



ESTUDIOS

■ **Estudio del privilegio general de la Hacienda Pública tras las reformas de la Ley Concursal y de la Ley General Tributaria**

■ Javier Ruiz Bursón

Profesor de Derecho Concursal- U.P.O.

■ **SUMARIO:**

1. Introducción
2. Situación anterior a las reformas de la ley concursal y la ley tributaria
3. Regulación en la nueva ley tributaria
4. Regulación en la nueva ley concursal
5. Conclusiones
6. Bibliografía

I. Introducción

El privilegio general de la Hacienda Pública, recogido en el artículo 71 de la Ley General Tributaria y en el 77 del nuevo texto legal que viene a sustituir al anterior, constituye una de las piezas fundamentales del sistema de garantías del que goza nuestra Administración a la hora de conseguir el cobro del crédito tributario no satisfecho por los contribuyentes. No es de extrañar, por tanto, su incardinación como precepto que abre la Sección Quinta de ambas leyes fiscales, bajo el significativo epígrafe "Las garantías".

Este instrumento reviste además singular importancia por la frecuencia con la que es empleado por los órganos tributarios en el ejercicio de sus funciones, encontrándonos ante una herramienta jurídica que, lejos de considerarse como una mera construcción teórica, es utilizada en la práctica cotidiana, confluyendo en ella la necesidad de dar una respuesta concreta a los complejos conflictos de intereses que puedan surgir.

El privilegio general adquiere su verdadero sentido en el marco de una situación de incumplimiento por el contribuyente del pago de las obligaciones tributarias que pesan sobre él, siendo además necesario que el patrimonio del deudor sea insuficiente para satisfacer las deudas de distinta índole que gravan su patrimonio y que, junto a la Hacienda Pública, concurra una pluralidad de acreedores deseosos de conseguir el pago de sus créditos¹.

De lo anterior se deduce que donde realmente resulta aplicable la normativa recogida en los mencionados artículos 71 y 77 es precisamente en el supuesto de que existan varios acreedores insatisfechos -dentro de los cuales está la Hacienda Pública-, frente a un mismo acreedor, o sea, dentro de los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos, que actualmente han sido sustituidos por un proceso concursal único.

El objetivo que se pretende con el presente trabajo es reseñar, siquiera de un modo sucinto, el régimen jurídico que regulaba el privilegio general de acuerdo con la normativa, ya derogada, recogida en la Ley General Tributaria de 1963 y en el Código de Comercio de 1885, y contraponerlo con la reforma que se lleva a cabo con la aprobación de la nueva Ley 58/2003 de 17 de Diciembre, General Tributaria y la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal².

La estructura que hemos considerado más adecuada es exponer, en primer lugar, la situación normativa y doctrinal previa a las últimas reformas, especialmente desde la reforma de 20 de Julio de 1995, en la cual se modificó la redacción del artículo 134, quedando así resueltas importantes dudas acerca de la interpretación del 71 LGT³. A continuación desarrollaremos el nuevo régimen legal, aún pendiente de entrar en vigor, y terminaremos señalando las conclusiones a las que hemos llegado.

¹ Martí Queralt, J. y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pp. 432-433: "El derecho de prelación general sólo resulta operativo cuando existe una concurrencia de acreedores (...) Por ello, este privilegio de la Hacienda tiene su máxima aplicación en los procedimientos concursales, es decir, en los supuestos de quiebra o suspensión de pagos".

² La nueva Ley General Tributaria entró en vigor el 1 de Julio de 2004, y la Ley Concursal el 1 de Septiembre de 2004.

³ Una acertada exposición de los problemas surgidos con la antigua redacción del art. 132 LGT la observamos en Varona Alabern, J. E., *El crédito tributario en la quiebra*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 139-141.

El análisis detenido de esta nueva “marea” de reformas legislativas servirá para valorar si realmente se producen las mismas en un contexto de interconexión de unas leyes con otras, o si se hace actuando a modo de “compartimentos-estancos” sin coordinación entre ellas, así como para determinar si realmente se produce un cambio significativo en el papel que va a desempeñar la Hacienda en el nuevo procedimiento concursal donde, no lo olvidemos, es frecuentísimo que ésta actúe como acreedor importante y decisivo a la hora de afrontar situaciones de insolvencia en concurrencia con otros interesados.

2. Situación anterior a las reformas de la Ley Concursal y la Ley Tributaria

El artículo 71 de la vigente Ley General Tributaria establece lo siguiente:

“La Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con los acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta ley”.

El fundamento del privilegio recogido en este precepto se puede analizar desde dos puntos de vista:

- Fundamento mediato: Del mismo modo que otros privilegios o prerrogativas que disfruta la Hacienda Pública, se basa en la protección del interés general de la comunidad, que debe prevalecer sobre el particular de los ciudadanos⁴.
- Fundamento inmediato: La obtención de los recursos económicos necesarios para al pago de los gastos generados por las Administraciones Públicas, disponiendo así de los medios necesarios para una adecuada gestión que les permita la consecución de sus fines, con especial atención al conjunto de prestaciones y servicios que un Estado Social de Derecho debe garantizar a la comunidad⁵. A ello se pueden añadir otras razones, como el hecho de que la Hacienda Pública no puede exigir más garantías de futuro ingreso de las deudas tributarias que las recogidas por la ley o que la misma carece de capacidad para elegir a sus “clientes”⁶.

⁴ Veiga Copo, A. B., “Los créditos privilegiados en la nueva Ley Concursal”, *RDBB*, Enero-Marzo 2004, Ed. Lex Nova, Madrid, 2004, p. 132. Del mismo modo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 1 de Febrero de 2001 (EDJ 2001/4934) se contiene la siguiente afirmación: “... se establece así una preferencia concedida a favor de la Hacienda Pública para los créditos tributarios, en base al artículo 71 de la Ley General Tributaria, para hacer prevalecer en definitiva el interés común y general sobre el particular de determinados acreedores particulares”.

⁵ Muñoz Merino, A., *Privilegios del crédito tributario. El derecho de prelación general*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 24, y Linares Gil, M., “Créditos tributarios en la Ley Concursal, Ley General Tributaria y Ley General Presupuestaria: ¿Una contrarreforma?”, *RDCP*, Ed. La Ley, Madrid, 2004, p. 252, reconociendo este último autor que en la actualidad ha perdido importancia el argumento de la pretendida “debilidad” de la Administración Pública a la hora de recaudar los tributos.

⁶ García Novoa, C., “Elementos de cuantificación de la obligación tributaria”, en AA.VV. (Calvo Ortega, R., Dir.), *La Nueva Ley General Tributaria*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 331.

Incluso el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta trascendental cuestión en su Sentencia 76/1990, de 26 de Abril (EDJ 1990/4435):

“El legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración debe estar en condiciones de hacer efectivo el cobro de los créditos tributarios”.

Precisamente ha sido el fundamento que tradicionalmente se ha atribuido a esta institución uno de los principales argumentos que ha empleado la doctrina para criticar la subsistencia de la institución, considerándola como un instrumento de la Administración que puede producir efectos distorsionadores sobre la realidad económica, sobre todo en situaciones de crisis empresariales. No obstante, volveremos más adelante sobre esta importante cuestión⁷.

La interpretación del derogado artículo 71 de la LGT generó bastantes dudas en la doctrina, debido en parte a lo excesivamente escueto de su redacción y en parte al carácter terminante de sus aseveraciones. Pasamos a analizar algunas de ellas.

Una cuestión que ha dividido poderosamente a nuestros autores es la de la titularidad de este privilegio general, puesto que se admite la posibilidad de interpretarlo de una manera estricta, de modo que la única titular sería la Hacienda estatal, o de forma amplia, admitiendo la posibilidad de que también disfrutaran del mismo las Administraciones autonómicas y locales.

