



**UCAM**

UNIVERSIDAD CATÓLICA  
SAN ANTONIO

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y DE LA  
EMPRESA**

Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y de la  
Empresa

**El privilegio del crédito tributario en sede concursal**

Autor:

Patricia Blanco Díez

Directores:

Dr. D.<sup>a</sup> Gloria Alarcón García  
Dr. D. Francisco de la Torre Olid

Murcia, 1 de Marzo de 2015





**UCAM**

UNIVERSIDAD CATÓLICA  
SAN ANTONIO

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y DE LA  
EMPRESA**

Departamento de Ciencias Jurídicas Sociales y de la  
Empresa

**El privilegio del crédito tributario en sede concursal**

**Autor:**

**Patricia Blanco Díez**

**Directores:**

**Dr. D.<sup>a</sup> Gloria Alarcón García  
Dr. D. Francisco de la Torre Olid**

**Murcia, Día de Mes de Año**



El Dr. D. <sup>a</sup> Gloria Alarcón García y el Dr. D. Francisco de la Torre Olid como Directores<sup>(1)</sup> de la Tesis Doctoral titulada “El privilegio del crédito tributario en sede concursal realizada por D. Patricia Blanco Diez en el Departamento de Ciencias Jurídicas Sociales y de la Empresa **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

**LO QUE FIRMO, PARA DAR CUMPLIMIENTO A LOS REALES DECRETOS 99/2011, 1393/2007, 56/2005 Y 778/98, EN MURCIA A 1 DE MARZO DE 2015.**

<sup>(1)</sup> Si la Tesis está dirigida por más de un Director tienen que constar y firmar ambos.



A mis padres, porque siempre me han apoyado y motivado para alcanzar mis anhelos.

A Lola María y Alfonso que son mis manos y mis ojos.

A mi hermana que me quiere tanto, a mi tía Montse porque siempre ha creído en mí y a mi abuela María porque es un ejemplo de vida.

A la profesora D.<sup>a</sup> Gloria Alarcón porque sin su dirección, esto hoy no sería posible y es una maestra de quien aprender.

Al Decano D. Francisco de la Torre Olid porque desde el principio me animó y apoyo en la labor docente e investigadora.

A Don José Luis Mendoza por hacer presente la realidad de la Universidad y brindarme la oportunidad de contribuir a hacerlo más grande.

A todos mis compañeros y amigos que han sido, y son muchos y en los que siempre que he decaído han encontrado la manera de hacerme salir adelante.

Y en especial a Alfonso, porque llevamos creciendo juntos toda una vida y la que nos espera con nuestros hijos Alfonso y Cecilia, para ellos también va dedicada.

A TODOS GRACIAS DE CORAZON



*«Cómo el camino está sembrado de espinas, Dios ha dado al hombre tres dones: la sonrisa, el sueño y la esperanza.»*

Inmanuel Kant



<b>INDICE DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>15</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>19</b>
<b>I. EL CONCURSO DE ACREEDORES. REGIMEN SUSTANTIVO Y PROCESAL.</b>	<b>27</b>
.....	27
<b>1.1. Antecedentes históricos del Derecho Concursal.....</b>	<b>27</b>
1.1.1. Breve referencia histórica al caso español .....	41
<b>1.2. Regulación del concurso en la LC 22/2003 del concurso de acreedores</b>	<b>46</b>
1.2.1. Visión Panorámica.....	46
1.2.2. Principios Inspiradores .....	52
1.2.3. Presupuestos del Concurso.....	56
1.2.4. Aspectos procesales del concurso de acreedores.....	63
1.2.5. Mención especial a las sucesivas reformas de la LC 22/2003.....	75
<b>II. ANÁLISIS DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CREDITOS EN LA LEGISLACIÓN</b>	<b>91</b>
<b>CONCURSAL. ....</b>	<b>91</b>
<b>2.1. aspectos generales sobre la determinación de la masa.....</b>	<b>91</b>
<b>2.2. especial referencia a la determinación de la masa activa.....</b>	<b>92</b>
2.2.1 De la Composición de la masa activa .....	93
<b>2.3. Composición de la masa pasiva. Clasificación de los créditos .....</b>	<b>97</b>
2.3.1. Créditos contra la masa.....	98
<b>2.4. Créditos concursales.....</b>	<b>102</b>
2.4.1 El principio <i>par conditio creditorum</i> en la legislación concursal. Aspectos generales sobre el fundamento del privilegio.....	102
2.4.2 Aspectos generales sobre el privilegio de los créditos.....	108
<b>2.5. El procedimiento de formación de la masa pasiva: comunicación y reconocimiento de créditos. ....</b>	<b>139</b>
<b>III. EL CREDITO PUBLICO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES. LOS</b>	<b>147</b>
<b>EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO: ESPECIAL REFERENCIA AL</b>	<b>147</b>
<b>CREDITO TRIBUTARIO Y EL DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA DEL</b>	<b>147</b>
<b>PROCEDIMIENTO DE APREMIO .....</b>	<b>147</b>
<b>3.1 Consideraciones generales en torno al crédito publico .....</b>	<b>147</b>
<b>3.2 Principales efectos de la declaración de concurso sobre los créditos....</b>	<b>156</b>
3.2.1 Planteamiento de la cuestión.....	156
3.2.2 Efectos sobre las acciones declarativas contra el patrimonio del deudor .....	157
3.2.3. Efectos sobre los créditos en particular .....	162
<b>3.3 Efectos sobre los acreedores: Autotutela ejecutiva y declaración de concurso .....</b>	<b>165</b>
3.3.1 Sobre la concurrencia del procedimiento administrativo y el proceso concursal.....	165
<b>3.4. Concreción de la ejecución separada del procedimiento de apremio como verdadero privilegio de la Administración Tributaria .....</b>	<b>179</b>
3.4.1. Cuestiones generales.....	179

3.4.2 Terminación del procedimiento de ejecución separada.....	187
<b>IV. EL CREDITO TRIBUTARIO EN EL PROCESO CONCURSAL.....</b>	<b>189</b>
<b>4.1. Consideraciones generales en relación a la clasificación del crédito tributario .</b> .....	<b>189</b>
<b>4.2. La comunicación del crédito público en la formación de la masa pasiva.</b> .....	<b>192</b>
<b>4.3. Créditos tributarios contra la masa</b> .....	<b>198</b>
4.3.1) Créditos por IVA .....	199
4.3.2) Créditos derivados de tributos periódicos .....	202
4.3.3) Créditos por sanciones.....	203
4.3.4) Créditos procedentes de procedimientos administrativos de inspección o comprobación.....	205
4.3.5) Créditos por cantidades defraudadas a la Hacienda Pública. ....	207
<b>4.4 Créditos tributarios con privilegio especial. Art. 90.1 LC 22/2003. El privilegio de la hipoteca legal tácita.</b> .....	<b>208</b>
<b>4.5. Créditos tributarios con privilegio general. Estudio particular de las retenciones y el privilegio general derivado del apartado 4º del art. 91 de la LC 22/2003</b> .....	<b>213</b>
<b>4.6 Créditos tributarios subordinados</b> .....	<b>219</b>
<b>4.7 Especial referencia al funcionamiento del IVA en los concursos de acreedores</b> .....	<b>222</b>
4.7.1 Cuestiones generales.....	222
4.7.2 Problemas particulares que supone el IVA en el concurso de acreedores .....	224
<b>V. LA HACIENDA PÚBLICA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.....</b>	<b>235</b>
<b>5.1. Consideraciones generales entorno a la Hacienda Pública y el concurso</b> .....	<b>235</b>
<b>5.2 El Privilegio del artículo 91.7 de la LC 22/2003.</b> .....	<b>239</b>
<b>5.3 La hacienda pública en la fase de resolución del concurso.</b> .....	<b>244</b>
5.3.1 Fase de Convenio.....	244
5.3.2. Fase de liquidación.....	251
<b>5.4 Hacia una nueva visión del concurso: La figura del mediador concursal</b> .....	<b>254</b>
5.4.1 Cuestiones generales sobre la mediación en la LC 22/2003. ....	254
5.4.2 La figura del mediador concursal.....	262
<b>5.5. Comentario a la posición del TJ Union Europea y la Comisión sobre la posición de la Hacienda Pública en el concurso de acreedores.</b> .....	<b>276</b>
5.5.1 Cuestiones generales sobre los convenios con Hacienda y las ayudas públicas de Estado .....	276
5.5.2 Limites para la consideración del convenio como ayuda publica.....	278
5.5.4. Breve reflexión comparativa con los países del entorno de la Unión Europea.....	286
<b>VI. CONCLUSIONES.....</b>	<b>291</b>

<b>VII. BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>299</b>
<b>VIII. ANEXO JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>313</b>



## INDICE DE ABREVIATURAS

AAVV Varios autores  
AEAT. Agencia Estatal de la Administración Tributaria.  
AEDAF. Asociación española de asesores fiscales.  
AJM. Auto del Juzgado de lo Mercantil.  
Art. Artículo.  
BOE. Boletín Oficial del Estado.  
CC. Código Civil.  
CCom. Código de Comercio.  
CE. Constitución española.  
CEE. Comunidad Económica Europea.  
Coord. Coordinador.  
CP. Código Penal.  
DGRN. Dirección General de los Registros y del Notariado.  
DGT. Dirección General de Tributos.  
Dir. Director.  
Ed. Editorial.  
EM. Exposición de Motivos.  
ET. Estatuto de los Trabajadores.  
IAE. Impuesto de actividades económicas.  
IBI. Impuesto sobre bienes inmuebles.  
IGIC. Impuesto general indirecto canario.  
IRNR. Impuesto sobre la renta de no residentes.  
IRPF. Impuesto sobre la renta de las personas físicas.  
IVA. Impuesto sobre el valor añadido.  
IS. Impuesto de sociedades.  
IVTM. Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica.  
LC. Ley Concursal.  
LCJ. Ley de conflictos jurisdiccionales.  
LEC. Ley de enjuiciamiento civil.  
LGP. Ley General Presupuestaria.  
LGT. Ley General Tributaria.  
LH. Ley Hipotecaria.

LJCA. Ley de la jurisdicción Contencioso-administrativa.  
LIRPF. Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas.  
LIVA. Ley del impuesto sobre el valor añadido.  
LIS. Ley del impuesto de sociedades.  
LOPJ. Ley orgánica del poder judicial.  
LPH. Ley de propiedad horizontal.  
LSA. Ley de sociedades anónimas.  
LSC. Ley de sociedades de capital.  
LRJAPAC. Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común.  
Núm. Número.  
Op. cit. Obra citada.  
Pág. Página.  
PGC. Plan General de Contabilidad.  
Reglamento CE. Reglamento de la Comunidad Europea.  
RD. Real Decreto.  
RGAT. Reglamento general de actuaciones tributarias.  
RGR. Reglamento general de la recaudación.  
RGRSS. Reglamento general de la recaudación de la Seguridad Social.  
RGRST. Reglamento del régimen sancionador tributario.  
RIVA. Reglamento del impuesto sobre el valor añadido.  
SA. Sociedad Anónima.  
SAN. Sentencia de la Audiencia Nacional.  
SAP. Sentencia de la Audiencia Provincial.  
Seg. Soc. Seguridad Social.  
SJM. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.  
SL. Sociedad Limitada.  
Ss. Siguietes.  
STC. Sentencia del Tribunal Constitucional.  
STCJ. Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.  
STS. Sentencia del Tribunal Supremo.  
STSJ. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.  
TEAC. Tribunal económico administrativo central.  
TEAR. Tribunal económico administrativo regional.

TGSS. Tesorería General de la Seguridad Social.

TRLHL. Texto refundido de la Ley de Haciendas locales.

Vid. Véase.

Vol. Volumen.



## INTRODUCCIÓN

Durante años la posición que la Administración Tributaria ha ostentado en el seno de los procedimientos concursales ha sido considerada de privilegio, particularmente en los casos en los que ésta actuaba en defensa de sus propios créditos. Tanto es así que, en ocasiones, podría entenderse que ese tratamiento privilegiado se deba a que su situación no es la de un acreedor común.

Tal condición hace necesario cuestionarse el papel que la Administración Tributaria desempeña en el proceso concursal, y así tratar de aclarar si la condición de la Administración tributaria es la de un acreedor común o si, por su parte, ostenta de verdad una condición de acreedor privilegiado. Se trataría, pues, de comprender, en última instancia, el espíritu del legislador para fundamentar ese privilegio.

En este sentido, no puede obviarse el delicado equilibrio que la Administración ha de mantener para conciliar los dos aspectos fundamentales que la empujan a defender el interés público: de una parte, el mantenimiento del tejido productivo del país, que requiere una ley concursal flexible en defensa de los acreedores y, de otra, la necesidad de recaudación para poder hacer frente a los gastos que nutren y posibilitan las estructuras sobre las que se ha construido nuestro Estado de Derecho. En definitiva, se trataría de delimitar de algún modo, desde el punto de vista fiscal, la frágil y delicada línea que perfila el no poco ambiguo concepto de interés común.

Posiblemente, parte de la responsabilidad de esta situación de confusión tenga su origen en la propia legislación, que no resulta excesivamente clarificadora. Así, ya desde la publicación de las normas que debían regular dichas situaciones, tanto la Ley General Tributaria 58/ 2003<sup>1</sup> como la Ley Concursal 22/ 2003<sup>2</sup>, surgen evidentes problemas de armonía entre ellas. La evidente coincidencia en el tiempo de ambas normas podía suponer una pretendida coordinación entre sus preceptos que, sin embargo, han ocasionado una fuente innumerable de litigios dando lugar a una extensa recopilación jurisprudencial por parte de los Juzgados mercantiles.

---

<sup>1</sup> En adelante LGT 58/2003.

<sup>2</sup> En adelante LC 22/2003.

Junto al marco socioeconómico en el que se produce la aprobación de la nueva legislación concursal, hemos de considerar la problemática de la naturaleza del crédito tributario y particularmente los que pueden ser considerados créditos contra la masa. Se abre así un amplio abanico de posibilidades en cuanto al momento determinante del nacimiento de la deuda concursal, puesto que es posible la clasificación de créditos tributarios devengados, pero no exigidos, a la fecha de declaración del auto del concurso fundamentalmente, por la naturaleza periódica de los mismos.

Si hubiera que destacar un elemento innovador de la LC 22/ 2003 podría ser la clasificación de los créditos y los privilegios inherentes a los mismos: el privilegio puede proceder no sólo de la clasificación jurídica que se les otorgue a los créditos sino otros de carácter procesal y material. En el caso de los créditos tributarios, estas prerrogativas se conceden por ejemplo, en materia de comunicación y reconocimiento de créditos, pero, sin duda, la mayor polémica se centra en el derecho de ejecución separada de los embargos administrativos. El artículo 77 de la LGT recoge el derecho de prelación general que ostenta el crédito tributario con el que se erige de manera preferente frente a todos los demás acreedores de un mismo deudor, salvo que se tratara de acreedores que disfrutaran de garantía real inscrita, o de ciertos créditos de los trabajadores. El mismo trato recibiría la prerrogativa de la Administración para proceder por sí misma contra el patrimonio de su deudor a través del procedimiento de apremio.

Examinada la condición del crédito tributario en todas sus posibles versiones en el seno del concurso, se hace necesario atender a las soluciones legales previstas para la terminación del mismo, como son el convenio y la liquidación. Esta cuestión asume una mayor relevancia en la consideración de las últimas reformas de la LC 22/ 2003, donde se refuerza el convenio como la solución normal del concurso.

En este punto son verdaderamente ilustrativas las aportaciones de PULGAR EZQUERRA al poner de manifiesto que aun cuando no existe una declaración sobre los fines del concurso, si se establece que la finalidad del mismo no es el saneamiento o restablecimiento del equilibrio financiero-patrimonial de las empresas. El objetivo es la conservación de las empresas como medio para

satisfacer los intereses crediticios<sup>3</sup>.» Es decir el fin principal de nuestro ordenamiento concursal no es otro que el de satisfacer a los acreedores y, considerando que el objeto del proceso concursal no es efectivamente el saneamiento empresarial, sí puede entenderse -o al menos conjugarse- como instrumento que permita la reestructuración empresarial.

En la misma línea se ha apuntado que con la LC 22/ 2003 se evoluciona de una concepción liquidativa a un derecho conservativo, y así las reformas de 2009 y de 2011 han intentado buscar una solución a las liquidaciones de empresas que desde la crisis económica se han producido en España. La idea es fomentar acuerdos de reestructuración preconcursales, apoyar la refinanciación de empresas en crisis a través de la concesión de privilegios concursales al crédito concedido en el marco de estos acuerdos. Favorecer incluso la continuación de la actividad en los casos en que no se alcance un convenio entre el deudor y los acreedores<sup>4</sup>.

La LC 22/ 2003 superaba las antiguas diferencias que se producían entre la declaración de suspensión de pagos y la declaración de quiebra, pero de algún modo aún permanece presente la idea de identificar el concurso de acreedores con la liquidación empresarial, y ello pese al intento del legislador de evitar la destrucción empresarial que supone esta forma de terminación del proceso.

Tales carencias intentan ser superadas por el Decreto-Ley 3/ 2009 y, por la LC 38/ 2011, en especial se centran ambas en la búsqueda de soluciones alternativas ante la evidente ausencia de un procedimiento alternativo al riguroso concurso de acreedores, el elevado coste -temporal y económico- de la iniciación del concurso de acreedores y la ruptura del principio *par condicio creditorum*.

El primer intento fue efectivamente el que realiza el Decreto-Ley 3/ 2009 y, como subrayó su Exposición de Motivos, la primera razón de aquel texto fue la previsión de los denominados «*acuerdos de refinanciación*». Con la LC 38/ 2011 se avanza hacia ese «concurso alternativo», si bien finalmente resulta insuficiente.

---

<sup>3</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; «*La declaración del concurso de acreedores*», Ed. La Ley, Madrid, 2005, pág. 147

<sup>4</sup> PULGAR EZQUERRA, J.; «*Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación*», en VVAA. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la LC 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*. DIRS. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA, Y PULGAR EZQUERRA, J.; Ed. Dilex, Madrid, 2003, pág. 435.

El alto coste que supone el acceso del empresario al concurso de acreedores, se convierte en un verdadero obstáculo, más aún cuando este debe probar su endeudamiento y estado de insolvencia, ya que retrae a las empresas y en definitiva limita lo que debiera ser un camino más sencillo para facilitar el cauce a las reestructuraciones empresariales. En esta misma línea, y probablemente impulsados por las numerosas modificaciones que se han producido en el ámbito concursal de nuestros países más cercanos, el siguiente paso en nuestro ordenamiento ha sido la creación del denominado *acuerdo extrajudicial de pagos*.

Este acuerdo extrajudicial es un mecanismo de negociación de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, con el objetivo de evitar el empobrecimiento y frustración que genera el concurso en el empresario e impide el inicio de un nuevo proyecto.

Así se crea un procedimiento, flexible que dirige un mediador concursal, al que el preámbulo de la ley llama negociador, y al que otorga la responsabilidad de impulsar los trámites necesarios del procedimiento, así como de, ante el fracaso del procedimiento, instar la declaración de concurso.

Es precisamente esa protección del interés general, la mayor dificultad para la ponderación del protagonismo o la supremacía que ha de tener en el ordenamiento, bien la LGT 58/ 2003, bien la LC 22/ 2003. El interés general puede ser el sostenimiento del gasto público, pero también puede observarse como la conservación de la empresa, el tejido empresarial y en definitiva el mantenimiento de los puestos de trabajo. Es necesario fijar un parámetro en el que fundamentar la posibilidad de atribuir la categoría de interés superior a unas u otras pretensiones.

Para ello se han examinado todos los puntos de fricción y expresado la solución adoptada en la realidad jurídica actual de nuestro ordenamiento bien a través de la jurisprudencia desarrollada por los Juzgados de lo Mercantil o incluso el Tribunal Supremo, o bien por la que se considera la postura doctrinal mayoritaria, ponderando los posibles perjuicios a los diferentes actores del concurso.

Son cinco capítulos en los que se abordado la complejidad de la normativa concursal, conjugada con la propia especialidad de la norma tributaria.

El Capítulo I trata de realizar una breve evolución del derecho concursal, remontándonos a la Antigua Roma y haciendo especial referencia a las primeras normas que se produjeron en España relativas a la materia; Se considera necesaria la revisión de la evolución histórica más remota y a la vez más reciente para posicionar la realidad del problema y la esencia del espíritu de la norma concursal. Así cobra especial importancia el estudio de la Exposición de Motivos de la LC 22/ 2003 en la que se pone de manifiesto la intención del legislador y el trípode sobre el que se asienta la modernización del derecho concursal español.

Sin dejar de ser una mera aproximación, el primer capítulo pone de manifiesto las principales cuestiones sobre la competencia del Juez del concurso, la solicitud del mismo y los efectos que produce la declaración del mismo.

El estudio general de la norma concursal precisa, de una revisión constructiva de las principales reformas de la LC 22/ 2003 .Las reformas se consideran un esfuerzo constante y continuo de mejora, en definitiva la pretensión de incorporar seguridad jurídica a la compleja y cambiante realidad, que se manifiesta cotidianamente a través de la superación de sus defectos y dificultades.

Con el objetivo de abordar con verdadera rigurosidad el problema planteado en cuanto a la posición de los créditos tributarios en el concurso de acreedores, en el Capítulo II se ha llevado a cabo un estudio sistemático de la clasificación jurídica de los créditos reconocidos. De la misma manera en este capítulo se consideran relevantes los efectos procesales de la clasificación del crédito. Se realiza una aproximación a la determinación de la masa activa, teniendo en cuenta las reglas generales de la formación de la masa y las principales excepciones y especialidades, así como las circunstancias en torno a la formación del inventario.

El Capítulo III se dedica al crédito público y la concreción de los rasgos de identidad del mismo. Identificar el crédito público puede producirse por la propia naturaleza del mismo, que nace *ex lege* con una voluntad de satisfacer el interés público, como es el caso del tributo, o bien por la naturaleza del acreedor público.

En este capítulo III cobra especial importancia y así adquiere la condición de privilegio de la Hacienda Pública, la posibilidad de continuación de los procedimientos de apremio administrativo pese a la prohibición general de

continuar con los procesos de ejecución individual una vez ha sido declarado el concurso. Se analiza el ámbito de aplicación de esta excepción a la suspensión de ejecuciones. Podrán continuar todos los procedimientos administrativos de apremio, ya sean tributarios o de otra clase, siempre que con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso ya se hubiera dictado diligencia de embargo que recaiga sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional.

Estos procedimientos podrán continuar hasta la aprobación del plan de liquidación, y de tal modo debemos saber en qué modo pueden continuar, cuál es la norma aplicable a la forma y al fondo de asunto, así como cuál es la autoridad competente para su conocimiento. El procedimiento puede continuar hasta que se procede a la enajenación del bien trabado y la aplicación del resultado de la ejecución, teniendo en cuenta que los demás interesados pueden exigir ser pagados con cargo al resultado de la ejecución en virtud de la interposición de tercería de mejor derecho. Esta capacidad conocida como la autotutela ejecutiva de que disfruta la Administración, no solo la ostenta contra el deudor tributario, sino también contra aquellos a los que ha configurado como responsables legales del pago de la deuda tributaria.

En el Capítulo IV abordamos la realidad práctica del crédito tributario y cómo la Administración Tributaria se enfrenta ante la insolvencia declarada del deudor concursal. La casuística se complica incluso hasta niveles que han requerido la adaptación y reforma de la ley. El crédito por retenciones, los intereses de demora, y en realidad las distintas tipologías del crédito tributario serán examinadas y puesta de manifiesto, con especial interés en el estudio referente al IVA, y todos los problemas derivados del ingreso, devolución y rectificación de facturas.

El último capítulo, es quizás, el más novedoso puesto que la participación de los acreedores públicos en los procedimientos de insolvencia constituye una realidad en nuestro sistema jurídico y económico. Analizar el peso y la participación del mediador en la solución convencional es altamente significativo.

Lo más interesante es entonces conocer el *modus operandi* de estos acreedores frente a los acreedores privados. Con ocasión de la normativa reguladora de la Administración Pública establecer las líneas definitorias de esa actuación, así como el hecho de que las normas sobre Derecho de la competencia

puedan sino impedir al menos limitar , con carácter general, la solución negociada de la crisis empresarial, tanto en su fase preconcursal, como durante el procedimiento de insolvencia, ya que, una reducción o un aplazamiento en el pago de las deudas con la Administración Pública supondría, en perjuicio del resto de operadores del mercado en general, y de sus competidores en particular, una ventaja económica a dicha empresa en crisis. En este contexto se plantea la problemática concursal de los acreedores públicos, que, como consecuencia de lo anterior, también afecta, lógicamente, al Derecho de la competencia.

Finalizamos con un apartado de conclusiones con el fin de resaltar en aquellos aspectos más conflictivos de entre los estudiados previamente. Trata este capítulo de conclusiones de dar una visión general de los aspectos que se han considerado vitales y presentar una visión crítica de los aspectos que entendemos debieran ser mejorados. Desde luego, el tema elegido y su tratamiento no supone un acotamiento definitivo del tema, quedando abierta la posibilidad en un futuro de desarrollar nuevas líneas de estudio y trabajos de investigación.



## I. EL CONCURSO DE ACREEDORES. REGIMEN SUSTANTIVO Y PROCESAL.

### 1.1. Antecedentes históricos del Derecho Concursal.

Para poder comprender la esencia, estructura y procesos que rigen el concurso de acreedores, se hace necesario conocer los orígenes que dieron lugar al mismo, así como la propia evolución de las normas mercantiles que nos ocupan dentro de esta cuestión.

La insuficiencia de patrimonio para afrontar las deudas de su titular es una historia tan antigua como la propia de la civilización. En las sociedades de los diferentes periodos históricos la búsqueda de soluciones jurídicas a los casos de incumplimiento de la obligación del crédito ha sido una constante caracterizada por la necesidad común de regular sobretodo, aquellos supuestos de pluralidad de acreedores.

En relación al Desarrollo Histórico del Derecho Concursal no podemos afirmar que con anterioridad a Roma existiesen instituciones que pudieran ser identificadas como germen del mismo; incluso podemos decir que, en puridad, no se encontraba en él, una regulación clara del Derecho Concursal<sup>5</sup>; aunque de la regulación del cumplimiento de las obligaciones expresadas en el mismo, se pueden apreciar muchas de las notas características del Derecho Estatuario Medieval, precisamente a través del instituto de la quiebra<sup>6</sup>.

La omisión del estudio de las instituciones anteriores a la cultura romana se fundamenta en el desconocimiento de datos precisos<sup>7</sup>. Aún así con carácter previo a la cultura romana, en ciertos pueblos situados a las orillas del Tigris y

---

<sup>5</sup> MARTÍNEZ TABOAS, T.: *Regulación histórica de la quiebra hispánica. De la antigüedad a la Edad Media*. Tirant lo Blanch, 2008, pág. 10.: «Veremos cómo originariamente lo que existieron, en realidad, fueron propiamente medidas de ejecución, que recaían bien sobre la persona del deudor, entre las que figuraban algunas muy crueles como- el sometimiento a castigos físicos, entre los cuales se hallaban la tortura, la prisión, incluso la muerte-, bien sobre su patrimonio, que se tomaba en virtud del incumplimiento de sus obligaciones crediticias.»

<sup>6</sup> PULGAR EZQUERRA, J.: *La Declaración del Concurso de Acreedores*, Ed. La ley 2005, pág.39

<sup>7</sup> GIMÉNEZ ANZOLA, H. «Notas sobre los orígenes históricos de la ejecución singular y de la quiebra», *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, nº31, 1962, págs. 125 -126. : «No se conocen datos precisos sobre ejecuciones colectivas y menos sobre quiebras en los pueblos que se desarrollaron entre el Tigris y el Éufrates, así como tampoco Egipto, India, Palestina».

Éufrates se desarrollaron sistemas que buscaban la responsabilidad del deudor con medidas como la venta como esclavo o castigos de carácter personal<sup>8</sup>.

Si bien es cierto que no disponemos de fuentes directas de conocimiento, predecesoras del Derecho Romano, si podemos intuir en textos como el Antiguo Testamento, aspectos interesantes sobre la regulación de la pluralidad de deudas<sup>9</sup>.

Aún así, existen supuestos que pueden considerarse de ejecución singular y que quedan contemplados en documentos como las Leyes de Esnunna<sup>10</sup> de la zona de Mesopotamia, y más concretamente en el Código de Hammurabi<sup>11</sup> en el que se regula el embargo ilegal y se establecen los requisitos del embargo legal, incluso con posibilidad de cautividad para el deudor.

Realizaremos entonces una revisión a través del Derecho Romano y sus distintas épocas. Comenzando por su fundación en el 753 a.C. hasta la caída del imperio con la muerte del emperador Justiniano en 565 d.C.

Durante este tiempo se fueron configurando distintos procedimientos

---

<sup>8</sup> ZAMBRANA MORAL, P.: *Historia jurídica: valoraciones crítico-metodológicas, consideraciones doctrinales alternativas y espacio europeo* (Zaragoza-Barcelona, Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Málaga, 2006), pág. 284: «En el Deuteronomio, se explican las formalidades con las que el acreedor debe cobrar las compensaciones, dándosele mayor importancia al hecho de que debe tratar misericordiosamente al deudor, independientemente de la gravedad del daño cometido, también a la hora de exigirle la compensación, debe hacerlo de tal manera que pueda administrar sus recursos para su mera subsistencia, al menos».

<sup>9</sup> Podemos ver en Mt 17, 25-34, en donde se reseña lo sucedido con un deudor de diez mil talentos: «cómo no tuviera con qué pagar, mandó el señor que fuera vendido él, su mujer y sus hijos y todo cuanto tenía, entonces el siervo arrojándose a sus pies, le suplicó diciendo: ¡paga lo que debes! El compañero arrojándose a sus pies, le suplicó diciendo: ¡Ten paciencia conmigo y te pagaré! Pero el no quiso, sino que fue y le metió en la cárcel hasta que pagare la deuda. Encolerizado su señor, le entregó a sus verdugos hasta que pagase lo que debía.

<sup>10</sup> ZAMBRANA MORAL, P.: «*Derecho Concursal Histórico, I: trabajos de investigación, Barcelona 2001.*» *Respecto a las Leyes de Esnunna* (arts. 6 y 22 a 24), donde se plantea el supuesto de un embargante sin derecho que retenía ilegalmente bienes, esclavos o incluso la esposa o hijo de otro. En el Código de Hammurabi se preveía el pago de la deuda mediante la venta de la esclava o su entrega, así como otras medidas.

<sup>11</sup> Ley 113, Código de Hammurabi, ed. G. FATÁS, (basada en la ed. De Joaquín Sanmartín, Trotta, Barcelona, 1999). <http://www.unizar.es/hant/Fuentes/Hammurabi.pdf> consultado el 24 de julio de 2013.: «Si uno tiene un crédito de trigo o de plata contra otro y si en ignorancia del propietario del trigo, en la gavilla o en el granero, ha tomado trigo, este hombre es culpable de haber tomado trigo en la gavilla o en el granero en ignorancia del propietario del trigo, y devolverá tanto trigo como haya tomado y perderá todo lo que había dado.»

(algunos que subsistieron paralelamente, otros que sustituyeron o modificaron a los más antiguos) aplicables todos ellos a hacer efectiva la responsabilidad del deudor, ya fuera en su persona, o en su patrimonio.

La ejecución, cómo sanción personal, se consideró la más antigua de las vías ejecutivas. Sirvió para que el acreedor pudiera decidir sobre el futuro del deudor. El deudor insolvente podía someterse a servidumbre personal y de esa forma trabajar para el acreedor pagando a lo largo del tiempo sus deudas. Pero existía también la posibilidad de obtener liquidez inmediata ya que el deudor devenía en esclavo y por tanto objeto de comercio.

Lo que verdaderamente preocupa en el Derecho Romano es el hecho del incumplimiento de las obligaciones, sin tomar en consideración más elementos, por lo que no existen concursos como tales sino institutos que persiguen el cumplimiento forzoso de las obligaciones que no se producen de forma voluntaria. El origen de la obligación se puede situar en el Derecho Romano<sup>12</sup>, si bien, el primitivo Derecho Romano no conoció el término literal, sino que los romanos, hablaban de *nexum*<sup>13</sup>.

El tema de la ejecución se ha vinculado históricamente a la necesidad de constreñir al deudor a cumplir una sentencia pronunciada y, pese al hecho de que la instauración de un proceso declarativo supusiera la desaparición de la venganza privada, esta renace de algún modo cuando se fuerza el cumplimiento de la obligación principal a través de la declaración judicial.

En la fase más remota del Derecho Romano, era de aplicación la disciplina del *ius civile*, derecho que caracterizó el ámbito del cumplimiento forzoso de las obligaciones. Durante esta primera fase, se introdujo en el ámbito privado, el denominado «*sistema de auto tutela*», reforzado en la fase más avanzada del *ius civile*, donde se produce la evolución hacia un sistema de control por los poderes públicos. Por otro lado, se reconocen originariamente, los institutos de ejecución

---

<sup>12</sup> ALEMÁN MONTERREAL A.: «La insolvencia: una cuestión de terminología jurídica. Colección internacional» en *Ciencia y Pensamiento Jurídico, Sección de Estudios y análisis Jurídicos*, nº1 (Dir: Ramón P Rodríguez Montero) Andavira, pág.979: «...obligatio, definiéndose como un vinculum iuris que da lugar a una relación jurídica obligatoria formada de un lado por un acreedor que es titular de un derecho subjetivo de crédito, y un deudor que es sujeto de un deber jurídico (deuda) frente al acreedor.»

<sup>13</sup> BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, Tubinga, 1909, Festum, pg 3: «Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obligatur».

forzosa para el cumplimiento de las obligaciones. Estos se llevaban a cabo a través de un proceso que evolucionó, desde los institutos ejecutivos de carácter personal a los institutos de carácter patrimonial.

El sistema de auto tutela consideraba que eran los propios titulares del derecho de crédito lesionado a causa del incumplimiento del deudor, es decir los acreedores, quienes debían asumir la protección de su derecho, con la facultad de decidir a través de qué medio se llevaba a cabo su cumplimiento. Podemos decir entonces que el sistema de auto tutela es considerado, cómo la forma más antigua de amparo jurídico frente al incumplimiento del deudor de sus obligaciones, superando incluso la protección de los derechos de crédito mediante la fuerza bruta de los particulares. Sin embargo, en la fase del *Derecho Quirritario*<sup>14</sup>, y en la fase más remota del *ius civile*, se encuentran vestigios del sistema de cumplimiento forzoso de las obligaciones.

