobado, o por haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento (art. 143). También es criticable esta posibilidad de subsidiariedad respecto al convenio, porque, para Pulgar Ezquerro (2003), la liquidación se convierte en *“una especie de sanción que castiga las actitudes personales durante el convenio”*.

Junto a ellas, existe una tercera opción, que es la posibilidad de apertura a instancia de los acreedores, posibilidad que debe calificarse de excepcional y recogida en el art. 142-4, que dispone que *“si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4”*. Es decir, cualquier acreedor puede solicitarla si se comprueba la concurrencia de alguno de los presupuestos objetivos del concurso, y el deudor no solicita la liquidación.

4.2.2.- Efectos de la apertura.-

Cuando tiene lugar la apertura de la fase de liquidación, se suspenden las facultades de administración y disposición del concursado, pues a partir de ese momento el único objetivo es la realización del patrimonio, que compete a la administración concursal. Esta circunstancia influye en el desarrollo de los procedimientos administrativos cerca del concursado a partir de este momento, a efectos de notificaciones, liquidaciones, etc., lo que exige que se complete su capacidad, siendo necesario que los titulares de crédito público conozcan las decisiones adoptadas por el Juez respecto al régimen de administración, pues no necesariamente han de ser los mismos que lo eran con anterioridad.

Otro efecto que acarrea la apertura de la fase de liquidación es el vencimiento de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones (art. 146 de la LC), a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior, en la que dicho vencimiento se producía con la declaración de concurso. Señala además la Instrucción 1/2017, que cuando se produce la apertura por incumplimiento del convenio, se despliegan todos los efectos del concurso, y todas las deudas devengadas desde el auto de declaración de concurso pasarán a tener la consideración de créditos contra la masa, siendo, por tanto, inaplazables.

En opinión de Aguilar Rubio (2009), se produce el vencimiento también de los que gozan de ejecución separada, porque los créditos privilegiados entran dentro de la expresión “créditos concursales”; sólo tienen derecho a ejecución separada si se aprueba un convenio que no les afecte, y en cuanto sean objeto de ejecución colectiva, su pago se hace con cargo a los bienes afectos.

Si se trata de créditos públicos, aplazados o fraccionados, la consecuencia inmediata de dicho hecho es que hace posible la ejecución de las garantías. De igual

modo, se reanudará a partir del momento de la apertura de la fase de liquidación, la ejecución sobre las garantías reales, que quedó suspendida en el momento de la declaración del concurso.

Cuando se abre la fase de liquidación, los administradores concursales deben elaborar un Plan de liquidación, al que pueden formular alegaciones tanto el deudor, como los acreedores y cualquier otro interesado, siendo el Juez del concurso el que tiene que resolver sobre las alegaciones formuladas, aunque la LC no dice nada al respecto. Sí es curioso resaltar la brevedad del plazo que la Ley concede para la formulación de las alegaciones, porque es sólo de quince días, brevedad agravada por el hecho de que no existe notificación individualizada del Plan a las partes interesadas.

Para el caso de no aprobarse un Plan de liquidación, el art. 149 contiene unas reglas supletorias, disponiendo en su apartado 1-1º que *“el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos.*

La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso”. Es interesante hacer constar que el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores prevé, para este caso, la posibilidad de que los salarios e indemnizaciones pendientes de pago sean asumidos por el Fondo de Garantía Salarial.

El principio básico que inspira toda la LC, de mantenimiento de la actividad empresarial, aparece también en el art. 42 de la LGT, que establece la responsabilidad solidaria, por las deudas tributarias, de quienes sucedan en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, con respecto a las obligaciones del anterior titular derivadas de dicho ejercicio, incluyendo las que tengan su origen en la falta de ingreso de retenciones o ingresos a cuenta. Pero siguiendo esa idea central de conservación de la actividad, en el mismo apartado añade que esa responsabilidad solidaria *“no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal”.* La Ley pretende con esta excepción aliviar la carga tributaria que pueda recaer sobre el sucesor como consecuencia de la sucesión, para facilitar el ejercicio de la actividad empresarial.

4.2.3.- Clases de créditos: su pago.-

El pago a acreedores está regulado en los arts. 154 a 162 de la LC, y vamos a exponer su realización atendiendo a la clasificación de los créditos, teniendo en cuenta que en la LC son los créditos contra la masa los que tienen prevalencia, junto con los que disponen de privilegio especial, que tienen preferencia sobre los de privilegio general, los ordinarios y subordinados.