Dentro de la primera de las posturas hemos de incardinar la opinión de Martí Queralt⁸, Martínez Lago y García de la Mora⁹, partiendo de las siguientes razones:

- Cuando la Ley General Tributaria quiere conceder algún privilegio u otro instrumento específico a las Haciendas autonómicas o locales lo hace de una forma expresa, como sucede en el artículo 73; sin embargo, en el artículo 71 LGT sólo se hace referencia a la Hacienda Pública, lo que debe entenderse como sinónimo de estatal, teniendo en cuenta que la norma se redactó en 1963.

⁷ A título de curiosidad, hemos de añadir que la existencia privilegios tributarios no constituye una innovación introducida por las necesidades del Estado moderno, sino que tienen un origen bastante antiguo, como señalan Murga Gener, J. L., *Derecho romano clásico: El proceso*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1983, p. 340, nota 476, y Del Pino-Toscano, F., *Recursos procesales contra el fraud creditorum en el Derecho romano clásico*, Ed. Innovación Editorial Lagares, Sevilla, 2002, p. 133. Ambos autores hacen referencia a la existencia en Derecho romano, durante la época de la de los emperadores Severos –principios del siglo III d. de C.–, de una serie de constituciones imperiales datadas en los años 213 y 214 d. de C., en las cuales se dispone que los créditos derivados de la obligación de pagar impuestos gozan de privilegio respecto a los demás ordinarios, tomando el carácter de hipoteca legal y quedando subordinados únicamente respecto a los créditos pignoraticios. Este dato histórico nos revela que el privilegio que estudiamos es consustancial a la existencia de un poder público fuerte y sólido que debe atender a sus propias necesidades.

⁸ Martí Queralt, J. y otros, *Curso ...*, p. 433.

⁹ Martínez Lago, M. A. Y García de la Mora, L., *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*, vol. I, Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2002, pp. 205-206.

- Que, si el legislador hubiera querido extender el privilegio a otras Administraciones, podría haber aprovechado cualquiera de las numerosas reformas legislativas que ha sufrido la Ley General Tributaria.
- En supuestos de concurrencia se concede preferencia a la Hacienda estatal (art. 62.3 LGT), sobre la autonómica o la local.

La segunda opinión es la que mantienen Muñoz Merino¹⁰, Gómez Cabrera¹¹, Veiga Copo¹² y Varona Alabern¹³ entre otros, basándose en estos argumentos:

- El término “Hacienda Pública”, recogido en el artículo 71 LGT es muy impreciso, ya que lo mismo puede incluir de forma exclusiva a la estatal, que comprender además a las autonómicas y locales.
- El mencionado precepto se redactó en el año 1963, resultando que en dicho momento histórico no existían las Comunidades Autónomas y el poder tributario municipal era mínimo, en comparación con el desarrollo que ha experimentado en la actualidad.
- De conformidad con lo prescrito en los artículos 142 y 156 de la Constitución, se ha reconocido la autonomía fiscal de las Administraciones locales y autonómicas. En consonancia con ello, el artículo 2 de la LOFCA declara que las Comunidades Autónomas gozarán del mismo tratamiento fiscal que el Estado, el artículo 49.2 de la Ley 21/2001, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, otorga a éstas las mismas potestades de las goza el Estado en materia de gestión recaudatoria respecto a los tributos cedidos, y el artículo 21 de la LRHL atribuye a las Haciendas de las entidades locales las mismas prerrogativas que tiene el Estado en materia de cobro de tributos¹⁴.
- De seguir la tesis contraria tendría lugar una grave contradicción, ya que la aplicación en cada Comunidad del privilegio general dependería de si la gestión del tributo está atribuida o no a la misma, lo cual generaría importantes desigualdades.

Por supuesto, también gozan del privilegio general del artículo 71 de la LGT las Comunidades europeas (Ley 33/1988 de 11 de Noviembre) y los organismos estatales autónomos (art. 33.2 LGP)¹⁵.

¹⁰ Muñoz Merino, A., *Privilegios...*, pp. 76-88.

¹¹ Gómez Cabrera, C., *La concurrencia del crédito tributario: Aspectos sustantivos y procedimentales*, Ed. Aranzadi. Pamplona, 2000, pp 38-42.

¹² Veiga Copo, A. B., *Los privilegios concursales*, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 115.

¹³ Varona Alabern, J. E., *El crédito...*, pp. 133-134 y 150.

¹⁴ En el mismo sentido de incluir a la Haciendas autonómicas y locales dentro del ámbito de aplicación del artículo 71 LGT, sobre la base a las normas legales arriba mencionadas, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Julio de 1998 (EDJ 1998/14223).

¹⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1990 (EDJ 1990/2341) considera incluidos dentro del privilegio general el importe de las tasas devengadas por los organismos autónomos.

Otra cuestión fuertemente debatida es la de la extensión y naturaleza del crédito protegido. La norma establece que es necesario que sea líquido, lo que no implica que la liquidación se haya realizado por la administración, sino que es suficiente con que se haya presentado la correspondiente declaración-liquidación por el contribuyente, aunque la misma no sea firme, además es necesario que haya transcurrido el periodo de ingreso voluntario y que conste de forma expresa la falta de pago del tributo¹⁶.

También se suscitó la cuestión de si dentro del concepto de créditos tributarios sería necesario incluir los recargos, intereses y sanciones, o debería limitarse al crédito inicial de forma estricta.

Martí Queralt¹⁷ considera que dentro del concepto de deuda tributaria sólo debe entenderse comprendida la cuota estricta y los recargos que sean de su misma naturaleza.

La misma opinión mantiene Gómez Cabrera¹⁸ y Veiga Copo¹⁹ basándose en la idea de que el privilegio, de acuerdo con su fundamento, sólo debe extenderse a aquellas cantidades que tienen como fin proporcionar recursos financieros a la Administración, no a aquellas otras que no tienen carácter financiero sino exclusivamente represor y ejemplarizante, como es el caso de las sanciones, cuyo fin es ajeno al estrictamente recaudatorio.

Además, la inclusión de las sanciones en el ámbito del privilegio redundaría en claro perjuicio del resto de acreedores, los cuales no son culpables de la conducta del deudor insolvente.

Especial atención se ha mostrado por la doctrina a la referencia a la excepción a la regla general recogida en el art. 71 LGT, de forma que sólo prevalece frente a la preferencia general reconocida a los créditos tributarios los titulares de dominio, prenda, hipoteca u otros derechos reales previamente inscritos.

Un sector de la doctrina ha criticado con razón la expresión “acreedores de dominio”, puesto que realmente no se trata de tales acreedores, sino de propietarios frente a los cuales se pretende hacer valer los créditos tributarios impagados²⁰. También ha sido objeto de discusión lo que se entienda por “acreedores de dominio”, ya que Serrera Contreras²¹ lo considera un término sinónimo al de terceros adquirentes, mientras que Muñoz Merino²² lo interpreta como la cualidad que se atribuye a los propietarios no poseedores de bienes que se encuentran en poder del suspenso o quebrado.

¹⁶ Martí Queralt, J. y otros, *Curso...*, p. 433, y Varona Alabern, J. E., *El Crédito...*, pp. 133-134.

¹⁷ Martí Queralt, J. y otros, *op. cit.*, p. 434.

¹⁸ Gómez Cabrera, C., *La concurrencia...*, p. 43.

¹⁹ Veiga Copo, A. B., *Los privilegios...*, p. 118.

²⁰ Varona Alabert, J. E., *El crédito...*, p. 136.

²¹ Serrera Contreras, P. L., “La prelación general de los créditos tributarios” en AA.VV., *Estudios de Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, p. 932.

²² Muñoz Merino, A., *Privilegios...*, pp. 104-107.

El fundamento de la excepción se pretende encontrar en una especial protección a la publicidad registral, de manera que el titular inscrito pueda confiar en la situación tabular, la cual no reflejaba la existencia de deudas tributarias en el momento en que inscribió su derecho el propietario. En este caso, ante la posible colisión del principio de seguridad en el tráfico inmobiliario, representado por el Registro de la Propiedad, y la protección a la actividad recaudadora de la Hacienda, se opta por el primero. Ello plantea la cuestión de la aplicación del derecho de prelación a los bienes muebles, en los que no existe registro público o sus efectos se limitan a actos muy concretos, sosteniendo Martí Queralt que en este caso no tiene sentido la aplicación literal de la norma²³.