Con base en las XII Tablas (450 a.C.) la fórmula de la *Manus Iniectio*, permitía al acreedor intimar a su deudor quien en el plazo de 30 días debía satisfacer la deuda, de no hacerlo el acreedor podía apresarlo y encadenarlo. En este contexto privativo de libertad personal, se llevaba al mercado durante tres días consecutivos, donde declaraba su deuda, con el fin de enterar a otros acreedores y permitir que apareciera un *vindex*, el magistrado le declaraba *addictus*<sup>15</sup>, en cuyo caso el acreedor podía venderlo como esclavo o asesinarlos,

---

<sup>14</sup> PASCUAL QUINTANA, J.M.: *En torno al concepto de Derecho Civil*. Ediciones Universidad de Salamanca. 1959. «El primitivo Derecho Quirritario o Derecho de clases. Esta denominación la empleamos en el sentido de ciudadanía, impuso el nacimiento de una serie de instituciones jurídicas, muy interesantes, que regulasen las relaciones entre extranjeros o de estos con ciudadanos romanos; al principio como reglas aisladas, posteriormente formando un conjunto normativo; junto al vetusto *ius civile* Gayo, en sus Instituciones, nos habla de un derecho común: «así, pues, el pueblo romano usa en parte su propio Derecho, y en parte el Derecho común de todos los hombres», basado en la razón natural. El decurso del tiempo exigirá concretamente la creación de un Derecho que corrija y supla las lagunas del *ius civile*, y para lo cual nació el *ius gentium*».

<sup>15</sup> HANISCH ESPINDOLA H., «Vestigios procesales en Tito Livio y el Nexum »en *Revista de estudios histórico-jurídicos*. núm. 3, 1978 pág. 65 y ss: El procedimiento ejecutivo reviste el carácter de un juicio que tiene por finalidad hacer reingresar al patrimonio del acreedor una cosa o su valor reclamado o el monto de un crédito. Esta situación de deduce y se hace necesaria en razón de estar declarado o establecido el derecho, respecto del cual no hay duda de su procedencia, sea que un litigio declarativo previo lo haya reconocido así, al que los romanos llamaban primitivamente iudicatum y posteriormente de un modo

situación esta última que se complicaba cuando entre varios acreedores, se permitía incluso el descuartizamiento.

La regulación de este sistema viene determinada por el contexto sociopolítico correspondiente al primer periodo romano, en el cual, el poder del estado se encuentra debilitado, justificándose de esta manera que no haya intervención por los poderes públicos para proteger los derechos de crédito de los acreedores. De este modo, la *Manus Iniectio*, es una institución que da origen a la ejecución permanente, procediendo en los supuestos, en los cuales el deudor no pagaba, siempre que la deuda fuera reconocida por sentencia, o a través de confesión propia del deudor, otorgándole de este modo derecho al acreedor a practicar la institución de la *Manus Iniectio*<sup>16</sup>.

Para evitar la *Manus Iniectio*, el deudor tenía dos opciones: una, pagar la deuda y otra, presentar un *Vindex*<sup>17</sup>, que era una persona equivalente a un abogado que le representara en el pleito o que incluso se hiciera responsable por propia voluntad de la deuda y la cubriera.

---

más técnico actio iudicati; o que las leyes hayan determinado para el acreedor una posición tal que proceda de inmediato y sin más trámite la ejecución.

<sup>16</sup> URQUIZU, Ó. J., «*La quiebra y el concurso de acreedores: origen, recepción y pervivencia en el sistema jurídico español.*» <http://roderic.uv.es/jspui/bitstream/10550/27861/2/> TESIS.El origen remoto de la institución cabe hallarlo en una ley de las XII Tablas, en la que se permitía la ejecución personal del deudor insolvente –nexus- por su acreedor, siendo sus efectos moderados, posteriormente, por una lex –lex Poetelia Papiria et lex Iulia- en la que «sólo se podía retener en la cárcel a los deudores pobres. Y para liberar a los perjudicados deudores de las molestias de la cárcel, los indulgentes emperadores procuraron establecer el asilo de la cesión de bienes, de modo que los deudores, cautivos y encarcelados, fueran liberados de la mala y cruel estancia de la cárcel. De donde el infeliz deudor perjudicado era liberado, por el beneficio de la cesión de bienes, incluso, si expresamente estaba obligado a la cárcel». Aparece regulada en la ley de las XII Tablas (451-449 a. C) así se refiere Aulo Gelio en sus Noctes Atticae, y funcionaba como acción ejecutiva con la que se presionaba al deudor a pagar una sentencia que a tiempos remotísimos fue siempre pecuniaria.

<sup>17</sup> MARTINEZ TABOAS, T. :op.cit., 2008. «El vindex o garante lo identificamos con una persona de reconocida capacidad económica, o por lo menos que tuviera la suficiente para poder hacerse cargo de la deuda. Aunque el podía si lo estimaba oportuno formular oposición a la ejecución al Magistrado, debido a que el deudor con su situación, estaba imposibilitado para asumir su propia defensa en juicio. Pero también es cierto, en virtud de lo establecido en el capítulo 61 de la Lex Coloniae Genitiva Iuliae que si el Vindex no lograba llegar a demostrar la improcedencia de la manus iniectio.»

Estos derechos de decisión de los que gozaban los acreedores fueron desapareciendo y se terminó por consolidar el sistema de la servidumbre personal por deudas. De esta forma el deudor trabajaba forzosamente para el acreedor (tenía cierta limitación a su libertad personal), pero permitía que en el transcurso del tiempo pudiera pagar sus obligaciones.

La desaparición de la *Manus Iniectio* se produce con el surgimiento de la *Lex Julia De Cessione Bonorum*, la institución de la *Pignoris Capio* y la *Lex Poetelia Papiria*<sup>18</sup>.

La *Lex Poetelia Papiria*, introdujo el *juramentum Bonae Copiae* por el que el deudor aseguraba no tener bienes para cubrir la deuda en el momento presente, pero si podía recaudarlo en un plazo posterior. De esta forma se mejoraba la posición del deudor ya que sin tener que permanecer encadenado, encarcelado o vendido, con su trabajo personal podía resarcir al acreedor:

VARRON , *de ling, lat. 7, 105: liber qui suas operas in servitudinem pro pecunia quam dat, nexus vocatur ut aere obaeratus*<sup>19</sup>.

Debemos también señalar otra institución importante, en beneficio del acreedor que fue la *la missio in possessionem* o puesta en posesión de los bienes, que fue un tipo de embargo cuando existían motivos de que el deudor saliera de Roma, se solicitaba al pretor y éste la autorizaba.

Dentro de esta figura surge de igual modo el reconocimiento de la pluralidad de acreedores, puesto que el magistrado junto con el

---

<sup>18</sup> GARCÍA MORCILLO, M., *Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privada*. Ediciones Universitat Barcelona, 2005. «Esta ejecución de carácter personal sería con el tiempo sustituida por una simplemente patrimonial. Tal evolución queda patente ya en la conocida como *Lex Poetelia Papiria*, datable con probabilidad en el siglo IV a.C. y aludida en numerosas fuentes literarias. La *lex* admitía la posibilidad de que el deudor evitara la ejecución personal entregando al acreedor el derecho sobre sus bienes».

<sup>19</sup> ZAMBRANA MORAL P., [www.biblioteca.uma.es/bbl/doc/tesisuma/16276115.pdf](http://www.biblioteca.uma.es/bbl/doc/tesisuma/16276115.pdf).: Tito Livio explica la desaparición de la esclavitud por deudas en Roma a partir de una historia en la que un acreedor lujurioso, Lucio Papirio, se dirigía a un esclavo por deudas (*nexum*) que se había presentado en lugar de su padre y que había sido visto por todo el pueblo de Roma, saliendo de la casa del acreedor, recibiendo maltratos; ante lo cual el pueblo se compadece del joven esclavo y se manifiesta con revueltas, gracias a las cuales la esclavitud por deudas es abolida con éxito.

desapoderamiento nombraba a un administrador de los mismos en interés de todos los acreedores. Podemos entonces identificar aquí la evolución del sistema de crédito personal al modificarse la ejecución a un carácter patrimonial.

Con la llegada del fin del periodo Republicano se promulgó la *lex Aebutia*, la cual crea como procedimiento de ejecución patrimonial la *bonorum venditio* que consistía en la subasta pública de los bienes del deudor para la satisfacción del interés pecuniario del acreedor y que permitió, la *missio in bona debitoris*, un embargo de los bienes del deudor con exigencia de una sentencia condenatoria y el incumplimiento de la obligación correspondiente<sup>20</sup>.

El acreedor podía así solicitar la liquidación de los activos necesarios ante el magistrado mediante la *venditio bonorum*. Se publicaba en un edicto del pretor y se procedía a la designación del *curator bonorum* que podría ser designado como sujeto fiduciario de los bienes. Este sistema continuó evolucionando hacia otro sin tantos intermediarios, a través de la solicitud de un acreedor ante el pretor o gobernador, admitían la petición y ordenaban la confiscación de los bienes del deudor, este gestionaba la custodia y administración de los activos (*missio in possessionem*) o su enajenación (*missio in bona*), ello lo hacía en beneficio de todos los acreedores cuyos derechos se habían hecho valer. Los acreedores se comprometían así a nombrar un *bonorum magister* para la realización y liquidación de los bienes como una universalidad mediante su cesión. El adquirente cesionario (*bonorum emptor*) es un sucesor universal inter vivos del deudor y debe

---

<sup>20</sup> PULGAR EZQUERRA, J., op.cit. 2005, Pág. 45. «La Bonorum Venditio se desarrollaba mediante, la *mission in bona* o *missio in possessionem rei servandae causa*. La *missio* era cuando el deudor hacía la cesión de bienes, los cuales podían ser vendidos posteriormente, o en otro supuesto, el deudor podía ser condenado por sentencia y en cuyo caso, si el condenado no se defendiera o se ausentaba era aplicada la *Missio en Bona*, en la que se Producía la venta de los bienes del deudor en la subasta pública. La ausencia del deudor podía deberse a varias razones, entre otras por la renuncia del deudor a seguir con el proceso, y si no comparecía cuando debía hacerlo para defenderse, se llevaba a cabo la posible puesta en venta de sus bienes en subasta pública, a excepción de si un representante del deudor lleva a cabo la defensa del mismo, sustituyéndole con su presencia. El mayor interés de los acreedores es la satisfacción de las deudas. La *Missio in Bona*, así como su complementaria, *Bonorum Venditio*, eran institutos de ejecución forzosa de las obligaciones, con carácter mixto patrimonial-personal. En ambos instituciones se aprecia cómo, introducidos en la esfera privada, los acreedores con base en sus intereses, determinan el funcionamiento de ambas instituciones, siendo controlada esta esfera de defensa a través de la persona del pretor, cuyo objetivo principal es garantizar la legalidad del procedimiento llevado a cabo.

pagar, como contraprestación por el patrimonio que adquiere, poniendo ello a disposición de los acreedores. La etapa de distribución entre los acreedores depende del acuerdo entre estos rigiendo la regla del trato igualitario, según su cuota parte (*par conditio omnium creditorum*).

En palabras del autor PEREZ RAGONE La *venditio bonorum*, en general, fue un gran avance: no sólo proporcionaba una mejor garantía y satisfacción a los acreedores, sino que también respetaba más la dignidad del deudor quien respondía con su patrimonio y no con su persona. Sin embargo, tenía una desventaja para el deudor que era muy gravosa y que en sus efectos les generaba de hecho limitaciones serias: se afectaba su honra y la reputación (infamia), especialmente si quedaban deudas pendientes<sup>21</sup>.

En la venta de los bienes, entre los acreedores se nombraba un *magister bonorum*, para proceder a la venta al mejor postor. En el caso de que fueran varios los acreedores, se elegía a uno de ellos como cuidador, designándolo como curador y así podemos decir que se muestra de nuevo la colectividad y el trato de igualdad. Quién se adjudica, se denomina *Bonorum emptor*, que además de comprar los bienes del deudor le sucedía como heredero; el acreedor no satisfecho en la totalidad de la deuda podía perseguir al deudor por los bienes que adquiriera con posterioridad.

Lo que hoy conocemos como convenio de acreedores pudo tener en el Derecho Romano su germen en la figura del *Pactus ut minus solvatur*. Inicialmente se pudo utilizar en los términos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, las conocidas como *hereditas damnosae*, al final se aplicaba a todos los deudores y es cuando hablamos de que apareció el *moratorium*, un convenio entre los acreedores en virtud del cual le concedían un plazo para el pago de sus deudas, tal beneficio podía incluso ser solicitado al emperador directamente por el deudor.

---

<sup>21</sup> PEREZ RAGONE, A.: «La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas naturales: desde la servidumbre e infamia hasta los procesos concursales de consumidores». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 41, dic. 2013. [http://www.scielo.dl/scielo.php?pid=S0718-68512013000200019&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.dl/scielo.php?pid=S0718-68512013000200019&script=sci_arttext). 12 agosto 2014.

Con la llegada de la época imperial, aparece la *Bonorum Distractio*, que permite una venta individual, disminuyendo gastos y acelerando la recuperación del crédito para los acreedores. Durante esta época quedó establecido un plazo de prescripción para aquellos acreedores que no compareciesen en el plazo de dos o cuatro años, ya que de ese modo perdían el derecho a ejercitar cualquier clase de acción.

Durante el mandato de Julio Cesar, entre el 63 a. C. y hasta el 14 d. C. se promulga la Lex Julia, y aparece la figura de la *cessio bonorum*, una institución de cesión patrimonial; con el objetivo de eludir la prisión, se declaraba ante el Juez la puesta a disposición de los bienes, los acreedores no obtenían la propiedad sino la simple posesión, pero unida al derecho de enajenación de las cosas para satisfacer sus créditos.

La *Lex Iulia de bonis cedendis* debe ser considerada con razón como la precursora de la mayoría de nuestras modernas leyes concursales y de insolvencia. No se sabe con certeza si esta reforma tuvo lugar poco antes o poco después del asesinato de Julio César. Este procedimiento puede comenzar a instancias y decisión voluntaria del deudor. Además, se suma a ello el especial resguardo que tendrá la honra y buen nombre de éste, ya que justamente la *cessio bonorum* evita la infamia. En consecuencia, aquella conllevó un cambio histórico en las relaciones entre deudores y acreedores y un equilibrio entre sus intereses por el juego combinado de incentivos. Por su parte el deudor se obligaba a transferir sus bienes al acreedor voluntariamente. Esto daba lugar a la liberación del deudor sin las consecuencias de la mácula social y conservando su honor intacto. El procedimiento es esencialmente lo contrario de la *venditio*. La aplicación de *cessio bonorum* fue desde su inicio limitada en su ámbito de aplicación y con el correr del tiempo también se dejó de emplear<sup>22</sup>.

Todas estas figuras, que hemos visto perfectamente definidas y delimitadas pierden elaboración en la época de Justiniano, si bien el propio procedimiento de ejecución patrimonial pudo ser más preciso. A diferencia del procedimiento clásico, el de esta época, no puede ser iniciado a petición de un solo acreedor, se requieren al menos dos, pese a que el efecto del embargo siga

---

<sup>22</sup> SOZA M<sup>a</sup>. DE LOS ANGELES.: «El bonorum emptor: su posición jurídica». *Procedimiento concursal*. (Madrid, 2008), pág. 147-149.

siendo colectivo; las facultades de los acreedores sobre los bienes se refuerzan por ejemplo a través de la posibilidad de ejercitar actos de administración que anteriormente correspondían al *curator bonorum*. Incluso aparecen los acreedores con facultades muy amplias en el momento de liquidar sin la intervención del curador; que pueden vender de la forma que consideren más conveniente.

Con la caída del Imperio Romano, y las invasiones de los bárbaros, surge una época de inseguridad social, de decadencia y confusión, en la que es complicado encontrar un ordenamiento sistemático, pero hablamos de un nuevo orden económico y social, inLC 22/ 2003 uso político y jurídico con las etapas que suceden entre los siglos IX y X de nuestra era.

Desde fines del siglo IX y hasta el siglo XII, los feudos se constituyeron como principal unidad territorial. Los propios castillos o fortalezas que se construían en torno al feudo supusieron un mal desarrollo de las ciudades, que se mantenían a través de un débil comercio local. Con el fin de las pestes y las epidemias que Europa sufrió sobre finales del siglo X, podemos decir que comienza a renacer el tráfico mercantil.

La reiniciación de este tráfico se insertó en un fenómeno más amplio, en Europa Occidental, que se ha llamado *Renacimiento medieval*. No sólo renació el comercio, sino que se revitalizaron las antiguas ciudades y se constituyeron nuevas; surgió la burguesía, como una nueva clase social; se crearon las primeras Universidades y devino la crisis del feudalismo<sup>23</sup>.

A partir del siglo XII y, sobre todo, del siglo XIII, los reyes y ciertos grandes señores territoriales, consiguieron reforzar su poder. En cada reino, se desarrolló un sistema jurídico propio, con base en las costumbres locales, la legislación real y las decisiones jurisdiccionales<sup>24</sup>.

Comienza a recuperarse la producción agraria, el consumo de bienes y el comercio entra su apogeo. Las ciudades se convierten en el epicentro del sistema económico, surge poco a poco un nuevo orden jurídico en el que el comerciante es el principal protagonista, a través de las prácticas y las costumbres fueron creando su propio derecho, un ordenamiento plenamente subjetivo ya que existe

---

<sup>23</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Derecho Comercial, Parte General*, v. I, p. 9.

<sup>24</sup> GILISEN J., *Introdução Histórica do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian Lisboa, 1986, p 87.

por y para los comerciantes pero en el que surgen incluso los tribunales que han de dirimir las controversias suscitadas<sup>25</sup>.

Paralelamente aparecen los Tribunales de Feria, cuya base también se fundamenta en la costumbre, lo que supone que conjuntamente se vaya conformando un orden jurídico consuetudinario. La equidad se convierte en el epicentro del examen concreto por parte del juez que debe aplicar el derecho consuetudinario, y siempre con referencia a la buena fe del comerciante.

El tratamiento de un deudor insolvente en la tardía Edad Media y comienzos de la Moderna sigue en Europa una serie de alternativas, reglas y principios generales comunes: cesión de bienes a los acreedores, trabajo forzado o servidumbre personal, arresto ya sea privado en dependencias del acreedor, o bien, en prisiones públicas para estos casos. Paralelo a estas medidas existía una sanción que a su vez desempeñaba un rol de medida de coerción (la infamia o vergüenza social del deudor). Este marco de alternativas instaban a familiares y amigos del insolvente a colaborar financieramente para evitar consecuencias más gravosas o para morigerar las sanciones ya aplicadas. Muchas de estas tenían un rol de publicidad a los efectos de que futuros contratantes puedan conocer, y así actuar con prudencia y prevención, frente a quién es o había sido insolvente<sup>26</sup>.

Hasta entonces el Derecho Privado común romano, había sido capaz de resolver con eficiencia los problemas jurídicos que planteaba el tráfico comercial, pero las necesidades de la sociedad habían cambiado, y la responsabilidad del comerciante deudor, resultaba aun más agravada, ya que su misma corporación, le hacía someterse a duras medidas de carácter personal. Con el tiempo las distintas legislaciones buscaron el modo de velar por los intereses de los comerciantes y de los ciudadanos desprotegidos por el deudor insolvente.

Esta justicia de los mercaderes se va poco a poco extendiendo a personas ajenas a la corporación, de tal manera que comienza a surgir el carácter objetivo de los negocios mercantiles y es en Italia donde coincide la localización geográfica del origen del *Ius Mercatorum*<sup>27</sup>. Italia fue clave en el comercio europeo y

---

<sup>25</sup> MUÑOZ PLANAS, «Teorías de los usos», en *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles, seguidos en España*, Madrid, 1964, p. 31 y 32, el Derecho mercantil anterior a la codificación constituye un sistema normativo propio y no un Derecho excepcional, aplicable a una determinada clase social.

<sup>26</sup> PEREZ RAGONE, A.: *op.cit.* pág. 3.

<sup>27</sup> PULGAR EZQUERRA, J. *la declaración del concurso de acreedores*. *op.cit.* pág.50

favoreció las repúblicas marítimas; ciudades como Génova, Pisa, Bolonia, Florencia fueron determinantes en la creación de importantes institutos del Derecho Concursal moderno como el desapoderamiento, la insolvencia, el convenio Preventivo<sup>28</sup>.

La quiebra entonces se configuraba como un procedimiento privado, con nula o muy escasa intervención de los jueces, en la que los propios acreedores procedían a la ocupación de los bienes del deudor, designando a unos representantes para que los administraran y enajenaran. Eran los llamados síndicos y con el producto obtenido se satisfacían las deudas. Los únicos acreedores privilegiados eran la mujer, por la dote y el estado, por los tributos que hubiera impagado el deudor. Por el hecho de quebrar, se presume que el comerciante ha actuado de mala fe, por lo que, puede ingresar en prisión o se le puede somete a rigurosas penas personales, algunas muy infamantes<sup>29</sup>.

De forma paralela el desarrollo de ese Derecho de los comerciantes supone la necesidad de establecer un nuevo criterio para valorar la situación de quiebra del deudor. La autoridad comienza a valorar la situación que originó el incumplimiento de la obligación y va abandonando el omnipresente hasta entonces criterio de valorar el patrimonio del deudor para la satisfacción de los créditos. Se producen entonces nuevas formulaciones en materia de ejecución, todas ellas dirigidas a la aplicación de criterios subjetivos, es decir, encaminadas al comportamiento del deudor y dando lugar todo ello, a nuevas fórmulas de ejecución patrimonial.

Podemos afirmar que durante la edad media se formaron dos corrientes jurídicas que desembocaron en otros sistemas de ejecución universal:

Aquella que se presenta como continuadora del derecho romano, en la que el juez solo asiste a los acreedores en sus peticiones para la efectividad de sus derechos; y aquella otra que representaba el derecho visigodo, que tiende a colocar la colectividad de acreedores y el ejercicio de sus derechos bajo la dirección de la autoridad judicial, basado en que el quebrado es un defraudador y

---

<sup>28</sup> GARRIGUES WALQUER, J.: *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil*, publicado originalmente en *71RDM*, 1959), pags. 7-59, y reeditado en su colección de artículos titulada *Temas de Derecho Vivo*, Tecnos, Madrid, 1978, págs.37-94;

<sup>29</sup> ASCARELLI, T.: *Iniciación el estudio del Derecho Mercantil*, traducción de la 3ª ed. Por Evelio Verdera y Tuells, Barcelona, 1964, pag.31.

corresponde al estado la represión de la quiebra como hecho ilícito, surgiendo así la naturaleza pública del procedimiento. Lo que diversos autores señalan como el cambio del procedimiento de privado a público<sup>30</sup>.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ duda que el origen de la quiebra haya tenido lugar en el derecho intermedio italiano afirmando que las supuestas aportaciones o principios de ese derecho se encontraban, y aún con preferencia cronológica a los estatutos italianos, ya sistematizadas en las obras magnas de los juristas romanos (así como en las Siete Partidas de Alfonso X), los mismos principios que han sido considerado como los básicos de la doctrina de la quiebra<sup>31</sup>.

Concuerda, en algún aspecto, PULGAR EZQUERRA cuando concluye que “se produce, por tanto, en derecho castellano un tratamiento legal insuficiente y de carácter asistemático de la quiebra, cuyo régimen procesal se determina por remisión a las normas reguladoras de la cesión de bienes y de ahí que se resulte justificada nuestra tesis, según la cual la quiebra en Castilla deriva mas de la cesión de bienes de origen romano que de una recepción del derecho estatutario italiano<sup>32</sup>”.

Lo anterior confirma que el derecho Romano es la verdadera fuente de donde emergen las primeras nociones tanto de la quiebra como del concurso de acreedores, y que es en la edad media en donde comienzan a aplicarse como tales.

Si lo comparamos con el antiguo Derecho Romano, existía también un procedimiento que servía para hacer cumplir al deudor con sus obligaciones, dichas medidas podían ser: la infamia pública, pérdida de la ciudadanía y entre otras más, aquellas que equiparaban al deudor quebrado como estafador.

Uno de los aspectos importantes a destacar dentro del Derecho Estatutario Italiano es el hecho de no distinguir entre deudor comerciante y deudor no comerciante en relación a las penas que se le impone, siendo la ley igual para todos. Configurándose entonces la quiebra, más que como un instituto aplicable a determinadas clases de sujetos, concretamente a los comerciantes, como un

---

<sup>30</sup> AA:VV.: (COORD. JIMÉNEZ SÁNCHEZ GUILLERMO J.: *Derecho Mercantil*. Ariel Derecho. 10ª ed. 2005 pág.734

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, J. *Curso De Derecho Mercantil*. Porrúa 7ª edición 1967 págs. 290,291.

<sup>32</sup> PULGAR EZQUERRA J.: «*La declaración del concurso de acreedores*» La Ley 2005 pág. 68

instituto en sus orígenes, orientado a la protección del comercio, indistintamente de la condición del sujeto.

Del procedimiento de quiebra en los Estatutos se mantiene el carácter represivo desde el punto de vista penal, atendemos entonces al carácter publicista de la quiebra que se posiciona como un procedimiento de oficio, donde se incauta el patrimonio del deudor que luego es repartido a todos los acreedores. Hasta entonces el patrimonio estaba ligado a los bienes muebles, que para aquellos a quienes se aplicaba la prisión y muchas veces la tortura, eran de fácil sujeción. En cuanto al concordato preventivo también tiene origen en las ciudades italianas del siglo XII y XIV entendiéndose que las leyes crueles y duras llevan en sí efectos que finalmente se convierten en contraproducentes, esta respuesta vino incluso de los propios acreedores, que, nada obtenían de los deudores, pues éstos, terminaban huyendo de las ciudades con sus bienes. Finalmente el acreedor solicitaba el arreglo de sus créditos que por influencia de la costumbre, se convirtió en general.

A través de la ciudad francesa de Lyon, es como se extendieron las costumbres comerciales de Italia a Francia y, particularmente, el Derecho italiano en materia de quiebras que domina en los usos de comercio franceses hasta la ordenanza de 1673.

La ordenanza del comercio de Colbert, de 1673, en materia de quiebras, contemplaba en el título XI el tratamiento «De las quiebras y bancarrotas», origen del derecho concursal francés, introduciéndose además en la ordenanza la limitación al ámbito de los comerciantes, cuestión que originaba una dualidad civil-mercantil en el tratamiento de las crisis económicas en función de la condición del deudor, influencia que llegaría al bloque jurídico latino, produciéndose así el vínculo con el derecho estatutario medieval, por tanto será el derecho vigente durante los siglos XVI-XVIII<sup>33</sup>.

Paralelamente, destaca en el derecho francés la elaboración del Reglamento de Lyon 1667 que consideraba a la quiebra como una ejecución colectiva o procedimiento de liquidación colectiva de una masa de bienes<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> PULGAR EZQUERRA J.: *La declaración del concurso de acreedores*. Op.cit. págs. 72-74.

<sup>34</sup> QUINTANA ADRIANO E. A.: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. El síndico y el desistimiento de las acciones en favor de la quiebra en la ley de concursos mercantiles (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/104/art/art7.htm#P5>) fecha de consulta 02.01.2014

Además de establecer el principio de la *par condicio creditorum*, que se ha entendido como la igualdad entre los acreedores, aunque excluían a los extranjeros; la disciplina del periodo sospechoso y la restricción de la libertad personal del deudor, etc.

Una vez realizada esta breve aproximación a los antecedentes más remotos del Derecho Concursal, es necesario centrar el estudio del origen de la materia o más concretamente de la evolución de la misma en nuestro propio ordenamiento jurídico.

### 1.1.1. Breve referencia histórica al caso español

En la curia Filípica (1613) de JUAN DE HEVIA BOLAÑOS, se encuentra reflejada la situación general en materia de quiebras a finales del siglo XVI, obra en la que se dedican los capítulos XI, XII y XIII a los fallidos, a la prelación de crédito y a la revocatoria, respectivamente<sup>35</sup>.

Al estudiar el derecho concursal español, obligatorio resulta la mención de FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA, cuya obra, "*La Byrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*", constituye el primero y más completo estudio sobre quiebras que se haya realizado hasta finales del siglo XIX. Popularizó uno de los dos grandes sistemas de derecho concursal, el español, caracterizado por la marcada intervención judicial en todas las etapas del procedimiento, a diferencia del otro gran sistema, el italiano, de características más liberal y autoadministración de la quiebra por los acreedores<sup>36</sup>.

La obra de SALGADO DE SOMOZA fue pionera en establecer el concepto y clases de juicio de concurso de acreedores, las características del juicio de concurso, las características de la quiebra como juicio universal, entre otras cuestiones inherentes al proceso concursal. Y a la postre influiría determinadamente en el Jurista español a quien se le encomendó la elaboración de la Ley de quiebras y suspensión de pagos mexicana de 1943, como se mencionará posteriormente.

---

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, J.: *Curso de Derecho Mercantil*. Porrúa, 1967, pág. 291 «Los fallidos solo pueden serlo comerciantes, se señalan las clases de quiebras, la nulidad de los convenios hechos con el quebrado después de la declaración de quiebra, publicidad de la quiebra... ; además se establecen reglas minuciosas sobre el concepto, clases y causas de prelación y sobre diversos supuestos de la revocatoria.»

<sup>36</sup> IBÍDEM RODRÍGUEZ RODRIGUEZ J.: pág. 291

En España y en relación a esta visión histórica del Derecho Concursal, se establece un sistema representado por el Derecho Visigodo, que al contrario que el anterior, tiende a la colectividad de los acreedores y al ejercicio de sus derechos bajo la dirección del juez. Partiendo de que el quebrado (deudor) es un defraudador y al estado le corresponde la supervisión de la quiebra como hecho ilícito. Surge de esta manera el denominado carácter público del procedimiento de ejecución frente al carácter privado que el Derecho Romano le otorgaba al mismo<sup>37</sup>.

En este análisis patrio de la historia de la quiebra situamos el punto de partida en el Código de la Siete Partidas, configurándose este cuerpo legal cómo el primero que regula dicho instituto jurídico. La Siete Partidas es la primera disposición jurídica en regular con detalle la quiebra, ejerciendo gran influencia en las legislaciones posteriores.

Se trata de una batalla sostenida en el tiempo, aquella que defiende la autonomía del Derecho Español en materia de quiebra respecto al Derecho Estatutario Medieval Italiano, incluso podemos decir que la teoría de la autonomía española se representa por dos teorías diferentes. Por un lado, la que sostiene la autonomía del Derecho Español en materia de quiebra, teniendo en cuenta que a mediados del Siglo XVIII, momento en el cual se configura la quiebra en los Estatutos Italianos, ya aparecen en las partidas de Alfonso X El Sabio regulados ciertos aspectos en materia concursal con carácter sistemático y de modo completo, frente a lo que venía siendo una regulación asistemática e incompleta del Derecho Italiano.

---

<sup>37</sup> PETIT C.: «Derecho Visigodo del siglo VII: un ensayo de síntesis e interpretación» *Hispania Gothorum. San Ildefonso y el Reino Visigodo de Toledo*. Toledo Don Quijote 2005 S.A. 2007. Pág. 75-85 : «Existió un derecho visigodo de los visigodos y existe un derecho visigodo de los visigotistas, dos diferentes derechos que nos siempre coinciden. La afirmación del contenido jurídico del Liber Iudiciorum encierra una fuerte valoración. Puesto que antes que un interesante y complejo libro de derecho, cruce cultural entre el pensamiento teológico y literario cristianos y la herencia romana, el Liber sería para sus historiadores un verdadero código de derecho, fruto de la actividad legislativa de los monarcas de Toledo. En esa base descansaría aún su carácter unitario, pues regiría sobre la población del reino con independencia del origen y en todos los territorios españoles o provincias, en una palabra el Liber encarna el ideal del ordenamiento jurídico dotado de una validez universal que gobierna una sociedad bien articulada, sometida a la autoridad legítima del rey, titular exclusivo de poderes estatales».

La segunda de las teorías señala que con el reinado de Alfonso IV de Aragón, las cortes de Montblanc de 1333 dictaron disposiciones referidas a mercaderes y peleteros, disponiéndose que la fuga, ausencia u ocultación constituían causa suficiente para declarar la quiebra, al igual que en las cortes de Cervera 1359. Fue en el Derecho Catalán, cuando se introdujo propiamente la institución de la quiebra por primera vez en España en el siglo XVIII. Según esta tesis el legislador emplea la técnica de considerar las manifestaciones externas de la insolvencia como cesación de pagos, fugas, paralelamente a lo que era el Derecho Estatutario Italiano, en el cual parecía tener origen dicha técnica.

La introducción desde Italia del sistema de quiebra se produce en la península ibérica, primero por el territorio de la Corona de Aragón; en Cataluña una ley de las cortes de 1299 se refiere ya a los comerciantes y banqueros y después se extendería por los territorios de la Corona de Castilla.

En la edad moderna, la quiebra es un procedimiento utilizado en España y en las Indias. En las Ordenanzas de Bilbao de 1737 se establece la quiebra como una serie de partes que intervienen en una negociación que no pueden o no quieren cumplir sus obligaciones de pago adquiridas mediante la relación entre deudor y acreedor y se disponen tres clases de quebranto: el primero se refiere, a aquellos deudores morosos que aun teniendo solvencia económica para ejecutar su pago, requieren el paso del tiempo para cumplir con sus obligaciones. El segundo, se refiere a los quebrados que por causas ajenas a su voluntad quedan sometidos a un estado de insolvencia; otorgando a los deudores un plazo de tiempo para cumplir con sus obligaciones. Y por último, los comerciantes que conociendo su mal estado, arriesgan el caudal ajeno con dolo y fraude, siguiendo con el comercio.

En dicha Ordenanza de Bilbao, se regula el procedimiento de quiebra, su contenido, y se establecen así mismo las condiciones para cumplir el quebranto y las normas relativas a la ocupación de los bienes. Se llamaban *atrasados* a los comerciantes que no podían pagar puntualmente sus deudas, por estar en *iliquidez provisional*, términos que recogió la Ley de Suspensión de pagos de 1922<sup>38</sup>.

La clasificación de la quiebra que se realizaba en Las Ordenanzas era :

---

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ RUIZ J.L.: *Elementos de derecho mercantil*. Ediciones Deusto. 8ª edición. 2004 pág. 425

- La primera, la de los atrasados que teniendo bienes bastantes para pagar enteramente a sus acreedores, o bien que por accidente no se hallan en disposición de poderlo hacer con puntualidad. A éstos se les ha de guardar el honor de su crédito, buena opinión y fama;

- La segunda, la de los que por infortunios que inculpablemente les acaecieran quedan alcanzados en sus caudales y precisados a dar punto a sus negocios; y

- La tercera, es la de los fraudulentos, a los que “ *se les ha de tener y estimar como infames, ladrones públicos, robadores de hacienda ajena*”.

Se determina por tanto que así como hay comerciantes honrados a quienes por cuestiones no inherentes a su persona o que son consecuencia de algún efecto externo se ven en la necesidad de solicitar su declaración en concurso, también los hay aquellos que buscan únicamente el beneficio particular sin importar el menoscabo o puesta en riesgo sufrido en el patrimonio ajeno.