Al pago de los créditos contra la masa se refiere el art. 154 de la LC, efectuándose con carácter previo a los créditos concursales, de manera que gozan del beneficio de la prededucibilidad.

Sin embargo, esta preferencia está limitada, porque el propio artículo prevé que *“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”*, de modo que, a pesar de la supuesta preferencia para el pago, su condición es peor que la de los créditos con privilegio especial, ya que los bienes afectos a los mismos no podrán utilizarse para satisfacerlos.

En cuanto a los créditos públicos contra la masa, deberán ser satisfechos a su

vencimiento, pero el art. 84-4, establece que no cabe iniciar ejecuciones administrativas en caso de impago, hasta que se apruebe el convenio, se abra la fase de liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya procedido a la apertura de la citada fase, añadiendo el precepto que *“esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento”*. Este artículo, introducido por la reforma efectuada por la Ley 38/2011, y recogido por el TS en Sentencia de 12 de diciembre de 2014, pone fin al privilegio que permitía cobrar a la Administración las deudas pendientes con preferencia al resto de los acreedores en la fase de liquidación, como señala Sáiz (2015), por entender que es contrario al espíritu general de la norma, que busca una solución unitaria bajo tutela judicial.

Como dice García – Villarrubia, nos encontramos ante una excepción a la obligación de pago al vencimiento de los créditos contra la masa, ya que obliga a esperar un año antes de poderlo hacer efectivo; si en el plazo de un año no se ha aprobado el convenio o no se ha abierto, en su caso, la fase de liquidación, cabe plantear la ejecución del crédito contra la masa.

Pero no es la única limitación al principio de autotutela administrativa, porque existe otra que radica en la competencia del Juez del concurso. Así el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en Sentencia de 6 de noviembre de 2007, ha fallado que *“una vez declarado el concurso, la Administración General del Estado... sólo puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar, pero quedando su cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso”*.

En esta línea se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil de Oviedo el 7 de febrero de 2011, diciendo que la AP *“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”*. Por tanto, la Administración queda sujeta a la competencia reconocida al Juez del concurso, y al respeto en la ejecución de las reglas generales sobre devengo y orden de pago de los créditos contra la masa, así como a la imposibilidad de realizar acciones de ejecución sobre los bienes precisos para el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional.

Cuando se trata de créditos con privilegio especial, el art. 155 de la LC dispone que el pago se hará con cargo a las garantías, salvo que los administradores judiciales opten por hacerlo con cargo a la masa, ya apuntada con anterioridad. Esta posibilidad constituye una interesante novedad de la ley, recogida en el art. 155-2, que establece que *“en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso..., la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía”*. Requiere que se efectúe el pago inmediato de los plazos de amortización e intereses vencidos, mientras que las sucesivas cantidades a pagar se efectúan con cargo a la masa.

Por tanto, los créditos con privilegio especial gozan de preferencia, satisfaciéndose con cargo a los bienes y derechos afectos, bien sea a través de ejecución singular o en el ámbito del concurso. Una vez satisfechos, el remanente existente se destinará a la satisfacción de los restantes créditos y, de igual manera, si el importe de las garantías no es suficiente para el pago íntegro de los créditos, la cantidad pendiente de pago se calificará de crédito ordinario. Finalmente, el art. 155-3 establece que si unos bienes están afectos a más de un crédito con privilegio especial, se atenderá al principio de prioridad temporal.

Los créditos con privilegio general se satisfarán después de los créditos contra la

masa y de los que gozan de privilegio especial, por el orden establecido en el art. 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 156), pero el Juez puede autorizar el pago antes de las impugnaciones promovidas, sin esperar a su conclusión, adoptando medidas cautelares.

El art. 157 regula el pago de los créditos ordinarios y establece que *“el pago de los créditos ordinarios se efectuará una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados”*, pudiendo el Juez autorizar su pago con antelación si entiende suficientemente garantizado el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados. Añade además el mismo artículo que *“los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos”*.

Finalmente, los créditos subordinados se pagarán en último lugar, tras los créditos ordinarios, por el orden establecido en el art. 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 158). La postergación de estos créditos puede llevar a efectos perversos, en opinión de Pulgar Ezquerro (2003), ya que los deudores pueden obtener a través de la vía del concurso, la “condonación” de los intereses, incluso moratorios, y sanciones, ya que estos créditos quedarán sin satisfacer.

Llegados a este punto, es interesante plantear, como hace Valero Lozano (2007), una cuestión polémica, derivada de la redacción de la LGT, que no es otra de si los créditos tributarios recuperan sus privilegios una vez abierta la fase de liquidación.