Pero es que incluso respecto a los bienes inmuebles, para cuyo tráfico se articuló un Registro de la Propiedad público, específico y completo, es necesario hacer una distinción entre el régimen de las inscripciones constitutivas y las declarativas.

Si las inscripciones que se practican en el Registro son constitutivas, como es el supuesto de la hipoteca inmobiliaria, está claro que sería aplicable el régimen del artículo 71 LGT, prevaleciendo el asiento más antiguo. Sin embargo, en el supuesto de que aquéllas tuvieran un valor declarativo, lo que por otro lado es lo más frecuente en nuestro sistema registral, lo que debe prevalecer no es el dato de la prioridad tabular sino el del momento del nacimiento del derecho, el cual no tiene por qué coincidir forzosamente con la fecha del asiento²⁴.

Tras este sucinto examen del privilegio general recogido en el artículo 71 LGT pasamos a examinar su aspecto dinámico, cuando entra en concurrencia con otros créditos en un procedimiento de quiebra.

El Código de Comercio, al contrario que el Código Civil en su regulación del concurso de acreedores, no hace mención expresa del crédito a favor de la Hacienda Pública²⁵, si bien puede entenderse incluido dentro de la remisión que se hace en los artículos 913.3º respecto a los bienes muebles y 914.2º en cuanto a los inmuebles, a los créditos privilegiados o singularmente privilegiados recogidos en el Código Civil, en cuyo texto legal aparecen con tal consideración ciertos créditos tributarios –artículos 1923.1 y 1924.1²⁶–, aunque con una extensión cuantitativa significativamente inferior al tenor literal del artículo 71 LGT.

²³ Martí Queralt, J. y otros, *Curso...*, p. 435.

²⁴ Este criterio aparece confirmado por Orden del Ministerio de Hacienda de 9 de Julio de 1970 y por las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Abril de 1987 (EDJ 1987/3102), 3 de Mayo de 1988 (1988/3665) y 26 de Marzo de 1991 (1991/3267), entre otras. La misma opinión se mantiene por Martí Queralt, J. y otros, *ibidem*, y Varona Alabern, J. E., *op. cit.*, pp. 136-137.

²⁵ Muñoz Merino, A., *Privilegios...*, p. 192: "... es difícil situar a los créditos que ostenta la Hacienda Pública, cuando éstos ni siquiera se hallan mencionados expresamente en el Código de Comercio..."

²⁶ Art. 1923.1 Código Civil: "Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales el deudor; gozan de preferencia: 1º Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos".

Art. 1924.1 Código Civil: "Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor; gozan de preferencia: 1º Los créditos a favor de la provincia o del Municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1923, número 1º".

Con posterioridad a la entrada en vigor del Código de Comercio, y sin ningún esfuerzo de coordinación con su normativa, comenzó a surgir un elenco de nuevos privilegios crediticios en la legislación laboral, de propiedad horizontal, de seguros, de propiedad intelectual, de ventas a plazos y de otras materias con el fin de proteger ciertos intereses que se consideraban preferentes en situaciones de insolvencia patrimonial.

La proliferación de estos privilegios llegó a suscitar gravísimos problemas de seguridad jurídica a la hora de establecer la graduación, tanto entre ellos como con los ya recogidos en el Código de Comercio. Con el fin de resolver esta espinosa cuestión el Consejo de Estado, con motivo de una consulta sobre la liquidación de la Compañía de Seguros y Financiación, S.A. (COSEFISA), emitió un Dictamen el 23 de Enero de 1992 que establecía, con carácter vinculante para los órganos estatales, el siguiente orden de prelación:

A. Respecto a los bienes muebles:

- 1.- Créditos salariales devengados durante los últimos treinta días (art. 32.1 ET).
- 2.- Resto de créditos salariales (art. 32. 2 y 3 ET).
- 3.- Créditos a favor de la Hacienda estatal, autonómica y local, junto a las cuotas debidas a la Seguridad Social.
- 4.- Demás créditos de la Seguridad Social.
- 5.- Los créditos que se deban pagar con el producto de los bienes muebles, según el orden dispuesto por el artículo 913 del Código de Comercio, en sus párrafos segundo y siguientes.

B. Respecto a los bienes inmuebles:

- 1.- Créditos salariales devengados durante los últimos treinta días (art. 32.1 ET).
- 2.- Créditos garantizados con derechos reales, de acuerdo con el orden que prescribe la Ley Hipotecaria.
- 3.- Créditos salariales comprendidos en el artículo 32. 3 ET.
- 4.- Los créditos a favor de la Hacienda estatal, autonómica, local, o por cuotas de la Seguridad Social.
- 5.- Los demás créditos a favor de la Seguridad Social.
- 6.- Los créditos contenidos en los párrafos segundo y siguientes del artículo 913 del Código de Comercio, según su orden.

Una de las cuestiones que más controversia ha suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia ha sido el hecho de que el llamado “superprivilegio salarial”, y los restantes privilegios salariales contenidos en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, se consideren preferentes al cobro de los créditos tributarios.

Las razones que ha utilizado el Consejo de Estado para estimar preferente los créditos de origen salarial son los siguientes ²⁷ :

- a) El ordenamiento sigue una línea de proporcionar la mayor protección posible a los derechos de los trabajadores.
- b) El Estatuto de los Trabajadores es una ley posterior a la Ley General Tributaria, debiendo aplicarse el principio *lex posterior derogat lex anterior*.
- c) En el Estatuto de los Trabajadores se utiliza la expresión "créditos singularmente privilegiados".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre esta cuestión²⁸.

La sentencia de 2 de Febrero de 1995 establece como criterio fundamental, a la hora de fijar la relación entre el artículo 32 ET y el 71 LGT, el hecho de que en la dicción literal del primer precepto se establece que los créditos salariales singularmente privilegiados tienen preferencia sobre cualquier otro crédito, salvo los garantizados con derecho real que sean preferentes según la Ley Hipotecaria, quedando por lo tanto también subordinados los privilegios de la Hacienda Pública.

Lo más sorprendente de los argumentos que nos proporciona la jurisprudencia para justificar su postura es su propia debilidad, y ello porque o se basan en la mera literalidad de la norma, cuando la misma no hace ninguna mención expresa a la preferencia de los créditos públicos, o parten de ideas apriorísticas o axiológicas con escaso fundamento positivo.

La cuestión ha sido analizada de una manera más profunda desde la perspectiva doctrinal, por lo cual pasamos a exponer una breve reseña de las principales posturas sobre el tema.

La doctrina laboralista²⁹ mantiene la preferencia de los créditos protegidos en los tres primeros párrafos del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores sobre el privilegio tributario, basándose en que el derecho de los trabajadores a percibir su salario constituye un elemento esencial para su subsistencia y en que el Estatuto es una norma posterior que deroga a la anterior Ley General Tributaria.

Los autores tributarios³⁰ se decantan por conceder preferencia a los párrafos primero y segundo del artículo 32 ET sobre el artículo 71 LGT, estimando que los créditos enume-

²⁷ Dictamen 55.879, de 31 de Enero de 1992.

²⁸ Entre otras, es preciso destacar las de 22 de Septiembre de 1987 (RJ 1987/6190), 16 de Octubre de 1987 (RJ 1987/1704), 21 de Febrero de 1989 (RJ 1989/1240) y 2 de Febrero de 1995 (RJ 1995/732). También la llamada "jurisprudencia menor" se ha pronunciado sobre esta cuestión, sosteniendo la Audiencia Provincial de Cantabria, en la Sentencia de 24 de Junio de 2002 (EDJ 2002/54997), que todos los créditos salariales recogidos en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores son preferentes a los recogidos en el artículo 71 LGT.

²⁹ Esta es la opinión que mantiene Ríos Salmerón, B., *Los privilegios del crédito salarial*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pp. 331 y ss.