En esta época ya podemos decir que la quiebra comienza a adquirir elementos de carácter público como consecuencia de la intervención del juez. Así, se incrementan los privilegios, se dulcifican los efectos sobre la persona del deudor y comienza a admitirse su finalización por un convenio del deudor con los acreedores. Al mismo tiempo los comerciantes de buena fe pueden obtener moratorias, en ciertas condiciones, ya sean las concedidas con carácter general por el rey, o las concedidas con carácter individual por los tribunales de comercio.

En el Código de Comercio 1829, se considera la quiebra como el único procedimiento dispuesto para regular las situaciones de crisis económica del comerciante. En este Código, aparece por primera vez, como derivación de la quiebra, la suspensión de pagos, que no es sino una moratoria que puede solicitar el comerciante que manifieste tener bienes suficientes para cubrir todas sus deudas (art 1003).

A lo largo del Siglo XIX, la suspensión de pagos se convertirá en un procedimiento autónomo, distinto de la quiebra. Esta autonomía se produce, por la legislación especial sobre suspensiones de pagos y quiebras de compañías de ferrocarriles y concesionarios de obras públicas, con la intención de regular la situación de quiebra en esta clase de sociedades mercantiles. En el segundo Código de Comercio Español coexisten, dos procedimientos distintos; la quiebra, para el deudor mercantil insolvente y la suspensión de pagos, para el deudor

mercantil en situación de mera iliquidez. Pero esta diferencia institucional se rompe con la ley de suspensión de pagos de 1922, dictada para tratar de evitar que el Banco de Barcelona, SA, entre en suspensión de pagos.

Los procedimientos aludidos anteriormente, se funden final y actualmente en un solo procedimiento el concurso de acreedores, regulado en la leyes concursales sucesivas en el tiempo y cuyo objetivo principal ha sido adaptar la ley a los cambios económicos y sociopolíticos que ha sufrido la sociedad con el paso del tiempo.

En la actualidad la división tradicional que gira en torno a la magnitud patrimonial sobre la que recae la ejecución se establece entre ejecución singular y universal. La ejecución singular, se produce respecto de unos bienes determinados del deudor o vienen el caso de que se produzca por un importe inferior al activo de su patrimonio; y la ejecución universal, se produce en aquellos supuestos en los que esta recae sobre todo el patrimonio, debido fundamentalmente por una clara insuficiencia patrimonial para atender a las deudas de aquél.

De esta sencilla división se puede deducir que en el supuesto de que confluyan ejecuciones singulares de los diversos acreedores se provocarían problemas de carácter bidireccional, tanto para los acreedores que verían afectado su crédito por el agotamiento del patrimonio del deudor como en el caso del mismo deudor que vería un aumento de los gastos ante el aumento de los procesos.

Es por tanto necesario y lógico según hemos apreciado en la propia evolución histórica de la institución de la quiebra, que el proceso de ejecución colectiva, se ordene de tal manera que se facilite la concurrencia de todos los que ostentan la condición de acreedor a la hora de satisfacer sus créditos con el patrimonio del deudor, siempre bajo los principios de comunidad eventual de pérdidas e igualdad de trato; lo que viene siendo conocido como principio inspirador del derecho concursal *par conditio creditorum*<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M. (Dir.) *Derecho Mercantil II*, Huygens, 2012. «Se suele entender el principio como opuesto al *prior in tempore, potior in iure*, pero conviene precisar que efectivamente es adecuado entenderlo como opuesto si este último se supone ordenador

Es evidente entonces que la opción de liquidación no tiene que ser siempre la mejor opción, incluso desde el punto de vista del acreedor, para quienes la opción del mantenimiento de la actividad económica y la conservación de la empresa puede ser preferible, o bien desde el inicio del problema o incluso cuando se hace necesario poner fin a un proceso de ejecución general ya iniciado.

El llamado entonces Derecho Concursal abre una doble vertiente en tanto en cuanto se trata de un conjunto normativo de carácter sustantivo o material y de otra, la normativa de carácter procesal.

## 1.2.Regulación del concurso en la LC 22/ 2003 del concurso de acreedores

### 1.2.1.Visión Panorámica.

Pese a que en el anterior capítulo se ha llevado a cabo un rápido recorrido sobre los antecedentes de la legislación concursal de nuestro país, debemos detenernos de nuevo y remitirnos a la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 si queremos analizar verdaderamente lo que hoy son los principios inspiradores de la actual LC 22/ 2003.

La citada ley de 1922 venía fijando el presupuesto objetivo en la insolvencia del deudor; ante la posibilidad de que el mismo, se viese obligado a buscar el amparo judicial por las dificultades de tesorería sobrevenidas en su actividad empresarial. Buscaba el deudor entonces el amparo judicial mediante un proceso que estaba encaminado fundamentalmente, a tratar de conseguir un convenio con sus acreedores que le permitiera seguir adelante con su empresa.

El hecho de que un buen número de artículos del Código de Comercio de 1829, mencionados en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, en

---

de unos créditos respecto de otros en cualquier circunstancia, es decir, si se piensa que el tiempo de constitución del crédito determina su prioridad sobre todos los créditos posteriores. Pero hemos de señalar que este principio de prioridad temporal no tiene omnicomprensiva funcionalidad, sino que esa prioridad sólo prevalece pareciendo más potente-en relación con los créditos del mismo rango o clase- y desde este punto de vista, el desplazamiento del principio del que estamos hablando por el de paridad de tratamiento de los acreedores de una misma clase. No quiere, pues, decir el principio que todos los acreedores del deudor sean igualmente tratados; el concurso no desconoce el rango y clase con que han sido contraídos los créditos o las deudas. En rigor sólo quedan equiparados, por lo que se refiere al contenido del derecho, los créditos comunes, nunca los que se hubieren adquirido según los privilegios, ventajas o garantías jurídicamente protegidas.

estrecha relación con el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885, así como con la propia Ley de Suspensión de pagos de 1922, hacía que nos encontráramos ante un sistema concursal ineficaz para la consecución de su propio fin, y que en buena medida sobrevivía por la gran labor interpretadora de los Tribunales.

La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 no trató el procedimiento concursal y en ella se optó porque fuera una ley especial la que regulara esta materia, y así en la Disposición Final 19ª se disponía sobre la remisión a las Cortes de un proyecto de LC 22/ 2003<sup>40</sup>. El citado proyecto culminó con la LC 22/ 2003 de 9 de Julio, cuya entrada en vigor se dispuso con fecha de 1 de septiembre de 2004 y nacía con las pretensiones, de superar básicamente la dispersión normativa existente, unificar las distintas instituciones concursales que se mantenían en nuestro ordenamiento y fundamentalmente dotar de unidad y de simplicidad al procedimiento.

Este sistema precedente a la nueva LC 22/ 2003 venía distinguiendo entre el sistema de quita y espera, la suspensión de pagos, el concurso de acreedores y la quiebra, atendiendo a la cualidad de comerciantes<sup>41</sup>.

El tratamiento entonces de las insolvencias empresariales llevaba a distinguir en las soluciones concursales (quiebra y suspensión de pagos) según que el empresario deudor se encontrara en estado de insolvencia definitiva o en situación de iliquidez. Así en el primer caso se reservaba como solución principal para el pago de los créditos la liquidación ordenada del patrimonio del deudor denominado quiebra.

---

<sup>40</sup> Disposición Final Decimonovena. Ley de Enjuiciamiento Civil 1/ 2000 de 7 de Enero. «En el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de LC 22/2003.»

<sup>41</sup> BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, p. 86., Tecnos 2011. Madrid. «Desde un punto de vista jurídico el empresario puede definirse como la persona física o jurídica que en nombre propio y por sí o por medio de otro ejerce organizada y profesionalmente una actividad económica dirigida a la producción o la mediación de bienes o de servicios para el mercado, Se trata de una denominación inexacta, porque aquél no sólo extiende su actividad al comercio, sino también a la industria. Y, además, porque lo que le califica, al menos en la actualidad, es realizar su actividad económica por medio de una empresa. Por ello debe sustituirse el término comerciante (presente en nuestro decimonónico Código de Comercio) por el de empresario, más exacto y más cercano a la realidad actual. De hecho, varias de las reformas parciales que ha sufrido el Código de Comercio, identificó los conceptos de comerciante y de empresario mercantil, sin utilizar ni una sola vez la denominación comerciante.

De otro modo para atender a situaciones de mera iliquidez y teniendo en cuenta la circunstancia de temporalidad, la ley, recogía la posibilidad de articular un convenio o acuerdo entre el deudor y sus acreedores, para facilitar el pago de los créditos, aprobando una simple espera, una quita, o ambas cosas a la vez. Esta solución se asociaba a la denominada suspensión de pagos.

El problema fundamental que se planteaba era la desconexión existente entre la legalidad y la realidad jurídica, motivado, de un lado, porque el Código de Comercio no recogía como presupuesto de la quiebra la situación de insuficiencia patrimonial sino la cesación generalizada en los pagos, sin perjuicio de que normalmente esta cesación viniera motivada por el déficit patrimonial.

De otra parte, la Ley de Suspensión de Pagos permitía acogerse a este beneficio legal también al empresario que se encontrara en situación de desbalance, y no sólo al que padeciera una situación de iliquidez.

Es, sin duda, la ya mencionada gran labor de interpretación de los Tribunales de justicia, y su reflejo en la jurisprudencia, donde se pone de manifiesto que la finalidad esencial de la quiebra era entonces la liquidación, y el hecho de que la ley permitiera eludir ésta, a través de un convenio entre el quebrado y sus acreedores una vez cumplidos los requisitos legales. Por ello la quiebra, que inicialmente tendía a la liquidación, también podía concluir con un convenio de continuidad.

Paralelamente, la suspensión de pagos traía como finalidad primordial alcanzar un convenio entre el suspenso y sus acreedores, para arbitrar el pago de los créditos. Pero este convenio no necesariamente debía procurar la continuidad de la empresa, sino que al no estar prohibido la práctica también conocía de convenios de liquidación. Así las cosas, se llegaba a la paradoja de que a través de la quiebra podía mantenerse la empresa, y mediante la suspensión de pagos se podía liquidar.

A modo de síntesis, los procedimientos bajo el anterior sistema quedaban estructurados de la siguiente forma:

- 1) La quita y espera era un procedimiento de nula aplicación práctica que tenía por objeto la obtención de un convenio entre un deudor no comerciante en situación de iliquidez patrimonial y sus acreedores, para lograr un

aplazamiento en el pago de las deudas (espera), una rebaja de su importe (quita) o ambas cosas a la vez.<sup>42</sup>

2) La suspensión de pagos. En el régimen del Código de Comercio, el comerciante cuyo activo fuera superior a su pasivo pero que a causa de su situación de iliquidez previera no poder atender al cumplimiento de sus obligaciones, podía solicitar la declaración de suspensión de pagos, con objeto de obtener de sus acreedores un aplazamiento no superior a tres años para el pago de sus deudas<sup>43</sup>. Estos presupuestos (suficiencia patrimonial y situación de iliquidez) y esta finalidad (simple demora en el pago con exclusión de cualquier forma de quita o rebaja de los créditos), se alteraron por completo por la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de Julio de 1922. Esta permitía obtener la declaración de suspensión de pagos tanto al comerciante que se encontrara en situación de insolvencia definitiva, pudiendo tener por finalidad ya la obtención de un aplazamiento, ya la de una quita, así como la liquidación de su patrimonio o su gestión controlada. Constituía, pues, un procedimiento encaminado a que un deudor comerciante obtuviera un convenio, con sus acreedores para el pago de sus créditos que evitara la declaración de quiebras, aunque el estado de aquél consistiera en una verdadera situación de quiebra en sentido técnico.

3) El concurso de acreedores era el procedimiento de ejecución general sobre el patrimonio de un deudor no comerciante cuyo pasivo fuera mayor que su activo, o respecto del que se siguieran dos o más ejecuciones y no se hubieran encontrado bienes bastantes para cubrir la cantidad que en ellas se reclamase, y su principal objeto estaba constituido por la liquidación de dicho patrimonio para el pago de las deudas<sup>44</sup>.

4) La quiebra era el procedimiento de ejecución general sobre el patrimonio de un deudor comerciante individual o social al que se hubiera declarado en tal estado por haber cesado en el cumplimiento normal de sus obligaciones, tanto mercantiles como civiles. Y su objeto principal estaba constituido, cómo en el caso anterior, por la determinación de la masa activa y la masa pasiva para proceder luego a la satisfacción de la generalidad de los

---

<sup>42</sup> Arts. 1912 y 1913 CC y 1130 LEC de 1881

<sup>43</sup> Arts. 870 y 872 Código de Comercio de 1885.

<sup>44</sup> Se regía por el Código Civil (Título XVII del Libro IV, arts. 1911 a 1929) y por la LEC de 1881. (Título XII del Libro II, arts. 1130 a 1317).

acreedores mediante la liquidación del patrimonio del deudor y el pago de las deudas<sup>45</sup>.

El sistema que se aplicaba entonces, hasta la fecha de la entrada en vigor de la actual LC 22/ 2003 se encontraba dividido en cuatro piezas, a las que ya hemos hecho referencia. En cualquier caso las diferencias fundamentales se establecían entre la quiebra y la suspensión de pagos en cuanto a que mientras que la quiebra pretendía remediar la situación de insolvencia definitiva en la que podía encontrarse el empresario mercantil cuyo pasivo fuera superior a su activo patrimonial, la suspensión de pagos, según los artículos 870 a 873 del Código de Comercio de 1885 (modificados por la ley de 10 de junio de 1897) tenía como objetivo servir para resolver las situaciones de mera iliquidez del deudor mercantil, pero siempre que su activo patrimonial continuara siendo superior a su pasivo. De ahí que mientras que la quiebra se encontraba dirigida a la ejecución patrimonial del deudor (evitable a través del convenio), la suspensión de pagos tuviera como finalidad primordial conceder un aplazamiento o demora para el pago de sus deudas.

En 1983 la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, redactaba en ponencia especial un nuevo Anteproyecto cuyas características eran unidad legal, de disciplina y de procedimiento, y lo más importante el cambio en el presupuesto objetivo de insolvencia por el de crisis económica. La liquidación del patrimonio del deudor ya no es el fin perseguido sino la liquidación, fomentando pues la solución del concurso con el convenio con los acreedores, y en aquellos supuestos de fracaso, abría la posibilidad de un sistema de gestión controlada de la empresa en quiebra que intenta superar la crisis sin llegar a la liquidación patrimonial.

La labor fundamental de la legislación concursal anterior estaba encaminada fundamentalmente al reconocimiento de los acreedores del concursado y así seguramente se convertía en la pieza fundamental del concurso de acreedores para ocupar una posición preeminente en todas las fases del

---

<sup>45</sup> Se regía por el Código de comercio de 1885 (Títulos I y II del Libro IV, arts. 870 a 941), el Código de comercio de 1829 (normas del Título IV del Libro IV, art. 1017 a 1173, a las que se remitían los artículos del Título XIII de la LEC), la LEC de 1881, sobre concurso de acreedores, al que se remitía con carácter supletorio el art. 1319; y cómo consecuencia de esta remisión, las normas relativas a la administración del caudal hereditario.

mismo. Durante el proceso era entonces fundamental atender a las diferentes circunstancias que incidían a la hora de pretender la satisfacción del crédito del acreedor, la calificación del crédito y el momento procesal en el que se plantearan.

Ciertamente, la publicación de la LC 22/ 2003 de 9 de Julio, se convierte en el culmen de lo que puede considerarse un difícil tránsito durante el que numerosas iniciativas legislativas de reforma se habían venido sucediendo respecto del régimen de la quiebra y la suspensión de pagos presentes, tanto en el Código de Comercio de 1829, el de 1885, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en la propia Ley de Suspensión de Pagos, tal y cómo hemos reflejado en el estudio anterior.

Actualmente podemos decir que las circunstancias han acabado determinando una reforma global, la realizada a través de la LC 38/ 2011 de 10 de octubre y a la vez sustancial pero en ningún caso radical, y afirmar que los principios inspiradores, incluso la estructura, sigue siendo la misma.

Sin entrar entonces en un análisis exhaustivo de lo que la reforma ha constituido, pero mereciendo en cualquier caso a lo largo de otros capítulos ser mencionada, por lo que constituye el cuerpo del trabajo por ejemplo en cuanto a los nuevos privilegios introducidos tanto en el reconocimiento del mismo, como en la clasificación de los créditos, la prenda en garantía de créditos futuros y el favor que recibe el crédito público.

Son con la reforma , más de cien artículos afectados bajo el espíritu de agilizar y reducir costes, impulsar medios electrónicos o reformar el régimen de responsabilidad concursal, que en cualquier caso nos pueden ahora servir como referencia crítica a la hora del análisis que merecen los que se convirtieron en inspiradores de la LC 22/ 2003.

La LC 22/ 2003 siguiendo la tendencia generalizada en el marco Europeo (Francia 1985, Alemania 1995 y Portugal 2004) fue aprobada bajo el principio básico informador de unidad, manifestado en un triple ámbito: unidad de sistema, de procedimiento legal y de disciplina, o subjetivo, previéndose un procedimiento concursal único aplicable a todas las situaciones de insolvencia, y superando así nuestro régimen decimonónico que diferenciaba cuatro procedimientos concursales. Se procede a regular, en una misma norma que aúna tanto los aspectos sustantivos como procesales, que resulta aplicable a cualquier deudor, persona física o jurídica, sea uno no comerciante.

### 1.2.2.Principios Inspiradores

Los principios inspiradores de la LC 22/ 2003 son fundamentalmente la unidad de sistema y la agilización procesal; en realidad funcionan ambos como principales objetivos perseguidos por la LC 22/ 2003.

#### 1.2.2.1) UNIDAD DE SISTEMA

En cuanto a la unidad de sistema, se observa que la idea que encabeza la reforma del derecho concursal español es que frente a la pluralidad de procedimientos concursales mercantiles y civiles, preventivos y resolutivos, se instrumente un único procedimiento que pueda resultar aplicable a todas las situaciones de crisis económica, a la que se denominará concurso de acreedores<sup>46</sup>.

En primer lugar, se hace referencia al principio de unidad legal cuyo objetivo no es otro que unificar todos los aspectos materiales y procesales del concurso, sin más excepción que aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de norma orgánica.

Por otro lado, esta unidad se manifiesta igualmente en la necesidad de unidad de disciplina y procedimiento, un único procedimiento para comerciantes y no comerciantes, solución que, por otro lado, es la que se había ido adoptando en muchos otros países, y que viene a superar la vieja dicotomía del presupuesto subjetivo del concurso<sup>47</sup>. Para dar idénticas soluciones a un problema común y evitar el tradicional problema del estatuto personal del empresario.

Incluso con anterioridad a la publicación de la LC 22/ 2003 para palabras del profesor GARCÍA VILLAVERDE<sup>48</sup> la unidad de procedimiento podía plantear dudas en dos cuestiones concretas: «Uno si merece la pena mantener el concurso

---

<sup>46</sup> PULGAR EZQUERRA J. : *La declaración del concurso de acreedores, op.cit. pág. 130 y ss.*: «Se opta por una denominación clásica del siglo de oro del Derecho Concursal Español, que pasa al vocabulario procesal europeo (Amador Rodríguez, *Tractatus de Concorso, 1616*, Salgado de Somoza, *labyrinthus Creditorum, concurrentium ad Litem per debitorem Communem Ite illos Casus atam*, Valladolid, 1646) y que cómo se expresa en la Exposición de Motivos de la ley describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común».

<sup>47</sup> Art 1 de la LC 22/ 2003 Concursal:1. La declaración del concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica.2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya aceptada pura y simplemente.3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

<sup>48</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R., *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 491, Ed. Aranzadi, 2001.

para los patrimonios pequeños o si es mejor excluirlos de él como se hace desde antiguo en el Derecho italiano. En estos casos hay una gran desproporción entre el fin y los medios para obtenerlo. La segunda se refiere al mantenimiento de la idea de que pueden quebrar las empresas públicas».

La segunda de las cuestiones planteadas por el profesor GARCÍA VILLAVARDE se superó con la propia publicación de la LC 22/ 2003, ya que esta establece, cuando define el presupuesto subjetivo del concurso, que los sujetos con capacidad para ser declarados en concurso de acreedores, tienen como elemento común necesario la personalidad jurídica y excluye entonces de la capacidad concursal a las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. Dentro del concepto de entidades que integran la organización del Estado se reconoce a la administración estatal, autonómica y local. En el ámbito de los organismos públicos también se encuentra la llamada administración pública institucional a la que se refiere el artículo uno de la Ley 6/ 1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y que e incluiría a los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales.

La última mención se referiría también dentro de los demás entes de derecho público, a los colegios profesionales, cámaras agrarias y cámaras de comercio, industria y navegación, las universidades públicas y las denominadas administraciones independientes. En último supuesto, señalar también al Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión de Mercado de Telecomunicaciones y la Agencia de Protección de Datos<sup>49</sup>.

Transcurridos diez años de la aplicación de la ley, las dudas confirman los problemas del principio de unidad de procedimiento y de jurisdicción en varios

---

<sup>49</sup> Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Almería de 22 de Junio de 2011 analizó la legitimación para ser declarada en concurso de una entidad pública empresarial concluyendo que ostenta la misma por no estar incluida dentro de los supuestos previstos en el apartado 3 del art 1 LC 22/ 2003 por ser el capital público minoritario, asumiendo el criterio de que las entidades públicas empresariales o sociedades estatales serán susceptibles de ser declaradas en concurso cuando no exista ninguna traba administrativa ni sea necesario autorización administrativa o gubernativa para acordar su disolución en el seno de un concurso de acreedores.

ámbitos y fundamentalmente en aquellos concursos de quienes carecen de la condición de empresarios y profesionales<sup>50</sup>.

El segundo de los supuestos en que el principio inspirador de unidad legal parece fallar es en aquellos supuestos en que el deudor, aún ostentando la condición de empresario o profesional, encuentra en el concurso un proceso costoso, largo y, probablemente, poco adecuado a sus circunstancias individuales. Este supuesto es trasladable a pequeñas y medianas empresas que en el momento de la declaración del concurso, se encuentran en tal posición económica que hablamos de *concurso sin masa*<sup>51</sup>.

Es interesante el estudio de este tipo de concursos con inexistencia de bienes y derechos que deja pendientes de satisfacer todos o algunos créditos concursales reconocidos, que podrían en principio satisfacerse con cargo a bienes o derechos que eventualmente pudieran sobrevenir al patrimonio del deudor. Sin embargo en el caso del deudor persona jurídica la ley no asegura esa circunstancia, de tal modo que dispone la extinción de la personalidad jurídica del deudor. Se llega a la conclusión del concurso bien porque se comprueba ab initio la inexistencia de bienes y derechos con que cumplir la finalidad del concurso, bien porque el conjunto patrimonial inventariado ha quedado agotado tras las operaciones de liquidación.

Estas situaciones de verdadera inaplicación del principio de unidad legal del concurso se observan, al igual, respecto de las entidades de crédito del sistema financiero y con más razón desde la perspectiva que los años pasados y con la experiencia de la situación económica que durante años ha venido sufriendo el sistema financiero español<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Alonso Espinosa, F. J. : «Algunas reflexiones sobre el régimen de la declaración del concurso de acreedores tras el R.D. ley 3/ 2009, de 27 de marzo». *Anales de derecho*, nº 27, 2009 , págs. 6-27.

<sup>51</sup> YANES YANES P. «Causas de la conclusión del concurso» en A.A.V.V. SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J., (Dtor.): *Comentarios a la legislación concursal*, vol. 3, Lex Nova, 2004.

<sup>52</sup> ALONSO ESPINOSA, F.J.: op. cit. *Algunas reflexiones sobre el régimen de la declaración del concurso de acreedores tras el R.D. ley 3/2009, de 27 de marzo*. «Se percibe claramente , una vez más que las entidades de crédito no pueden ser declaradas en concurso de acreedores dados sus efectos sobre la credibilidad y eficiencia del sistema financiero de un Estado y dada la necesidad de proteger a los depositantes de ahorro en tal clase de entidades, lo cual aconseja la aplicación de soluciones como la ya expuesta si se trata de crisis

Estas circunstancias relativas a las peculiaridades del sistema financiero español y la insolvencia del mismo, se han visto en gran medida personalizadas en las Cajas de Ahorro. Ha sido necesario tomar medidas de carácter reorganizativo, fundamentalmente a través de procesos de fusión en las que en la mayoría de las ocasiones intervenía una entidad con suficiencia patrimonial. En otros supuestos si no ha sido finalmente el Estado quien ha procedido a la intervención de la entidad con el fin de evitar liquidación y posterior declaración de concurso<sup>53</sup>.

#### 1.2.2.2) AGILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.

Otro de los fundamentos de la LC 22/ 2003 consistió en establecer un régimen procesal en el que la tramitación fuera simplificada, en aras de conseguir la mejor opción ante la insolvencia del concursado y en el mínimo tiempo posible, ya que si hay un factor a tener en cuenta en los concursos de acreedores es este.

Este principio simplifica el camino del concurso, pero de igual modo se ha visto reducido por circunstancias tales como el creciente número de concursos a los que se han visto enfrentados los Juzgados de lo Mercantil, no siendo tanto una cuestión de mal funcionamiento sino de colapso. Pese entonces a que bajo la teoría el régimen legal es ágil y flexible en épocas de grave depresión económica no resulta compatible.

Resulta entonces importante discernir el papel del concurso de acreedores en la actividad económica del país, ante solicitudes por los agentes económicos y

---

generalizadas u otras cómo la intervención de las mismas por el Banco de España si se trata de crisis singulares y acaso la persuasión de las mismas por parte de este para que formalicen operaciones de concentración entre ellas que las haga capaces de afrontar situaciones de crisis económica general o acaso de adaptación obligatoria de su dimensión a las condiciones del mercado y de la competencia.»

<sup>53</sup> MARTINEZ ROSADO J. *Fusiones y otros medios de reestructuración como medio de evitar el concurso de una entidad de crédito. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. 2010/31. [http:// eprints.uam.es/](http://eprints.uam.es/)*: Resulta significativo, en este sentido, que en tan breve espacio de tiempo se hayan realizado tantas fusiones frías, se hayan reformado los SIP, se haya acudido al FROB, etc. Pero, debemos insistir, ninguna entidad de crédito ha sido declarada en concurso. ¿Por qué? Puede que porque la situación financiera de ninguna de las Cajas haya sido la de insolvencia en el sentido del art. 2.2 LC 22/ 2003 (imposibilidad de cumplir «regularmente las obligaciones exigibles»), pero también lo es que, si ha habido insolvencia en una o más de una de ellas, difícilmente se hubiera declarado en concurso porque los mecanismos que hemos descritos lo hubieran evitado: hubiera bastado con comunicar al Banco de España la existencia de una situación de debilidad para que ningún Juzgado proveyera ninguna solicitud de concurso».

sociales de adaptar las políticas económicas, ya que el concurso puede resolver situaciones de insolvencia particulares o singulares, pero no situaciones generales como la que en los últimos años venimos sufriendo.

De hecho, las circunstancias de saturación de las declaraciones de concursos en los Juzgados de lo mercantil, han acabado produciendo un doble efecto negativo sobre lo que constituía el principio inspirador de agilidad procesal. Por un lado alargando los procesos individuales y, por otro lado, un considerable retraso en las declaraciones de concursos solicitados.

El último de los principios citados en la Exposición de Motivos se refería al Juez concursal, reforzando la figura del Juez del concurso íntimamente ligado a la necesidad de que existiera un órgano profesional de administración de la empresa<sup>54</sup>.

Lo cierto es que probablemente, y debido a ese crecimiento desmesurado del número de concursos en los últimos años, tampoco podemos afirmar un éxito de la aplicación del principio, ya que en muchas ocasiones se acaba delegando o produciendo una dejación del curso del mismo a quién ostenta la condición de administrador, basado en la confianza y la presumible competencia que ostentan tales administradores.

### **1.2.3.Presupuestos del Concurso**

Como presupuestos del concurso han de diferenciarse los presupuestos subjetivos, materiales o sustantivos y procesales recogidos todos ellos en el Título 1º de la LC 22/ 2003.

#### *1.2.3.1) EL PRESUPUESTO SUBJETIVO*

El artículo 1 LC 22/ 2003 regula el presupuesto subjetivo del concurso, esto es, determina los sujetos con capacidad para ser declarados en concurso de acreedores. Dicho precepto, que no ha sufrido modificación alguna desde la aprobación de la LC 22/ 2003, preside la norma asumiendo el criterio de la unidad de sistema, en virtud del cual se unificó el procedimiento aplicable ante las situaciones de insolvencia de cualquier deudor, fuese persona jurídica o persona natural e incluyendo a determinadas masas patrimoniales sin personalidad jurídica propia. Superando con ello el criterio tradicional de nuestro derecho

---

<sup>54</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E. «La administración concursal.» en *Estudios sobre la LC 22/2003. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo II.

concurzal que se configuraba sobre la base de la dicotomía entre deudor comerciante y no comerciante.

En virtud de ello únicamente podrán ser declarados en concurso aquellos entes que cuenten con personalidad jurídica. No obstante, esta regla que cuenta con dos excepciones, no supone el olvido de las diferentes necesidades derivadas del carácter del deudor que son tenidas en cuenta a lo largo de la ley, en la que se diferencian, entre otros, los efectos de la declaración de concurso respecto a una persona física y a una persona jurídica.

Como primera excepción, no podrán ser declarados en concurso los entes públicos, excluyendo la capacidad concursal de las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

Desde un punto de vista positivo, si bien el artículo 1 únicamente otorga capacidad para ser declarada en concurso a los entes que cuenten con personalidad jurídica, excluyendo la posibilidad de que sean declarados en concurso aquellos entes carentes de ella, sin perjuicio de que lo puedan ser sus titulares, se prevé como excepción la de la herencia que no haya sido aceptada pura y simplemente. Dentro de este contexto debemos incluir la herencia yacente y la herencia aceptada a beneficio de inventario, no pudiendo serlo la herencia que haya sido aceptada por el heredero puesto que, de conformidad con el artículo 1003 del Código Civil, queda éste responsable de todas las deudas de la herencia, no solamente con los bienes de ésta sino también con los suyos propios.

La excepción se justifica porque la herencia yacente carece de titular, permaneciendo como un patrimonio separado sujeto a unas obligaciones no transmitidas aún a los herederos. En cuanto a la herencia aceptada beneficio de inventario, puesto que de conformidad con el artículo 1023 del Código Civil, el heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de ésta y sin que se confundan para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia. Se plantea el supuesto en que siendo varios los herederos, algunos hubieran procedido a aceptar la herencia pura y simplemente y otros no, considerando en estos casos la doctrina mayoritaria que no es posible acudir a la figura del concurso de acreedores de la herencia, perdiendo ésta su capacidad para ser declarada en concurso.

Fuera de este precepto, el artículo 182 LC 22/ 2003 se ocupa de la transformación del concurso de persona física en concurso de la herencia cuando fallezca el concursado, adoptando el criterio de que el fallecimiento sobrevenido del concursado no supone la terminación del procedimiento concursal sino su transformación y tramitación como concurso de herencia, que habrá de mantenerse indivisa durante la tramitación del concurso.

i) Personas físicas

Como hemos reiterado, atendiendo al principio de unidad de disciplina, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de Enero,<sup>55</sup> prevé el procedimiento concursal para el deudor persona física en el cual concurra el presupuesto objetivo del concurso, con indiferencia de que desarrolle una actividad empresarial o profesional, pudiendo declararse en concurso tanto al deudor comerciante como el deudor no comerciante.

Igualmente esta capacidad para ser declarado en concurso se reconoce a cualquier persona física<sup>1</sup>, incluyendo a los menores de edad e incapaces, sin perjuicio de que sea necesario en estos casos completar su capacidad de obrar acudiendo a las reglas contenidas en el artículo 7 LEC sobre comparecencia en juicio y representación, por reconocerles capacidad para ser partes el artículo 6 LEC pero no capacidad procesal, así como a las normas contenidas en el Código Civil reguladoras de la minoría de edad y de la incapacidad<sup>56</sup>.

A lo largo del articulado de la LC 22/ 2003 aparecen una serie de reglas especiales aplicables exclusivamente al concurso de persona física destacando la relativa al reconocimiento del derecho de alimentos o al tratamiento de los bienes comunes y privativos en el caso de que el concursado sea una persona casada<sup>57</sup>.

ii) Personas jurídicas

---

<sup>55</sup> En adelante LEC.

<sup>56</sup> ROMERO SANZ DE MADRID, C. : *Derecho Concursal*. Madrid. 1ª ed. 2005.pag. 45.« Los menores e incapacitados también pueden ser declarados en concurso, claro, a través de sus representantes legales aún cuando la ley expresamente no lo establezca, pues de otra manera sería desconocer la existencia de las normas generales de capacidad contenidas en Derecho Civil que permite que menores e incapacitados puedan ser deudores.»

<sup>57</sup> Según el artículo 29 del Código Civil, el nacimiento determina la personalidad, si bien según establece el artículo 30, para los efectos civiles sólo se reputará nacido al feto que tuviera figura humana y viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Se reconoce capacidad para ser parte en el apartado 1 del art. 3 LC 22/ 2003 a las personas jurídicas como consecuencia de dicha unidad de disciplina. Al igual que acontece respecto a las personas físicas, a lo largo de la ley encontramos numerosos preceptos que se ocupan especialmente del concurso de personas jurídicas, como los relativos a la contabilidad, y las especiales contenidas en el artículo 48 de la LC 22/ 2003.

Resulta en todo caso necesario que las sociedades hayan adquirido y cuenten con personalidad jurídica, no pudiendo ser declaradas en concurso en cambio las que no hayan alcanzado la misma, bien por no haber culminado el proceso de constitución, bien por no tener reconocido en nuestro ordenamiento jurídico dicha personalidad. Como consecuencia de ello pueden ser declaradas en concurso las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades colectivas, sociedades comanditarias, fundaciones, agrupaciones de interés económico, sociedades de garantía recíproca, sociedades cooperativas y mutuas.

Con relación a las sociedades civiles, respecto de las cuales existe la clásica polémica doctrinal respecto a si cuentan o no con personalidad jurídica, el primer encuentro de magistrados especialistas en mercantil, concluyó que resultarán susceptibles de ser declaradas en concurso, sin perjuicio de la extensión a los socios de la responsabilidad por las deudas de la sociedad, lo que consideramos aplicable con la excepción de que se mantengan secretos entre los socios sus pactos<sup>58</sup>.

El mismo criterio consideramos aplicable con relación a las sociedades irregulares, sin perjuicio de aplicar igualmente la extensión de responsabilidad a los socios prevista en el artículo 48 bis LC 22/ 2003 en aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 Ley Sociedades Capital .