La cuestión surge porque en la tramitación de la LGT, en virtud de una enmienda, se modificó la redacción del art. 77 sustituyendo la palabra “concurso” del Proyecto, por “convenio concursal”, de modo que la redacción del art. 77-2 quedó disponiendo que *“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”*. Esta redacción plantea la duda de si cuando se abre la fase de liquidación, los créditos públicos recuperan los privilegios ya que la Ley hablaba de convenio concursal. Para tomar opinión sobre la cuestión planteada, hay que tener en cuenta que la LGT es de fecha posterior a la LC, con lo que cabe entender que se ha pretendido derogar a la LC en este punto de prelación de créditos, para el caso de que no se logre llegar a un convenio concursal, de manera que su inaplicación podría ir contra el Código Civil.

Según la redacción del art. 77, la Hacienda Pública goza de prelación para el cobro de sus créditos en el ámbito de los procedimientos recaudatorios, vencidos y no satisfechos, en concurrencia con otros acreedores, salvo que sean titulares de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real inscrito en el Registro, y en caso de convenio concursal, los créditos públicos quedan sometidos a la LC. De aquí se deduce, “a sensu contrario”, que en caso de abrirse la fase de liquidación, los créditos se clasifican conforme al apartado 1, con preferencia sobre los acreedores que no sean titulares de derechos de garantía.

Puesto que la LGT es del mismo rango que la LC y deroga a todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en ella, la prelación del art. 77 debe prevalecer sobre la que establezca la LC, y no cabe argumentar, de contrario, que es una ley especial, porque también frente a la graduación de créditos del art. 913 del Código de Comercio, primó la preferencia de la Ley 230/1963 de 28 de diciembre. No es defendible, por tanto, mantener que la LC es una ley especial para defender la aplicación del art. 89-2, que dice que *“no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocida en esta Ley”*; porque una ley no puede desplegar efectos prohibitivos sobre otra posterior de igual rango.

La LGT es una ley especial al referirse a los créditos tributarios, frente a la clasificación de créditos que pueda hacer la LC, porque ley especial es la que se desgaja del núcleo de la ordenación jurídica, para regular, determinadas personas, cosas o actos.

Para Valero Lozano (2007), es indiscutible que el legislador quería derogar la LC en este punto, porque el Proyecto de Ley decía que *“en el caso de concurso, los créditos tributarios, incluidos los derivados de la obligación de efectuar pagos a cuenta, quedarán sometidos a la LC”*. La enmienda 332, que fue aprobada, decía que *“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 casos ya no se trata de apoyar la continuidad futura de la entidad...”*.

Concluye el mencionado autor considerando que la clasificación de los créditos de la LC es la que procede aplicar si el concurso finaliza con una solución convencional, pero si se abre la fase de liquidación, el crédito tributario debe ser clasificado a efectos de su prelación conforme al art. 77 de la LGT como privilegiado, recuperando las preferencias cedidas durante la tramitación del concurso en aras del mantenimiento de la actividad empresarial, gozando de prelación frente a los acreedores que no sean titulares de derechos reales.

Esta interpretación chocaba, sin embargo, con la Disp. Adicional 8ª de la propia LGT, que disponía que lo establecido en la propia norma, se aplicará de acuerdo con las previsiones de la legislación concursal, precepto que la AP interpretó como una transitoria respecto a los procedimientos en curso a la fecha de entrada en vigor.

Aceptando la tesis de la Administración, cabe plantearse si la limitación de los privilegios derivaban de la simple existencia de convenio concursal o era necesaria la participación de la Hacienda en el convenio. En un caso, la limitación de los privilegios operaría si en el convenio se incluyesen los créditos tributarios, lo que chocaría con la LC, porque la reducción del 50% de los créditos con privilegio general actuaría solamente si Hacienda hubiese suscrito el convenio. Frente a esta opinión, las limitaciones de los privilegios de la LC se aplicarían siempre que el procedimiento terminase en convenio, aunque la AP no hubiese participado en el mismo, evitando que el alcance de la limitación quedase al arbitrio de ésta, y en caso de liquidación, no habría limitación de privilegios, teoría más razonable, en versión de Calvo Vérguez (2009).

A pesar de los contundentes argumentos de los autores citados, esta corriente doctrinal no fue seguida jurisprudencialmente, que consideró que debía prevalecer, en todo caso, la legislación concursal, con la única excepción del derecho de abstención del art. 164 de la LGT.