³⁰ Vid. Varona Alabern, J. E., *El crédito...*, pp. 155-157, y Gómez Cabrera, C.: *La concurrencia...*, pp. 80-81, y ello porque entienden que tan especial es uno como otro privilegio, que ambos se equiparan en su desarrollo legal y que no existen argumentos decisivos de temporalidad o excepcionalidad para determinar la preferencia de uno sobre otro.

rados en el párrafo tercero de la mencionada norma laboral deben concurrir con el mismo rango que los tributarios.

En una postura intermedia se encuentra Muñoz Merino³¹ quien, si bien considera que conforme al derecho positivo debe permitirse la concurrencia en pie de igualdad del privilegio general tributario con el laboral, al no haber argumentos definitivos para resolver la controversia en uno u otro sentido; también opina que, *de lege ferenda*, debe prevalecer la protección al crédito de los trabajadores puesto que, mientras los entes públicos gozan de poderosos mecanismos de información y reacción para hacer frente a las situaciones de insolvencia del deudor; los trabajadores se encuentran en una situación de neta inferioridad, dependiendo exclusivamente del privilegio salarial para satisfacer sus intereses.

A nuestro entender, la cuestión no tiene una solución clara ateniéndonos a criterios estrictamente jurídico-positivos, pues la inexistencia de coordinación entre las citadas normas, los defectos de técnica legislativa y el hecho de que se encuentren recogidas en normativas especiales diversas impiden establecer un criterio jerárquico definitivo entre ambas³².

La única manera de resolver el dilema es partir de una opción de política legislativa acerca de cuál es el interés que se considere más digno de protección en supuestos de insolvencia, cuestión que ha sido resuelta por la jurisprudencia a favor de los trabajadores.

3. Regulación en la nueva Ley Tributaria

La principal referencia al privilegio general de la Hacienda Pública en la Ley General Tributaria de 17 de Diciembre de 2003 la tenemos en el precepto que encabeza la Sección Quinta. El tenor literal del artículo 77 es el siguiente:

“1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta ley.

2. 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”.

En el primer párrafo no se aprecian diferencias importantes respecto a la redacción anterior pues se limita a expresar nuevamente el privilegio general, dando una mejor redacción

³¹ Muñoz Merino, A., *Privilegios...*, pp. 129-131.

³² Gómez Cabrera, C., *La concurrencia...*, pp. 76-77, recoge la idea de que, al establecer un privilegio para un crédito en una norma especial —lo que sucede tanto con los créditos tributarios como con los laborales—, el legislador pretende derogar las normas generales de prelación y concurrencia en un supuesto concreto.

a la excepción que a la misma se añade, la cual adopta una forma positiva frente a la anterior que era negativa.

Donde realmente se encuentra la novedad es en el segundo párrafo³³, de nueva redacción, en el que se sujetan los créditos tributarios que se incluyan en los convenios que se suscriba entre el deudor y los acreedores dentro del marco de un procedimiento de insolvencia, a la normativa concursal y a su régimen específico.

La remisión pretende solventar cualquier problema que pudiera surgir entre los intérpretes acerca de cuál de las dos leyes debe prevalecer en el caso de que los créditos tributarios se encuentren inmersos en un convenio, facilitando así la posibilidad de alcanzar acuerdos, quitas o esperas dentro de los límites prescritos en la Ley 22/2003, más flexibles que los de la Ley Tributaria.

Dicha solución es también la más lógica pues, dentro de los trámites propios del procedimiento concursal, es su regulación específica la que debe primar a la hora de resolver cuantas cuestiones se susciten.

Llama la atención el hecho de que la remisión contenida en el artículo 77.2 LGT sólo contenga una referencia al supuesto de convenio, cuando de todos es sabido que en los procedimientos concursales pueden darse lugar a dos soluciones distintas: el convenio o la liquidación. La primera constituye un acuerdo entre el deudor y sus acreedores consistente, por lo general, en una quita y/o espera de las deudas pendientes, utilizada en el supuesto de que el concursado aún tenga posibilidades de continuar con su actividad. La segunda tiene como fin proceder a la realización de los bienes del deudor y al reparto del haber líquido entre los acreedores, al considerarse la insolvencia del concursado definitiva y total.

Estimamos que el silencio de la norma tributaria respecto a la fase de liquidación obedece a la idea de que, cuando se adopte esta solución, es la propia Ley Concursal la que establece una serie de normas que regulan la clasificación de los créditos y el orden de prelación en el cobro, siendo éste el régimen específico al que deben sujetarse los créditos tributarios, con independencia de los privilegios o preferencias que se les atribuya por las leyes fiscales.

Además, consideramos que esta postura está sustentada por otros preceptos, como resulta de lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la nueva Ley General Tributaria:

“Lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”.

³³ Este párrafo tiene su origen en la enmienda núm. 331 del Grupo Parlamentario Popular del Senado, la cual fundamenta el nuevo texto en la necesidad de limitar la pérdida del derecho de prelación al supuesto de convenio, ya que en la liquidación carece de justificación la supresión de la mencionada institución, puesto que “ya no se trata de apoyar la viabilidad futura de la entidad concursada que era la razón última que justificaba la pérdida del privilegio de la Hacienda Pública”.

Esta norma insiste en la idea de subordinación de la legislación tributaria a la concursal, que es la que deberá prevalecer en los casos de insolvencia, pero además, e invadiendo en cierto modo una materia cuya regulación es materia propia de las transitorias, quiere resolver el problema que puede surgir entre la vigencia de las normas de la quiebra y la suspensión de pagos, recogidas en el Código de Comercio de 1885 y la Ley de 1922 -las cuales se mantendrán hasta el 1 de Septiembre de 2004-, y la nueva Ley Concursal que entrará en vigor a partir de dicha fecha.

Pues bien, la solución que aporta la Disposición Adicional Octava es que la Ley General Tributaria, desde su entrada en vigor el 1 de Julio de 2004 hasta el 1 de Septiembre del mismo año, debe aplicarse adaptándose a lo prescrito en el Código mercantil y en la Ley de Suspensión de Pagos, y desde el 1 de Septiembre de 2004 en adelante se adecuará al régimen de la nueva Ley Concursal.

La consecuencia jurídica prescrita en la citada Disposición Adicional debe estimarse como absolutamente razonable y lógica, aplicándose a la normativa vigente en cada momento. Sin embargo, su redacción conlleva una contradicción intrínseca con el artículo 77.2 que previamente hemos analizado: ¿Qué sucederá en el supuesto de que entre Julio y Septiembre de 2004 se declara una quiebra en la que existan créditos tributarios sujetos a un convenio entre el deudor y los acreedores?

Según el artículo 77.2 LGT 03, dichos créditos se rigen por la Ley Concursal, pero la Disposición Adicional Octava se remite a la normativa vigente en ese momento, o sea, al Código de Comercio y a la Ley de Suspensión de Pagos. La cuestión dista mucho de ser baladí, en tanto que el régimen del convenio presenta diferencias en los distintos cuerpos legales, incluso en cuestiones tan espinosas como el límite que se puede conceder a las quitas y las esperas³⁴. En mi opinión, la cuestión debe resolverse atendiendo a la finalidad de la ley y al sentido común. Evidentemente, la norma del artículo 77.2 LGT es la que se debe aplicar desde el momento en que la Ley Concursal entre en vigor; no antes, pues no tiene sentido que las normas sobre convenio de la misma se aplique con dos meses de antelación a las resto del cuerpo legal. La contradicción detectada no es más que una muestra de la deficiente técnica y la falta de coordinación a las que, por desgracia, nos tienen acostumbrados las últimas reformas legislativas.

No obstante, en contra de la interpretación que defendemos de subordinación de la normativa tributaria a la concursal en supuestos de insolvencia declarada, se han levantado ciertas voces en la doctrina sosteniendo que la nueva redacción del artículo 77 de la LGT ha dado lugar a que la pérdida de preferencia general de los créditos tributarios se limite al supuesto de convenio, de modo que las restricciones impuestas por el artículo 91.4 de la Ley Concursal a los créditos tributarios no regirán en el supuesto de liquidación, de conformidad con lo que prescribe la nueva norma tributaria³⁵.