En cambio, consideramos que no gozarán de capacidad para ser declaradas en concurso las uniones temporales de empresa puesto que las mismas carecen de personalidad jurídica propia y diferente de la de cada uno de sus miembros integrantes, sin perjuicio de que sí puedan serlo las distintas personas jurídicas que integran la misma. De la misma manera y por carecer de

---

<sup>58</sup> Conclusiones del Primer Encuentro de la Especialidad Mercantil celebrado en Valencia los días 9 y 10 de diciembre de 2004. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es>. Consultado el 16 de enero de 2014.

personalidad jurídica, no podrán serlo las masas patrimoniales separadas, sin perjuicio de que pueda declararse el concurso de cada uno de sus miembros o titulares de las mismas.

Este precepto introducido por la LC 38/ 2011 que sustituye a la regulación contenida en el apartado 5 del art. 48 establece «Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los socios. 1. Durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso. 2. Durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento».

#### 1.2.3.2) EL PRESUPUESTO OBJETIVO

En cuanto al presupuesto objetivo o material, hasta el momento de la entrada en vigor de la LC 22/ 2003 la doctrina y la misma jurisprudencia no encontraban un punto claro de unión. Por un lado se encontraban aquellos que consideraban que la quiebra se declaraba aunque el deudor fuese solvente, siempre que hubiese sobreesido en los pagos independientemente de la causa. O bien considerar que sólo puede justificarse la quiebra si el deudor carece de medios suficientes para pagar a todos los acreedores<sup>59</sup>.

Se convierte así la regulación del presupuesto objetivo en uno de los mayores exponentes de la unidad de disciplina y procesal . De este modo, la LC 22/ 2003 establece un único presupuesto, si bien flexibiliza su contenido para ajustarse a las variantes ahora agrupadas y a las diferentes situaciones en las que se puede encontrar el deudor concursado. La propia Exposición de Motivos LC

---

<sup>59</sup> PULGAR EZQUERRA J.: *El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores*. Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la LC 22/ 2003 y de la Ley 8/ 2003 para la reforma concursal. Ed. Diles pág. 59« En este sentido, no sólo resultaba controvertida la técnica empleada en la delimitación del presupuesto objetivo, discutiéndose si nuestro Derecho se adscribía a la técnica del Modelo francés de hechos externos (cesación de pagos) o a la del Derecho alemán o italiano posterior a la *Legge Fallimentare* de 1942 que exigen la concurrencia tras los hechos externos de la falta de pago de una situación económica de fondo (insolvencia).....»

22/ 2003 se hace eco de esta unidad material al establecer que «*La unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario. Los legitimados para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobresimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados*».

No obstante, de la simplificación del presupuesto objetivo la LC 22/ 2003 deja abierto el problema de su concreción al combinar dicha unidad con un criterio de flexibilidad que permite agrupar en un único procedimiento, el concurso. La tarea resulta esencial atendiendo a la trascendencia de la insolvencia, que marca la degradación del derecho individual del acreedor al ejercicio de acción de ejecución ante la primacía del procedimiento universal.

Todo ello, con los efectos anexos a la declaración de concurso para el acreedor que ve excluido o suspendido temporalmente el derecho al devengo de intereses, su crédito se ve envuelto en el régimen de calificación concursal, resultando postergado el general *prior tempore potior iure*, excluyendo la aplicación de instituciones básicas del derecho de obligaciones como la compensación, todo ello sin perjuicio de las variaciones que su posición jurídica puede sufrir en aras del interés del concurso (rehabilitación de contratos resueltos, enervación del desahucio...).

La redacción final del artículo 2 no fue aclarada hasta la finalización de su tramitación parlamentaria convirtiéndose a lo largo de ésta en uno de los preceptos que más enmiendas recibió a través de las cuales se completó la descripción finalmente aprobada, suprimiéndose definitivamente el adverbio puntualmente, de modo que la definición definitiva del presupuesto objetivo viene dada por «*imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles*». Con ello, el concepto del presupuesto objetivo del concurso no se culminó hasta dicho momento, variando notablemente la concepción inicial del proyecto. Sin embargo,

la definición final se ha mantenido inalterada, siendo el art. 2 LC 22/ 2003 uno de los pocos que no ha sufrido modificación alguna desde su aprobación.

En este sentido, de conformidad con el artículo 3 del Código Civil, las normas han de ser interpretadas según el sentido propio de las palabras, según el contexto, antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Entendemos definitivamente que el art. 2 LC 22/ 2003 establece un único presupuesto objetivo del concurso: la insolvencia del deudor común optando con ello claramente por el sistema alemán de la Insolvenz Ordnung<sup>60</sup> de 1994, que fija como presupuesto objetivo de su procedimiento concursal la insolvencia.

No obstante, dicho presupuesto se combina con una serie de supuestos de hecho en el artículo 2.4 LC 22/ 2003 que, si bien no pueden ser considerados como presupuestos del concurso, habrán de ser los invocados por los solicitantes del concurso distintos del deudor. Igualmente, existe un supuesto concreto en que se permite la anticipación del concurso a un momento anterior a la efectiva concurrencia de su presupuesto, esto es, de la insolvencia.

De este modo, la ley junto al único presupuesto objetivo o material, regula una serie de supuestos que tienen su justificación por constituir una herramienta en manos de los legitimados para solicitar el concurso diferentes al propio deudor, estableciendo hechos que se consideran indiciarios de la situación de insolvencia, a los que generalmente se alude como hechos reveladores de la insolvencia. Su justificación se encuentra igualmente en la flexibilidad que acompaña a la unidad como criterio inspirador del concurso, que exige la introducción de las modulaciones necesarias para permitir el auxilio al concurso en las diferentes situaciones que aglutina y que pueden considerarse como materialmente posibles.

Lo anterior se concluye tras el examen conjunto de los artículos 2, 14 y 20 LC 22/ 2003. En este sentido ha de tenerse en cuenta que la LC 22/ 2003 se configura como una ley procesal y material, esto es, que junto a los aspectos sustantivos del concurso regula los procesales, lo que, en no pocas ocasiones, obliga a efectuar un examen conjunto, procesal y material, de la regulación para comprender el verdadero significado de la norma. Para ello, primero resulta

---

<sup>60</sup> LÓPEZ GOZALO V.: Texto de la Ordenanza alemana de insolvencia (Insolvenzordnung (InsO)) de 5 de octubre de 1994. *Revista de derecho mercantil*, (216), 561-680.

preciso deslindar cada uno de los apartados del artículo 2 para efectuar posteriormente un análisis conjunto de los mismos.

En dicho artículo 2, partiendo de la unidad del presupuesto objetivo, se establece una clara distinción respecto a los concursos voluntarios y necesarios. En el primero de los casos, presentada la solicitud por el propio deudor común, le corresponde a éste justificar su situación de insolvencia, entendida como imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones, si bien se le permite anticiparse a este momento, presentando su solicitud en un momento inmediatamente anterior, fundando su solicitud en la denominada insolvencia inminente. En cambio, cuando la solicitud la presenta un acreedor o cualesquiera otros legitimados diferentes al deudor (concurso necesario), la LC 22/ 2003 exige que el solicitante se apoye necesariamente en alguno de los hechos que bajo el sistema de *numerus clausus* recoge el artículo 2.4 LC 22/ 2003. No obstante, existe una práctica unanimidad doctrinal y jurisprudencial al considerar que las tres posibilidades anteriores no se corresponden con tres presupuestos diferenciados sino que se corresponden con uno único, la insolvencia.

No obstante, existen opiniones doctrinales muy autorizadas que sostienen la coexistencia de tres presupuestos objetivos del concurso diferenciados dentro del artículo 3 LC 22/ 2003. Así, el profesor ROJO<sup>61</sup> considera que «Bajo el denominador común de ese presupuesto pretendidamente unitario, la Ley establece tres presupuestos objetivos diferentes, que, de menor a mayor por razón de la gravedad de la situación, son la insolvencia inminente (que define el art. 2.3, segundo inciso), la insolvencia actual (que define el art. 2.2) y la que podríamos llamar insolvencia cualificada, en la que al estado de insolvencia actual se añade la concurrencia de alguno de los hechos externos de especial gravedad que, con criterio taxativo, enumera la propia Ley (art. 2.4)».

#### **1.2.4. Aspectos procesales del concurso de acreedores**

##### *1.2.4.1 CUESTIONES GENERALES SOBRE COMPETENCIA, SOLICITUD DEL CONCURSO, Y EFECTOS DE LA DECLARACIÓN.*

##### i) Sobre la competencia del Juez Mercantil

---

<sup>61</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., ALAMEDA CASTILLO, M. T., & ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J. *Comentario de la Ley concursal*. Editorial Civitas. 2006. pg. 167.

Hasta este punto hemos analizado uno de los grandes pilares en los que se apoya el concurso de acreedores en cuanto a su tratamiento como proceso jurisdiccional, es decir los que atañen a la personalidad del concursado. Para completar el estudio de los presupuestos debemos responder entonces también a las condiciones de la jurisdicción, y en particular al juez de lo Mercantil.

Podríamos incluso determinar el examen de la competencia internacional del Juez español, a la que nos remite el art. 10 de la LC 22/ 2003 pero incluso traer a colación las indicaciones establecidas en el artículo 3 del Reglamento 1346/ 2000 sobre procedimientos de insolvencia, al que se refiere la ley española ya incluso en la exposición de motivos y que opera como norma con primacía ante el ordenamiento interno.

El referido artículo 10 señala la existencia de dos concursos tipo, por un lado el concurso principal y por otro el llamado concurso territorial. Así los jueces españoles tienen competencia para abrir un concurso principal si se encuentra en España el centro de los intereses principales del deudor.

En este sentido FERNÁNDEZ BALLESTEROS señala que debido a la dificultad que puede ocasionar esta interpretación en muchas ocasiones, el precepto se ha determinado sobre la base de un concepto comunitario unificado de territorio europeo<sup>62</sup>. Así, el centro de intereses del deudor viene determinado por el territorio donde de modo habitual, ejerza la actividad y sea reconocible frente a terceros la administración de esos intereses<sup>63</sup>.

Cuando un juez español abre un concurso principal, ello se comunica a los demás países de la UE, rigiéndose entonces por la Ley Española (art. 200 LC 22/ 2003) y alcanza entonces eficacia universal, desplegando los efectos sobre los acreedores y los bienes cualquiera que fuera el país donde estuvieren.

Si el centro principal del deudor no se hallara en España, no cabe la declaración de concurso principal, podría entonces declararse un concurso territorial. La diferencia fundamental es que los efectos en vez de universales se circunscriben a los bienes del deudor que se encuentren en España. El concurso entonces dejaría de tener carácter universal y además se generaría una

---

<sup>62</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: «Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso», *Cuadernos de Derecho Judicial* XVIII, 2003.

<sup>63</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, B.: «Los presupuestos del concurso» *La Ley*, núm. 6224.

dependencia respecto del concurso principal, con el que deberá realizarse una necesaria coordinación.

Más sencillo es de determinar la jurisdicción en territorio español, pues son los jueces de lo Mercantil, quienes ostentan claramente dicha competencia.

La creación de los jueces especiales ha sido objeto controversia, pero sin duda es una importante innovación puesto que requiere un paso más de la judicatura hacia las modernas tendencias del comercio y de la economía en general. Así nacieron los Juzgados de lo Mercantil en España con la entrada en vigor de la LC 22/ 2003, el 1 de septiembre de 2004.

El art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/ 1985 de 1 de julio<sup>64</sup>, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/ 2003 de 9 de julio<sup>65</sup> para la reforma concursal y su traducción por la LC 22/ 2003 mediante el art. 8 de la misma, identificaron a la materia concursal como pilar fundamental que comprendería todas las cuestiones que la materia supusiera, con competencia exclusiva y excluyente a todas las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, declarativas, ejecutivas, cautelares y las acciones sociales sobre la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que el empleador sea el concursado<sup>66</sup>.

Surgiría después, de aclarada la competencia del Juez de lo Mercantil, determinar el lugar donde el concursado tiene el principal centro de intereses, regularmente coincidirá con el domicilio del deudor pero si no fuera así, se otorga competencia al Juez, según la elección del acreedor solicitante. Si se presentaran varias solicitudes ante Juzgados todos competentes el art. 10.2 de la LC 22/ 2003 prioriza por antigüedad, pese a la poca aplicación práctica de la norma, sobre todo en el caso de concurso necesario y voluntario.

Aun así podrían darse situaciones en los que se pretendieran varios deudores a la vez; el art. 25 de la LC 22/ 2003 permite acumulación de concursos

---

<sup>64</sup> Publicada en BOE de 2 de Julio de 1985. En adelante LOPJ

<sup>65</sup> Publicada en el BOE núm. 164 de 10 de julio de 2003.

<sup>66</sup> Art. 86 ter 1. de la LOPJ « Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.

ya declarados tanto para grupos de empresas como en el caso de cónyuges deudores.

La solución de la LC 22/ 2003 en el art. 10.4 establece que será competente el Juez del lugar donde tenga su domicilio el deudor con mayor pasivo y si es un grupo la sociedad dominante. En cualquier caso, estando localizado el Juez español de lo Mercantil, abordaríamos la competencia funcional, atribuyendo la primera instancia al Juez Mercantil y en segunda a la Audiencia Provincial.

ii) Documentación de la solicitud del concurso de acreedores

En el concurso de acreedores voluntario<sup>67</sup> el deudor ha de presentar la siguiente documentación junto a la solicitud expresa:

1. *º Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento apud acta.*

2. *º La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio. Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial. Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.*

3. *º Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.*

4. *º Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas.*

---

<sup>67</sup> Art.22 LC 22/ 2003 se considera voluntario el concurso en el que la primera solicitud sea del deudor, si el concurso presentado por un acreedor en primer lugar tiene la consideración de necesario.

*Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones<sup>68</sup>.*

*5. ° La plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere*

En el caso de que la solicitud sea del acreedor, los requisitos se determinan por el art. 7 de la LC 22/ 2003 y requieren del documento que acredite el título, además de expresar el origen, la naturaleza, el importe, la fecha de adquisición y vencimiento del crédito así como su situación actual<sup>69</sup>.

Será necesario que se acompañe de los medios de prueba de los que se valga o pretenda valer el solicitante para acreditar los hechos en los que fundamenta su solicitud.

iii) Requisito temporal de la declaración de concurso

Si el concurso es temporal, el deudor tiene la obligación de solicitar la declaración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido, o debido conocer, su estado de insolvencia<sup>70</sup>. Existe además la posibilidad de comunicar al juzgado el inicio de las negociaciones con los acreedores regulado en el art. 5. Bis de la LC 22/ 2003, interrumpiendo de esta forma el plazo de los dos meses.

No se debe olvidar, además, el art. 5.2 de la LC 22/ 2003 que establece la presunción de que el deudor conoce de su estado de insolvencia cuando ha acaecido alguno de los hechos que sirven para una solicitud de concurso necesario según el art. 2.4 de la LC 22/ 2003 y si se trata de algunas de las deudas calificadas en el apartado 4º del citado precepto<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Apartado 4.º del número 2 del artículo 6 redactado por el número dos del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012

<sup>69</sup> Párrafo primero del número 1 del artículo 7 redactado por el número tres del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012.

<sup>70</sup> El incumplimiento del plazo no tiene porque suponer la inadmisibilidad del concurso sino la pérdida de la presunción de diligencia en la solicitud del mismo.

<sup>71</sup> Art 2.4.4º LC 22/ 2003 4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1.º El sobreesimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que

El auto de apertura del concurso ha de contener una serie de pronunciamientos, tales como la indicación de la condición del concurso como necesario o voluntario, o la identificación de la persona sobre quien recaen las facultades de administración del patrimonio del deudor.

Una cuestión importante es el estudio de las posibles medidas cautelares que pretenden, el aseguramiento total del patrimonio hasta el nombramiento de los administradores concursales. El llamamiento a los acreedores y la declaración de concurso ha de publicarse en el Boletín Oficial del Estado que contarían con el plazo de un mes desde su publicación.

El Auto abre de inmediato la fase primera del concurso, la llamada fase común, tras el nombramiento de la administración concursal, se desarrolla la comunicación con cada uno de los acreedores para que estos procedan a informar sobre la totalidad de sus créditos.

Cabría diferenciar, supuestos específicos en cuanto a la condición de la empresa concursada. En primer lugar, si el concursado fuera una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión participante en un sistema de pagos y de liquidación de valores, se le notificaría al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al gestor. En el segundo supuesto, si la concursada, fuera una entidad aseguradora, se le notificaría a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y por último si fuera una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se notifica en los mismos términos al Ministerio de Trabajo e Inmigración<sup>72</sup>.

Realizada entonces la declaración de concurso por el Auto establecido en el art. 21 de la LC 22/ 2003, este, se convierte en un verdadero estado jurídico con efectos directos sobre la persona y el patrimonio del deudor, sobre sus contratos civiles y laborales, y en general sobre sus acreedores. Por ello es necesario un estudio detallado sobre los efectos particulares que provoca.

---

afecten de una manera general al patrimonio del deudor.<sup>3.º</sup> El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.<sup>4.º</sup> El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

<sup>72</sup> Art 21 LC 22/ 2003 respecto al listado completo de entidades a los que han de comunicar y los correspondientes métodos telemáticos. Última modificación 01/ 01/ 2012

iiii) Efectos de la declaración de concurso

Los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores se centran en el principio de igualdad o de la *par conditio creditorum*, que se traduce en una modificación del ejercicio de las acciones individuales declarativas y en una paralización de las ejecuciones, sustituidas por la conversión colectiva del patrimonio del deudor, y en la formación de la masa de acreedores o masa pasiva.

La declaración de concurso, por sí sola, no satisface el interés del solicitante, sea éste un acreedor o el propio concursado. Para que el interés del solicitante quede satisfecho es preciso que se materialicen los efectos que la Ley vincula a la declaración de concurso o, dicho en otros términos, que se cumpla lo que el auto de declaración de concurso manda.

Una vez declarado el concurso, los acreedores podrán ejercitar acciones declarativas individuales con trascendencia patrimonial frente al concursado, pero deberán hacerlo ante el juez del concurso<sup>73</sup>. De tal modo que los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso tienen el deber legal de abstención.

Aún así, los jueces y tribunales de los ordenes contenciosos administrativo y penal continúan siendo competentes, pero ello, no será óbice para que no se admitan a trámite demandas, cómo aquellas en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. Del mismo modo, se admitiría la acción que se reconoce a quienes pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1597 del Código Civil<sup>74</sup>.

Finalmente, deberán ejercitarse ante el Juez del concurso las acciones colectivas de extinción, modificación y suspensión de contratos de trabajo, así como las acciones individuales sobre suspensión o extinción de contratos de alta dirección, mientras que para el conocimiento de todas las demás acciones de

---

<sup>73</sup> Art. 50.1 in fine: «De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado». Art. 8.1º LC 22/ 2003 y 86 ter. 1.1º LOPJ.

<sup>74</sup> Artículo 1597 Código Civil. Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación.

carácter social continuaran siendo competentes los jueces del orden jurisdiccional social.

Si en el momento de la declaración del concurso estuvieran entabladas frente al concursado acciones declarativas, como regla general continuaran sustanciándose ante el mismo tribunal hasta la firmeza de la sentencia, la cual vinculará al juez del concurso que le dará el tratamiento concursal que corresponda. No obstante excepcionalmente, los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores, se acumularan de oficio al concurso, cuando se encuentren en primera instancia y aun no haya finalizado el acto de juicio o la vista. Tal acumulación supone que continuarán su tramitación ante el juez del concurso, pero por los trámites del procedimiento por el que ya vinieron sustanciándose<sup>75</sup>.

El hecho de que el procedimiento en tramitación continúe de forma independiente ante el mismo tribunal hasta la firmeza de la sentencia, no significa que el concurso no produzca efecto alguno. Estos se producen en función de las consecuencias que el concurso origine sobre las facultades patrimoniales del deudor, según se haya decretado la suspensión y sustitución del concursado por la administración concursal o la mera intervención.

Si se ha intervenido, conservará su capacidad para actuar en juicio, aunque requiera autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse y transigir. Si hay suspensión, se sustituye al concursado en los procedimientos judiciales en trámite, si bien necesitará la autorización del juez del concurso para desistir, allanarse y transigir. La sustitución no impedirá que el deudor mantenga su propia representación y defensa separadas.

Como consecuencia de esos efectos del concurso sobre las acciones declarativas la ley dispone que desde la declaración del concurso y hasta su conclusión, quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración, si bien se precisa que la interrupción de la prescripción respecto del deudor no perjudicará a los demás deudores solidarios, así como tampoco a sus deudores y avalistas, y también quedará

---

<sup>75</sup> Art. 51.1 LC 22/ 2003.

interrumpida la prescripción de las acciones contra socios administradores liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora.

El momento de la conclusión del concurso determina, según el art. 60.3 de la LC 22/ 2003 que el computo del plazo de prescripción «se iniciará nuevamente»

Se establece así mismo una norma especial aplicable a los procedimientos arbitrales, no viéndose afectados por la declaración de concurso, si bien cuando el juez considere que dichos pactos o convenios pueden suponer un perjuicio para la tramitación del procedimiento, podrá acordar la suspensión de sus efectos. En cuanto a los procedimientos arbitrales que se encontraran en tramitación en el momento de la declaración de concurso, continuarán hasta la firmeza del laudo y de acuerdo con las medidas de suspensión o intervención del deudor decretadas por el juez. El laudo firme dictado antes o después de la apertura del procedimiento vinculara al juez del concurso, el cual le dará el tratamiento concursal que corresponda<sup>76</sup>.

Destacamos que la declaración no afecta a los créditos que disfruten de garantía personal, cuyos titulares podrán en consecuencia ejercitar su acción contra los fiadores y los obligados solidarios. Estos subsistirán plenamente incluso en caso de convenios cuando los acreedores no votaran a favor del propuesta que resultare aprobada, sometiéndose en otro caso al régimen común.

En este apartado del trabajo cabe la especialidad de los efectos sobre las ejecuciones y lo dispuesto en el art. 55 de la LC 22/ 2003, sin embargo por la influencia tan directa sobre el tema central del trabajo se realizará el estudio detallado en el capítulo correspondiente a los créditos tributarios en particular.

#### *1.2.4.2 APROXIMACIÓN A LAS FASES DEL CONCURSO, REFERENCIA A LA DETERMINACIÓN DE LA MASA Y LAS SOLUCIONES AL CONCURSO.*

##### *A) Cuestiones generales*

Tras la declaración de concurso han de iniciarse inmediatamente las actuaciones encaminadas a satisfacer, en la medida de lo posible, al conjunto de los acreedores del concursado. La Ley contempla dos grandes vías para lograr ese objetivo: el convenio y la liquidación. Cualquiera de estas dos vías requiere una previa determinación de cuáles son los bienes y derechos con los que se cuenta para dar satisfacción a los acreedores (la llamada masa activa del concurso) y de

---

<sup>76</sup> Art. 53 LC 22/ 2003.

cuáles son y por qué importes son los créditos cuya satisfacción hay que intentar lograr en el concurso (la llamada masa pasiva). Las actuaciones para la satisfacción de los acreedores se estructuran así, en dos grandes fases: en la primera, que la Ley designa como fase común del concurso, se determina el activo y el pasivo del patrimonio del concursado y, en la segunda, se lleva a cabo la satisfacción del derecho de los acreedores mediante la aprobación y cumplimiento de un convenio o bien mediante la liquidación de los activos del deudor y pago a los acreedores según el orden de preferencias legalmente establecido.

Tanto la identificación de los bienes y derechos que forman la masa activa, como la determinación de los créditos que forman la masa pasiva se atribuyen por la Ley a la administración concursal. Las decisiones de la administración concursal sobre inclusión o exclusión de bienes y derechos en la masa activa, así como las que se refieren a la inclusión o exclusión de créditos, con fijación de sus importes y clasificación, se plasman, respectivamente, en un inventario y una lista de acreedores que la administración concursal ha de presentar en el Juzgado junto con su informe sobre la situación patrimonial del concursado y a las que nos referiremos en un capítulo posterior dedicado exclusivamente a este apartado.

#### B) Soluciones al concurso

Continuando en el estudio del proceso concursal, una vez realizado el informe de la administración concursal y resueltas, en su caso, las impugnaciones que se han planteado al inventario, el juez del concurso debe decidir sobre la continuación del procedimiento.

Las alternativas que se presentan, son la apertura de la fase de convenio o la apertura de la fase de liquidación<sup>77</sup>. A continuación se desarrollarán ambas posibilidades.

##### i) Desarrollo de la Fase de convenio.

En esta fase, la ley atribuye un papel más activo que en la de formación de las masas activa y pasiva. En las actuaciones encaminadas a lograr un convenio el juez ha de intervenir necesariamente a los siguientes efectos:

1) Admitir a trámite las propuestas de convenio<sup>78</sup>. Que en realidad consiste en realizar un control de legalidad de las propuestas, referido principalmente a las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la

---

<sup>77</sup> A esta resolución se refiere el art. 98 LC 22/ 2003.

<sup>78</sup> Art. 106, para las propuestas anticipadas, y art. 114, para las propuestas «ordinarias»).

Ley <sup>79</sup>.

2) Presidir la junta de acreedores. Si bien excepcionalmente puede designar para tal cometido a un miembro de la administración concursal según el Art. 116.2 LC 22/ 2003.

3) Decidir la aprobación o rechazo del convenio que haya sido aceptado en la junta de acreedores, resolviendo sobre la oposición al convenio, si se hubiera formulado, en virtud de los arts. 127-132 de la LC 22/ 2003.

Si en la junta de acreedores no se acepta ninguna propuesta de convenio, el juez debe acordar, sin más, la apertura de la fase de liquidación (art. 143.2º LC 22/ 2003) <sup>80</sup>.

4) Recibir semestralmente la información que el deudor debe aportar al Juzgado sobre el cumplimiento del convenio (art. 138 LC 22/ 2003).

5) Resolver las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio formuladas por los acreedores (art. 140 LC 22/ 2003).

6) Declarar cumplido el convenio a solicitud del deudor, que habrá de presentar un informe y justificación adecuada del cumplimiento (Art. 139 LC 22/ 2003).

ii) Fase de liquidación y pago.

La solución liquidatoria del concurso sólo se prevé para los casos en que no se haya podido lograr la satisfacción de los acreedores mediante convenio, bien porque no se hayan presentado propuestas, bien porque ninguna de las presentadas haya sido admitida a trámite, bien porque ninguna de las admitidas haya obtenido la mayoría requerida en la junta, o porque la aceptada en junta no sea aprobada o, bien porque un convenio aprobado no se cumpla.

En cualquiera de estos casos, el juez debe acordar la apertura de la fase de liquidación. Abierta esta fase, recupera el protagonismo la administración concursal. El juez del concurso interviene en un primer momento para decidir sobre el plan de liquidación que presenten los administradores y, a partir de ahí,

---

<sup>79</sup> Es especialmente importante el control del contenido de la propuesta, que debería conducir, en este trámite de admisión, al rechazo de aquellas que incluyan proposiciones no permitidas por la Ley: quitas o esperas superiores a los límites fijados en el art. 100.1 de la LC 22/ 2003; cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos; propuestas condicionadas, salvo que la condición sea la aprobación de un convenio en otros concursos que se tramiten conjuntamente o acumulados (art. 101).

<sup>80</sup> Art 143.2º Ley Concursal.

se limita a recibir informes sobre el estado de la liquidación<sup>81</sup> y a decidir, si se plantean, sobre determinadas iniciativas de la administración concursal que legalmente requieren autorización judicial.

La Ley no contempla en la regulación de la fase que nos ocupa ningún trámite de impugnación<sup>82</sup>.

En un plazo de 15 días, prorrogable hasta 30, desde que se les notifique la apertura de la fase de liquidación los administradores del concurso han de presentar al juez un plan de liquidación. El plan se pone de manifiesto en la Secretaría y en los lugares que a este efecto designe el juez y que se anunciarán en la forma que estime conveniente. Se abre entonces otro plazo de quince días en el que el deudor, los acreedores y los representantes de los trabajadores pueden formular observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación presentado por la administración concursal.

Si no se hacen alegaciones, el juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan<sup>83</sup>. En otro caso, la administración concursal debe informar sobre las observaciones o propuestas efectuadas y el juez adopta, según estime conveniente a los intereses del concurso, una de las siguientes decisiones: 1) aprobar el plan sin modificaciones; 2) introducir modificaciones en el plan, en función de las observaciones o propuestas que se hubiesen efectuado (se excluye, por tanto, que el juez introduzca cambios no pedidos por algún interesado); o 3) acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias, lo que implica el rechazo del plan presentado por la administración concursal. El auto en que el juez adopte una de estas decisiones es recurrible en apelación.

Si el juez no aprueba el plan de liquidación presentado por la administración concursal, se aplica el régimen legal supletorio<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Art.152 LC 22/ 2003.

<sup>82</sup> De los arts. 192.1 (ámbito del incidente concursal) y 197.4 (en sede de regulación general de los recursos) se deduce, en cualquier caso, que caben incidentes concursales durante la fase de liquidación

<sup>83</sup> Art. 148.2 LC 22/ 2003.

<sup>84</sup> arts. 149, 150 y 155 LC 22/ 2003.

### 1.2.5. Mención especial a las sucesivas reformas de la LC 22/2003.

#### 1.2.5.1) LEY 3/2009, DE 3 DE ABRIL SOBRE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

La entrada en vigor de la LC 22/ 2003, no cerró definitivamente el proceso de reforma concursal en España, se puede decir que abrió el camino de una senda reformista que aún a día de hoy no ha concluido. Ya desde el preámbulo de la ley se reconoce respecto de la misma, que «se dictó en un entorno económico completamente distinto al actual, y no ha sido hasta que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas (sic) cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones». Y del mismo modo continuaba: «Sin perjuicio de que en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis...»<sup>85</sup>.

Con la Ley 3/ 2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles<sup>86</sup>, se pretendió facilitar la refinanciación de las empresas con dificultades financieras. Del mismo modo se planteaba el objetivo de agilizar los trámites y en definitiva reducir costes de la tramitación, con el fin último de mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos.

SASTRE PAPIOL señala como posibles vértices de la reforma del año 2009, los siguientes:

(i) Las *insuficientes previsiones normativas* en materia concursal, atendida la evolución de la crisis económica del país, exigiendo un marco regulatorio de los acuerdos de refinanciación que demandaban las empresas en crisis para evitar el concurso. Objetivo reconocido en el propio preámbulo de la norma cuando señala que las reformas pretenden facilitar la refinanciación de las empresas “*que no hagan ineludible una situación de insolvencia*”. En este sentido la reforma ha sido sensible a la demanda, aunque el resultado final no ha colmado las esperanzas.

(ii) La *inseguridad jurídica* que la interpretación de determinadas normas

---

<sup>85</sup> Ley 3/ 2009, de 3 de abril (BOE, de 4 de abril) sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Publicada en el BOE núm. 82, de 04/ 04/ 2009.

<sup>86</sup> En adelante Ley 3/ 2009 .

sobre calificación de créditos había dado lugar, provocando resoluciones judiciales descontextualizadas con la realidad económica y la lógica jurídica (arts. 71.3.2o, 87.6, 93.2.1o y 3o, entre otros).

(iii) Las *difunciones operativas* que había planteado el propio proceso concursal y el coste de oportunidad que suponía los déficits regulatorios en materia de *convenio* y *liquidación*, en aras a conseguir una mayor celeridad procedimental en cualquiera de estas dos formas de terminación del concurso<sup>87</sup>.

Se observa por el espíritu de la ley 3/ 2009, que la LC 22/ 2003 no había conseguido cumplir con todos los objetivos. Los problemas que ya se habían planteado en la fase previa legislativa, se hacen patentes con la aplicación de la misma. Probablemente menos operativa de lo que se esperaba, con un alto coste y lo que es más importante sin dar cumplimiento al espíritu de la ley, imponer el aspecto conservativo frente a la previsible liquidación.

Lo cierto es que la evolución del ciclo económico había sido vertiginosa, y no había presagio alguno en el 2003 ante una economía fuerte y en expansión, motivada por el auge del sector inmobiliario, un cambio tan drástico. Es en el año 2008 cuando en agosto, con la aparición de las hipotecas *subprimes* americanas, comercializadas mediante instrumentos derivados complejos y transmitidas a través de fondos de titulización, se establece el origen de la misma, aunque quizás los primeros atisbos no llegan hasta finales del último trimestre de 2007, siendo la quiebra de Lheman Brothers Holding Inc., el 15 de septiembre de 2008, el punto más álgido de la recesión económica y finalmente mundial, sólo comparable con la Gran Depresión americana de 1929.

Lo que quizás si es achacable a la Ley del 2003 es la falta de previsión en el estudio de la evolución de los sistemas concursales de los países de nuestro entorno cómo Francia Italia o Alemania<sup>88</sup>, que habían años antes acometido grandes reformas y giraban todos ellos en sentido unidireccional en lo que al establecimiento y perfeccionamiento del “concordato preventivo”, “refinanciaciones de deudas”, de carácter extrajudicial, rebajando distintos

---

<sup>87</sup> SASTRE PAPIOL, S.: «*Luces y sombras del RDLey 3/2009 de 27 de Marzo de reforma de la LC 22/2003, un intento de reforma para la crisis*», en Seminario analítico sobre la casuística actual del derecho concursal : sesión académica del 4 de junio del 2010, Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, 2010, pág.231.

<sup>88</sup> DASSO, A. A. «El Derecho Concursal en la crisis global». Revista Jurídica, 2011, núm. 15, págs..139-169.

supuestos para el ejercicio de acciones revocatorias concursales<sup>89</sup>.

Como señala el autor SASTRE PAPIOL Sólo la prudencia mostrada por los Jueces Mercantiles y las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales han evitado, a través de sus resoluciones judiciales, situaciones límites que hubieran agravado el sentimiento de que nos hallábamos ante un marco concursal superado, ineficiente, excesivamente voluntarista y falta de un adecuado sentido de la realidad económica y financiera. Tanto más se iba acentuando esta sensación, en la medida en que la actual coyuntura recesiva ha ido mostrando la faz más cruda de la crisis, poniendo de relieve las carencias, la falta de previsión y de regulación de determinadas materias e instituciones concursales<sup>90</sup>.

1.2.5.2) LEY 38/2011 DE 10 DE OCTUBRE DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL 22/2003.

Con la llegada de la LC 38/ 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012<sup>91</sup>, se realizó una reforma integral de nuestro Derecho concursal a la vista de la intensa experiencia y aplicación de la Ley del año 2003, del Derecho comparado y de su propia evolución<sup>92</sup>.

En el preámbulo de la ley se expone «La reforma toma como referencia la situación económica actual tanto para la adopción de las medidas como para la valoración de su implementación. Esta ley asume el impulso que se ha venido dando desde el Gobierno a la evaluación económica de las normas, que en este caos ha resultado prioritaria».

