

■ Juzgado Mercantil n.º 2 (Bilbao)

■ Sentencia de 11 de Octubre de 2006.

■ Ponente: Etxarandio Herrera, Edorta Josu.

Ley concursal. Prelación de créditos frente a la Seguridad Social.

La Tesorería General de la Seguridad Social recurrió el informe del administrador concursal en cuanto calificaba los distintos créditos del concurso, lo que da lugar a un examen minucioso por parte de la sentencia, de las diferentes posiciones defendidas en relación a los arts. 91 y 92 de la Ley 22/2003 de 9 de Julio.

Fundamentos de Derecho

Tercero.- En punto al segundo capítulo de «litis» en la demanda de la TGSS, el régimen de cálculo del privilegio general, polémico, ha de arraigar en la misma tendencia exegética ad restringenda.

El privilegio de art. 91.4.º LECO se entiende variable y complementario, a juicio del disponente, desde los términos literales de la norma:

1.º) Hay divorcio entre la base de cálculo (todos los créditos de Derecho Público), y la base de clasificación (unos privilegiados especialmente, otros en general, algunos ordinarios, y otros subordinados).

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

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

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

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

Es la línea de cálculo que propugna la administración concursal.

b) Aplicar el 50% a todo el crédito iuspúblico, con independencia de su privilegio o antiprivilegio (subordinación), la catalogación de privilegio general de art. 91.4.º LECO, para luego descontar de los privilegiados aquellos que cuenten con mejor privilegio, especial, o de art. 91.2.º LECO. Está magníficamente explicado en sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid.

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

Desde luego, el privilegio general de art. 91.4.º LECO aparece expresamente residual de otro mejor privilegio, pero no hay fórmula de conciliar la exégesis contraria a una amplitud de las ventajas del Fisco en la comunidad de pérdidas del concurso, que no incluir los créditos subordinados en la base de cálculo, puesto que incluirlos conduciría irremediablemente a privilegiar el crédito, o por mejor decir, facultaría el ejercicio del privilegio en mayor medida, lo que contraría la filosofía de la subordinación, y el carácter de hipocrédito del subordinado.

En ello hay acuerdo bastante general entre los Juzgados de lo Mercantil, y por ello, la línea b) tiene a declinar, por mucho que sus apoyos textuales y metodológicos no tengan reproche.

Ahora bien, de la línea a) se sigue sin comprender la razón legal para excluir de la base de cálculo a los créditos privilegiados con mejor preferencia que la de art. 91.4.º LECO, porque no está en la norma. Todo el crédito iuspúblico está privilegiado por dicho precepto, pero sólo se puede ejercer hasta el límite del 50%, descontado aquello que goce de mejor preferencia con base en otro precepto.

Poniéndolo en números de acuerdo con lo probado, la idea es que todos los créditos iuspúblicos están privilegiados, es decir, el crédito total de 964.842,13 euros, aunque sistemáticamente deben soslayarse los créditos subordinados, 214.882,58 euros certificados como recargos e intereses, que nunca pueden venir privilegiados por su naturaleza, y no deben contribuir a privilegiar otro tipo de créditos, prededuciéndose de la base de cálculo, que queda en 749.959,55 euros, pero sólo cabe ejercer el privilegio general residual de art. 91.4.º LECO hasta el cincuenta por ciento del conjunto, excluyendo de éste el crédito ya más privilegiado, por cuotas obreras retenidas de art. 91.1.º LECO, ascendente a 57.863,84 euros, y así, el privilegio general alcanzaría a 317.115,93 euros (la mitad menos lo mejor privilegiado), y el resto sería ordinario (432.843,62 euros). De ahí, que determinado quantum hipotéticamente privilegiable (en nuestro caso, 30.431,93 euros), no puede ejercer privilegio, ni siquiera el general residual, y quedaría como ordinario.

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

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

...

Fallo

Con estimación parcial de las pretensiones de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y desestimación íntegra de las ... debo declarar como declaro como texto definitivo de la lista de acreedores:

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

- Crédito total: 964.842,13 euros.
- Con privilegio general de art. 91.2.º LECO: 57.863,84 euros.
- Con privilegio general de art. 91.4.º LECO: 347.548,85 euros.
- Ordinario: 347.548,85 euros.
- Subordinado de art. 92.3.º LECO: 10.394,64 euros.
- Subordinado de art. 92.4.º LECO: 204.487,94 euros. ■