La jurisprudencia se pronunció en el sentido de que el primer apartado del art. 77 hace referencia a la prelación de créditos en los casos de ejecución singular, mientras que el segundo establece la prelación en los procesos de ejecución universales. Así, ya la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 4 de abril de 2008 decía que *“los privilegios concursales han de interpretarse restrictivamente... El principio de igualdad de tratamiento de los acreedores obliga a que las excepciones sean muy contadas... Es una opción del legislador (art. 89-2 “in fine”) que los privilegios y su alcance se sitúen en sede concursal, lo que resulta coherente con los propios principios (pero el art. 89-2)) es un mandato dirigido al intérprete a fin de que adecue el sentido de la eventual normativa extraconcursal relativa a privilegios crediticios concursales, a la letra y el espíritu de la Ley Concursal”*.

Esta línea fue confirmada por la jurisprudencia del TS, que en Sentencia de 21 de septiembre de 2009 dice que *“... Debe destacarse que en materia de clasificación de créditos a efectos de un concurso, la regulación de la Ley General Tributaria se halla subordinada a la normativa de la Ley Concursal, pues aun cuando la Ley 58/2003 de 17 de diciembre parece matizar el régimen anterior... sigue siendo prevalente el régimen de la Ley Concursal, porque la Disposición Adicional 8ª de la LGT de 2003*

establece que en materia de procedimientos concursales, “lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”, y el art. 89-2 in fine de la LC dispone que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley...”. Por tanto, la jurisprudencia pone fin al privilegio de la Administración de hacer efectivos sus créditos en fase de liquidación por delante del resto de los acreedores, por considerar que este derecho sería contrario al espíritu de la norma a aplicar en su interpretación conjunta, porque busca “una solución unitaria bajo tutela judicial”, lo que no resulta posible si la Administración puede actuar independientemente.

Esta línea jurisprudencial determinó la modificación de la LGT, de modo que el apartado 2 del art. 77 quedó redactado en estos términos: “En el proceso concursal, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, de manera que la cesión de los privilegios del crédito público durante toda la tramitación, no acaba con la fase de liquidación, especialmente cuando tal derecho rompe la liquidación ordenada y unitaria. Así, frente a la normativa anterior que no distinguía entre la circunstancia de que se tratase de un procedimiento de ejecución singular o universal, en la LGT queda claro que la prelación queda limitada al ámbito de la ejecución singular, mientras que en los casos de ejecución colectiva la norma aplicable va a ser la LC.

Independientemente de que concluya con convenio o con liquidación, el privilegio del crédito público se rige por la LC, que pretende que en la fase de liquidación haya una única ejecución universal de todo el patrimonio del deudor, con la única excepción de las ejecuciones administrativas de embargos anteriores a la declaración de concurso, que no se hayan visto paralizadas, no pudiéndose abrir ejecuciones separadas contra la masa en fase de liquidación.

Pone de manifiesto Olivencia Ruiz (2013) que, sin embargo, esta línea de no reconocimiento de privilegios más allá de los establecidos en la Ley Concursal y de unidad legal alrededor de ella, no ha sido respetada por el Real Decreto-Ley 6/2013 de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, que introduce un nuevo apartado en el art. 36.4 de la Ley 9/2012 de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, en cuanto dispone que los créditos cedidos a la SAREB no tendrán el carácter de subordinados en determinadas condiciones.

Añade que “no cabe duda de que se trata de una preferencia establecida fuera de la LC, pero por disposición que tiene rango de ley, como es el Real Decreto - Ley, y cuyo alcance se extiende expresamente a la preferencia en concurso. Es lex posterior, que no deroga con carácter general a la norma del art. 89.2 in fine, de LC, pero sí para el caso concreto contemplado en ella. Una norma “extravagante”, pero que no puede considerarse prohibida por la anterior”.

Para terminar, diremos con Pulgar Ezquerro (2003), que la conservación de la actividad es un fin prioritario porque evita la pérdida del valor empresarial, pero no puede perseguirse a toda costa ni ser dejada en manos del deudor, debiendo condicionarse a la recuperabilidad económica del concursado, evitando un mantenimiento artificial de empresas insolventes con elevados costes.

4.3.- CONCLUSIONES.-

La LC busca como uno de sus objetivos prioritarios la reducción de los privilegios que la Administración ostentaba, superando la rigidez anterior que podía conducir a la insatisfacción de los créditos de los restantes acreedores, y que, en muchos casos, tampoco suponía la mejor defensa del interés público. La LC supone un cambio en el “statu quo” existente, conjugando tres principios básicos que subyacen a lo largo de todo su articulado: el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional, el principio “*par conditio creditorum*” y la defensa del interés público con la subsistencia

de privilegios que, en menor número, contemplan la especificidad del crédito de la Administración y la defensa del interés público.