Si bien la Ley 3/ 2009 había supuesto un intento de aproximación al cumplimiento de los objetivos de reforma de la legislación concursal, no es sino con la LC 38/ 2011 cuando de verdad se comienza a introducir modificaciones que para cubrir los errores detectados en la práctica y superar las lagunas que se planteaban con la anterior legislación. El hecho principal que se persigue, es promover vías alternativas para lograr el equilibrio entre la viabilidad de la

---

<sup>89</sup> Ejemplo de prevención ante la crisis económica es la normativa italiana sobre modificación del *concordato preventivo*, desarrollado por los Decretos Leyes 35/ 2005, 5/ 2006 y 169/ 2007.

<sup>90</sup> SASTRE PAPIOL, S.: «Luces y sombras del RD Ley 3/ 2009...». Op.cit. pág.234.

<sup>91</sup> Publicada en el BOE núm. 245 de 11 de Octubre. En adelante LC 38/ 2011.

<sup>92</sup> DF 3ª. 1. No obstante, para determinadas disposiciones su entrada en vigor se adelantó al 12 de octubre de 2011 (artículos 5 bis, 15, 71.6 y 7, 84.2.11º, 91.6º y DA 4ª LC 22/ 2003.

empresa y la necesaria garantía judicial, ampliar la seguridad jurídica, siempre bajo la simplificación y agilización procesal, y con cierta preocupación por mejorar la posición de los trabajadores. Todo ello sin olvidar la consideración del concurso, cómo instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización de nuestro tejido empresarial<sup>93</sup>, en definitiva, la búsqueda del interés general.

Con la LC 22/ 2003 se consiguió reestructurar el sistema de los privilegios de las Administraciones Tributarias en general y el procedimiento de recaudación en particular, de modo, que supuso un cambio llamativo, respecto de los tradicionales privilegios y preferencias de los acreedores públicos, que comenzaron a plegarse al principio concursal imperante de la *par conditio creditorum*.

La LC 38/ 2011 fue incorporando nuevos cambios respecto de la situación de los créditos de la Hacienda Pública, y nos podemos referir a los siguientes:

1º. Atribución de competencias -antes administrativas- a los jueces mercantiles. El principio de unidad de procedimiento, explica que sean los jueces de lo mercantil los que deban decidir en cuestiones atribuidas generalmente a la Administración tributaria (tales como ejecuciones, embargos, etc.), los juzgados de lo contencioso-administrativo o del orden civil (tercerías). La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado aunque no ha sido ésta una cuestión exenta de litigios<sup>94</sup>.

2º. La reducción del privilegio general de los créditos tributarios a un 50% de su importe. Se califican los «créditos tributarios y demás de Derecho público» de créditos con privilegio general en cuarta posición y se establece que el privilegio podrá ejercerse « hasta el 50% de su importe »<sup>95</sup>.

3º. La calificación como subordinados de los créditos por intereses y multas. Conforme al artículo 92, 3º y 4º, calificación aplicable también a los recargos, aunque antes de la reforma de 2011 no estuvieran éstos expresamente contemplados por la norma.

4º. La suspensión de los apremios tributarios con la apertura del concurso.

---

<sup>93</sup> Cfr. Exposición de motivos (II y X)

<sup>94</sup> Artículo 8.3º LC 22/ 2003

<sup>95</sup> Artículo 91.1.4º LC 22/ 2003

Conforme a lo establecido por el artículo 55.2 LC 22/ 2003<sup>96</sup>.

5º. La concesión del derecho de separación para las acciones de ejecución de garantías reales.

El incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso, constituye uno de los presupuestos objetivos para la solicitud de declaración de concurso presentada por un acreedor artículo 2.4.4º LC 22/ 2003 que puede ser la Hacienda Pública.

6º. La supresión del derecho de separación de retenciones y repercusiones tributarias, la apertura del concurso por solicitud de la Hacienda Pública y el establecimiento de la regla general de la no compensación<sup>97</sup>.

Con carácter general se puede ver que la LC 38/ 2011 profundiza en mayor medida en las alternativas al concurso, ofreciendo a las empresas una solución mas rápida y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación. Esta nueva ley se ocupa de la comunicación formal de que se están iniciando negociaciones con el acreedores, además de incorporar a nuestro ordenamiento el llamado " privilegio del dinero nuevo". Con todos estos cambios se culmina la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/ 2009 de 27 de marzo.

Se intenta solucionar que la insolvencia no se retrase en el tiempo, ya que es algo que perjudica al concursado y a sus acreedores, y así se simplifica y agiliza el procedimiento concursal para favorecer la anticipación de la liquidación. Esta anticipación de la liquidación conlleva una importante novedad en esta ley, ya que se estructura de una forma distinta la apertura de la fase de liquidación del concurso y permite poder tramitar de una forma mas ágil los concursos en los que el deudor inste la liquidación en los primeros momentos. Además esta ley pretende mejorar el régimen de la publicidad registrar del concurso ya que se incrementa notablemente.

Otro aspecto de la reforma es la posibilidad de permitir modificaciones estructurales durante el concurso de acreedores, sin olvidar, las cuestiones sociales, ya que el concurso de acreedores tiene consecuencias sobre el empleo,

---

<sup>96</sup> Vid. artículos 55.4 y 90.1.1º LC 22/ 2003. DE LA PEÑA VELASCO G., «La ejecución separada del crédito tributario», *Quincena Fiscal* número 11, 2010

<sup>97</sup> PÉREZ-CRESPO, F.: «La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdicciones universales», *Anuario de Derecho Concursal* número 1, pág.228.

con esta reforma se quiere también mejorar la protección de los trabajadores afectados.

De otro lado, cobran mayor importancia los administradores concursales realizando sus funciones y su responsabilidad. Destacan los requisitos para ser nombrado administrador concursal. De todo esto se sitúan dos medidas fundamentales de la LC 38/ 2011. Una de ellas es el reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal. Y la otra es la extensión de los supuestos en los que la administración concursal está integrada por un único miembro, que no serán solamente concursos abreviados.

La LC 38/ 2011 pretende regular el régimen jurídico del concurso como en la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación. Hay que destacar también la fijación de un orden de pago de los créditos contra la masa en caso de que resulte insuficiente la masa activa. La normativa concursal se presenta como un elemento inspirador y como fin del concurso la supervivencia y mantenimiento de la actividad del deudor concursado.

En conclusión, esta LC 38/ 2011 aporta al concurso una mayor seguridad jurídica, supone la apertura de nuevas vías alternativas que buscan el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial, el impulso de los medios electrónicos, así como la simplificación y la agilización procesal, sin olvidarse de efectuar una notable mejora de la posición de los trabajadores. Con ello se trata de normalizar el papel del concurso con el que cumple en los países de nuestro entorno.

Tanto en la LC 22/ 2003 como en la reforma que se produce en el 2011, lo cierto es que tradicionalmente la Hacienda Pública había venido protegiendo sus diversos créditos por medio de muy distintas vías, desde las propias e inherentes a los procedimientos de gestión, inspección y recaudación hasta las anudadas a la progresiva ampliación de sujetos obligados al pago (como responsables tributarios, sustitutos del contribuyente, etc.) o a la derivada de la cada vez más numerosa exigencia de una amplia gama de deberes de información.

Pese a que todas estas vías son formas indirectas de aseguramiento de los créditos públicos, el ordenamiento jurídico y en concreto, la LGT 58/ 2003,

reconoce y otorga inmediatas garantías reales<sup>98</sup> (derecho de afección de bienes e hipoteca legal tácita), personales (fianzas, avales, responsables) e incluso procedimentales (que otorgan posiciones privilegiadas en el orden procesal como ocurre con el derecho de prelación), y es precisamente en concurrencia con la reclamación de otros créditos, como la situación privilegiada de los créditos tributarios preferentes cobra pleno sentido y se hace realidad<sup>99</sup>.

La protección que el ordenamiento jurídico español otorga a modo de tutela de los créditos de la Hacienda Pública no sólo abarca a los tributarios, sino que se extiende a los créditos de las Haciendas general, autonómico o local que sean de naturaleza pública en virtud de lo previsto por el artículo 10 de la Ley General Presupuestaria<sup>100</sup>.

El derecho de prelación se recoge en el artículo 77.1 LGT como sigue: « 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*

---

<sup>98</sup> El artículo 79 LGT 58/ 2003 contempla el derecho de afección de bienes como sigue: « 1. Los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga. 2. Los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago de las cantidades, liquidadas o no, correspondientes a los tributos que graven tales transmisiones, adquisiciones o importaciones, cualquiera que sea su poseedor, salvo que éste resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición con buena fe y justo título, en establecimiento mercantil o industrial, en el caso de bienes muebles no inscribibles... »

<sup>99</sup> El artículo 78 LGT 58/ 2003 establece bajo esta rúbrica que « en los tributos que graven periódicamente los bienes y derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior ». El derecho de prelación se recoge en el artículo 77.1 LGT 58/ 2003 como sigue: « 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 ». El apartado 2 ha sido objeto de modificación para acoger el criterio del Tribunal Supremo en una interpretación coherente con la LC 22/ 2003 , y queda como sigue: « 2. Los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la LC 22/ 2003, Concursal ».

<sup>100</sup> Artículo 10 de la Ley General Presupuestaria 2003.

*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* ». El apartado 2 ha sido objeto de modificación para recoger el criterio del Tribunal Supremo en una interpretación coherente con la LC 22/ 2003 , y queda como sigue: « 2. Los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la LC 22/2003, Concursal ».

La entrada en vigor de la LC 22/ 2003 no impidió que todas estas situaciones privilegiadas pervivieran pero se ha venido tratando de una pervivencia matizada y reducida, en la medida en que en la aplicación de los privilegios se somete a lo dispuesto en la LC 22/ 2003 por efecto de la y del artículo 89.2, inciso final de la , que rotundamente establece que « *no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley* ». Establece esta Disposición que « *lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento* ».

Pese a que la no viene en absoluto motivada por la necesidad de reformar el tratamiento concursal de los créditos tributarios ni del de los de Derecho público en general, se ha aprovechado la reforma para aclarar algunos aspectos que resultaban dudosos en lo que a la posición de la Hacienda Pública acreedora en el concurso se refiere, y que sólo la aplicación práctica de la Ley ha venido a poner de manifiesto.

También se han incorporado algunas importantes medidas de índole eminentemente procedimental, que vienen a suplir lagunas y carencias de esta naturaleza que se traducían, a la postre, en situaciones de perjuicio para el correcto ejercicio de los derechos de crédito de las Haciendas Públicas en los concursos.

La importancia de la reforma en cuanto a la completa definición de la posición de la Hacienda Pública como acreedora concursal no sólo radica en las concretas modificaciones o determinadas incorporaciones de preceptos o nuevas cláusulas normativas en la LC 22/ 2003 o en leyes tributarias, sino, sobre todo, en la opción que el legislador ha ejercitado, para no alterar determinados preceptos, cuya aplicación ha dado lugar a numerosos litigios debido, fundamentalmente, a la disconformidad de la Hacienda Pública con los criterios interpretativos promovidos por los tribunales.

En este sentido merecen mención especial, los que se refieren al ejercicio de los privilegios del crédito tributario cuando el procedimiento concursal conlleva la liquidación de la entidad concursada, la forma en que se ha de calcular el montante de los créditos con privilegio general (artículo 91.4 LC 22/ 2003 ) o a la calificación como crédito concursal de las retenciones a cuenta del IRPF y de las cuotas de IVA repercutido devengadas antes de la declaración del concurso pero cuyo periodo de autoliquidación se cierra después de dicha declaración.

Del mismo modo, el crédito correspondiente al IVA incluido por la entidad concursada en las declaraciones posteriores al concurso como consecuencia de las reducciones de su base imponible realizadas por sus acreedores, al amparo del artículo 80 de la respectiva Ley de IVA y no satisfechos por la persona o entidad concursada. Todas estas cuestiones no expensas de polémica, constituyen en adelante el objeto del presente trabajo, procederemos a analizar y matizar todos los aspectos mencionados y en concreto lo referido a los créditos públicos.

1.2.5.3) *REAL DECRETO LEY 4/2014 DE 7 DE MARZO POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES DE REESTRUCTURACIÓN Y DEUDA EMPRESARIAL.*

Comienza diferenciando el nuevo texto legal RD Ley 4/ 2014<sup>101</sup> de reforma de la LC 22/ 2003 entre las empresas que siendo viables desde un punto de vista operativo se han tornado en inviables desde un punto de vista financiero. Y por lo tanto entiende que pueden existir dos alternativas posibles , ya sea liquidar, o sanear desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable esta continúe con sus compromisos en el tráfico económico, y permita generar riqueza y puestos de trabajo. Dispone la ley, la misma idea general de viabilidad económica que había suscitado ya la ley en el año 2003, si bien el legislador con la experiencia de la aplicación de la norma unida irremediablemente a la situación económica de crisis en el país, ve cada vez con mayor claridad e importancia la necesidad de ofrecer el concurso como una vía alternativa de continuidad y no de liquidación.

«Parece evidente que la segunda alternativa es preferible a la primera, siendo en consecuencia obligación de los poderes públicos adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o desapalancamiento»<sup>102</sup> .

---

<sup>101</sup> Publicado en el BOE el 11 de enero de 2014. Núm. 10, en adelante RD Ley 4/2014

<sup>102</sup> Exposición de Motivos del RD-ley 4/ 2014 de 7 de marzo

El propio legislador concluye que si bien es necesario aliviar, con todas las garantías posibles para los acreedores, la deuda; el mayor problema en el tiempo corriente para alcanzar el acuerdo entre acreedores y deudores, viene de la rigidez de la normativa concursal y no tanto de la voluntad de las partes.

Del total de empresas concursadas, un elevado número<sup>103</sup>, concluye en liquidación, resultando clave la fase preconcursal de reestructuración financiera, ya sí concluye que la reforma se centra precisamente en esos acuerdos: «por constituir una de las áreas estratégicamente más relevantes en la medida en que, fruto del consenso entre el deudor y sus acreedores, pretenden la maximización del valor de los activos, evitando el concurso de la entidad, y la reducción o aplazamiento de los pasivos»<sup>104</sup>.

Para eliminar incertidumbres legales se introdujeron en España los acuerdos colectivos de refinanciación así como su homologación judicial. Estos mecanismos otorgan protección legal a los acuerdos alcanzados por una mayoría suficiente de acreedores de modo que, en el eventual supuesto de un concurso, las operaciones en él incorporadas no estén sujetas a rescisión y, en su caso, puedan extender determinados efectos a acreedores disidentes o no partícipes<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Boletín del Registro de Economistas Forenses nº 205. 19 de enero de 2005.

<sup>104</sup> PULGAR EZQUERRA, J.: « Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación» Adaptado a la LC 38/ 2011 Fr. 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, Ed. LA LEY, 2012, pág. 304 y ss.

<sup>105</sup> El nuevo artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal operado por el RDL 4/ 2014 regula los acuerdos “colectivos” de refinanciación sin alterar su definición. Los acuerdos “colectivos” de refinanciación y los negocios, actos, pagos y garantías que los configuran no serán rescindibles si se cumplen los siguientes requisitos:

- (a) que el acuerdo sea suscrito por acreedores que representen al menos 3/ 5 del pasivo (financiero y no financiero) del deudor;
- (b) que se emita certificación por el auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo ; y
- (c) que el acuerdo se formalice en instrumento público.

La principal novedad es que se elimina la necesidad de obtener un informe de experto independiente nombrado por el Registro Mercantil, si bien tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar al Registro Mercantil del domicilio del deudor el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el plan de viabilidad, la proporcionalidad de las garantías o cualquier otra circunstancia que pueda resultar relevante. Es preciso destacar que, aunque no se enumere como un requisito más, el RDL parte de la premisa, como no podía ser de otra forma, de que el acuerdo de refinanciación responda a un plan de viabilidad; de otra forma no estaría justificada la especial protección frente a la rescisión que se otorga.

La profesora PULGAR EZQUERRA señala «que refinanciar preconcursalmente deuda a través de acuerdos entre el deudor y sus principales acreedores profesionales constituye una opción no sólo lícita, sino recomendable en tanto en cuanto abre la vía de un acuerdo pre concursal a la crisis económicas del deudor sin los costos económicos y temporales que conlleva la solicitud y declaración de un concurso de acreedores, permitiendo además a los jueces de lo mercantil descongestionar, su cargo de trabajo»<sup>106</sup>.

Y así continúa sobre los “escudos protectores” legislativos señalando que “En definitiva, la idea esencial es que no se protege a estos acuerdos el fin de blindarles en cualquier situación y en atención a la naturaleza del acuerdo de refinanciación y a la participación en estos de acreedores profesionales, a modo de *ius singulare*, sino en tanto en cuanto el sacrificio que conllevan, que es frecuente, pues en ocasiones, incrementan la masa pasiva y refuerzan posiciones de unos acreedores frente a otros, mediante la constitución o ampliación de garantía, se compensa con el mantenimiento de la actividad que pueden conllevar dichos acuerdos, conforme al plan de viabilidad que le acompañan”<sup>107</sup>.

Con el objetivo de lograr una negociación eficaz sin acelerar la insolvencia del deudor, se modifica el artículo 5 bis<sup>108</sup>, permitiendo que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones para alcanzar determinados acuerdos pueda suspender, durante el plazo previsto para llevarlas a efecto, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. También se permite la suspensión del resto de ejecuciones singulares promovidas por los acreedores financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de acreedores de pasivos financieros han

---

El nuevo régimen se aplicará a los procesos de refinanciación “colectivos” abiertos antes de la entrada en vigor del RDL en los que aún no se haya solicitado al Registro Mercantil la designación de experto independiente. En caso contrario, se aplicará el régimen previo, salvo que las partes opten expresamente por el nuevo régimen en el acuerdo de refinanciación.

<sup>106</sup> IBID pág. 306

<sup>107</sup> Ibidem PULGAR EZQUERRA «*Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*» op.cit. pág. 310

<sup>108</sup> Artículo 5 bis redactado por el apartado uno del artículo único de la Ley 17/ 2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial («B.O.E.» 1 octubre). Vigencia: 2 octubre 2014

apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del correspondiente acuerdo de refinanciación.

Del mismo modo con el RD ley 4/ 2014 se limitan los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real a aquellos que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. En determinados supuestos es posible separar la facultad de disposición de las de uso y disfrute, sin perjuicio alguno para la continuación de la actividad productiva pero con evidente ventaja para el acreedor que podrá movilizar antes su propia facultad de disposición y que por ello verá disminuidos los costes financieros necesarios para tal movilización, determinando mayores posibilidades de financiación para el deudor y en una revalorización de sus activos<sup>109</sup>.

La LC 22/ 2003 vuelve a la sistemática original regulando íntegramente en el artículo 71 las denominadas acciones de reintegración. Lo que hasta ahora había sido recogido en el apartado 6 de dicho artículo como supuesto de no rescindibilidad se recoge separadamente en el artículo 71 bis de la LC 22/ 2003 junto con un nuevo supuesto.

Así, en el apartado 1, se mantiene en lo esencial la regulación de los hasta ahora previstos en el apartado 6 del artículo 71, si bien se clarifica su extensión.

En el apartado 2 del artículo 71 bis se introduce un nuevo supuesto, declarando no rescindibles los acuerdos alcanzados, sin necesidad de alcanzar determinadas mayorías de pasivo<sup>110</sup>.

Teniendo en cuenta ese objetivo de procurar la concesión de nueva

---

<sup>109</sup> Artículo 56 modificado por el número tres del artículo único del R.D.-ley 4/ 2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial («B.O.E.» 8 marzo). Vigencia: 9 marzo 2014

<sup>110</sup> Art. 71 LC 22/ 2003 Actual número 6 del artículo 71 reenumerado por el número cuatro del artículo único del R.D.-ley 4/ 2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial («B.O.E.» 8 marzo). Su contenido literal se corresponde con el del anterior número 7 del mismo artículo. Vigencia: 9 marzo 2014

Número 7 del artículo 71 suprimido por el número cuatro del artículo único del R.D.-ley 4/ 2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial («B.O.E.» 8 marzo), al pasar su contenido a integrar el actual número número 6 del mismo artículo. Vigencia: 9 marzo 2014

Artículo 71 bis redactado por el número cinco del artículo único del R.D.-ley 4/ 2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial («B.O.E.» 8 marzo). Vigencia: 9 marzo 2014

financiación, se atribuye con carácter temporal la calificación de crédito contra la masa a la totalidad de los que originen nuevos ingresos de tesorería, comprendiendo los que traigan causa en un acuerdo de refinanciación y los realizados por el propio deudor o personas especialmente relacionadas, con exclusión de las operaciones de aumento de capital<sup>111</sup>.

En relación también con el régimen de acuerdos de refinanciación, se revisa el régimen de homologación judicial de la disposición adicional cuarta, ampliándose el ámbito subjetivo, y extendiéndose la posibilidad de suscribirlo por todo tipo de acreedores de pasivos financieros, excluidos los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de derecho público.

Con el RDL 4/ 2014 se producen novedades en relación con los acreedores que dispongan de garantía real. A partir de ahora lo relevante no es tanto realizar una distinción subjetiva, sino una distinción objetiva entre la parte de deuda que está cubierta por el valor real de la garantía y aquella que no lo está, anticipando lo que podría ocurrir en caso de liquidación concursal. Lo importante, será el valor real de la garantía que se define de forma simple en el apartado 2 de la disposición adicional cuarta<sup>112</sup>.

La segunda novedad consiste en dar mayor relevancia y nitidez a una distinción que ya está configurada jurídicamente: aquella que se produce entre obligación principal y obligación accesorial.

Antes de concluir este capítulo y sin perjuicio de que a lo largo del trabajo volvamos a cuestiones planteadas incluso con mayor detalle, cabe aquí mencionar que debido al aumento de las relaciones económicas internacionales han aumentado también los casos de insolvencia que producen efectos en diferentes países. Así, la masa activa del concurso de acreedores se encuentra fuera del Estado en el que ese procedimiento judicial hubiera comenzado o por otro lado pueden existir concursos donde haya acreedores extranjeros, de tal modo que se

---

<sup>111</sup> Esta medida se adopta con un carácter extraordinario y temporal para todos los nuevos ingresos de tesorería que se produzcan en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de este real decreto-ley. Transcurrido el plazo de los dos años desde su concesión, se considerarán crédito contra la masa en los términos indicados en el apartado 2.11.º del artículo 82.

<sup>112</sup> Disposición adicional cuarta redactado por el número trece del artículo único del R.D.-ley 4/ 2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial («B.O.E.» 8 marzo). Vigencia: 9 marzo 2014.

produce la inminente necesidad de dictar normas de Derecho Internacional Privado.

El problema de la insolvencia internacional ha sido tratado por la Organización de las Naciones Unidas a través de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a la que se une una Guía para su incorporación al Derecho interno. Esta ley se recomienda a los Estados mediante la Resolución 52/ 158 de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1997. El 2 de diciembre de 2004 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Procedimientos de Insolvencia con la que se trata de favorecer la reforma de las legislaciones nacionales<sup>113</sup>.

En lo que respecta a la Unión Europea, se creó el Reglamento (CE) número 1348/ 2000, del Consejo, de 29 de Mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia en las que sigue las recomendaciones de la Ley Modelo de la Organización de las Naciones Unidas. Esta Ley Modelo y el Reglamento buscan los mismos propósitos: facilitar a los acreedores que no residen en el Estado de apertura del procedimiento la solicitud de reconocimiento de los respectivos créditos y atribuir a los órganos concursales las facultades necesarias para actuar sobre bienes situados en territorios de otros Estados.

Existen dos modelos opuestos en el Derecho internacional privado. Un modelo universal en el que el procedimiento concursal es único, en el que aLC 22/ 2003anza todos los bienes del deudor y a todos los acreedores ya sean nacionales o extranjeros y por otro lado el modelo territorial en el que hay tantos procedimientos como Estados en los que existan bienes y acreedores del deudor común.

---

<sup>113</sup> La finalidad de la Guía Legislativa sobre el régimen de insolvencia es contribuir a la creación de un marco jurídico eficaz y eficiente para regular la situación de los deudores que tenga dificultades financieras. La Guía se ha concebido como instrumento de referencia al que puede acudir las autoridades nacionales y los órganos legislativos al preparar nuevas leyes y reglamentos o al plantarse una revisión de las leyes ya existentes. Estos incluyen la elaboración de documentos conjuntamente con el Banco Mundial.

La Ley Modelo de la Organización de las Naciones Unidas y el Reglamento comunitario siguen un modelo intermedio que se denomina universalismo mitigado, que se encuentra recogido en los arts. 3.1 y 3.2<sup>114</sup>.

El Título XI de la Ley española que esta dedicado a las normas de derecho internacional privado, esta inspirado en el Reglamento comunitario que se aplicará cuando los Tribunales de algún Estado miembro sean competentes para abrir el procedimiento de insolvencia.

Cuando no existan convenios o tratados con otros Estados extracomunitarios, el reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras que declaren la apertura de un procedimiento de insolvencia deberá realizarse mediante el procedimiento de exequátur (art. 220.1 LC 22/ 2003).

Cuando se ha obtenido ese reconocimiento, cualquier solución dictada en ese procedimiento de insolvencia se reconocerá en España sin necesidad de procedimiento alguno.

En general podemos decir que pese a las grandes dificultades que entraña la legislación concursal, más aún cuando su aplicación se ha visto inmersa en un proceso virulento de crisis económica, el legislador ha comprendido la falta de previsión y ha intentado dar respuesta a los sucesivos problemas que se han ido planteando en la aplicación práctica de la ley, sin desvirtuar o incluso matizando los que en su día fueron los principios inspiradores de la ley.

#### 1.2.5.4) REAL DECRETO LEY 11/2014 DE 5 DE SEPTIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA CONCURSAL.

El último eslabón en la cadena de reformas de la LC 22/ 2003 se presenta con el Real Decreto-ley 11/ 2014 de 5 de septiembre<sup>115</sup>. Este, introduce importantes novedades, encaminadas hacia el mismo objetivo que han perseguido las últimas reformas: salvar las empresas en crisis, si no como tales, por lo menos sí como actividad empresarial.

---

<sup>114</sup> Art. 3.1 « el concurso de acreedores se declara en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales».

Art 3.2 « los tribunales de otro Estado miembro solo son componentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si este posee un establecimiento en el territorio del Estado, en cuyo caso los efectos de este procedimiento secundario se limitan a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro».

<sup>115</sup> Publicado en BOE núm. 217 de 6 de septiembre de 2014. En adelante RDL 11/2014.

En lo que respecta a los Convenios de acreedores, el RDL 11/ 2014 invita a proponer por la empresa concursada a que se amplíen sus posibles contenidos respecto de la posible adopción de las posibilidades vistas en reformas anteriores para los acuerdos de refinanciación extrajudiciales; Del mismo modo se aborda la consideración de exigir una mayoría reforzada para aprobar Convenios con quita superior al 50% o espera mayor a 5 años (con un máximo de 10); e incluso el RDL 11/ 2014 considera la posibilidad de una segunda oportunidad para aquellas empresas que en los dos últimos años hubiesen aprobado un Convenio de acreedores que no puedan actualmente cumplir, de manera que si cuentan con el apoyo de las mayorías necesarias, puedan readaptar su Convenio a las novedades ahora permitidas por esta última reforma de la Ley.

El RDL 11/ 2014 modifica las previsiones relativas a la transmisión de unidades productivas para aquellos supuestos en los que casos en los que se pretende salvar la actividad empresarial pese a las escasas o nulas posibilidades que tenga la concursada de aprobar Convenio. Se procede de manera que se anticipa la cesión automática a favor del tercer adquirente de los contratos de los que fuera parte la concursada, no requiriendo el consentimiento de la otra parte, pero siempre que no hubieran sido resueltos anteriormente. En última instancia el RDL 11/ 2014 aclara la polémica sobre estas transmisiones, porque sí se entenderá que existe sucesión empresarial no sólo a efectos laborales sino también de Seguridad Social, pese a que el tercero adquirente no asuma las deudas concursales ni los créditos contra la masa.

El RDL 11/ 2014 trata el régimen transitorio de la aplicación de sus apartados, en los procesos concursales en trámite, en el expositivo VI refiriendo únicamente que “*Las disposiciones transitorias primera a tercera regulan el régimen transitorio de determinados preceptos contenidos en este real decreto-ley.*” Para añadir “*La disposición transitoria cuarta determina los procedimientos de ejecución en tramitación a los que resulta aplicables las modificaciones introducidas por la disposición final tercera de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*” .

## II. ANÁLISIS DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CREDITOS EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL.

### 2.1. aspectos generales sobre la determinación de la masa

El concepto de la masa activa, puede identificarse como aquel conjunto de bienes y derechos del concursado, que se caracteriza como un patrimonio de ejecución<sup>116</sup> y cuyo destino es la satisfacción de los acreedores que integran la masa pasiva. Dada esta característica finalista de la masa activa, puede deducirse una cierta responsabilidad sobre la gestión de la misma. El destinatario sería la administración concursal o el deudor, en función de la limitación a las facultades patrimoniales de este último<sup>117</sup>.

En relación a esa gestión eficiente, podemos decir que se trata de observar la exigencia de la conservación de la masa activa del modo que sea más conveniente a los intereses del concurso<sup>118</sup>; se puede incluso observar ese deber derivado de las propias actividades de gestión de la masa activa, con una supuesta exigencia de interés general, que encontraría su fundamento en preceptos constitucionales, como el artículo 38 de la Constitución Española. De tal forma que la libertad que el texto constitucional consagra, reviste al concepto de empresa de cierta coraza para inclinar la normativa hacia la protección de la misma<sup>119</sup>.

PULGAR EZQUERRA señala que la finalidad del concurso no es el saneamiento, esto es, el restablecimiento del equilibrio financiero-patrimonial de las empresas, sino la conservación de empresas como medio para satisfacer los intereses de los créditos afectados por la crisis<sup>120</sup>.

En cualquier caso, si podemos entender como esencial la satisfacción de los acreedores, pese a que se mantenga el espíritu, de la institución concursal, con

---

<sup>116</sup> A.A.V.V., *Sociedades Mercantiles. Memento práctico*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2010, pág. 1261.

<sup>117</sup> TAPIA HERMIDA, A., «La gestión de la masa activa del concurso», *Estudios sobre la LC 22/2003. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV.

<sup>118</sup> Artículo 43 LC 22/ 2003.

<sup>119</sup> TAPIA HERMIDA, A., «La gestión de la masa activa del concurso» *op. cit.*, págs. 4418-4422.

<sup>120</sup> PULGAR EZQUERRA, J: «Aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso cambio de sentido de la reforma» , *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 58, 22 de mayo de 2003, pág. 4.

la pretensión de conservación de la empresa. Si entendemos que la satisfacción de los acreedores, se supedita a la conservación de la empresa y no al revés, entendemos entonces las facultades de gestión sobre la masa activa.

## 2.2. especial referencia a la determinación de la masa activa

Tras la declaración de concurso se inician una serie de efectos, a los que haremos referencia más adelante, pero que ya forman parte de la fase común, una vez realizados todos los actos previos entre los que se incluyen tanto el estudio de los presupuestos del concurso como el propio procedimiento de la declaración del mismo. Dentro de esta fase común, en concreto en la sección 3<sup>o</sup> del concurso, se destaca la determinación de la masa activa y pasiva del concurso, lo que constituye un verdadero punto de partida para determinar el grado de insolvencia del concursado y por tanto la cuantía de las deudas a las que se enfrenta.

Cuando hablamos de clasificación de créditos y por tanto de orden o prelación en el cobro de la deuda, inmediatamente surge la cuestión de las preferencias o privilegios que pueden ostentar unos respecto a otros. En este sentido ya hemos comentado dentro del capítulo dedicado a la evolución de la legislación concursal, las novedades que supuso la LC 22/ 2003, así como las sucesivas reformas que se han producido<sup>121</sup>. Particularmente se ha observado la pérdida de privilegios que se han producido en nuestra legislación, en concreto con relación a los créditos frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

El concurso requiere entonces del arbitrio de herramientas que conjuguen el proceso concursal y las posibles ejecuciones singulares contra el deudor, o la paralización de los procesos individuales frente al mismo, a excepción de aquellos que ostentan el beneficio de la ejecución separada, muy limitado en la nueva normativa concursal.

La determinación exacta del conjunto de bienes y derechos del deudor afectos al pago de los créditos es uno de los aspectos más delicados del concurso de acreedores y es lo que se conoce como masa activa del concurso. Es fundamental conocer la masa activa para ver cuáles son los bienes y derechos realizables que conforman el patrimonio del concursado afectos al pago de los créditos.

---

<sup>121</sup> Particularmente tras la promulgación de la LC 38/ 2011.

### 2.2.1 De la Composición de la masa activa

#### 2.2.1.1) REGLA GENERAL DE FORMACIÓN DE LA MASA Y PRINCIPALES EXCEPCIONES Y ESPECIALIDADES.

La LC 22/ 2003 señala las reglas que indican que bienes y cuales no se incluyen en la determinación de la masa activa, que con carácter general, se corresponde con el patrimonio activo del deudor, no obstante, existen algunas variaciones que varían dicha identidad.

El artículo 76.1 LC 22/ 2003, establece el principio de universalidad con respecto a los bienes y derechos del patrimonio que conforman la masa activa. Para CORDÓN MORENO, este principio es una aplicación del artículo 1911 del Código Civil, que afecta al cumplimiento de las obligaciones todos los bienes del deudor, presentes y futuros. El autor identifica los bienes presentes del artículo 1911 CC con los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso del artículo 76.1 LC 22/ 2003 y los bienes futuros (art. 1911 CC) con los se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento según lo dispuesto en el art. 76.1 LC 22/ 2003<sup>122</sup>.

Considerada la idea general de la composición de la masa activa, entendida como la inclusión de todos los bienes y derechos del concursado, a continuación se van realizando operaciones que conducen a una pérdida entre la identidad original patrimonio activo y masa activa.

En primer lugar, es necesario señalar los conceptos que restan al patrimonio activo y que van a quedar fuera de la composición de la masa activa. Aunque estrictamente no formen parte del patrimonio activo, señalamos:

1º. Los derechos del deudor que carecen de contenido patrimonial<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, Aranzadi, 2013, pág. 187.

<sup>123</sup> Derechos de la personalidad, cuyo carácter es indisponible y por tanto no pueden afectarse al pago de una deuda. Además, hay otros bienes o derechos que nunca vamos a contabilizar a la hora de determinar la masa activa, y que se diferencian de los anteriores en que éstos sí forman parte del patrimonio activo del concursado, se trata de los bienes inembargables e inalienables; los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal; los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial; los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal; el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo, y en general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del Tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia; los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u

2º. Los bienes ajenos y los bienes objeto de ejecución separada.