³⁴ Vid. artículo 100.1 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, que impone los límites del 50 % a las quitas y de cinco años a las esperas de los créditos impagados que constituyen la masa pasiva, como regla general.

³⁵ Linares Gil, M., "Créditos tributarios en la Ley Concursal, Ley General Tributaria y Ley General Presupuestaria: ¿Una contrarreforma?", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 1, Ed. La Ley, Madrid, 2004, pp. 255-256, y Cazorla Prieto, L. M., *Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 418.

Para sustentar esta opinión Linares Gil acude a dos argumentos distintos. En primer lugar, entiende que la aplicación del principio *lex posterior derogat lex anterior* implica que la Ley General Tributaria, aprobada con posterioridad a la Ley Concursal, aunque en vigor dos meses antes que esta última, implica que aquélla deroga a ésta en caso de que exista alguna contradicción, máxime cuando el rango de ley ordinaria es común a ambas. En segundo término expone que las soluciones legales para los casos de convenio y liquidación no pueden ser idénticas, ya que en el primero prevalecen los principios de conservación de la empresa, mantenimiento del empleo o protección de fuentes de imposición futura sobre los de justicia tributaria y contribución general a los gastos público que fundamentan el privilegio tributario, lo cual justifica el “sacrificio” del privilegio del que gozan los créditos públicos, pero dicha situación no se reproduce en el caso de liquidación pura y dura, donde no hay ninguna situación económica que se deba conservar o preservar³⁶.

En definitiva, el autor citado mantiene que, a consecuencia de la entrada en vigor de la nueva Ley General Tributaria, el privilegio de los créditos tributarios sólo se encuentra limitado al cincuenta por ciento de su importe en el supuesto de convenio, mas no en la liquidación, produciéndose una suerte de “resurrección” de una preferencia que en realidad nunca llegó a “morir” del todo.

Nuestra opinión es contraria a la interpretación sostenida por Linares Gil, y ello por las siguientes razones:

1. La cuestión debatida no debe resolverse acudiendo al expediente de la derogación de la ley antigua por la moderna (artículo 2.2 del Código Civil), sino primando la legislación especial sobre la general. Es de sobra conocido que en materia de insolvencia la normativa especial que la regula es la Ley Concursal, creada y aprobada para hacer frente a los supuestos de crisis económica e impagos. Ante estas situaciones deben prevalecer sus reglas sobre las de la legislación general tributaria la cual, por su propia naturaleza, se ocupa de cuestiones distintas, más genéricas y globales, que afectan al ámbito fiscal.
2. Linares Gil reconoce que su solución entra en franca contradicción con el artículo 89.2 de la Ley Concursal, según el cual no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté recogido en dicho texto legal, y también con el deseo manifestado por el legislador en la Exposición de Motivos de llevar a cabo una drástica reducción de privilegios. Por lo tanto, seguir el criterio expuesto por el mencionado autor rompería el espíritu y la sistemática de la Ley 22/2003³⁷.

³⁶ Linares Gil, M., *op. cit.*, p. 256.

³⁷ Cfr. González-Carballo Almodóvar, A, “Las garantías del crédito tributario” en AA.VV., *Estudios sobre la Nueva Ley General Tributaria (Homenaje a Don P. L. Serrera Contreras)*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, p. 456: “Tal conclusión conduce a la consecuencia, un tanto absurda, de dejarse sin efecto por un simple y escueto apartado legal el sistema de prelación (que no un mero precepto o preceptos) establecido especialmente y a través de una parte importante de su articulado por la LC”.

3. El mantenimiento del privilegio tributario en los términos que prescribe la Ley General Tributaria tampoco casa con la finalidad que se pretende la aprobación de la Ley Concursal, que es la de reconducir la normativa sobre insolvencia a un único cuerpo legal, acabando con la dispersión normativa anterior, sin admitir más especialidades que las expresamente previstas en su articulado, todo ello de conformidad con los principios de unidad legal, unidad de disciplina y unidad de procedimiento que la inspiran³⁸. Buena prueba de ello es que la Disposición Adicional Segunda de la Ley 22/2003, que contempla excepcionalmente la posibilidad de conservar o establecer especialidades respecto a las reglas contenidas en la normativa concursal, incluye en su segundo párrafo una amplia enumeración de leyes especiales que afectan a entidades de crédito, de seguros, miembros de mercados de valores y participantes en los sistemas de compensación y liquidación y empresas de servicios de inversión, sin contener mención alguna que se refiera a la normativa tributaria³⁹.
4. De la dicción legal del artículo 77 y de la Disposición Adicional Octava de la ley General Tributaria se deduce que dicha norma se encuentra en una posición de subordinación respecto a la Ley Concursal, a cuya normativa aquélla se remite⁴⁰.
5. Las soluciones legales, en el ámbito del Derecho comparado europeo, nos muestran una tendencia claramente favorable a la limitación o supresión de los privilegios públicos⁴¹, lo cual se encuentra en franca contradicción con la pretendida "resurrección" del privilegio tributario.

Estimamos que la nueva regulación que ofrece el artículo 77 de la Ley General Tributaria no obedece a la intención de restablecer una situación de privilegio a favor de los créditos públicos por la totalidad de su importe, sino más bien al deseo del legislador de mantener el privilegio general para los créditos fiscales en el ámbito estrictamente extraconcursal, debiendo prevalecer en las situaciones de concurso declarado judicialmente la Ley 22/2003, que es la encargada de regular este tipo de situaciones⁴².

³⁸ Vid. Apartados I y II de la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

³⁹ Disposición Adicional Segunda de la Ley 22/2003 de 9 de Julio, Concursal: "I. En los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los servicios de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal".

⁴⁰ Llinás Álvarez, L. M., "Articulación de la ejecución...", p. 309: "... la remisión que hace la nueva Ley General Tributaria a la Ley Concursal (v. gr.: arts. 77.2, 164.2 LGT 03) hay que interpretarla conjuntamente con lo establecido en la disposición adicional octava de aquella ley, que establece que habrá que atender a lo establecido en la legislación concursal".

⁴¹ Veiga Copo, A. B., *Los privilegios...*, pp. 113-114: "...llegándose incluso a cuestionarse la misma pervivencia de los privilegios fiscales en países como Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Portugal, Austria y sobre todo en Alemania, donde se ha procedido a una reducción importante o incluso eliminación de estos privilegios".

⁴² De lo contrario, se llegaría a la situación absurda de que el legislador pretendió limitar tajantemente los privilegios tributarios en el mes de Julio de 2003 con la nueva Ley Concursal, pero seis meses después cambia radicalmente de opinión en la nueva Ley General Tributaria, como acertadamente señala González-Carballo Almodóvar, A., "Las garantías...", p. 457. Este autor sostiene la opinión de que la nueva redacción del artículo 77.2 LGT 03 es un error del legislador.

Otra interpretación que se intente dar al artículo 77 obedece principalmente a un afán de continuar manteniendo una superprotección a favor de los créditos tributarios, difícilmente justificable en la actualidad, habida cuenta de los imponentes medios con los que cuenta la Hacienda Pública para el cumplimiento de sus fines de recaudación, sin que tenga mucho sentido atribuirle otros mecanismos adicionales de defensa, según mi modesta opinión.

No obstante es necesario añadir que, al tramitarse ambas reformas normativas de forma simultánea, hubiera sido deseable una mayor coordinación entre ambas con el fin de evitar la posibilidad de suscitar dudas interpretativas como las que estamos tratando en este apartado⁴³.

Como prueba de la mencionada descoordinación, podemos hacer referencia a la existencia de un auténtico artículo “abortado” por morir antes de llegar a ver la luz⁴⁴. Nos referimos a la redacción que proponía la Disposición Final Décima de la Ley Concursal para el artículo 71 de la Ley General Tributaria de 1963, la cual era del siguiente tenor:

“1.- La Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con los acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta ley.

2.- En caso de concurso, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la legislación concursal ”.