PRIMERA.- El concurso se califica de “procedimiento ejecutivo universal” y su declaración da lugar a la paralización de las acciones individuales de los acreedores. La Ley trata de resolver la concurrencia entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo, y declarado el concurso, no pueden iniciarse ejecuciones singulares, pero pueden continuarse los procedimientos administrativos iniciados con anterioridad a la misma, siempre que la diligencia de embargo sea de fecha anterior a la declaración, a diferencia de la normativa anterior que tomaba como referencia la providencia de apremio.

Pero hay dos límites: sólo pueden continuarse si los bienes no son necesarios para el mantenimiento de la actividad y por otra parte, el Juez del concurso está facultado para acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados, salvo que se trate de embargos administrativos. Se pone de manifiesto con esta excepción uno de los privilegios que sigue manteniendo la AP.

SEGUNDA.- La prohibición de compensación como uno de los efectos de la declaración, se excepciona en base a la normativa tributaria que posibilita la compensación de partidas acreedoras y deudoras, siempre que los créditos estén vencidos, líquidos y exigibles antes de la declaración de concurso. Por otra parte, la suspensión del derecho de retención no afecta a las retenciones de la normativa tributaria; por el contrario, la declaración de concurso interrumpe la prescripción, reiniciándose el cómputo del plazo cuando se apruebe el convenio concursal para las deudas tributarias no sometidas al mismo, o cuando sean exigibles para las sometidas, o sea firme la resolución judicial que de traslado de la no aprobación del convenio.

La LC excepciona la suspensión de intereses en relación con los créditos tributarios con garantía real, pero en cualquier caso, la suspensión afecta exclusivamente a la exigibilidad y no al devengo, de manera que si se llega a una solución convencional que no implique quita, puede pactarse el cobro de los que fueron suspendidos y también en caso de que tras la liquidación quede remanente. Además los intereses devengados antes del concurso, no sufren la suspensión, manteniéndose los procedimientos de ejecución como un componente más de la deuda.

TERCERA.- En la Fase común del concurso se determinan los créditos contra la masa y se procede a la comunicación de los créditos, obligatoria para la Administración a partir de la LC al haber desaparecido el derecho de separación que tenía anteriormente, porque el crédito público es indisponible. Pero mantiene importantes privilegios, y así cuando no se hubiera presentado alguna declaración o autoliquidación, deberá cumplimentarse por el concursado, y en caso de intervención, por la administración concursal, lo que les convierte en colaboradores obligados.

Además, cuando la Administración no pueda determinar la cuantía del crédito por falta de datos, como ocurre, por ejemplo, en caso de que se estén desarrollando actuaciones de comprobación o inspección, el crédito se califica de contingente hasta su cuantificación. También se establece la obligación de los administradores concursales de comunicar a la A.E.A.T. por medios telemáticos la declaración de concurso, aunque no conste que sea acreedora. Constituyen un conjunto de privilegios procesales orientados a evitar la subordinación del crédito por comunicación tardía.

CUARTA.- En el reconocimiento de créditos, la Ley obliga a incorporar a la masa los que resulten de los libros de contabilidad y documentación del deudor o por otra razón constaren en el concurso; igual ocurre con los que consten en la certificación administrativa, que se incorporan sin necesidad de cotejo como consecuencia del principio de ejecutividad y presunción de legalidad.

Por otra parte, los recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, se reconocerán como condicionales, con plenos derechos concursales, y caso de que se resuelvan

desfavorablemente los recursos, podrán anularse las actuaciones y decisiones en las que su voto hubiera sido decisivo. A diferencia de ellos, los sometidos a procedimientos de comprobación o inspección, los derivados de querrela o denuncia y los originados por derivaciones de responsabilidad, se califican inicialmente como contingentes, ya que la ausencia de liquidación impide calificarlos de condicionales.

QUINTA.- La clasificación de los créditos constituye una novedad de la Ley y es relevante para la reducción de los privilegios del crédito público, ya que con anterioridad estaba íntegramente privilegiado, mientras que a partir de la LC se van a clasificar en privilegiados, ordinarios y subordinados, e incluso un mismo crédito puede tener cuantías que respondan a cada uno de estos tipos.

Distingue la Ley, los créditos extraconcursales o contra la masa, que no se recogían en la normativa anterior, siendo los generados con posterioridad a la declaración del concurso para el mantenimiento de la actividad empresarial, que deben atenderse conforme se vayan devengando.