El artículo 80 de la LC 22/ 2003 reconoce al titular legítimo de bienes que estén en poder del concursado un derecho de separación sobre los mismos (*separatio ex iure dominii*). Únicamente se requiere una mera solicitud a la administración concursal, si bien no procederá, en el caso de que el deudor ostente sobre los bienes algún derecho de uso, garantía o retención<sup>124</sup>.

Del mismo modo, se refiere la ley en el art. 76.3 a estos bienes (*separatio ex iure creditii*), entendidos como un derecho de separación que no tiene como causa la propiedad de ajena sino un mejor derecho ostentado por un tercero. CORDON MORENO entiende que se trata de una simple ejecución singular permitida por la Ley<sup>125</sup>. Y así el artículo 76.3, lo recoge, pero únicamente en relación con los titulares de créditos con privilegios sobre buques y aeronaves<sup>126</sup>.

Se han de sumar al patrimonio activo del concursado aquellos bienes que salieron de éste con anterioridad a la declaración de concurso, pero que vuelven a formar parte de la esfera económica del deudor en virtud de acciones de reintegración. Con anterioridad a la reforma concursal, existía un mecanismo similar pero diferente en cuanto a la forma de llevarlo a cabo. La reforma trató de sustituir un sistema que complicaba por la previsión de *la nulidad automática de todos los actos de disposición y administración del quebrado llevados a cabo durante el periodo de retroacción*. La inseguridad se hacía mayor si los síndicos de la quiebra no ejercían la acción de nulidad. El resultado era muy confuso en relación a los

---

oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada; los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas; las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley o Tratado Internacional ratificado por España; el salario, sueldo o pensión, en lo que no exceda los límites impuestos en el artículo 607 LEC.

<sup>124</sup> Respecto de la imposibilidad para llevar a cabo el derecho de separación, se pronuncia el artículo 81.1 de la LC 22/ 2003: «Si los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiera realizado, o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal».

<sup>125</sup> CORDON MORENO, F.: *Proceso... op. cit.*, pág. 191.

<sup>126</sup> A.A.V.V( Dir. PRENDES CARRIL, P.), *Guía Práctica Concursal*, Aranzadi, 2008, pág. 142.

actos de disposición realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de quiebra<sup>127</sup>.

Esa nulidad automática se sustituyó por las acciones de reintegración<sup>128</sup>. En realidad se refiere a la acción de reintegración como acción de carácter rescisorio respecto de ciertos actos, que habrán de cumplir una serie de condiciones según lo que señala el art. 71.1 LC 22/ 2003.

1º. Solo cabrá rescisión respecto de actos realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

2º. Tendrá que referirse la acción de reintegración a actos que supusieron un perjuicio efectivo a la masa activa. De esta manera quien ejercita la acción deberá probar el perjuicio aludido, sin que tal carga probatoria deba alcanzar la intención fraudulenta del deudor<sup>129</sup>.

El artículo 71 LC 22/ 2003 establece un orden de presunciones, sobre la actuación probatoria del solicitante de la rescisión en relación al tipo de acto. Los acuerdos de refinanciación entre los actos no susceptibles de rescisión, ha tenido lugar con el Real Decreto 3/ 2009 y la LC 38/ 2011, de modificación de la LC 22/ 2003.

Los efectos básicos de la acción se concretan en la ineficacia del acto impugnado y en la restitución de las prestaciones objeto de éste, con sus frutos e intereses. Por otro lado, la legitimación para instarla en principio corre a cargo de la administración concursal, sin embargo «los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento»<sup>130</sup>. A pesar de esta previsión, la LC 38/ 2011 ha introducido una salvedad en esta materia, estableciendo que tal legitimación subsidiaria no tendrá lugar, es decir, que la administración concursal será el único legitimado para instar las acciones rescisorias o impugnatorias

---

<sup>127</sup> PIÑEL LOPEZ, E.: «Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación, La Ley, núm. 2, 2005, pág. 48.

<sup>128</sup> GIL RODRIGUEZ, J.: *Comentarios a la LC 22/2003* (coordinado por BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R.), Volumen I, Tecnos, 2004, págs. 841 y ss.

<sup>129</sup> PIÑEL LOPEZ, E. «Efectos...» *op. cit.*, pág. 48.

<sup>130</sup> Artículo 72.1 LC 22/ 2003.

respecto de acuerdos de refinanciación<sup>131</sup>.

Enunciamos simplemente aquellos supuestos que por sus especiales características se consideran especiales, estos son los siguientes:

- Depósitos irregulares de dinero<sup>132</sup>
- Bienes conyugales<sup>133</sup>
- Bienes en comunidad y cuentas indistintas<sup>134</sup>
- Bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> Artículo 72.2 LC 22/ 2003.

<sup>132</sup> AAVV . *Sociedades Mercantiles. Memento práctico*, Madrid, -coordinado y editado por Ediciones Francis Lefebvre, 2010, pág. 1265. Se considera irregular por ser un bien fungible. El depósito implica transmisión del dominio, momento a partir del cual el depositante se quedaría con un derecho de crédito, concretado en la restitución de bienes del mismo género, calidad y cantidad. Si hay transmisión puede no haber derecho de separación, lo que tiene gran relevancia cuando se trata de retenciones en favor de la Hacienda Pública, Seguridad Social, o el resto de Administraciones Públicas

<sup>133</sup> En el concurso de persona casada, los bienes privativos del cónyuge concursado por supuesto entran a formar parte de la masa activa. Pero además, si el régimen económico-matrimonial es la sociedad de gananciales, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado, también se integrarán en la masa activa. Por otro lado, en el régimen económico de separación de bienes, la LC 22/ 2003 ha mantenido una tradicional prescripción de nuestro Derecho, la presunción muciana, que supone en beneficio de la masa (*iuris tantum*), que el concursado «donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado» (art. 78.1 LC 22/ 2003). Además, cuando no pueda probarse dicha procedencia se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge (siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso).

<sup>134</sup> El artículo 79 LC 22/ 2003 dispone que, salvo prueba en contrario, los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa. Se trata de una excesiva presunción de propiedad total de los saldos acreedores de cuentas indistintas, que no está exenta de polémica, pues la norma impone una carga muy importante a los cotitulares indistintos si quieren salvar su patrimonio, la de probar que los saldos en cuestión no pertenecen al concursado.

<sup>135</sup> Sta. Núm.144/ 2005 AP Girona Sección 2ª, 13 Abril de 2005 .Ponente: D. Jaquín Miguel Fernández Pont. «La compraventa con pacto de supervivencia, es un contrato en virtud del cual los cónyuges compran conjuntamente y por mitades a un tercero un determinado bien, generalmente inmueble, pactando que a la muerte de uno de ellos el superviviente adquirirá la totalidad del mismo. Ello para paliar las drásticas consecuencias del régimen de separación de bienes,..»

### 2.2.1.2) FORMACIÓN DEL INVENTARIO

La administración concursal deberá realizar, en función de lo dispuesto en el art. 82 de la LC 22/ 2003 un inventario de la masa activa del deudor. De la inclusión de unos bienes y derechos u otros en la masa activa, dependerá directamente la satisfacción de los acreedores, si atendemos a la masa como un patrimonio de ejecución.

Así lo entiende el profesor GARRIGUES<sup>136</sup>, la exigencia de la correlación entre la masa de hecho (la que hay en el momento de la declaración de concurso) y la masa de Derecho (la que debe haber) determina que se materialice un Derecho concursal más justo <sup>137</sup>.

De cada uno de los bienes y derechos relacionados en el inventario se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación. Este inventario debe realizarse a la mayor brevedad posible y siempre dentro del plazo establecido para la emisión del informe. Además de las circunstancias señaladas, se hará constar en una relación, todos los litigios que puedan afectar al inventario y en otra, las acciones que la propia administración concursal estime necesarias para la reintegración de bienes en la masa activa. Por otro lado, el artículo 83 LC 22/ 2003 reconoce la posibilidad de la administración concursal de recurrir a expertos independientes en busca de asesoramiento para la formación del inventario de la masa activa.

### 2.3. Composición de la masa pasiva. Clasificación de los créditos

La primera categoría que establece la LC 22/ 2003 son los denominados créditos contra la masa, se trata de créditos diferenciados de los propiamente concursales. En puridad, no forman parte de la masa pasiva del concurso y por tanto se cobran con anterioridad a éstos. A posteriori se observará la clasificación completa de los créditos concursales.

---

<sup>136</sup> GARRIGUES, J., Curso de derecho mercantil, Tomo II, Madrid, Aguirre, 1940, pág.

### **2.3.1. Créditos contra la masa**

#### *2.3.1.1. CONCEPTO Y DEFINICIÓN.*

Tras la reforma experimentada con la LC 38/ 2011 se puede decir, que los créditos contra la masa son deudas del concursado contraídas con ocasión del concurso y durante la tramitación del mismo, siendo los titulares de tales créditos bien, la administración concursal, el propio concursado, o determinados acreedores del concurso.

La expresión «contra la masa», nace como consecuencia de la declaración del concurso, no antes. Igualmente sucede con la expresión «masa activa», que está compuesta por los bienes y derechos del patrimonio del deudor a la fecha de declaración de concurso, así como los que posteriormente se reintegren o surjan hasta su conclusión.

Los créditos contra la masa son los contenidos en el artículo 84.2 de la LC 22/ 2003 no son objeto de clasificación y salvo los créditos a los que se refiere su apartado 2.1 que se pagarán de inmediato, (salarios de trabajo efectivo por los últimos 30 días con el límite que establece), los restantes han de pagarse por orden según sus respectivos vencimientos.

Tienen tal consideración toda una serie de créditos detallados en el LC 22/ 2003, generalmente referidos a aquellos que se generan con posterioridad a la declaración de concurso, que constituyen auténticas deudas contra la masa, y operan a modo de créditos prededucibles, entre los que se incluyen:

- a) Créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional<sup>138</sup>.
- b) Costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y declaración del concurso y devengados durante su tramitación<sup>139</sup>.
- c) Créditos por alimentos del deudor.

---

<sup>138</sup> RÍOS SALMERÓN, B Y RÍOS MESTRE, J.M.: «Despido colectivo y proceso concursal: notas de urgencia sobre el proyecto de reforma concursal de 2011» en A.A.V.V «Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral de 2010. Un análisis desde el Derecho y la Economía» Lex Nova. 2011. Pág.784 y ss.

<sup>139</sup> Medidas cautelares, publicaciones, asistencia y representación del concursado y de la administración concursal, retribución de los administradores concursales, gastos justificados en que incurrieren en el ejercicio de dicho cargo, honorarios de expertos independientes contratados, etc.

d) Los generados por la continuidad de las actividades profesionales o empresariales del deudor, así como los que resulten de obligaciones contraídas por la administración concursal.

e) Los que conforme a la LC 22/ 2003 resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso<sup>140</sup>.

f) Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley ( CC) o de responsabilidad extracontractual del concursado (a CC), con posterioridad a la declaración de concurso.

g) El cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería en el marco de un acuerdo de refinanciación<sup>141</sup>.

h) Cualesquiera otros créditos a los que expresamente la LC 22/ 2003 les atribuya tal consideración de créditos contra la masa.

La condición o categoría de créditos contra la masa, supone verdaderamente un privilegio puesto que antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal habrá de deducir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta, los cuales, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso, siempre con la posibilidad de la alteración de la regla del vencimiento, salvo para los créditos salariales del LC 22/ 2003<sup>142</sup>.

Lo cierto es, que transcurridos diez años de la entrada en vigor de la ley y teniendo incluso varias reformas que lógicamente han repercutido en el tema son muchos los pronunciamientos de los Juzgados de lo Mercantil sobre créditos contra la masa, y no en vano se determina la dificultad en ocasiones varias de establecer la clasificación del crédito o el límite en la consideración , ya sea de créditos contra la masa o créditos concursales.

---

<sup>140</sup> Ex arts. 61 LC 22/ 2003;

<sup>141</sup> Transitoriamente el 100% de los nuevos ingresos de tesorería efectuados en el marco de un acuerdo de refinanciación de los regulados en el RD-ley 4/ 2014 publicado en el BOE de 8 de marzo de 2014 de acuerdo con la redacción dada por él.

<sup>142</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012) .Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel.

La clasificación que parece estar clara, sin embargo se complica cuando por Auto Judicial, se declara el incumplimiento del convenio, por tanto, se acuerda su rescisión y se deja sin efecto, valga la redundancia, los efectos novatorios que se hubiesen pactado sobre los créditos; acordando, la apertura de la fase de liquidación, que conlleva la suspensión automática del concursado en las facultades de administración y disposición de su patrimonio, que será sustituido por la administración concursal.

Así, podemos afirmar que coexisten pendientes de pago, diversos créditos nacidos en distintos tiempos:

1. Créditos concursales, anteriores a la declaración de concurso, afectados o no por el convenio.

2. Créditos pendientes de pago nacidos por obligaciones contraídas por la concursada bajo la intervención de la Administración concursal en el periodo comprendido entre la declaración de concurso y la aprobación del convenio.

3. Créditos pendientes de pago nacidos entre la aprobación convenio y la declaración de incumplimiento y apertura de la liquidación, no intervenidas por la administración concursal contraídos con libertad por el órgano de administración de la sociedad en ese espacio de tiempo.

4. Créditos posteriores contraídos tras la apertura de la fase de liquidación .

La nueva redacción de la LC 38/ 2011 ha introducido en el art. 84.2.5º ha modificado el límite temporal, quedando dicho artículo de la siguiente manera

«Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas entre ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso»<sup>143</sup>.

Mayor transcendencia tienen las novedades en materia de reconocimiento y pago de créditos contra la masa. La LC 22/ 2003, en su redacción originaria,

---

<sup>143</sup> MANSILLA A.: «Los créditos contra la masa por incumplimiento de convenio», Artículos Técnicos, REFOR núm. 17 , Octubre 2013.

regulaba los criterios de pago de créditos contra la masa en único precepto, el artículo 154, ubicado sistemáticamente en el capítulo que regula la liquidación.

Frente al criterio del vencimiento contemplado en el artículo 154 de la LC 22/ 2003, la LC 38/ 2011 distingue según que la masa activa sea o no suficiente para el pago de los créditos contra la masa. Así resulta de los nuevos apartados 3, 4 y 5 del artículo 84 y del artículo 176 bis, apartado 2 <sup>144</sup>.

#### *2.3.1.2 PAGOS DE CRÉDITOS CONTRA LA MASA.*

En relación al pago de los créditos contra la masa se deben distinguir dos situaciones distintas:

En el supuesto de que la masa activa sea suficiente para atender los créditos contra la masa, al igual que en el artículo 154 de la LC/ 2003 en su redacción inicial, la preferencia entre los créditos contra la masa vendrá determinada por el vencimiento (artículo 84.3). Se otorga preferencia absoluta al crédito salarial de los 30 últimos días de trabajo efectivo, que deberá abonarse de forma inmediata. La continuidad del negocio o la conservación de la masa activa podrían aconsejar en determinadas circunstancias, la necesidad de anteponer créditos contra la masa de vencimiento posterior, como pudieran ser las rentas de contrato de arrendamiento o los créditos por suministros básicos. El Legislador ha sido consciente de dicha realidad al disponer que «la administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa».

En el segundo supuesto, será aquel en el que la masa activa es insuficiente para atender los créditos contra la Masa. Pues bien, mientras el artículo 176 de la LC 22/ 2003, contemplaba como causa de conclusión «la inexistencia de bienes y derechos del concursado» (apartado cuarto), el nuevo artículo 176 de la LC 38/ 2011 dispone que procederá la conclusión y el archivo de las actuaciones «en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos contra la masa».

Es un problema frecuente que en los procedimientos concursales cuya fase de liquidación se abre por incumplimiento de convenio, la administración

---

<sup>144</sup> BOE Reforma de la LC 22/ 2003 38/ 2011.

concurzal repuesta en el cargo se pueda ver en la obligación y con la responsabilidad de acudir ya desde el inicio de esta fase de liquidación, al art. 176. Bis 2 de la Ley (nuevo precepto introducido por la LC 38/ 2011)<sup>145</sup>.

#### 2.4. Créditos concursales

##### 2.4.1 El principio *par conditio creditorum* en la legislación concursal.

###### **Aspectos generales sobre el fundamento del privilegio.**

El estudio de la clasificación de los créditos concursales, hace necesario una introducción sobre uno de los pilares de la LC 22/ 2003 como es el principio *par conditio creditorum*. Según la opinión de GARRIDO GARCÍA, en relación al concepto jurídico del privilegio, sería cualquier situación en la que una persona, un objeto o un derecho se sitúan en una posición superior a la de otro u otros de la misma naturaleza<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011 sobre la reforma de la LC 22/ 2003.

<sup>146</sup> GARRIDO GARCIA, JM<sup>a</sup>. : *Tratado de las preferencias de créditos*, Civitas 2000, pág. 35.

De si estamos ante una preferencia o un privilegio, podemos decir que se considera el privilegio un derecho sustantivo que afecta al carácter del crédito, mientras que la prioridad es un concepto tabular, derivado del principio registral de prioridad, basado en las preferencias cronológicas y que viene a marcar el rango hipotecario de los derechos inscritos. En definitiva parece que la prioridad se concede atendiendo a determinadas circunstancias que concurren en el derecho que se privilegia y que lo caracteriza frente a otros de naturaleza análoga.<sup>147</sup>

Según lo anterior, no es tan importante la referencia terminológica a la que el legislador ha ido atendiendo ya sea con el término prelación véase en el Código Civil «*De la concurrencia y prelación de créditos*», en el título XVII Libro IV<sup>148</sup>. O incluso en la normativa tributaria<sup>149</sup>; o bien privilegio según la normativa administrativa<sup>150</sup>. Lo verdaderamente importante, más allá de cuestiones gramaticales es que el crédito entonces debe satisfacerse prioritariamente frente a otros acreedores en el reparto del producto de ejecución de los bienes del deudor común.

Continúa GARRIDO GARCIA señalando como presupuestos de la preferencia, la insuficiencia del producto de la ejecución patrimonial, la pluralidad de acreedores concurrentes y la existencia de una norma legal que atribuye la preferencia a uno de los acreedores<sup>151</sup>.

La esencia del derecho concursal se basa en un principio de la comunidad de pérdidas, en aras a la protección de la *par conditio creditorum* o tratamiento igualitario de los acreedores de una misma clase, rango o categoría, siendo de aplicación rigurosa las normas sobre preferencia y prelación de créditos que operan a modo de excepción al citado principio de tratamiento igualitario. Si no existen bienes o activo suficiente para pagar a todos los acreedores, el ordenamiento jurídico quiere que éstos se agrupen en una comunidad de pérdidas sólo con la excepción de los supuestos tasados de privilegios, preferencias y prelación que la propia Ley contempla.

---

<sup>147</sup> Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 3 Abril de 1998, sobre la aclaración de los conceptos de prioridad y preferencia registral.

<sup>148</sup> Arts. 1922, 1923, 1924 y ss del Código Civil.

<sup>149</sup> Art. 77 de la LGT 58/ 2003 58/ 2003.

<sup>150</sup> Art. 10 de la Ley General Presupuestaria «Prerrogativas correspondientes a los derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública Estatal».

<sup>151</sup> GARRIDO GARCIA, JM<sup>a</sup>. : *Tratado de las preferencias de crédito*. Op.cit. pág.36

La insolvencia es un riesgo que el ordenamiento distribuye a los diferentes acreedores del concursado con distintos criterios, uno de los cuales es la igualdad del trato entre todos los afectados que compartirán por igual las consecuencias de tal estado. Siendo ese el principio general, en el sistema de determinación de la masa pasiva y en la liquidación y pago de acreedores conviven otros criterios de imputación del riesgo. En la formación de la masa pasiva se conciben los dos grandes principios de los procedimientos concursales: el de ejecución o cobro universal y el de igual de trato.

No obstante, la presencia del *par conditio creditorum* como principio inspirador del ordenamiento tiene mayor relevancia de la que en un primer momento pudiera pensarse. La igualdad de trato entre los acreedores<sup>152</sup> supuestamente es la justificación de muchas instituciones concursales, por eso más que mito la *par conditio creditorum*<sup>153</sup> se configura como un idea-fuerza, en continua lucha con otros principios o valores dignos de tutela.

Afirmar que el Derecho concursal sirve para la mejor protección de los acreedores y, al tiempo, para la eliminación de empresas ineficaces arbitrando sistema de liquidación de las mismas, según un modelo liberal o que el fin del Derecho concursal es precisamente garantizar la conservación de la empresa sustituyendo provisionalmente o definitivamente al empresario según un modelo asistencial, tiene como incidencia directa en las expectativas que legítimamente deben tutelarse a los acreedores. Incluso la concesión de privilegios para el cobro por parte de algunos acreedores, puede interpretarse en clase valorativa de los diferentes elementos integrantes de un proceso productivo.

El principio de igualdad de condición de los acreedores frente al concurso conduce a lo que ha llamado ley del dividendo: como el patrimonio del deudor común es insuficiente para atender todos los créditos, dicho patrimonio se divide entre los acreedores a prorrata de todos los créditos, de suerte que el sacrificio de los acreedores debiera ser proporcionalmente igual. Ahora bien, la existencia de una pluralidad de acreedores y la insuficiencia del patrimonio del deudor para

---

<sup>152</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «Las indemnizaciones en los despidos por causa de insolvencia y sus límites en la nueva reforma concursal :entre tensos dualismos y razonables convergencias». Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 12, 2012.

<sup>153</sup> Véase: sobre el principio de *par conditio creditorum* y su formulación tradicional la tesis de J. M<sup>a</sup> GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid 2000.

hacer frente a tales obligaciones lleva a irremediabilmente al principio *par conditio creditorum*, ni tan siquiera este es fruto de una exigencia de justicia.

2.4.1.1) LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PAR CONDITIO CREDITORUM.

Se puede afirmar que es una justa distribución del patrimonio del deudor insolvente el satisfacer a todos los que tienen un derecho de apropiación sobre el mismo conforme a la ley del dividendo, pues para todos este patrimonio constituía una garantía; pero igualmente se puede afirmar que es justo que aquel acreedor que ha desarrollado una mayor inversión en la vigilancia del estado patrimonial de su deudor pueda obtener una mayor satisfacción que aquel que ha permanecido ocioso ante los problemas económicos del que ha devenido insolvente. Puede también resultar justo que el orden de satisfacción de deudas quede confiado a la autonomía de la voluntad de las partes, ya que son las principales interesadas en tutelar sus propios intereses y que contractualmente podrían establecer un orden de prelación. Y por último, se puede considerar que el resultado más justo es aquel en que los acreedores reciban satisfacción en el orden temporal en el que se generaron sus créditos, pues la garantía que a tales créditos les ofrecía dicho patrimonio estaba matizada por las obligaciones asumidas con anterioridad al deudor.

Si el ordenamiento español configura el Derecho concursal para la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente, las soluciones legales deberían ser enjuiciadas desde la perspectiva de la real satisfacción de tales acreedores. La cuestión sería, averiguar por que procedimiento los acreedores pueden obtener una mejor situación.

La mejor opción del Derecho concursal parece pasar por forzar un comportamiento cooperativo de todos los acreedores. Dicha cooperación debe estar cimentada en la existencia de un trato paritario para todos los acreedores independientemente de la fecha de creación de su crédito o de la forma que este se hubiese documentado o generado. La formulación jurídica de tal fin parte de afirmar que el patrimonio del deudor insolvente era igual garantía para sus acreedores y, por tanto llegada la insuficiencia de ese patrimonio a todos los acreedores se les ha de satisfacer en similar proporción. Esta es la *par conditio creditorum* como idea-fuerza del Derecho concursal si bien no es exactamente la plasmación legal de la misma. En la desgracia común, cada acreedor sufrirá una

perdida estrictamente proporcional de su derecho de crédito. Dicho principio sigue informado los procedimientos concursales y la consecuencia inmediata de su valor actual es que los acreedores del deudor común son agrupados ex lege y renuncian coactivamente a sus acciones individuales para ser tratados por la ley de la igualdad. Tal agrupación se basa en el sometimiento de todos los acreedores a la concursabilidad en un procedimiento universal.

Recibirá igual trato, en una aplicación del principio sin excepciones aquel acreedor que invirtió en información o que ha soportado gastos de vigilancia dotando a su crédito de garantías que aquel otro que no ha afrontado ninguno de esos gastos y no se ha cubierto contra la posible insolvencia. La ausencia de incentivos que una rigurosa aplicación de la *par conditio creditorum* conllevaría, sería un elemento más para acrecentar un problema esencial en los procedimientos concursales ya que cuanto más tiempo pasa entre la declaración y el acaecimiento real de los hechos las expectativas de los acreedores empeoran. Al ordenamiento le conviene de una parte forzar un comportamiento cooperativo de todos los acreedores pero de la misma forma le interesa incentivar en los acreedores un esfuerzo de vigilancia y control del deudor para que el lapso entre la insolvencia real y legal no se acreciente. Dicho incentivo pasa necesariamente por un trato discriminatorio hacia cierto acreedores.

La idea de nuestro derecho concursal se acoge a una paradoja que afirma la presencia de un principio general, enunciado en función de un fin, al que se acompañan excepciones. La cuestión pasa por valorar si las excepciones ayudan a la finalidad del concurso o no.

La *par conditio creditorum* según PEINADO GRACIA<sup>154</sup> es un método o un sistema por el que puede optar libremente. No existe un derecho subjetivo a la *par conditio creditorum*, tampoco existe una solidaridad ideal que conlleve la *par conditio creditorum*, sino que el derecho concursal está encaminado a la cancelación de las obligaciones de los acreedores, y con ellos a su satisfacción, pudiendo existir diversos medios para perseguir tal satisfacción. La insolvencia del deudor no genera ninguna solidaridad entre los acreedores, antes al contrario, por lo que el ordenamiento los somete forzosamente a una situación de concursabilidad para que colectivamente ejerzan la ejecución del patrimonio del deudor insolvente. La

---

<sup>154</sup> PEINADO GRACIA, J.I.: «La distribución del riesgo de insolvencia» op.cit. pág. 425.

concuralidad es compatible con la disparidad del tratamiento de los acreedores. Cuando el legislador diseña el sistema en el que los acreedores cobraran en caso de insolvencia del deudor, inevitablemente cualquier regulación supondrá una pérdida de interés crediticio para alguien, esto es, cualquier regulación de esta materia supondrá una distribución del riesgo de insolvencia del deudor.

2.4.1.2) LA EXCEPCIÓN A LA PAR CONDITIO CREDITORUM: LOS PRIVILEGIOS.

El principio de *par conditio creditorum* es inmanente a muchas instituciones concursales. La efectiva prevalencia del principio debe hacerse presente en el momento de cobro o liquidación de los acreedores. Ya que no debe olvidarse que el Derecho concursal se ordena a la mejor satisfacción de las expectativas de cobro de los acreedores del deudor común. Como se señaló, es la regla de paridad de trato entre los acreedores la decisión óptima del ordenamiento concursal, de cara a la maximalización del valor del patrimonio del concursado por ser la que mejor estimula comportamientos cooperativos de los acreedores concurrentes. Junto a esta contención a la colaboración en otras ocasiones el legislador concede a determinados créditos la consideración de extraconcursoales, por razones propias del procedimiento. En otras ocasiones, aún dentro de la concursalidad determinados créditos obtienen un privilegio especial que los aproxima a los derechos de ejecución separada<sup>155</sup>. Estos y los créditos con privilegio general<sup>156</sup> pueden suponer así una fuente de efectos maliciosos para el sistema concursal.

En la organización legal del concurso se pueden distinguir dos etapas presididas por dos principios concursales diferentes que tienen su frontera en el procedimiento de graduación de créditos. En el periodo de integración en la masa pasiva y en el ejercicio de las acciones los acreedores concurrentes están sometidos a la paridad de trato, mientras que en el momento de la liquidación de los créditos, los acreedores concurrentes están sometidos al principio de prelación o privilegios convirtiéndose la *par conditio creditorum* en un criterio supletorio<sup>157</sup>.

Por lo tanto se pueden establecer tratos preferentes o privilegiados a los diferentes acreedores pero estos se deben corresponder con la generación de estímulos a conductas que conlleven un aumento del rendimiento del patrimonio

---

<sup>155</sup> Arts. 90 y 155 LC 22/ 2003

<sup>156</sup> Arts. 91 y 156 LC 22/ 2003

<sup>157</sup> Arts. 156, 152.2, 158,2 LC 22/ 2003

del deudor o un recorte en los costes derivados de la propia insolvencia y su resolución concursal.

La opción legislativa que significa excepcionar la regla de la paridad de trato para establecer este tipo de privilegios puede considerarse legítima, lo que resultaría ilegítima es la actual situación que no encuentra otro argumento que la propia voluntad del legislador.

El anterior debería haber sido el criterio a la hora de abordar la creación o permanencia de un determinado principio o el establecimiento o defensa de excepciones al mismo. Si se afirman unos fines determinados para el derecho concursal, las soluciones legislativas deben confluir en tales fines.

Si se ha defendido el Derecho concursal como la recreación ex post de los que las partes habrían convenido ex ante, nada más acertado que el respecto en el procedimiento concursal a las garantías y privilegios preconcursales. De hecho la posición anterior a la LC 22/ 2003 era reconocer que el sistema de privilegios de nuestro ordenamiento reproducía y en alguna medida aun reproduce, la escala o graduación de créditos preconcursales. Pero la realidad es que hasta en el procedimiento concursal el comportamiento estratégico de los acreedores no es cooperativo, puesto que antes de la concursalidad no hay una comunidad de intereses entre los acreedores, sino el interés individual de cobrar íntegra y oportunamente sus créditos, independientemente de la suerte que corran los restantes acreedores. Desde la concursalidad, el comportamiento cooperativo se impone porque existe un común interés: la maximalización de la liquidación del activo concursal o su reestructuración. Lo que se trata es reproducir ex post es un comportamiento cooperativo que hubiese precedido a la concursalidad, pero que resultó imposible porque habría entrañado unos costes de transacción elevados. En segundo lugar, se trata de reproducir ex post el comportamiento cooperativo que habrían generado entre si los acreedores del deudor común, mientras que las garantías preconcursales son fruto de la negociación entre acreedor individual y deudor común.

#### **2.4.2 Aspectos generales sobre el privilegio de los créditos**

El privilegio tiene su razón de ser, y su justificación funcional en constituirse cómo la herramienta que permite la tutela del crédito; tutela en la mayoría de ocasiones conflictiva y que, a través del privilegio, se permite

discriminar y jerarquizar, e incluso degradar, a los acreedores concurrentes en un patrimonio deficitario y, que al mismo tiempo, permite reducir los costes de transacción en la contratación de garantías dentro de lo que es una mayor o menor aversión al riesgo.

La intención del legislador de incluir esta idea fundamental en la LC 22/ 2003 , se refleja en su Exposición de Motivos: «*Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas*».

Según PEINADO GARCÍA<sup>158</sup> el crédito privilegiado significa, en primer lugar, crédito preferente y como toda preferencia, tendrá una fundamental razón de ser en un marco de concurrencia, en este caso con otros acreedores. Según como CAPEROCHIPI , nos remite a los fundamentos del privilegio, según el Registro de la Propiedad<sup>159</sup> .

En relación entonces a esa posible trasgresión del principio inspirador de la LC 22/ 2003 sobre la igualdad de trato de los acreedores, señala PEINADO GARCIA que, pese a que nuestro sistema responde a un modelo eminentemente liberal y no asistencial, la pluralidad de acreedores que se da en el concurso de acreedores no nos lleva irremisiblemente al principio *par conditio creditorum*. Su aparición en la LC 22/ 2003 es fruto de la elección y no puede entenderse como una exigencia de justicia: *nada exige que se alterasen las reglas comunes del Derecho privado y se satisficiesen las obligaciones conforme al orden preconcursal (...) No existe un derecho subjetivo a la par conditio creditorum, tampoco existe una solidaridad ideal que conlleve la par conditio creditorum, sino que el Derecho concursal está encaminado a la cancelación de las obligaciones de los acreedores, y con ello a su satisfacción, pudiendo existir diversos medios para perseguir tal satisfacción*<sup>160</sup> .

Todas las causas de preferencia son denominadas privilegios, mas sin una racionalidad clara, puesto que una garantía real no es un privilegio. El privilegio,

---

<sup>158</sup> PEINADO GARCIA, JI.: «La distribución del riesgo de insolvencias»- *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, I*, Madrid 2005, Págs. 427 y 429

<sup>159</sup> ALVAREZ CAPEROCHIPI, J: El registro de la propiedad y las preferencias del Crédito en la ejecución y en el Concurso (Especial estudio de la Nueva LC 22/ 2003), Granada 2004. Pág. 215 que el sistema de los privilegios crediticios se funda en dos principios: la preferencia de la especialidad y de la prioridad.

<sup>160</sup> Ibidem .PEINADO GARCIA, JI. : La distribución del riesgo de insolvencias. Pág.427.

en puridad es una causa de preferencia de origen legal, la garantía, lo es de origen negocial, sin embargo, no parece trascendental, determinar si el privilegio es *per se* una característica del crédito, o el establecimiento de privilegios es en realidad un instituto procesal. Lo importante es saber que existen, conocerlos y comprender los efectos que provocan sobre el principio de igualdad del resto de los acreedores. Si se admite la necesidad de ruptura del principio inspirador del sistema en cuanto al trato de igualdad, las reglas que han de primar en tales excepciones se deben fundamentar en la legalidad (exigencia de seguridad jurídica), necesidad (o causa suficiente) y por supuesto, la excepcionalidad de las mismas.

Independientemente de la existencia de las circunstancias que se exigen a las excepciones que constituyen los privilegios en el concurso de acreedores, lo que es cierto es que su sentido es contrario al principio *par conditio creditorum*, y pese a ello los autores aceptan el hecho de que algunos créditos queden por encima de otros en la liquidación concursal, cuando el legislador se funda en motivos de peso que hagan aconsejable determinar una excepción. Si un acreedor puede garantizar la financiación que concede constituyendo una garantía sobre un bien del deudor que le permita una satisfacción prioritaria, entonces no cabe duda que será más eficiente que la regla *par conditio creditorum*<sup>161</sup>.

Los privilegios se debaten entre dos principios, los de preferencia y de proporcionalidad, que si bien, no son antitéticos, han de complementarse forzosamente entre sí, de modo que no prime en exceso uno en detrimento del otro. El principio de preferencia tiende a la jerarquización de los créditos, buscando una graduación que ordene y priorice tales créditos conforme a diferentes criterios. Unos créditos son preferidos a otros exteriorizándose, sobre todo, en los supuestos de ejecución del patrimonio del deudor. Por el contrario, el principio de proporcionalidad se asienta en una filosofía o parámetro radicalmente opuesto. Esto es, los distintos acreedores que concurren a una

---

<sup>161</sup> Ibid. PEINADO GARCÍA, JI.: op.cit. Pág. 428 Como bien señala el autor, la insolvencia es un riesgo que el ordenamiento distribuye, imputa o hace soportar a diferentes acreedores del concursado con diversos criterios, uno de los cuales es la igualdad de todos los afectados, mutualizándose así su riesgo.

ejecución han de soportar la pérdida derivada de la insuficiencia patrimonial del deudor de una manera proporcional a la cuantía de sus respectivos créditos.