Este precepto nunca llegó a estar en vigor puesto que, como ya hemos dicho, la nueva Ley General Tributaria entró en vigor antes que la Ley Concursal, de forma que ésta última da una nueva redacción a un precepto ya derogado⁴⁵. Esta situación, más frecuente en la actualidad de lo que sería deseable, demuestra tanto la precipitación como la descoordinación con la que el legislador afronta las nuevas reformas, dando lugar a resultados como los que estamos examinando. No cabe duda alguna, a nuestro entender, de que la redacción propuesta por la Disposición Final Décima de la Ley Concursal proporciona una mayor coherencia y sentido lógico al tratamiento del privilegio tributario en los ámbitos fiscal y concursal. Es precisamente la nueva redacción vigente, introducida por la Ley General Tributaria la que produce dudas y distorsiones al no contemplar una adecuada coordinación con la Ley 22/2003. Sin embargo las ambigüedades o discrepancias que puedan surgir siempre deben solucionarse acudiendo a tres elementos esenciales: la coherencia sistemática, la finalidad de la norma y el criterio de especialidad⁴⁶.

⁴³ Linares Gil, M., “Créditos tributarios...”, p. 253: “Además, el juego de entradas en vigor de las nuevas leyes –General Tributaria el 1 de Julio; Concursal el 1 de Septiembre y General Presupuestaria el 1 de Enero de 2005- dificulta la aplicación integradora de todas ellas”.

⁴⁴ Vid. Veiga Copo, A. B., *Los privilegios...*, pp. 109-110.

⁴⁵ Llinás Álvarez, L. M., “Articulación de la ejecución...”, p. 310: “...es decir; hay artículos modificados por la Ley Concursal de la actual Ley General Tributaria que ni siquiera llegarán a entrar en vigor; pues cuando debería producirse dicha entrada en vigor –el 1 de Septiembre de 2004- ya estarán derogados por la nueva Ley General Tributaria”.

⁴⁶ González-Carballo Almodóvar, A., “Las garantías...”, p. 457, mantiene que deben prevalecer los criterios de interpretación sistemática y lógica sobre la literalidad del artículo 77.2 LGT 03, sin embargo augura una gran litigiosidad en cuanto a la aplicación práctica de dicho precepto debido a la colisión de su tenor literal con la prelación recogida en la Ley Concursal.

Finalmente, podemos concluir que las referencias contenidas en la Ley General Tributaria a la normativa concursal nos llevan a las siguientes consideraciones:

- b) Se establece un régimen de clara subordinación de la normativa tributaria a la concursal, que será la que deberá regir con preferencia en los supuestos de insolvencia –la inmensa mayoría- en los que se encuentren involucrados los créditos tributarios.
- c) Las remisiones a la Ley Concursal son excesivamente escuetas, sin ningún tipo de profundización en la relación existente entre ambas normativas.
- d) Se manifiesta una clara falta de coordinación entre ambos textos legales, cuyas distintas fechas de entrada en vigor pueden dar lugar a confusiones respecto a las remisiones que se hace a la Ley 22/2003. En este sentido habría resultado más correcto que en el artículo 72.2 LGT hubiera tenido la siguiente redacción: “En caso de concurso, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido por la normativa concursal vigente en cada momento”⁴⁷.

4. Regulación en la nueva Ley Concursal

Con carácter previo al examen de la vigente normativa en materia de concurso de acreedores vamos a exponer los criterios que siguieron algunos proyectos de reforma anteriores, que no llegaron a prosperar; en materia de preferencia de los créditos tributarios.

El Anteproyecto de 1983 reconocía a estos créditos su cualidad de “privilegio general”, considerando que los mismos debían preceder a los constituidos a favor de la Seguridad Social, a los salariales regulados en el artículo 32.3 ET y a los que correspondieran por indemnizaciones o retribuciones surgidas de las relaciones laborales.

La propuesta de Anteproyecto de 1995, atribuía el carácter de privilegio general a los créditos tributarios hasta el diez por ciento del importe de la masa activa (art. 125. 1. 5º), subordinándolos al superprivilegio salarial del artículo 32.1 ET, a los salarios devengados durante el último año y a las cantidades adeudadas por razón de despido, aunque los créditos de Hacienda gozaban de preferencia respecto a los de la Seguridad Social. La doctrina se manifestó en contra del límite del diez por ciento de la masa pasiva, al considerar que habría ocasiones en las que dicho límite podría ser superior a la totalidad del importe de la masa activa, resultando perjudicados de forma irremediable los demás acreedores ⁴⁸.

La Ley Concursal de 9 de Julio de 2003 tiene en cuenta el carácter privilegiado de los créditos tributarios, procediendo a incluirlos dentro de los créditos con privilegio general, de

⁴⁷ Veiga Copo, A. B., *Los privilegios...*, p. 108: “La reciente Ley General Tributaria a la hora de regular las garantías de la deuda tributaria... ha decepcionado más por su falta de innovación que por la ausencia de respuesta a muchas de las cuestiones polémicas que las garantías del crédito tributario venían planteando”.

⁴⁸ Garrido, J. M., “La Graduación de los créditos”, en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2003, pp. 234-235: “En la propuesta de Anteproyecto de la Ley concursal del Profesor ángel Rojo, de 1995, se incluía una limitación de los créditos fiscales y para fiscales al 10 por 100 de la masa pasivas del concurso (en total, al 20 por 100 de la masa pasiva). **Es muy posible que esa limitación incluyese un error; ya que la limitación del privilegio debe siempre referirse a la masa activa y no a la pasiva**”.

modo que no afectan a bienes concretos y determinados, sino a la totalidad del patrimonio del deudor (art. 89.2 LC).

La enumeración y clasificación de los distintos privilegios generales aparece en el art. 91 LC, que pasamos a transcribir:

“Son créditos con privilegio general:

1º. Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso.

2º. **Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias** y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

3º. Los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de la propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso.

4º. **Los créditos tributarios** y demás de Derecho público, así como los créditos a la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 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**⁴⁹.

5º. Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número 4º de este artículo.

6º. Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta la cuarta parte de su importe”.

Del examen de la normativa concursal resulta la posibilidad de que el crédito tributario sea satisfecho, en el orden de pagos que siga a la liquidación, de forma diferente según su naturaleza o las garantías a que les acompañen. Pasamos a exponer los diferentes supuestos que se pueden dar en la práctica:

1. Los créditos de la Hacienda Pública que se devenguen desde la fecha de declaración de concurso hasta la eficacia del convenio o la conclusión del concurso tendrán la

⁴⁹ Llinás Álvarez, M., “Articulación de la ejecución ...”, p. 313, mantiene que los recargos tributarios en periodo ejecutivo deben ser incluidos dentro del privilegio general del art. 91.4 LC, ya que, según la dicción literal del art. 58.3 de la nueva Ley General Tributaria, los mismos no tienen la consideración de sanción.

consideración de créditos contra la masa, pues se incluyen dentro de las obligaciones de origen legal surgidas dentro del mencionado periodo de tiempo, conforme a lo dispuesto en el artículo 84.2.10 LC. Los mismos deberán satisfacerse en el momento de su vencimiento (art. 154.2 LC), con cargo a los bienes y derechos de la masa activa y con carácter previo a la satisfacción de los créditos concursales (art. 154.1 LC).