El criterio jurisprudencial determina que para la calificación de un crédito como concursal o extraconcursal en impuestos con periodo liquidatorio, hay que estar a la fecha de devengo y no a la exigibilidad, como entendía la Administración, lo que ha llevado a la modificación del Reglamento del I.V.A. para obligar a la presentación de dos declaraciones por el periodo en el que se haya producido la declaración, una por los hechos anteriores a la misma y otra por los posteriores. En la misma línea, en caso de factura rectificativa de I.V.A., se aplica el criterio de devengo, siendo la fecha a considerar la de la factura originaria, de la que la rectificativa es una mera novación, doctrina también contraria a la tesis que mantenía la Administración.

SEXTA.- Los créditos con privilegio especial disfrutaban de derecho real sobre determinados bienes, mereciendo consideración especial la hipoteca legal que otorga preferencia sobre cualquier acreedor en cuanto a determinados tributos cuyos requisitos sólo cumplen el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, el Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades No Residentes y el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, constituyendo una excepción al principio de preferencia según la fecha de inscripción, pero su alcance está limitado a la cuantía de las dos últimas anualidades.

Entre los créditos con privilegio general están las retenciones tributarias y de Seguridad Social, que en la anterior normativa gozaban del derecho de separación, al ser considerados como depósitos; en la actualidad solamente disfrutaban de privilegio general del cien por cien, al igual que los créditos por responsabilidad civil extracontractual derivada del delito fiscal o contra la Seguridad Social. También son privilegiados hasta el cincuenta por ciento de su importe, los créditos del acreedor que insta el concurso, pero es dudoso que a la AP le pueda interesar al gozar de la autotutela ejecutiva,

Mientras, en los restantes créditos tributarios y de derecho público el privilegio sólo es del cincuenta por ciento. Para determinar esta cuantía el Tribunal Supremo ha establecido que debe hacerse sin tomar en cuenta los créditos que gozan de privilegio especial, privilegio general por retenciones o de la Seguridad Social ni los subordinados, y calculado de este modo, el exceso sobre el cincuenta por ciento, que no goza del privilegio general, tiene la consideración de ordinario, en contra de la tesis administrativa que hacía una interpretación extensiva.

Créditos ordinarios son todos los de naturaleza privada de titularidad de entes públicos, así como los de naturaleza pública (tributarios o no), en la parte no cubierta por privilegio especial o general, mientras que los créditos subordinados, que no existían en la normativa anterior, quedan colocados en la peor situación del concurso, ya que cobran después de todos los acreedores y carecen de derecho de voto en la Junta de acreedores. Incluyen los créditos que han sido comunicados tardíamente, los créditos por intereses y recargos, tras descartarse jurisprudencialmente que se tratase de un crédito con privilegio general como componente de la deuda tributaria, y las

multas y sanciones pecuniarias. La titularidad de estos créditos obliga a la Administración a personarse en el concurso, a diferencia de lo que ocurría en la normativa anterior, al haberse suprimido el derecho de abstención en relación a ellos.

SÉPTIMA.- La Ley distingue entre una tramitación anticipada a propuesta del deudor, con adhesiones de al menos el veinte por ciento del pasivo, y una ordinaria, que supone la convocatoria de la Junta de acreedores, en la que esté personado al menos la mitad del pasivo ordinario, y en la que carecen de derecho de voto los créditos contra la masa, los subordinados y los titulares de créditos especialmente relacionados con el concursado, que hubiesen adquirido su derecho de voto por actos inter vivos después de la declaración de concurso, mientras que los acreedores privilegiados tienen derecho de abstención, pero también pueden adherirse al convenio.

La aprobación del convenio requiere distintas mayorías en función de la cuantía de la quita o plazo de la espera. Si no se alcanzan las mayorías previstas, el convenio queda rechazado, y en caso de que se alcance, se someterá a la aprobación del Juez, La esencia del convenio es el establecimiento de quitas o esperas, pero puede incluir proposiciones alternativas, como la enajenación de los bienes y derechos, siempre que el adquirente asuma la continuación de la actividad empresarial. Pero también existen limitaciones. como que la propuesta no pueda consistir en la liquidación global del patrimonio o en la cesión en pago de bienes y derechos a los acreedores públicos, salvo que se limite a los que no sean necesarios para la continuidad de la actividad.