La reforma operada en materia concursal en el año 2003 supuso una importante reducción de privilegios, pero dicho lo cual, esto no puede ser visto como un mérito *per se*, ya que el principio *par conditio creditorum* es una apuesta de la Ley, y no una exigencia constitucional o de otro orden.

La LC 22/ 2003 determinó una esperada simplificación en la clasificación de los créditos. Sin embargo los privilegios se intercalan en una amalgama de conceptos que poco tienen que ver con el principio *par conditio creditorum* y que se salen de lo estrictamente excepcional por importancia y número.

La piedra de toque de cualquier LC 22/ 2003 es el tratamiento jurídico de los créditos privilegiados. Y esta ha de ser ineludiblemente un tratamiento de choque medido, calculado, racional y razonado, justo y equitativo.

Los privilegios son, en definitiva, la excepción y la ruptura de la *par conditio creditorum* y de la ley del dividendo, de manera que los acreedores privilegiados no se someten a proporción alguna entre el total del activo del deudor común concursado y el pasivo. Las preferencias modulan, flexibilizan y atemperan el principio de la responsabilidad patrimonial y universal y por extensión a la regla general de la *par conditio creditorum* que es inherente a esa responsabilidad genérica<sup>162</sup>.

#### 2.4.2.1 CUESTIONES GENERALES SOBRE LA CLASIFICACIÓN

El principio de universalidad del concurso alrededor del cual se estructura todo el esqueleto y armazón a la vez del sistema prelativo que va a regir frente a todos y cualquiera de los acreedores concursales, procede a una doble integración universal tendente a impedir que ningún acreedor pueda actuar al margen del procedimiento concursal y que ningún bien se detraiga de la masa. Una vez declarado el concurso, todos y cada uno de los acreedores del deudor, con independencia de su nacionalidad, domicilio, y sobre todo, condición, quedan integrados en la masa pasiva del concurso, con las excepciones de regímenes

---

<sup>162</sup> BLASCO GASCÓ, F.: «*Prelación y pago a los acreedores concursales*» op. cit. pág. 88 quien trae a colación además la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 3 de Abril de 1998.

especiales aplicables al concurso de entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras.

Los acreedores podrán satisfacerse, eso sí, con cargo a los bienes afectos, pero siempre dentro del concurso. De este modo, y gracias a la integración de todos los acreedores, tanto ordinarios como no, se impide el inicio de ejecuciones singulares, así como el seguimiento de apremios administrativos o tributarios, salvo en los que ya hubiere recaído providencia de apremio con fecha anterior a la declaración del concurso. Se enervan, además, todas las actuaciones que se estuvieren tramitando una vez que se declare el concurso.

Si bien antes estas actuaciones se predicaban y afectaban únicamente a los ordinarios también afectarían, a partir de ahora, a los acreedores con garantía real y a los titulares dominicales de bienes con garantía (con excepción, tanto de los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y aeronaves).

Donde mejor se observa en la LC 22/ 2003 el interés conservativo y, en mayor medida, el objetivo de lograr un convenio entre las partes, deudor y acreedores concursales, es precisamente en el artículo donde se ordena la paralización de la ejecución de las garantías reales.

Ante el evidente conflicto de intereses existente en los acreedores privilegiados, se ha optado por una solución intermedia, que no es otra más que la de limitar el derecho a una inmediata realización de valor y supeditarla al devenir de la negociación de un convenio o, en todo caso, al transcurso de un año desde el momento de la declaración del concurso.

Se clasifica entonces, partiendo de una cualidad accesorio, que ese bien o bienes estén afectos o no a la actividad empresarial o personal del deudor, si bien existe la salvedad que establece el propio Art. 55 párrafo 2 que nos dice «las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos»<sup>163</sup>.

Los créditos propiamente concursales, fundamentalmente generados con anterioridad a la declaración de concurso, que integran la masa pasiva y que como tales figurarán en la lista de acreedores, se clasifican en la nueva LC

---

<sup>163</sup> GARGALLO, I.S.: «Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado», *Anuario de derecho concursal*, núm. 5, 2005. Págs.199-220.

22/ 2003 en tres categorías distintas, lo que supone una importante novedad de la misma. Se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los créditos privilegiados se clasifican, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes y derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor<sup>164</sup>.

La LC 22/ 2003 abandona la nomenclatura empleada en la legislación precedente para distinguir entre créditos singularmente privilegiados, así denominados por recaer sobre determinados bienes muebles o inmuebles del deudor, y créditos simplemente privilegiados, en los que el privilegio se extendía sobre los restantes bienes del deudor o, más concretamente sobre todo el patrimonio del deudor, si bien, dicha clasificación se corresponde en su fundamento con la empleada por la nueva LC 22/ 2003 de créditos con privilegio especial o general, respectivamente.

Los créditos ordinarios se definen en la LC 22/ 2003 con un carácter residual, todos aquellos que no se encuentren clasificados en dicha Ley como privilegiados ni como subordinados. La clasificación de los créditos subordinados es sin duda la novedad puesto que su pago se posterga tras los ordinarios y responden a toda una serie de razones que parece encuentran su base, principalmente, en la desconfianza del legislador hacia los mismos<sup>165</sup>.

#### 2.4.2.2 CLASIFICACIÓN DE LOS CREDITOS SEGÚN LA LC 22/2003.

A continuación se realiza el análisis de la clasificación de los créditos con privilegios, según la LC 22/ 2003, analizando los principales aspectos de cada una de las categorías y teniendo en cuenta los aspectos más problemáticos de los mismos. Se refiere la clasificación a créditos con privilegio especial, créditos con privilegio general, créditos ordinarios y por último créditos subordinados.

##### i) Créditos con privilegio especial

Esta categoría de créditos en esencia se corresponden con la antigua denominación de los créditos singularmente privilegiados, llamados así por

---

<sup>164</sup> STS 4092/ 2013 Tribunal Supremo. Sala de lo Civil.

<sup>165</sup> MONTES V. «El régimen de los créditos subordinados en la LC 22/2003», Anuario de Derecho Concursal núm,1 2004 pp 49 y ss.

recaer su privilegio sobre bienes o derechos concretos de la masa activa del concurso.

Sin perjuicio de lo que ha quedado dicho respecto de los créditos contra la masa, que a diferencia de los créditos concursales constituyen auténticas deudas de la masa o créditos prededucibles de la misma, los créditos con especial privilegio son los más favorecidos en el tratamiento concursal<sup>166</sup>.

La Ley introduce importantes modificaciones en el régimen concursal de los créditos cubiertos con una garantía real. En este sentido la nueva LC 22/ 2003 suprime el derecho de ejecución separada del que disfrutaban antiguamente los titulares de estos créditos, permitiendo el inicio o la reanudación de las ejecuciones singulares sólo en aquellos supuestos que posteriormente analizaremos pero que podemos anticipar : esto es, cuando se haya aprobado un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho real de garantía o cuando transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido la apertura de la liquidación.

En caso contrario, si la liquidación se abre antes de que transcurra un año desde la declaración de concurso- los créditos cubiertos con garantía real quedan sometidos al concurso. Así lo establece el artículo 57.3 de la LC22/ 2003 según el cual «abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubiesen ejercitado estas acciones (de ejecución de garantías reales) perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado, y las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada».

Según lo dispuesto en el art. 90<sup>167</sup> de la LC 22/ 2003 son créditos con privilegio especial:

---

<sup>166</sup> CALERO GARCIA, S.: «Algunas cuestiones prácticas en relación con el reconocimiento y clasificación de créditos» en *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma* (dir.: F. Martínez Sanz; coord.: A. Puetz) Madrid 2012 pg, 535 y ss.

<sup>167</sup> Art. 90 LC 22/2003 **1.º** Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.

**2.º** Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.

**3.º** Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en

Apartado 1º del art. 90 LC 22/ 2003<sup>168</sup>. Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados<sup>169</sup>.

Entre estos, se encuentran entonces los créditos tributarios garantizados con hipoteca legal tácita. Dicha garantía nace de la propia Ley sin necesidad de inscripción en registro alguno.

A este respecto, se debe recordar que este privilegio especial cubre tanto las hipótesis de hipoteca voluntaria como las hipótesis de hipoteca legal. También gozan de este privilegio especial, los titulares de créditos sobre los que recaiga

---

posesión del concursado.

**4.º** Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.

**5.º** Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.

**6.º** Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.

**2.** Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

**3.** El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza.

<sup>168</sup> Apartado 1.º del número 1 del artículo 90 redactado por el número sesenta y uno del artículo único de la Ley 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal. BOE núm. 245 de 11 de octubre. Vigencia: 1 enero 2012

<sup>169</sup> PULGAR EZQUERRA J. «El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal» *Revista de Derecho Concursal* num. 250 pp1425 ss. En definitiva, créditos con garantía real, sea legal o tácita, porque no precisen para su constitución de la inscripción registral sobre la base de que la publicidad legal supera a la registral; sea voluntaria, debiendo en este caso estar constituida la respectiva garantía con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros.

alguna hipoteca legal prevista en la Ley Hipotecaria, del art. 90.1.1 LC 22/ 2003.. Con la hipoteca legal tácita, los créditos tributarios garantizados quedarían privilegiados incluso respecto a los acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito, si bien solamente respecto de los créditos correspondientes al año natural en que se inscriba el derecho de los acreedores antedichos y al inmediato anterior. En cuanto al contenido del crédito tributario privilegiado por la hipoteca legal tácita, no hay inconveniente en concluir que, si bien ésta no cubre las sanciones, sí alcanza los intereses de demora y los recargos.<sup>170</sup>

Teniendo en cuenta que este primer apartado es sin duda el de mayor importancia en el orden de preferencia, se debe hacer hincapié en determinados aspectos que podrían aclarar la comprensión de este privilegio y citar los siguientes ejemplos: la hipoteca dotal, la hipoteca por los bienes que estén bajo la patria potestad, la hipoteca por razón de tutela, la hipoteca por bienes reservables, la hipoteca sobre los bienes de los que manejen fondos públicos o contraten con el Estado, la hipoteca legal tácita por tributos públicos y la hipoteca del asegurador por los bienes asegurados. De igual modo, el privilegio analizado cubre tanto las hipótesis de hipoteca inmobiliaria como aquellos otros supuestos de hipoteca mobiliaria. Y cabe recordar, en este sentido, que la hipoteca mobiliaria -conforme a lo establecido en la Ley Hipotecaria puede recaer sobre la maquinaria, sobre los automóviles y vehículos a motor, sobre los derechos de propiedad industrial e intelectual, sobre las aeronaves y, finalmente, sobre el establecimiento mercantil.

Analizando los caracteres principales del derecho real de garantía que son relevantes para afrontar el análisis de la constitución de la garantía sobre los que el privilegio asienta su tutela, tenemos: la individualidad, cómo característica esencial de los derechos reales de garantía, produciendo una sujeción del objeto sobre el que recaen como garantía de una obligación. El derecho de garantía limita la facultad de disposición del titular dominical, puesto que el propietario del bien gravado no podrá ya transmitir la propiedad sin el gravamen. Tanto la prenda, como también la hipoteca, tienen en común el principio de especialidad o

---

<sup>170</sup> THOMAS PUIG, P.M.: Revista de Derecho concursal y paraconcursal; Anales de doctrina Praxis, jurisprudencia y legislación. Congreso de Derecho Concursal Enero 2007 . Madrid

principio de determinación., por lo que es preciso determinar cuál es el bien o bienes sobre cuyo valor ejercita el acreedor su derecho de preferencia.

La garantía sujeta potencialmente la cosa, de tal manera que queda vinculada directa e inmediatamente al cumplimiento de una determinada obligación.

Según LACRUZ El acreedor ostenta el derecho de persecución en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, pudiendo proceder a la enajenación forzosa del bien con independencia del patrimonio en que se halle<sup>171</sup>. Un Derecho que resiste al concurso pero no puede ir más allá en tanto en cuanto no transcurran determinadas fases del procedimiento y en todo caso un año desde la declaración del Concurso. A partir de ese momento la garantía recupera toda su potencialidad.

La realidad del Derecho de prenda se manifiesta en la creación, a favor del acreedor garantizado, de una reserva *ad rem*: el derecho no abarca el entero patrimonio del deudor, sino que cristaliza sobre un determinado bien, sujeto a una reserva de utilidad. A esta reserva se ha de unir por otra parte la prelación, necesaria para obtener con preferencia respecto a otros sujetos, la utilidad para la cual la reserva misma esta preordenada.

Es posible el poder deslindar el plano de la garantía de aquél de la prelación, siendo atinente el primero a la relevancia interna del acto, esto es a la relación surgida entre las partes de la operación contractual; e incidiendo la segunda, desde una relevancia externa, sobre el régimen de la circulación de los derechos: oponibilidad del título, solución de los conflictos de intereses entre constituyente, acreedor y terceros.

En segundo lugar, la nota característica sería la accesoriedad. Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que garantizan, pudiendo asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria (art 1861 CC) quedando condicionado a su vez el derecho de garantía.<sup>172</sup> si bien en este caso, no se puede afirmar con rigor que el derecho real de garantía se constituya antes de que nazca el crédito garantizado, pues la efectiva existencia de la garantía penderá de que el crédito llegue o no a originarse.

---

<sup>171</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.: Elementos de Derecho. 2º Barcelona 1991, Pág. 291

<sup>172</sup> ALBADALEJO, T.: *Derecho Civil III*, Derecho de bienes, *Edisofer*, 2004, pág. 225

ZUNZUNEGUI señala Toda garantía supone pues, un nuevo derecho que se yuxtapone al de crédito, existiendo una relación de accesoriedad entre ambos<sup>173</sup>.

Por último, en relación a las características de los derechos reales estaría la indivisibilidad. Esta responde a un razonamiento claro, el de reforzamiento de la garantía, ya que su divisibilidad supondría una serie de obstáculos e inconvenientes de cara a la fase de realización de la garantía. La indivisibilidad sancionada en el artículo 1860 del Código Civil viene referido a la intangibilidad de la garantía, lo cual significa que ésta permanece inalterable y en idéntico término en que se constituyó hasta la total satisfacción del crédito asegurado. El bien objeto de gravamen en toda y cada una de sus partes está afectada al pago de la integridad y de cada porción de la deuda.

Si la prenda se constituyó afectando en garantía diversos bienes, en principio y a falta de pacto, todos y cada uno de ellos responden de la totalidad de la obligación. Ello no obsta a que las partes convengan renunciar a la indivisibilidad y dictar una disciplina más propicia, ya insertando cláusulas que prevean la parcial restitución de los bienes en dependencia de la parcial satisfacción del crédito, ya limitando la garantía a una parte solamente del crédito a través de la predeterminada de la suma garantizada.

Según lo dispuesto en el apartado 2º del art. 90 LC 22/ 2003, se refiere a los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.

La anticresis no tenía legalmente reconocido de manera expresa privilegio alguno. El origen de este privilegio arranca con la propuesta de 1995 y tanto en aquella ocasión como ahora en la LC 22/ 2003, surgen importantes dudas.

Podemos recordar, a estos efectos, que la anticresis se define en el artículo 1881 del Código Civil con los siguientes términos: «por la anticresis, el acreedor adquiere el derecho a percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito».

La anticresis, constituye por tanto un específico derecho real de garantía en el que un bien queda afecto al pago de una deuda, ostentando además el acreedor el derecho a percibir los frutos para aplicarlos al pago de los intereses, y,

---

<sup>173</sup> ZUNZUNEGUI PASTOR, F. : *Derecho de Mercado Financiero*, 2ª ed. 2000. Marcial Pons. Edición 2005

en su caso, al pago del capital. Y, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor puede solicitar la realización del bien afecto. Así lo dispone el artículo 1883 del Código Civil, según el cual "el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido (...) pero podrá pedir el pago de la deuda o la venta del inmueble".

En estas circunstancias, resulta sorprendente la extensión que concede la nueva LC 22/ 2003 al derecho de preferencia de los créditos garantizados con anticresis. Pues si bien le reconoce a estos créditos un privilegio especial, extiende este derecho de preferencia únicamente a los frutos del inmueble gravado. De ello se desprende que, en caso de ejecución colectiva, el acreedor cuyo crédito estuviese garantizado con anticresis no podrá solicitar la realización del bien inmueble afecto para el pago de sus deudas; antes al contrario, las deudas sólo podrán ser satisfechas con el producto de la realización de los frutos del inmueble.

En virtud de lo dispuesto en el apartado 3º del art. 90 LC 22/ 2003, dentro de la categoría de créditos con privilegio especial, estarían los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

Como es bien sabido, el artículo 1922 del Código Civil dotaba de un derecho de preferencia a los créditos por construcción, reparación o conservación de bienes muebles que estuviesen en posesión del deudor. Asimismo, el artículo 1923 concedía idéntico derecho de preferencia, esta vez en relación con los bienes inmuebles, a los créditos refaccionarios.

Siguiendo esta misma línea, el artículo 90 de la LC 22/ 2003 califica como créditos con privilegio especial los créditos refaccionarios<sup>174</sup> esto es, a los créditos por construcción, conservación o reparación) sobre los bienes refaccionados. Este privilegio, no obstante, queda condicionado a la previa inscripción del crédito refaccionario en el registro correspondiente. Esta circunstancia permite concluir que el privilegio especial objeto de análisis abarca, ante todo, los créditos

---

<sup>174</sup> El privilegio refaccionario beneficia a todo tipo de créditos que hayan contribuido de modo directo a la construcción, reparación, conservación o mejora de un bien, sea éste mueble o inmueble.

refaccionarios sobre bienes inmuebles. No obstante, no existe obstáculo alguno para conducir que también gozan de privilegio especial los créditos refaccionarios sobre bienes muebles en la medida en que éstos se encuentren inscritos en el registro correspondiente.

Hay que observar que el Código Civil contempla la refacción tanto en los muebles como en los inmuebles.

Art.1923 Código Civil : «Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:

- Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.

- Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores».

La LC 22/ 2003, en cambio agrupa dos privilegios refaccionarios distintos, de un lado, el privilegio refaccionario del derecho común y de otro lado el refaccionario de los trabajadores, ambos con regímenes jurídicos enormemente diferenciados. De los dos, únicamente el laboral conserva *strictu sensu* su carácter de estricto privilegio, pues el refaccionario común requerirá ahora la citada inscripción de cara a su reconocimiento dentro del procedimiento concursal.

El privilegio se extiende únicamente a los créditos por refacción, en sentido amplio, que figuren inscritos, de tal modo que se reduce el ámbito operativo objetivo del mismo ya que lo lógico es que afecte a los bienes inmuebles, lo cual no significa que no pueda extenderse igualmente a los créditos refaccionarios sobre bienes muebles siempre que figuren inscritos en el Registro de Bienes Muebles.

Se distinguen dos tipos de acreedores refaccionarios, los de derecho común y el que corresponde a los trabajadores.

El privilegio que contempla el artículo 90.3 de la LC 22/ 2003, finalmente, también abarca los créditos salariales de carácter refaccionario, regulados en el artículo 32 del Estatuto de los trabajadores sobre las Garantías del salario.

«1. Los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de

preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.

2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.

3. Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

4. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.

5. Las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la LC 22/ 2003 relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios. De suerte que los créditos salariales gozarán también de un privilegio especial en relación con los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión de los trabajadores. Y, a diferencia de los restantes créditos de carácter refaccionario, los créditos salariales de carácter refaccionario no deberán figurar inscritos en ningún registro para gozar de privilegio especial<sup>175</sup>».

---

<sup>175</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 14 de febrero de 2006, indica que: « (...) En el Art. 90.1.3º LC 22/ 2003 se considera crédito con privilegio especial «los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados». A continuación el art. 90, en su apartado 2, establece que «para que los créditos mencionados en los números 1º a 5º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respetiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros...». Esa remisión lo es a la legislación hipotecaria. Así, el art. 59 de la Ley Hipotecaria dispone que el acreedor refaccionario pueda exigir anotación sobre la finca refaccionada por las cantidades que, de una vez o

El apartado 4º del art. 90 LC 22/ 2003<sup>176</sup> establece que los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, siempre que se haya estipulado una reserva de dominio, prohibición de disponer o condición resolutoria en caso de falta de pago. Así la preferencia recaerá sobre tales bienes.

La primera particularidad que presenta el arrendamiento financiero es que la LC 22/ 2003 concede un privilegio especial sobre un bien propio, pues el acreedor privilegiado es el propietario/ arrendador que ha cedido el uso del bien.

En todo caso, sin perjuicio de tener presente las diferentes prerrogativas que puedan corresponder al titular de estos créditos (ejecución del bien, insinuación del crédito, resolución por incumplimiento, privilegio especial, crédito contra la masa), convendrá distinguir las diferentes situaciones que pueden derivarse del contrato de arrendamiento financiero:

- a) cuotas devengadas y no pagadas antes de la declaración del concurso.
- b) Cuotas posteriores.
- c) Cantidades que se originen por la resolución por incumplimiento del contrato.

Las cuotas anteriores a la declaración del concurso se clasificarán como créditos con privilegio especial según el art. 90.1.4º de la LC 22/ 2003 «Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago».

En realidad se trata de unos créditos que son aplicables o disciplinan el arrendamiento financiero plantean cierta complejidad, modificándose los criterios

---

sucesivamente, anticipare. La anotación surtirá, según el precepto, respecto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca. En idéntico sentido el art. 155 del Reglamento Hipotecario .

<sup>176</sup> Apartado 4.º del número 1 del artículo 90 redactado por el número sesenta y uno del artículo único de la Ley 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 245 de 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012

de acuerdo con la jurisprudencia que va apareciendo y las distintas interpretaciones de las sentencias<sup>177</sup>.

Según el apartado 5º del art. 90 LC 22/ 2003 según el cual , ostentarían privilegio especial los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.

Para hacer valer el privilegio, sería necesario la constancia en documento público; no obstante, de la redacción del art. 90.1.5 de la LC 22/ 2003 no se exige y el art. 90.2 LC 22/ 2003 remite a su legislación específica. Por lo que se podrá

---

<sup>177</sup> Sentencia del Juzgado Mercantil de Asturias, Oviedo, núm. 220/ 2007, de 29 Octubre

1.- Cuotas de leasing vencidas antes de la declaración de concurso: han de clasificarse como créditos con privilegio especial del art 90.1.4º.

2.- Cuotas de leasing con vencimiento posterior a la declaración de concurso: han de clasificarse como créditos contra la masa en el momento de su devengo, procediendo a su pago a su respectivo vencimiento (art 154) «Pago de créditos contra la masa.- Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta».

Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Admitido por ambas partes que a la fecha de declaración de concurso los contratos se hallaban al corriente de pago, resulta evidente que no existe crédito alguno con carácter privilegiado, sino que han de reconocerse como créditos contra la masa los vendimien tos que se vayan produciendo durante la tramitación del concurso, incluyendo tanto el IVA como intereses y el valor residual, en su caso.

No habiéndose instado la resolución de los contratos, el reconocimiento y pago de cada una de las cuotas ha de tener lugar progresivamente, según vayan devengándose, y ello por estricta aplicación del art. 154, no por el art 155.2 que recoge una opción que la administración concursal puede o no ejercitar y que presupone la existencia de créditos con privilegio concursal que no es el caso.

Sentencia del Juzgado Mercantil de Barcelona 27 de febrero de 2006 : En los leasings las cuotas debidas con anterioridad a la declaración de concurso son deuda concursal considerada como crédito con privilegio especial sobre los bienes arrendados y las cuotas vencidas con posterioridad se considerarán deuda contra la masa a medida que vayan venciendo.

- Cualquier otro pronunciamiento sobre el estado de dichos créditos quedará vinculado al ejercicio de los mecanismos de resolución o mantenimiento de los contratos previsto en los artículos 61 y 62 de la propia LC 22/ 2003.

También puede suceder que el arrendador haya cumplido todas las obligaciones que le incumben antes de la declaración del concurso, restando solo el cumplimiento de las obligaciones que corresponden al arrendatario. En tal caso, parece negarse el carácter de créditos contra la masa de las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso; estas serían un crédito concursal con privilegio especial. En tal sentido la SAP Alicante núm. 475/ 2006 (sección 8). De 21 de diciembre .

concluir la no necesidad de su constancia en documento público, bastando su inscripción en el registro correspondiente.

Según el Art. 10 de la Ley del Mercado de Valores, «La constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta deberá inscribirse en la cuenta correspondiente. La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título. La constitución del gravamen será oponible a terceros desde el momento en que haya practicado la correspondiente inscripción».

El privilegio se extenderá no sólo al principal, sino también a los intereses (art 92.3 y 59 LC 22/ 2003), hasta donde alcancen los valores asegurados.

Por último restaría el apartado 6º del art. 90 LC 22/ 2003<sup>178</sup>, según el cual, serán privilegiados los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.

El requisito que impone el artículo 90.1.6 es la constancia del crédito en documento público; en tal sentido el artículo 1865 CC precisa que “No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha”. Por lo tanto, parece que sólo será necesaria la certeza de la fecha<sup>179</sup>; no obstante, lo habitual es que este tipo de garantías se instrumente en documento

---

<sup>178</sup> Apartado 6.º del número 1 del artículo 90 redactado por el número sesenta y uno del artículo único de la Ley 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal. BOE núm. 245 de 11 octubre. Vigencia: 1 enero 2012

<sup>179</sup> GARRIDO, J.M. :«La graduación de créditos» en *La reforma de la legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*. Marcial Pons. Pág. 1630

que lleve aparejada ejecución, con lo que devendría aplicable el régimen previsto en el art. 86.2. LC 22/ 2003.

Si no se ha efectuado desplazamiento posesorio, pues la prenda nace con la entrega, por lo que no sería oponible a terceros solo producirá efectos interpartes. En tales supuestos, la cuestión que se plantea es si existe crédito privilegiado.

Se podrían observar dos respuestas

a) La inexistencia de crédito privilegiado, por no concurrir los presupuestos normativos para que tenga un derecho real de prenda

b) La existencia de un crédito privilegiado, sólo a efectos concursales, pues el art 90.1.6 LC 22/ 2003, solo exige el requisito del documento público y el art. 90.2 no incluye a la prenda, y por lo tanto no existe una remisión a la legislación específica.

Para concluir el estudio de esta clasificación que realiza el artículo 90 de la LC 22/ 2003 se establece que los créditos mencionados en los números 1º a 5º enumerados anteriormente puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, fundamentalmente, otorgamiento de escritura pública e inscripción registral, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los créditos refaccionarios de los trabajadores, como queda dicho.

Como conclusión de esta clasificación podemos extraer las siguientes ideas: Los privilegios o ventajas que la LC 22/ 2003 atribuye a esta clase de créditos se manifiestan tanto en el plano formal o procesal, como en el sustantivo:

a) Como regla general, estos créditos llevan aparejado el privilegio de la ejecución separada sobre el bien a que afectan,, al margen del concurso por tanto, con la sola excepción de los refaccionarios.

b) No quedan sujetos al convenio que, en su caso, pudieren aprobar los acreedores en el concurso, a menos que hubieren usado de su derecho de voto, en cuyo caso, sí se vincularía a las resultas del mismo ( LC 22/ 2003).

c) En caso de liquidación, el crédito con privilegio especial tiene una preferencia en el cobro por encima de cualquier otro , obviamente, siempre respecto del bien o derecho concreto a que afecten. Más aún, el bien sobre el que

recae el privilegio especial no podrá aplicarse al pago de los denominados créditos contra la masa.

Es decir, el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva, y 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 ( LC 22/ 2003).

ii) Créditos con privilegio general<sup>180</sup>

Se corresponden en su esencia con los tradicionalmente denominados créditos simplemente privilegiados, es decir, aquéllos cuyo privilegio no recae sobre bienes o derechos concretos de la masa, sino, sobre los restantes bienes del deudor, o más propiamente, sobre todo el patrimonio del deudor, pues, el sobrante de los bienes afectos al privilegio especial o singular, deducidos los créditos contra la masa, beneficia a los que ostentan privilegio general.

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 accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso, los capitales coste de la Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Téngase en cuenta lo dicho sobre la consideración de créditos contra la masa de los salarios de los treinta últimos días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no superen el doble del salario mínimo interprofesional.

2º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> Art. 91 LC 22/ 2003

3º Los créditos de personas naturales por trabajo personal no dependiente, es decir, trabajo autónomo y no por cuenta ajena, y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso<sup>182</sup>.

4º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial, ni del privilegio general del número 2º visto anteriormente, sobre retenciones. 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<sup>183</sup>.

5º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. Se trata de créditos cuyo privilegio nace de la inexistencia de toda relación contractual o comercial del perjudicado con el concursado, si bien los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número

---

<sup>181</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: «La prelación de créditos tributarios en el concurso (un intento de coordinación entre la normativa tributaria y la LC 22/2003» Anuario de derecho concursal núm. 7 (2005) pág. 105 y ss. Se zanja definitivamente la polémica doctrinal y jurisprudencial existente hasta entonces en orden a la consideración o no de su derecho de separación. La nueva LC 22/ 2003 evita su separación del concurso, pero, clasifica a las retenciones en un estadio elevado dentro de los créditos con privilegio general, concretamente en el segundo orden de entre los que relaciona, tan sólo superado por los créditos salariales en los términos vistos.

<sup>182</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A. « El privilegio general de los créditos por cesión de derechos de autor y trabajo personal no dependiente dentro de la LC 22/2003», La Ley, 13 de febrero de 2004, págs. 1-7

<sup>183</sup> La LC 22/ 2003 se ha decantado por implicar más intensamente a las administraciones públicas en el concurso, optando por darles privilegio tan sólo por el cincuenta por ciento de sus créditos, por lo que el otro cincuenta por ciento, de no ostentar otra clasificación específica, se considerará como ordinario y, por tanto, sometido a un eventual convenio. Deben quedar a salvo, obviamente, los que ostenten otra clasificación específica, sea como créditos con privilegio especial, por ejemplo, si estuvieran garantizados con hipoteca voluntaria, o bien, mediante hipoteca legal tácita, sea con privilegio general antepuesto o de mejor condición, como es el caso de las retenciones, sea como crédito subordinado, caso de los intereses, sanciones y recargos. Respecto a la determinación del límite máximo del cincuenta por ciento, desde las, es claro que deben excluirse los créditos que ostenten otra clasificación diferenciada, es decir, tanto los subordinados como los que ostenten privilegio especial y otros privilegios generales de mejor orden.

4º anterior. Los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

6.º Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el o en la LC 22/ 2003 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.

7.º Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe».

Los créditos con privilegio general no otorgan el privilegio formal o procesal de la ejecución separada, ostentando tan sólo el privilegio sustantivo, inherente al carácter del crédito, de la preferencia en el cobro.

a) No quedan sujetos al convenio que, en su caso, pudieren aprobar los acreedores en el concurso, a menos que hubieren usado de su derecho de voto Este privilegio aLC 22/ 2003anza tanto a los que lo ostenten con carácter especial como general<sup>184</sup>.

b) En caso de liquidación, el crédito con privilegio general tiene una preferencia en el cobro que se sitúa detrás de los que ostentan el privilegio especial, es decir, una vez agotado el pago de éstos sobre los bienes o derechos afectos, pero que se antepone a cualquier otro, ordinarios y, por supuesto, subordinados.

### iii) Créditos ordinarios

La LC 22/ 2003 por su parte, apenas reduce el crédito ordinario a una mínima mención, por lo que, crédito ordinario es, por exclusión y por delimitación negativa, aquel crédito que carece de privilegio, sea éste especial o general, y que tampoco se haya subordinado o legalmente postergado en el cobro<sup>185</sup>.

Son ordinarios en definitiva aquellos créditos comunes que son satisfechos tras la pre deducción de los créditos contra la masa y el pago de los créditos con privilegio especial y con privilegio general, con el posible y efímero por escaso

---

<sup>184</sup> Art 120.3 LC 22/ 2003.

<sup>185</sup> ÁLVAREZ SAN JOSÉ, J.M.: *El poder decisorio de los acreedores ordinarios*, Universidad Autónoma de Madrid. Año 2003.

remanente que quede los bienes de la masa activa, y que al mismo tiempo se satisfacen sin prelación ni preferencia alguna entre sus titulares.

El artículo 89.3 de la LC 22/ 2003 no puede ser exacto y parco, ya que señala que se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados.

Es una situación que sin embargo no ha de impedir que en aquellos supuestos que un crédito goce simultáneamente de un privilegio especial y un privilegio general tenga que someterse irremisiblemente al dictado y a los cánones de los créditos ordinarios. Piénsese así en aquel crédito derivado de responsabilidad extracontractual garantizado con hipoteca inmobiliaria.

En este supuesto, si el bien inmueble afecto al gravamen y, consiguientemente a un privilegio especial no fuese suficiente para la satisfacción íntegra del crédito, la parte del mismo no satisfecha seguirá sometida y por tanto, gozando de un privilegio, si bien en este caso general, el privilegio general ex artículo 90.5 de la LC 22/ 2003. Solución que no es nueva, acordémonos del artículo 919 del Código de Comercio, cuando establecía que los acreedores hipotecarios, ya voluntarios ya legales, cuyos créditos no quedasen satisfechos íntegramente con la venta de los inmuebles sobre los que recayesen las hipotecas, serán considerados, en cuanto al resto, como acreedores escriturarios, concurriendo con los demás de ese respectivo grado, más en función de sus títulos.

Por tanto, tras los créditos pre deducibles contra la masa activa, tras los créditos con privilegio especial y con privilegio general, pero eso sí, antes de los créditos postergados legalmente o subordinados, se pagarán los créditos ordinarios.

Definidos con un carácter residual, ostentan a su favor la preferencia respecto de todo aquel crédito que no se incorpore expresamente en otra clasificación. Se entenderán clasificados como ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en la LC 22/ 2003 como privilegiados, sea con privilegio especial o general, ni como subordinados.

Hay que destacar que el recorte de privilegios a que se ha hecho mención, realizado por la nueva LC 22/ 2003, ha supuesto la incorporación a esta categoría de créditos que anteriormente no formaban parte de la misma, como los escriturarios o por sentencia firme y los tributarios y de Derecho público en un

50% de su importe, con las consideraciones que se han indicado. Asimismo, tienen la consideración de ordinarios los créditos que lo fueran con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieran sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos.

El pago de los créditos ordinarios se efectuará a prorrata con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados ( LC 22/ 2003).

iiii) Créditos subordinados (Art. 92 LC 22/ 2003)

Esta categoría de crédito concursal constituye una importante novedad de la LC 22/ 2003. Los créditos subordinados o postergados a los ordinarios, comprenden toda una serie de créditos que aparecen relegados en rango preferencial respecto de los demás créditos ordinarios.