2. El crédito tributario puede alcanzar la consideración de crédito con privilegio especial sobre ciertos bienes, en el caso de que Hacienda haya optado por asegurar el pago del crédito constituyendo una hipoteca o una prenda sobre ciertos bienes del deudor; resultando incluido dentro del artículo 90.1 LC. Estos créditos se satisfarán con el producto de los bienes y derechos afectos a la garantía, con carácter previo al pago de los privilegios generales (art. 155 LC) y no se verán afectados por la existencia de créditos contra la masa (art. 153.3 LC).
3. Las cantidades que correspondan a las retenciones tributarias, que sean debidas por el concursado de acuerdo con las obligaciones legales que le corresponda como contribuyente (art. 91.2), se encuentran incardinadas dentro de los privilegios generales. Por lo tanto, una vez satisfechos los créditos que tengan privilegio especial sobre los bienes afectos, los créditos contra la masa y los laborales y asimilados a ellos, se procederá a su pago con cargo al patrimonio del concursado (art. 156 LC).
4. Los demás créditos tributarios constan como privilegio general recogido en el art. 91.4 LC. En cuanto a su orden de pago, de acuerdo con las normas sobre liquidación contenidas en los artículos 155 y 156 LC, se abonará su importe con carácter previo a los créditos contra la masa, los que cuenten con privilegio especial sobre los bienes afectados, los laborales y asimilados, las retenciones tributarias, las cotizaciones a la Seguridad Social y los créditos por trabajo no dependiente y por cesión de derechos de autor. Además, los créditos recogidos en el art. 91.4 LC, se abonarán a prorrata con los demás de Derecho público y los de la Seguridad Social, éstos últimos también con el límite del cincuenta por ciento de su importe, junto a los que resulten de responsabilidad civil extracontractual por daños personales no asegurados (art. 91.5 LC).
5. Los intereses de cualquier clase, salvo los que estén protegidos por una garantía real, las multas y las demás sanciones tributarias tendrán el carácter de crédito subordinado recogido en el art. 92.3 y 4 LC. Por lo tanto sólo se cobrarán cuando hayan sido pagados los créditos con privilegio especial sobre los bienes afectados, los créditos contra la masa, los que gocen de privilegio general, los ordinarios y los subordinados que les preceden –los comunicados tardíamente y los que tengan tal carácter por pacto contractual-, conforme al artículo 158 LC⁵⁰.

⁵⁰ Linares Gil, M., "Créditos tributarios...", p. 256, estima que los intereses de demora no tienen el carácter de créditos subordinados en caso de liquidación, sino que se trata de auténticos créditos tributarios con carácter privilegiado, amparándose en la interpretación que hace del artículo 77.2 LGT. No compartimos su opinión por las razones expuestas en el capítulo anterior.

Durante la tramitación de esta ley se produjeron dos significativas modificaciones respecto al tratamiento de los créditos tributarios:

- a) La cuantía del privilegio general a favor de la Hacienda Pública recogida en el Anteproyecto y en las primeras fases del Proyecto tenían como límite el cincuenta por ciento de la masa pasiva, pasando posteriormente a fijarse en el cincuenta por ciento del importe de los créditos. En este aspecto la reforma estaba más que justificada, pues no resultaría extraño que, en bastantes ocasiones, el cincuenta por ciento de la masa pasiva fuera una cantidad superior a la totalidad de la masa activa, lo que daba lugar a que los demás créditos de grado inferior quedaran impagados⁵¹.
- b) Las retenciones tributarias gozaban de un derecho de separación que posteriormente desapareció.

El criterio seguido el legislador concursal ha sido el de reducir significativamente el importe del privilegio del que gozaba la Hacienda Pública⁵². Esta postura era casi unánime en la doctrina, recogiendo el deseo de evitar, como sucedía en la mayor parte de las quiebras y suspensiones de pagos precedentes, que en la práctica fueran Hacienda y los trabajadores los únicos en cobrar sus créditos, quedando insatisfechos los restantes acreedores. A todo ello se une la crítica doctrinal que impugna el mismo fundamento que sirve de base a la existencia del privilegio crediticio a favor de la Hacienda Pública, como acertadamente expresa Veiga Copo: "... en estos momentos en el que la presión fiscal es mayor en correlación con una menor evasión, así como son mejores y mayores los medios de control y supervisión de que goza el Fisco, seguir confiando sin más en semejante privilegio provoca una enorme trasgresión del procedimiento concursal"⁵³.

Las razones expuestas por la doctrina para llevar a cabo la reducción de los privilegios a favor de los créditos tributarios son las siguientes⁵⁴:

- El reconocimiento de un privilegio general a favor de los créditos de la Hacienda Pública que comprenda la totalidad de su importe puede dar lugar a un "efecto dominó", originando la existencia de un numeroso grupo de acreedores impagados, los cuales a su vez pueden generar situaciones de quiebras en cadena, perjudicando gravemente la evolución de la economía nacional.

⁵¹ Garrido, J.M., "La Graduación...", p. 235.

⁵² García Novoa, C., "Elementos...", p. 330: "La consideración del crédito tributario como crédito privilegiado es una cuestión ideológica, y en cierto punto axiológica".

⁵³ Veiga Copo, A. B., "Los créditos...", p. 153.

⁵⁴ Alonso Ledesma, C., *Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación*, en AA. VV., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley orgánica 8/2003 para la reforma concursal*, Ed. Dilex S. L., Madrid, 2003, p. 383, Rojo, A., "La reforma del Derecho concursal español", en AA. VV., *La reforma de la legislación concursal*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 126, Pérez Blanco, G., *La formación de la masa pasiva en la nueva Ley Concursal*, en AA. VV., *La nueva Ley Concursal*, Ed. Instituto vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, p. 73, Veiga Copo, A. B., *op. cit.*, pp. 154-155 y Garrido, J.M., "La Graduación...", p. 234. Estos mismos argumentos han sido recogidos por el Consejo General del Poder Judicial en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 6 de noviembre de 2001.

- Precisamente es la Administración Pública el acreedor que disfruta de una más completa y acertada información sobre la situación del deudor; el que más facilidades tiene para adoptar las medidas oportunas con el fin de tutelar sus intereses y el que menos problemas de subsistencia económica experimenta en el caso de absoluta insolvencia del deudor.
- Se intenta poner fin al importante margen de discrecionalidad con el que contaba la Hacienda Pública a la hora de resolver las situaciones de crisis económica de una empresa, puesto que la renuncia al privilegio se presentaba, en muchas ocasiones, como una solución imprescindible para lograr la continuidad de la empresa afectada.

También se ha seguido el mismo criterio en las reformas concursales recientes que se han llevado a cabo en los distintos ordenamientos europeos. Especial importancia tiene la nueva Ley de Insolvencias alemana de 1995, en la que desaparece de una manera total el privilegio a favor de los créditos tributarios, aunque se conservan las prendas legales recogidas para asegurar el pago de determinados impuestos⁵⁵.

De hecho, en nuestra doctrina, han sido numerosas las voces que se han levantado contra la solución legal por considerarla excesivamente tímida.

Rojo sostiene que la regulación actual merece “severa crítica”, al haberse pasado del límite del diez por ciento que se proponía en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 al cincuenta por ciento actual⁵⁶.

Garrido expone que la utilización de las nuevas normas puede dar lugar a que la Administración potencie el empleo de privilegios especiales y otros medios de tutela, con lo que al final se perjudicaría aún más la situación de los restantes acreedores, manifestándose partidario de su abolición total y de la eliminación de garantías reales de origen legal⁵⁷.

Alonso Ledesma estima “sorprendente...que los redactores de la ley no sólo hayan mantenido el carácter privilegiado de los créditos fiscales y de la Seguridad Social sino que hayan aumentado paulatinamente su cuantía y su ámbito objetivo de aplicación a lo largo del proceso legislativo”, con lo que se llegaría a una situación muy similar a la anterior⁵⁸.

Veiga Copo se muestra claramente disconforme con el hecho de extender el privilegio, además de a los créditos tributarios y a la Seguridad Social, a los restantes de Derecho público, ofreciendo un balance igualmente desalentador de la reforma: “Al final más de lo mismo, pues si bien y aunque se consiguió rebajar los porcentajes pretendidos inicialmente, se amplió de forma paralela el número de créditos a los que se reconoce el carácter privilegiado”⁵⁹.

⁵⁵ Veiga Copo, A. B., *Los privilegios...*, pp. 113-114.

⁵⁶ Rojo, A., “La reforma...”, p. 126.

⁵⁷ Garrido, J.M., *La Graduación...*, pp. 235-236.

⁵⁸ Alonso Ledesma, C., *Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación*, en AA.VV., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley orgánica 8/2003 para la reforma concursal*, Ed. Dilex S. L., Madrid, 2003, p. 384.