La aprobación supone el cese de los administradores concursales y de la generación de créditos contra la masa, extinguiéndose los créditos hasta donde alcance la quita y aplazándose en su exigibilidad durante el plazo de la espera. Sólo los créditos públicos de carácter privilegiado gozan del derecho de abstención, dado que la nueva normativa lo suprime para los ordinarios y subordinados, quedando los privilegiados vinculados si votan a favor o se adhieren o también cuando concurren mayorías de acreedores de su misma clase del 60% o del 75%, según el alcance de las quitas y esperas del convenio.

OCTAVA.- Pero la Administración no suele adherirse al convenio general, haciendo uso del derecho de abstención, optando por suscribir acuerdos singulares, lo que es posible siempre que éstos no tengan condiciones de pago más favorables para el deudor que el convenio general, y que el procedimiento se halle en curso; también es necesario que se hayan satisfecho todos los créditos contra la masa. Podrán contener esperas, pero con carácter general, no establecerán quitas, y en ningún caso si los conceptos impositivos determinantes del crédito son retenciones, ingresos a cuenta o deudas aduaneras.

Una de las rémoras que tiene la Administración Pública para aceptar quitas o esperas está en el temor de incurrir en la calificación de “ayudas de Estado”, concepto que incluye las prestaciones positivas, como las subvenciones, pero también las intervenciones que de cualquier modo aligeren las cargas del presupuesto de las empresas, lo que incorpora al concepto las bonificaciones y exenciones fiscales, e incluso moratorias, aplazamientos y fraccionamientos. Para la calificación hay que ver si se cumple o no el “principio del inversor privado en una economía de mercado”, lo que excluye a los créditos ordinarios y subordinados en cuanto son objeto del convenio general, pero si se trata de créditos privilegiados habrá que comparar lo alcanzado a través del acuerdo, con lo que se hubiera obtenido mediante la ejecución separada.

Otros criterios a tener en cuenta es la norma de “mínimis”, ya que si la cuantía es menor de 200.000 € se considera que la ayuda carece de efectos significativos; tampoco incurriría en la calificación la renuncia por la A.E.A.T. a sanciones, recargos y a la diferencia entre el interés de demora y el interés legal. Sí se ha calificado de “ayuda de Estado” permitir la continuidad de una empresa después de haber quebrado, sin que se haya aprobado convenio ni abierto la fase de liquidación

operando sin pagar impuestos ni cotizaciones sociales y sin que por parte de la Administración se haya instado el concurso.

NOVENA.- La apertura de la fase de liquidación se puede producir de forma voluntaria a solicitud del deudor, de oficio por el Juez cuando no se ha presentado propuesta, no ha sido aceptada en la Junta de acreedores o ha sido rechazado por el Juez o declarado el incumplimiento, o puede producirse la apertura a instancia de los acreedores. La apertura determina la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, y el vencimiento de los créditos aplazados, lo que posibilita la ejecución de las garantías, procediéndose al pago de los créditos según su clase.

Los créditos contra la masa se satisfacen con carácter previo a los créditos concursales, de manera que gozan del beneficio de la prededucibilidad, con la limitación de que dicho pago sólo puede hacerse con los bienes no afectos a privilegio especial. Los créditos con privilegio especial se pagarán con cargo a las garantías, salvo que los administradores judiciales opten por hacerlo con cargo a la masa, sin enajenación de los bienes afectos, tras satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos. Posteriormente se satisfacen los créditos con privilegio general, para continuar con los ordinarios y finalizar con los subordinados.

En conclusión, la LC reduce de modo importante los privilegios sustantivos de los que gozaba la AP en la anterior normativa, tanto en número de créditos privilegiados como en cuantía, pero sin embargo, es evidente que junto a los que subsisten, sigue disfrutando de múltiples privilegios de carácter procesal, que se podría decir que hacen muy difícil la calificación de un crédito como subordinado y la postergación inherente a dicho carácter, salvo actuación negligente de los órganos de la Dependencia de Recaudación de la A.E.A.T.