⁵⁹ Veiga Copo, A. B., “Los créditos...”, pp. 156-157.

En el mismo *iter* legislativo tuvieron lugar diversas declaraciones de los comparecientes ante las Cortes, exponiendo cada uno su propia visión acerca de la situación de los privilegios tributarios en la nueva Ley Concursal. Aquí pasamos a reseñar algunas de ellas por lo novedoso de su aportación, concurriendo en las mismas, por lo general, el sentimiento de que se debía de haber avanzado aún más en las restricciones impuestas a los créditos a favor de la Hacienda Pública.

Espina Montero, Vocal Asesor de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía, propone la posibilidad de utilizar, en lugar de límites cuantitativos respecto a los créditos tributarios, la distinción entre el crédito corriente y el aplazado. Mientras que el crédito corriente público debería gozar en su totalidad del carácter de privilegio general únicamente subordinado a los salariales o laborales, los créditos públicos aplazados que no gocen de publicidad se transformarían en créditos ordinarios, impidiendo así la creación de una falsa expectativa de solvencia en las empresas insolventes, ante aplazamientos que son desconocidos por los demás acreedores concurrentes⁶⁰.

Uría Fernández, Subsecretario de Hacienda y Abogado del Estado, expone que los privilegios concedidos a los créditos de la Hacienda Pública no han conseguido que el porcentaje de cobro de los mismos se acerque al cien por cien y que en la práctica se sigue el criterio de arreglar los problemas con carácter previo a los procesos de quiebra o suspensión, bien sea mediante el empleo de convenios, de aplazamientos o de otras medidas cautelares. Tras ello propone que, en el supuesto de que la empresa en crisis albergue posibilidades de continuar en el tráfico, Hacienda debe aceptar el sacrificio de sus privilegios en aras de la protección del derecho al trabajo o del desarrollo de la actividad empresarial, pero no tiene sentido el sacrificio de los privilegios tributarios si la empresa no tiene futuro de continuidad garantizado⁶¹.

Reconociendo la importante dosis de sentido común que sustenta el argumento expuesto por Uría Fernández, consideramos que su propuesta tiene un importante "talón de Aquiles": la dificultad de su aplicación práctica. ¿Cuál sería el criterio claro e incontestable que serviría para distinguir de una forma nítida e indubitada las empresas con futuro de aquellas otras que no lo tienen dentro de un procedimiento concursal? Probablemente ni el más avezado de los economistas sería capaz de darnos una respuesta definitiva, pues en buen número de ocasiones la viabilidad ulterior no se puede predecir, sino que dependerá del esfuerzo y las expectativas que consigan generar la empresa tras la nueva oportunidad que se le dé. Por tanto la solución propuesta es bastante acertada desde el plano teórico, pero inviable en la práctica.

Finalmente, hemos de mencionar al Magistrado Pinazo, Asesor del Ministerio de Justicia, quien sostiene la equiparación entre los créditos públicos y los privados en el supuesto de empresas cuya continuidad pueda ser útil a la sociedad, debiendo soportar ambos el mismo sacrificio. Respecto a las cuotas tributarias o de la Seguridad Social, sólo resultaría admisible su sacrificio si la empresa tiene perspectivas de viabilidad⁶².

A la postura sostenida por el Magistrado se le puede hacer una crítica análoga a la que ya hemos expuesto respecto a la opinión de Uría Fernández.

⁶⁰ BOCG. Núm. 603, de 28 de Octubre de 2002, p. 19701.

⁶¹ BOCG. Núm. 603, de 28 de Octubre de 2002, pp. 19702-19703.

⁶² BOCG. Núm. 613, de 30 de Octubre de 2002, pp. 20190-20192.

5. Conclusiones

- El marco normativo que regula el privilegio general de la Hacienda Pública ha sufrido cambios importantes tras la reforma de la Ley General Tributaria y de la Ley Concursal.
- Se echa de menos una adecuada técnica legislativa que establezca una coordinación efectiva en las soluciones propuestas en distintas legislaciones, evitando las antinomias y contradicciones que, en ocasiones, se pueden observar incluso dentro de un mismo cuerpo legal.
- Los cambios experimentados por la regulación del privilegio general afectan fundamentalmente al ámbito concursal, tanto en la fase de convenio como en la de liquidación.
- En la fase de convenio tiene lugar una subordinación plena de la normativa fiscal a la concursal, siendo ésta la que regulará los efectos y limitaciones pertinentes en los acuerdos a los que se lleguen.
- En la fase de liquidación se produce un importante cambio en el orden de pago de los débitos fiscales pues, dentro de los privilegiados generales, los créditos tributarios serán satisfechos con posterioridad a los salariales y asimilados. Del mismo modo sufre una reducción a la cuantía del privilegio, la cual se limita a un cincuenta por ciento del importe del crédito.
- La doctrina ha recibido de una manera bastante favorable la reforma, aunque critica la timidez de la misma, pues considera que hubiera sido más acertada la supresión total del privilegio, siguiendo así la tendencia que se ha instaurado en las restantes leyes europeas.

6. Bibliografía

AA.VV., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley orgánica 8/2003 para la reforma concursal*, Ed. Dilex S. L., Madrid, 2003.

AA.VV., *Estudios de Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

AA.VV., *Informe sobre el borrador del Anteproyecto de Ley General Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.

AA.VV., *La reforma de la legislación concursal*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2003.

AA.VV., *La nueva Ley Concursal*, Ed. Instituto vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004.

AA.VV., *Preferencias de Créditos*, Manual de Formación Continua, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

AA.VV., *Manual general de Derecho Financiero*, Ed Comares, Granada 2001.

AA. VV., *Estudios sobre la Nueva Ley General Tributaria (Homenaje a Don P. L. Serrera Contreras)*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.

AA. VV. (Calvo Ortega, R., Dir.), *La Nueva Ley General Tributaria*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

ARRANZ DE ANDRÉS, C.: "La incidencia de la reforma concursal en el ámbito tributario. Análisis del proyecto de ley de 23 de Julio de 2002" en *Nueva Fiscalidad*, núm. 7, Noviembre de 2002.

BAYONA DE PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, M. T., *Materiales de Derecho Financiero*, Ed. Librería Compás, Alicante, 2004.

CALVO ORTEGA, R., *Curso de Derecho Financiero I. Derecho Tributario (Parte General)*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

CAZORLA PRIETO, L. M., *Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

DEL PINO-TOSCANO, F., *Recursos procesales contra el fraud creditorum en el Derecho romano clásico*, Ed. Innovación Editorial Lagares, Sevilla, 2002.

FERREIRO LAPATZA, J. J., *Curso de Derecho Financiero Español*, vol. I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

GÓMEZ CABRERA, C., *La concurrencia del crédito tributario: Aspectos sustantivos y procedimentales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000.

LINARES GIL, M., "Créditos tributarios en la Ley Concursal, Ley General Tributaria y Ley General Presupuestaria: ¿Una contrarreforma?", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 1, Ed. La Ley, Madrid 2004, pp. 251-258.

LLINÁS ÁLVAREZ, L. M., "Actualización de la ejecución separada del crédito tributario –concursal– en la Ley 22/2003 de 9 de Julio, Concursal y los posibles problemas derivados de la misma", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 1, Ed. La Ley, Madrid, 2004, pp. 309-314.

MARTÍ QUERALT, J. Y OTROS, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

MENÉNDEZ MORENO, A., *Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004.

MUÑOZ MERINO, A., *Privilegios del crédito tributario. El derecho de prelación general*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

MURGA GENER, J. L., *Derecho romano clásico: El proceso*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1983.

RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del crédito salarial*, Ed. Civitas, Madrid, 1984.

VARONA ALABERN, J. E., *El crédito tributario en la quiebra*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.

VEIGA COPO, A. B., "Los créditos privilegiados en la nueva Ley Concursal", *RDBB*, Enero-Marzo 2004, Ed. Lex Nova, Madrid, 2004.

VEIGA COPO, A. B., *Los Privilegios concursales*, Ed. Comares, Granada, 2004. ■