BIBLIOGRAFÍA.-

- Aguilar Rubio, Marina (2009) *“Crédito tributario y concurso de acreedores”*. La Ley - Wolters Kluwer. (Madrid).
- Alarcón E. (2017) *“Acuerdos de pago a Hacienda en el concurso”* http://cincodias.com/cincodias/2014/12/10/economia/1418235210_114539.html (Consultado 05/02/17).
- Alonso Ledesma, C. (2003) *“Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”* en *Derecho concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 para la reforma concursal* (357 – 408) Editorial Dilex S.L. (Madrid).
- Argente Álvarez, J; Bertrán Girón F y Mellado Benavente F.M. (2012) *“Fiscalidad y Recaudación en el Concurso de Acreedores”*. Editorial CISSPraxis S.A. (Extinguída). (Madrid).
- Calvo Vergez, Juan (2014) *“El crédito tributario en el concurso de acreedores”*. Lex Nova Thomson Reuters. (Valladolid).
- Estrada, A (2014) *“La quita media de Hacienda a las empresas en concurso es de 1.900 euros”* ABC.es www.abc.es/economia/.../rc-quita-media-hacienda-empresas-201407161853.html (Consultado 02/02/2017).
- García Martín R. (2014) *“Las quitas de Hacienda en concurso de acreedores”* www.ineaf.es/tribuna/las-quitadas-de-hacienda-en-concurso-de-acreedores/ (Consultado 08/02/2017).
- García-Villarrubia M. (2012) *“Los privilegios de la Administración Pública en el concurso”* *Actualidad jurídica Uría y Menéndez* www.elderecho.com/.../privilegios-Administracion-Publica-Concurso_12_486810001... (Consultado 03/02/2017).
- Gurrea Martínez, Aurelio (2011) *“Las quitas y esperas concursales, otorgadas por acreedores públicos desde la óptica del derecho de la competencia”* <https://dictumabogados.com/>. (Consultado 02/02/2017).
- Herrero Cano, Manuel Leonardo (2014) *“El crédito público tributario en el concurso de acreedores: especialidades frente al crédito privado”*. Tirant lo Blanch. (Valencia).
- Luque Cortella, A. (2008) *“La Hacienda Pública y el crédito tributario en los Procesos Concursales”*. Editorial Marcial Pons (Madrid).
- Mendíbil Crespo, J.M. (2008) *“La práctica administrativa ante los procesos concursales en la Unión Europea”*. Instituto de Estudios Fiscales.- www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos.../07.../08.pdf (Consultado 02/02/2017).
- Olivencia Ruiz, Manuel (2013) *Estudios de Derecho Mercantil “Unidad legal, privilegios y preferencias concursales”* Cuatrecasas www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/.../1385382448es.pdf (Consultado 02/02/2017).
- Pulgar Ezquerro, Juana (2003) *“Las soluciones del concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”* en *Derecho Concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 para la reforma concursal* (435-486) Editorial Dilex S.L. (Madrid).
- Sáiz S. (2015) *“Hacienda pierde su privilegio de cobro en los concursos”* *Expansión* www.expansion.com › Jurídico (Consultado 02/02/2017).
- Segovia E. (2014) *“Hacienda acepta por primera vez una quita en el concurso de una gran inmobiliaria”* www.elconfidencial.com/.../hacienda-acepta-una-quita-por-primera-vez-en-el-concurs (Consultado 07/02/2017).

Tejerizo López, J.M. (2005) *“El privilegio general del crédito tributario en caso de concurso de acreedores”*. *Anuario de Derecho Concursal* (465 – 477) Thomson Reuters (Madrid).

Valero Lozano, Nicolás (2007) *“El régimen jurídico del crédito público en la Ley Concursal”*. La Ley –Actualidad Wolters Kluwer. (Madrid).

Varona Alabern, J.E. (2001) *“El crédito tributario en la quiebra”* Editorial Lex Nova. Thomson Reuters (Valladolid).

Zabala Rodríguez-Fornos, Arturo (1992) *“La intervención de la Hacienda Pública en los procesos concursales”* *Revista Fiscal. Revista Tributaria y Financiera* Nº 20 (31-52). Wolters Kluwer. (Madrid).

Ley 230/1963 de 28 de diciembre, General Tributaria (B.O.E. 28-12-1963).

Ley 25/1995 de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria (B.O.E. 22-07-1995).

Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (B.O.E. 10-07-2003).

Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria (B.O.E. 27-11-2003).

Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria (B.O.E. 18-12-2003).

Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (B.O.E. 11-10-2011).

Ley 7/2012 de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude fiscal (B.O.E. 30-10-2012).

Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial (B.O.E. 08-03-2014).

Real Decreto Legislativo 1091/1988 de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (B.O.E. 29-09-1988).

Real Decreto 1684/1990 de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (B.O.E. 03-01-1991).

Real Decreto 6/2013 de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, (B.O.E. 23-03-2013).

Real Decreto 828/2013 de 25 de octubre, que modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (B.O.E. 25-10-2013).

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

Instrucción 1/2017 de 18 de enero del Departamento de Recaudación, sobre aplazamientos y fraccionamientos de pago.