Subordinar puede significar en una concepción vulgar, bien una relación de dependencia, bien clasificar algo como inferior respecto de otra u otras cosas.

La subordinación implica la voluntad de otorgar un trato desfavorable a ciertos créditos que el legislador ha señalado con su dedo, pero también significa e implica la de mejorar frente a los postergados el tratamiento de otros créditos, cuales son, los ordinarios<sup>186</sup>.

Los créditos subordinados han sido calificados y graduados conforme a criterios objetivos sin tener en cuenta e incluso despreciando absolutamente, el comportamiento o conducta del sujeto; únicamente se han tenido en consideración las circunstancias que rodean a dichos créditos<sup>187</sup>.

IGLESIAS PRADA, señala a tal efecto " Se han configurado y escudriñado conforme a criterios objetivos y automáticos, sin necesidad y menos sin importarle, probar las conductas dolosas o fraudulentas o de infra capitalización de la sociedad" <sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> MONTES PENADES, V.L.: «El régimen de los créditos subordinados en la LC 22/ 2003», Anuario Derecho Concursal, 2004, núm. 1, págs. 49 y 50.

<sup>187</sup> SANCHEZ CALERO, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, 26ª ed. Madrid 2003, pág. 477.

<sup>188</sup> IGLESIAS PRADA, J.L. VAQUERIZO ALONSO, A.: «Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente Relacionadas con el deudor», en aa.vv. Estudios sobre la LC 22/ 2003. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. iv, Madrid 2005, págs... 3731-3757.

Los créditos pueden aparecer relegados en rango preferencial respecto de los demás créditos ordinarios, sea por razón de su tardía comunicación (los denominados créditos morosos), pacto contractual, carácter accesorio (intereses), naturaleza sancionadora (multas), concurrencia de mala fe en actos perjudiciales al concurso y fundamentalmente, por la condición personal de sus titulares, es decir, por tratarse de personas especialmente relacionadas con el concursado, vinculadas al mismo.

Esta categoría de crédito concursal constituye una importante novedad de la LC 22/ 2003. Los créditos subordinados o postergados a los ordinarios, comprenden toda una serie de conceptos que aparecen relegados en rango preferencial respecto de los demás créditos ordinarios, sea por razón de su tardía comunicación (los denominados créditos morosos), pacto contractual, carácter accesorio (intereses), naturaleza sancionadora (multas y sanciones), concurrencia de mala fe en actos perjudiciales al concurso y, fundamentalmente, por la condición personal de sus titulares, es decir, por tratarse los acreedores de personas especialmente relacionadas con el concursado, vinculadas al mismo.

La vinculación puede venir dada por su propio parentesco o situación de convivencia de hecho, o extenderse a determinados socios en caso de personas jurídicas, o a sus administradores de derecho o de hecho, liquidadores, sociedades del mismo grupo, etcétera.

Su clasificación legal podemos sistematizarla en los siguientes grupos:

1º Créditos morosos, es decir, comunicados tardíamente.

2º Créditos subordinados por pacto contractual.

3º Créditos por intereses, salvo hipotecarios y pignoratícios, hasta límite garantía.

4º Créditos de origen sancionador, como las multas y sanciones pecuniarias.

5º Créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor.

6º Créditos por rescisión contractual acreditada mala fe.

7º Créditos por obstaculización reiterada de contratos con obligaciones recíprocas<sup>189</sup>.

---

<sup>189</sup> RD-Ley 3/ 2009 publicado en BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2009.

De la clasificación anterior se observa que en caso de convenio, los créditos subordinados carecen de derecho de voto y su cobro aparece postergado al completo pago de los créditos ordinarios.

En caso de liquidación, el pago de los créditos subordinados, de acuerdo con el LC 22/ 2003, se realiza por el orden de los números del y, dentro de cada número y en caso de no haber activo suficiente, a prorrata.

Son créditos subordinados :

1º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del , 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<sup>190</sup>.

2º Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor.

3º Los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. Se clarifica de modo expreso en el número 3º, el carácter subordinado del crédito por recargos, en línea con las sentencias del tribunal supremo, Sala Civil, de 21/ 01/ 2009 , que mantiene el mismo criterio marcado por la abundante jurisprudencia menor.

4º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

5º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el LC 22/ 2003, excepto los

---

<sup>190</sup> La hipótesis que contempla el LC 22/ 2003 como créditos morosos alcanza a aquéllos que no constando de ningún modo en el concurso, el acreedor lo comunique expirado el plazo de un mes desde la última publicación del Auto de declaración del concurso ( y LC 22/ 2003), pero con anterioridad a la finalización del plazo para que la administración concursal entregue el informe al Juzgado ( LC 22/ 2003). La consecuencia para tal crédito será la de su postergación a crédito subordinado, (Sentencia del Juzgado Mercantil número 1 de Madrid, de 25 de mayo de 2005.

comprendidos en el número 1º del cuando el concursado sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican. Es decir, quedan a salvo los créditos por salarios e indemnizaciones en los términos a que se refiere el precepto de referencia.

La ley 17/ 2014 por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial ha modificado la redacción del apartado 5º del de la LC 22/ 2003 <sup>191</sup>, estableciendo que no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor aquellos acreedores que hubieran capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el o con la , a los efectos de la calificación como subordinados de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que se hubiese otorgado en virtud de dicho acuerdo.

6º Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.

7º Introduce una importante novedad, degradando a la subordinación de último grado aquellos créditos que derivados de los contratos con obligaciones recíprocas.

En este punto es necesario no obstante, traer a colación las excepciones previstas en la propia norma objeto de comentario, ya que las consecuencias negativas de los créditos que tardíamente son comunicados finalmente no consten de modo alguno en el concurso, que no es otra que la exclusión definitiva del concurso.

Estas excepciones legales podrían concretarse en la referencia 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

---

<sup>191</sup> El número 5.º del artículo 92 redactado por el apartado diecisiete del artículo único de la Ley 17/ 2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE núm. 238 de 1 octubre). Vigencia: 2 octubre 2014

concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas”.

Particularmente y con referencia a los créditos que para su determinación se precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas. Es decir, créditos cuya determinación y cuantificación requieren de la actuación de las Administraciones públicas.

Uno de los problemas más relevantes que la práctica concursal está deparando en la actualidad, se incardina en el marco de la determinación de la masa pasiva del concurso, más exactamente, en la interpretación y alcance temporal que deba darse a la actuación de comprobación o inspectora en el reconocimiento y clasificación crediticia, ( in fine LC 22/ 2003). Aunque todo ello lo determinaremos con detalle en el capítulo siguiente referido a toda la problemática del crédito tributario, podemos adelantar que tras la reforma concursal el crédito de la AEAT o de la TGSS podrá comunicarse incluso con posterioridad a la presentación de los textos definitivos, tan sólo basta que los mismos encuentren amparo en una actuación de comprobación administrativa.<sup>192</sup>

No obstante, a los efectos meramente didácticos resulta de interés reproducir la polémica suscitada con anterioridad a la presente reforma concursal, en orden a los créditos amparados en actuaciones de comprobación o inspección administrativa:

Tanto la AEAT como la TGSS, han venido optando en los últimos años por dos versiones; una la de comunicar –en período destinado al efecto- su hipotético crédito o futurible, y en otras ocasiones, han hecho uso de la invocación a la actuación inspectora, o de comprobación, como instrumento para certificar nuevos créditos, con la clasificación que legalmente les corresponda, sin sujetarse a límite temporal alguno, incluso concluida ya la fase común del procedimiento concursal. Los pronunciamientos de los distintos Juzgados de lo Mercantil al respecto no determinan un criterio único y en ocasiones resultan incluso

---

<sup>192</sup> LC 22/ 2003 « 3. El texto definitivo de la lista de acreedores, además de en los demás supuestos previstos en esta ley, podrá modificarse en los casos siguientes:

2.º Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho Público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos.»

contradictorios, sirva de ejemplo la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de La Coruña de 20 de Enero de 2007.<sup>193</sup>

En cuanto a la posibilidad de reconocer otros eventuales créditos tributarios que podrían surgir de la actuación de comprobación e inspectora de la AEAT, afirma la sentencia que no hay constancia alguna de que se haya iniciado alguna comprobación o inspección respecto de la concursada, y que la invocación del de la LC 22/ 2003 sólo tiene sentido respecto de créditos concursales que, habiendo sido comunicados tardíamente o no comunicados, son pese a ello, incluidos por los administradores concursales en la lista de acreedores, o por el Juez al resolver sobre la impugnación de la lista .

Es decir, la invocación del de la LC 22/ 2003 sólo tiene sentido respecto de créditos concursales que, habiendo sido comunicados tardíamente o no comunicados, son pese a ello, incluidos por los administradores concursales en la lista de acreedores, o por el Juez al resolver sobre la impugnación de la lista; el precepto se refiere pues a los créditos que se comunican en el periodo intermedio entre la finalización del plazo de insinuación y la elaboración del informe, o incluso –en una interpretación amplia- a los que se comunican por la vía irregular de la impugnación de la lista de acreedores. Pero como en este caso no se ha comunicado, ni oportunamente ni tardíamente, ningún crédito que no haya sido considerado por la administración concursal, y puesto que no es posible reconocer como contingentes y sin cuantía créditos eventuales que ni son condicionales, ni litigiosos, ni dependen del resultado de una excusión previa en los bienes del deudor principal, no cabe tampoco atender a la pretensión impugnatoria de la AEAT.

---

<sup>193</sup> La sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de La Coruña, de fecha 30 de enero de 2007, desestima la pretensión de la AEAT de que sean reconocidos como contingentes sin cuantía propia ( LC 22/ 2003), los créditos relativos a autoliquidaciones que todavía no han sido presentadas, al tiempo de la comunicación de créditos e Informe concursal, y que, por ello, no es posible de momento cuantificar. Sostiene con acierto la citada sentencia que el crédito contingente sin cuantía propia no es cualquier crédito eventual o posible, sino únicamente aquel cuyo nacimiento depende de que se cumpla una condición (condición suspensiva), el litigioso, es decir, el crédito cuya existencia y cuantía está pendiente de una decisión judicial o arbitral, y los que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal ( de la LC 22/ 2003).

Las soluciones son repetidamente contradictorias es decir en ocasiones postulan posiciones muy rigurosas y, en otras, excesivamente flexibles, en la interpretación y alcance que deba darse a la indicada excepción. El Juzgado Mercantil nº 1 de La Coruña mediante Auto de fecha 12/ 12/ 2005, reproducido posteriormente en Sentencia de fecha 30 de enero de 2007, ha declarado:

«Y en cuanto al crédito anterior a la declaración de concurso que resulta de la actividad inspectora de la administración tributaria, no tiene encaje en el art. 92.1 de la LC 22/ 2003, ha quedado definitivamente fuera del concurso y habrá de ser abonado por la deudora, en su caso, una vez concluido el concurso y satisfechos todos los créditos concursales, sin perjuicio de la responsabilidad tributaria de los administradores de la entidad concursada. La hipótesis de comunicación tardía del art. 91.2 de la LC 22/ 2003 es la de los créditos que, pese a ello, son incluidos por los administradores concursales en la lista de acreedores, o por el juez al resolver sobre la impugnación de la lista; se refiere pues a los créditos que se comunican en el período intermedio entre la finalización del plazo de insinuación y la elaboración del informe, o incluso –en una interpretación amplia- a los que se comunican por la vía irregular de la impugnación de la lista de acreedores. Quiere ello decir que finalizado el plazo de impugnación de la lista, presentado el informe definitivo y finalizada la fase común ya no es posible reconocer nuevos créditos concursales, anteriores a la declaración, aun en el caso de que hayan aflorado como consecuencia de la actuación inspectora de las administraciones públicas iniciadas con ocasión de la declaración de concurso (a salvo la eventualidad de los que hayan sido reconocidos como contingentes en la lista definitiva, lo que no es el caso)».

En contradicción a la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Oviedo de fecha 12/ 03/ 2007, posteriormente reproducida en otra de ese mismo Juzgado de fecha 23/ 05/ 2007, respecto del valor que haya de darse a las certificaciones presentadas con posterioridad a la presentación del informe de la administración concursal, sostiene:

«El problema surge fundamentalmente por la práctica habitual de la AEAT y de la TGSS de emitir sucesivas certificaciones de deuda, aun ya presentado el informe de la administración concursal. Conforme a la doctrina expuesta, los créditos resultantes de tales certificaciones deberían quedar excluidos del concurso, lo que está provocando que tanto la Abogacía del Estado

como por los Letrados de la SS se esté recurriendo en ocasiones al subterfugio de comunicar los créditos como contingentes con la finalidad de que no sean clasificados como subordinados (si la comunicación se realiza una vez expirado el plazo del art. 21.5º LC 22/ 2003) o, incluso, sean excluidos del concurso (si la comunicación es posterior a la emisión del informe de la administración concursal). Sin embargo, aceptado por este juzgador como regla general el criterio arriba expresado [los tres momentos procesales de comunicación], del mismo deben quedar excluidos los créditos que durante el concurso puedan surgir de actuaciones inspectoras, los cuales han de ser reconocidos en todo caso, cualesquiera que sea el tiempo de su comunicación, otorgándoles la clasificación que legalmente les corresponda, según su naturaleza, conforme prescribe el art. 92.1º in fine».

En el presente caso, la administración concursal pone en duda que la certificación emitida el 13 de diciembre de 2006 (entrada en el Juzgado del día 18) sea el resultado de una actuación de inspección, pues, en la misma se hace constar literalmente que es «consecuencia de las modificaciones introducidas en el Fichero General de Recaudación». Con independencia del acierto en la elección de la expresión empleada (que, por cierto, se corrige en la demanda incidental, en que se habla ya de actuaciones de comprobación e investigación ulteriores), lo cierto es que resulta evidente que la nueva certificación aportada por la TGSS responde, si no a una actividad investigadora en sentido estricto, sí a una actividad de comprobación, que viene englobada en aquélla. Por tanto, se impone el reconocimiento de la cuantía que figura en la certificación de 13 de diciembre de 2006, con independencia de la clasificación que corresponda a los distintos créditos, cuestión que pasamos a examinar.

En definitiva, y expuesta ya la clasificación de la masa pasiva que se ha realizado en el texto de la ley ; podemos atisbar que dentro de la determinación de la masa y siendo una de las fases principales del concurso, ya que se trata de establecer las deudas y la prelación con la que concurren los distintos acreedores ante la insolvencia del deudor , es fundamental y esencial proporcionar seguridad jurídica sobre la situación patrimonial y crediticia de la concursada. Un quebranto de la misma ya sea sobre el activo o el pasivo concursal , puede determinar el riesgo de vaciar de contenido todo el sistema de garantías y objetivos preestablecidos por la norma concursal.

La clasificación de créditos recién expuesta tal y cómo establece la LC 22/ 2003, determina una técnica que sigue vislumbrando algunas disfunciones. Existen ciertas incongruencias que van a hacer surgir dudas sobre la pertinencia del método utilizado por la Ley.

La clasificación de créditos discrimina aquellos que forman parte de la masa pasiva (los que han provocado el concurso) de los que son producto del mismo, esto es, los créditos contra la masa. Y así determinamos ya, un importante problema teórico, puesto que en dicha categoría se han incluido créditos como los salariales, en pos de una cierta descarga del concurso, que no son producto del concurso sino que son parte del problema financiero del concursado. Por tanto, se está configurando el crédito contra la masa no como una figura extraconcursal, sino como un crédito superprivilegiado, por encima del resto de deudas, ya que se ha desvirtuado su naturaleza incluyendo este tipo de Derechos, que en puridad deberían ser concursales.

Sin embargo a pesar de esta prioridad, la realización de créditos contra la masa debe respetar aquellos bienes que garantizan créditos especialmente privilegiados. Lo que no deja de resultar llamativo, si los créditos contra la masa son prededucibles y prioritarios, ¿cómo pueden estar limitados por los créditos con privilegio especial? Este problema de la afectación de bienes al pago de determinados créditos podría haberse resuelto eliminando este privilegio especial, otorgando a los créditos garantizados en este sentido un derecho de ejecución separada como ocurre con buques y aeronaves. Su inclusión en la masa pasiva del concurso es confusa pues no se respeta la proclamada prioridad de los créditos contra la masa. Otra opción sería, entendiendo que el sistema ha cambiado, incluir los créditos contra la masa (con otra denominación) entre los concursales. Ya no representan únicamente los costes del procedimiento, manifestándose que su posición no es de prelación a la hora del pago a los acreedores, sino que suponen un segundo escalón tras los créditos especialmente privilegiados. Con estos planteamientos, no se está olvidando que los créditos contra la masa se satisfacen a su vencimiento, simplemente se está analizando la norma desde otro plano que no es el temporal, sino el de la satisfacción efectiva de los créditos, que en situaciones de concurso resulta más importante y es el que determinará si un acreedor es privilegiado o no.

Las dificultades de la técnica utilizada para clasificar los créditos del

deudor concursado conllevan ciertas inseguridades, al menos en el plano teórico, sobretodo a la hora de entender los objetivos de la institución. Qué protege el legislador en primer lugar, qué créditos son los que quedan en una posición superior y cuáles son los motivos para priorizarlos.

Sin olvidar que se posterga de nuevo el principio *par conditio creditorum*, que aunque reconocido por el legislador, no ha sido llevado a la práctica tal .La igualdad de los acreedores es cuanto menos un mito en nuestro ordenamiento.

2.5. El procedimiento de formación de la masa pasiva: comunicación y reconocimiento de créditos.

Continuando con el espíritu de la LC 22/ 2003 expresado en la Exposición de Motivos de la ley, las notas características del procedimiento de determinación de la masa pasiva , son la sencillez y la flexibilidad. Se establecen entonces normas, para la comunicación de créditos, la conocida anteriormente como insinuación, a lo que sigue el reconocimiento y la graduación y por último la elaboración de la lista.

La comunicación del crédito es un acto voluntario del acreedor. En este sentido, los autores tienen diversas opiniones, puesto que algunos como SASTRE PAPIOL, si consideran una carga el hecho de la necesidad de comunicación , aunque la mayoría de ellos , entienden que se trata de un acto voluntario, pese a lo cual, si el acreedor particular pretende obtener satisfacción de su crédito dentro del concurso, deberá proceder a la comunicación oportuna del mismo para evitar problemas o situaciones que puedan poner en peligro las posibilidades de satisfacción del crédito en cuestión<sup>194</sup>.

El art. 85 de la LC 22/ 2003 se configura entonces como el modo de proceder para el acreedor, que realizará una declaración, dirigida a la administración concursal, ajustándose a la forma prevista y en la que se pone de manifiesto la existencia del crédito o créditos que se pretendan comunicar, con expresión de su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento,

---

<sup>194</sup> SASTRE PAPIOL, S.: «*Se trataría, pues de un deber dirigido a facilitar la labor de la administración concursal*» Otros autores como DÍAZ MORENO, GIMENO-BAYÓN COBOS, Y VEIGA COPO entienden que se trata de una carga para el acreedor (en SAGRERA TIZÓN/ SALA REIXACHS/ FERRER BARRIENDOS (Coords.) Comentarios a la LC 22/ 2003, Tomo II, Barcelona, 2004, p. 1059).

características y calificación que se pretenda.

MONTÉS se refería a la comunicación de créditos como *una conducta que es inexigible o incoercible, pero de la que depende para el afectado o gravado la conservación de una posición o la obtención de una ventaja, que se pierde naturalmente cuando la conducta en que la carga consiste no es ejecutada*. Esta carga, según MONTÉS de naturaleza semejante al modelo o paradigma de la carga de la prueba, *tendría su objetivo en el estímulo de la diligencia del acreedor para la presentación o comunicación del crédito*, señalando el mismo autor que la explicación y *ratio* del precepto se encuentran en la sanción al acreedor cuya falta de diligencia entorpece el desarrollo del concurso y perjudica a los demás acreedores con la presentación de créditos sorpresivos<sup>195</sup>.

Pese a entender entonces que la comunicación de créditos es un deber del acreedor en defensa de su crédito, pudiera pasar que no se cumpliera<sup>196</sup>; si no se realiza la comunicación, se producirá una disminución de la esfera de protección del crédito, y, a menos que el respectivo crédito conste ya en el concurso por hallarse incluido en la relación de acreedores acompañada por el deudor o por resultar incluido en el la lista de acreedores por parte y a iniciativa de la administración concursal como resultado de su actividad de verificación de créditos y del análisis de la documentación obrante en el concurso, no será posible participar en la solución concursal, y el crédito quedará al margen del concurso.

Los únicos que no deben proceder a la comunicación son los denominados acreedores contra la masa, ya que estos, directamente le reclamarán su pago, siendo además bastante frecuente que la mayoría de créditos contra la masa se generen bien avanzado ya el procedimiento concursal y una vez expirado el plazo ordinario que la ley prevé para la comunicación de créditos concursales. Ahora bien, el hecho de que los créditos contra la masa no deban ser comunicados, sino reclamados a la administración concursal, no se contradice con el hecho de que deban ser relacionados en una lista por la propia administración concursal .

Lo normal por tanto sería, dentro del plazo ordinario conferido por la LC

---

<sup>195</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L., en su artículo «*El régimen de los créditos subordinados en la LC 22/2003*», publicado en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004, p. 64.

<sup>196</sup> La LC 22/ 2003 en su art. 85 se refiere al «*deber de comunicar sus créditos*» por parte de los acreedores. También la Sentencia de 8 de mayo de 2008 de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid Ponente: D. Alberto Arribas Hernández utiliza la expresión *deber*.

22/ 2003, comunicar la existencia del crédito en la cuantía y con la clasificación pretendida por el propio acreedor interesado. El plazo para comunicar créditos es de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la declaración de concurso en el BOE (art. 21.1.5º LC 22/ 2003), que contiene un llamamiento a los acreedores para comunicar sus respectivos créditos ante la administración concursal. Antes de la reforma operada por el RD-Ley 3/ 2009, de 27 de marzo, existían 2 plazos distintos en función de si el acreedor en cuestión recibía o no la comunicación individual de la administración concursal. Actualmente, el vigente redactado elimina la duplicidad de plazos para comunicar el crédito, fijando el mismo plazo para todos los acreedores<sup>197</sup>. Reciban o no la comunicación individualizada por parte de la administración concursal, el plazo -ordinario, si nos permiten la expresión- para comunicar créditos será el mismo para todos los acreedores: 1 mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE<sup>198</sup>.

La verificación y consiguiente inclusión de los créditos en el concurso se puede producir, de dos modos distintos : 1.A instancia de parte, mediante comunicación activa por parte del respectivo acreedor e incluso realizada por persona distinta del propio acreedor, según el art.85.2 LC 22/ 2003 al referirse a *cualquier otro interesado en el crédito*. En cualquier caso siempre será necesaria la actividad de verificación y reconocimiento del crédito por parte de la administración concursal que irá contrastando la información facilitada por los

---

<sup>197</sup> DÍAZ MORENO, A.: «El tiempo de la comunicación y la clasificación de los créditos», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 20, 2010, pág.. 48 y ss.

<sup>198</sup> En relación al plazo de comunicación, consideramos interesante hacernos eco de los criterios expresados en el Seminario de Jueces de lo Mercantil de Catalunya celebrado el 13 de marzo de 2011 acerca del cómputo de los plazos, y en concreto para el mes de Agosto. Se indica que Agosto, al ser mes inhábil para la práctica de actuaciones judiciales salvo las urgentes (art. 185 LOPJ), no debe ser computado en todos aquellos plazos fijados por días, y sí debe ser computado en aquellos plazos fijados por meses. Se agradece el empeño por ofrecer seguridad jurídica a los operadores, lo que no obsta a que se den situaciones muy paradójicas, cuando no abiertamente contradictorias. Piénsese en 2 concursos (uno abreviado y uno ordinario) cuyo Auto de declaración de concurso es publicado el 25 de julio de 2011: el plazo de comunicación de los créditos de 15 días para el abreviado finiría el día 15 de septiembre de 2011; para el caso de concurso ordinario, el plazo de 1 mes, al computarse el mes de agosto, finiría el 25 de agosto y dado que ese día es inhábil, el plazo se extendería hasta el siguiente día hábil (art. 133.4 LEC), el 1 de septiembre. Así, en ese caso los acreedores del concurso abreviado tendrían un plazo efectivo de 15 días más para comunicar créditos que los acreedores del concurso ordinario.

acreedores con la documentación del deudor de la que tenga constancia. 2. El segundo modo en que se podrán incluir los créditos concursales, será a través del denominado reconocimiento forzoso o cuasioficioso. Esta segunda vía no requiere de ninguna comunicación activa por parte del acreedor y es llevada a cabo por parte de la administración concursal a través de sus propios medios y partiendo casi exclusivamente de toda la documentación del deudor que obre en el concurso. Aún así no debiéramos olvidar como algunos autores señalan la posibilidad, de comunicar determinados créditos a través de la impugnación del listado de acreedores; posibilidad que debería ser utilizada de modo excepcional<sup>199</sup>.

Si el acreedor realiza la comunicación del crédito fuera del plazo establecido, las consecuencias serán distintas dependiendo de la fase en que se halle el proceso concursal, la regla general que impone el art. 92 LC 22/ 2003, que no es otra que la subordinación de los créditos que sean comunicados tardíamente, “*salvo que...*”. Si bien también establece una serie de excepciones a la regla general, para determinados créditos que a pesar de haber sido comunicados tardíamente-deberán ser reconocidos y clasificados con “*...el carácter que les corresponda según su naturaleza*»<sup>200</sup>.

Podríamos entonces distinguir cuatro situaciones diferentes

1. Si la comunicación es tardía pero se realiza antes de la entrega del informe de la administración concursal, la principal consecuencia será su clasificación como subordinado. Lo que en la práctica equivaldrá a no cobrar. Si el crédito se encontrara dentro de alguna de las excepciones a la subordinación que enumera el art. 92.1 LC 22/ 2003, lo correcto sería que la administración concursal, a través de su función de verificación, lo clasificara con el carácter que le corresponda *según su naturaleza*. Si el crédito se halla dentro de alguna de las excepciones del art. 92.1 y la administración, a pesar de ello, lo clasifica como subordinado, el acreedor deberá impugnar la lista de acreedores si pretende combatir la postergación de su crédito.

2. En el supuesto de que se comunique después de entregado el

---

<sup>199</sup> VEIGA COPO, A., «La masa pasiva del concurso de acreedores», Cizur Menor 2010, pp. 72-73, sobre los déficits que presenta el sistema de publicación del concurso mediante anuncios en el BOE, y el sistema de comunicación individual a los acreedores (pp. 164 y ss).

<sup>200</sup> Art. 91.1º LC 22/ 2003 in fine.

informe de la administración concursal pero antes de finalizar el plazo para su impugnación, ello podría presentar problemas de índole práctica para el acreedor que pretenda evitar la postergación de su crédito como subordinado. Si no se halla dentro de las excepciones que contempla el art. 92.1 LC 22/ 2003 su clasificación será como subordinado. Si fuera susceptible de acogerse a las excepciones previstas y evitar la subordinación, deberá enfrentarse a un problema de orden práctico: el informe de la Administración Concursal ya ha sido entregado. Así, si la administración concursal no tuvo conocimiento por sus propios medios o documentación de la existencia del crédito, el mismo no se hallará incluido en la lista de acreedores presentada. En consecuencia, el acreedor interesado deberá obtener por sus propios medios el informe para observar si su crédito ha sido incluido en el concurso por iniciativa de la administración concursal y si está de acuerdo con la cuantía y clasificación que se le da. De no estar de acuerdo con la cuantía o clasificación reconocida a su crédito, deberá impugnar necesariamente la lista de acreedores, lo que también deberá realizar si su crédito no consta reconocido de ningún modo en la misma.

3. Los efectos de la comunicación de créditos a través de la impugnación de la lista de acreedores, se han realizado en su mayoría a través de interpretación jurisprudencial y podemos decir que se para aquellos créditos comprendidos en las excepciones del art. 92.1 LC 22/ 2003, que deberán incluirse en la lista de acreedores con el carácter que le corresponda “según su naturaleza”.

4. En relación a la comunicación realizada una vez expirado el plazo para impugnar la lista de acreedores, debería ser inadmitida de oficio, y el respectivo crédito ni siquiera será clasificado como subordinado. Simplemente no constará en el concurso, y en consecuencia, se verá privado de participar en la solución concursal y su crédito no podrá ser satisfecho “dentro del concurso” en ningún caso<sup>201</sup>.

El Tribunal Supremo ha declarado de modo expreso que la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores resulta un modo válido y eficaz de comunicar créditos ante el concurso, incluso aunque no haya existido

---

<sup>201</sup> Ello, desde luego, no supondrá nunca su extinción automática, ya que las causas de extinción de las obligaciones se recogen de modo taxativo con carácter de *numerus clausus* en el Código Civil (Capítulo IV «De la extinción de las obligaciones», dentro del Título Primero «De las obligaciones» del Libro Cuarto «De las obligaciones y contratos»).

ningún acto de comunicación previo a esa demanda incidental de impugnación, así la STS (Sala 1ª) de 31 de enero de 2011 siendo el Magistrado ponente Xíol Ríos o la dictada por el Pleno, STS (Sala 1ª) de 13 de mayo de 2011 con el Magistrado Ferrándiz Gabriel como ponente.

Es particularmente interesante por el tema de nuestro trabajo examinar la primera de ellas en cuanto se trata de resolver un recurso de apelación promovido por la AEAT a raíz de un incidente concursal interpuesto por ella misma que fue íntegramente desestimado, al ser clasificado como subordinado derivado de las retenciones por IRPF de los salarios de los trabajadores de la empresa concursada correspondientes al 4º trimestre de 2004 (el concurso fue declarado por Auto de 26 de noviembre de 2004).

La AEAT no incluyó dicho crédito en la comunicación inicial realizada dentro del plazo ordinario, y el mismo también fue omitido en el informe provisional elaborado por la Administración Concursal. Posteriormente a la publicación de dicho informe, la AEAT comunicó este crédito mediante una nueva certificación, siendo entonces recogido en los textos definitivos con el carácter de subordinado por comunicación tardía, en aplicación del art. 92.1 LC 22/ 2003.

Ante la subordinación del crédito, la AEAT interpone incidente concursal, solicitando se reconozca como crédito contra la masa, y, subsidiariamente, con la clasificación de crédito con privilegio general (art. 92.1º LC 22/ 2003).

La sentencia de 1ª instancia desestima las pretensiones de la AEAT y se procede a recurrir en apelación la sentencia de primera instancia. La Audiencia Provincial admitió, en parte, el recurso presentado por la AEAT y declaró como créditos contra la masa, las retenciones por IRPF de los salarios correspondientes al mes de diciembre de 2004, entendiéndose que eran posteriores al Auto de declaración del concurso; La Audiencia sin embargo confirma la subordinación por comunicación tardía del resto de retenciones correspondientes al 4º trimestre ya que: *«en el presente caso, la declaración como subordinado del crédito por retenciones del cuarto trimestre obedeció a haber sido comunicados tardíamente, con términos del art. 92.1 LC 22/2003, y la resolución vincula esa circunstancia a no haber impugnado la AEAT en tiempo –el que recoge los arts. 95 y 96 del mismo texto- aquella no inclusión en el informe de la administración concursal»*

Se recurrió en casación y se reprodujeron prácticamente los mismos

motivos para la consideración como subordinados. Finalmente y ya por el Tribunal Supremo, no se admitió la clasificación, pero por considerar que no estaban exceptuados en el art. 92.1. De esta manera se admitía por la Sala 1ª del Tribunal Supremo la interpretación para declarar los créditos como privilegiados y no como subordinados por comunicación tardía, si se trata de créditos exceptuados en el art. 92.1 LC 22/ 2003 siempre que la disconformidad con la clasificación hecha por la administración concursal se haga patente mediante la oportuna impugnación de la lista de acreedores.



### III. EL CREDITO PUBLICO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO: ESPECIAL REFERENCIA AL CREDITO TRIBUTARIO Y EL DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO

#### 3.1 Consideraciones generales en torno al crédito publico

Si existe una cuestión de especial interés en el estudio del concurso de acreedores, es la de tratar de determinar el régimen aplicable a la Administración Tributaria. La presencia de Hacienda en los concursos se hace tan habitual que la convierten en un acreedor necesario, y por tanto de relevada importancia el estudio de las particularidades aplicables al mismo.

Han sido muchos los debates suscitados en torno a la cuestión del crédito público y en concreto desde la aprobación de la LC 22/ 2003 en el año 2003, encontrando respecto a la calificación de los mismos ya sea cómo créditos concursales ya sea cómo créditos contra la masa opiniones diversas entre la propia Administración, la Jurisprudencia o la doctrina especializada.<sup>202</sup>

Sin duda podemos afirmar ya, en este punto del trabajo que son dos los principales interrogantes que se plantean en torno a la Administración Tributaria y el concurso de acreedores, en relación a los posible privilegios que ostenta; de un lado la posibilidad de continuar las actuaciones administrativas que tuviera iniciadas para la satisfacción de sus créditos, y de otro la circunstancia en torno al reconocimiento de privilegios en la clasificación de las deudas.

En relación a la primera cuestión, nos referiremos por tanto a la autotutela administrativa y en segundo lugar haremos una reflexión sobre el análisis de la

---

<sup>202</sup> ALVAREZ MARTINEZ, J. *Concurso de acreedores y créditos tributarios: la calificación de los mismos como créditos concursales o contra la masa: estado de la cuestión*. Quincena Fiscal Aranzadi núm. 21/ 2012. BIB 2012/ 3402: Dicha circunstancia resulta plenamente lógica, pues cómo ya ha quedado indicado, la consideración de un concreto crédito, en nuestro caso tributario, como concursal o contra la masa somete a aquel a la aplicación de un régimen bien distinto. Buena prueba de ello, lo constituye el hecho de que mientras que el pago de los créditos concursales se efectúa dentro de la fase de liquidación, sometiéndose a las pautas y prioridades recogidas en los artículos 155 a 158 de la LC 22/ 2003, los créditos contra la masa deben satisfacerse, cualquiera sea el estado del concurso, a sus respectivos vencimientos (art. 84.3 de la LC 22/ 2003) estando obligada la administración concursal a deducir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para proceder al abono de tales créditos, el cual se producirá con anterioridad al pago de los créditos concursales (art. 154 LC 22/ 2003).

prelación de créditos que la LC 22/ 2003 realiza en concreto con los créditos tributarios.

Cómo precedente en el estudio que nos ocupa, revisamos los trabajos de la Comisión General de Codificación y del Ministerio de Justicia, que se concretaron en lo que fue el borrador de la Comisión y el Anteproyecto del mes de Septiembre de 2001 y el Proyecto de LC 22/ 2003 del julio de 2002.<sup>203</sup>

En dicho Anteproyecto se hace referencia a los sucesivos intentos de modificación de la legislación concursal y en concreto a la presentación en septiembre de 2001 por el Ministro de Justicia del anterior borrador, en el que aparecen modificados algunos preceptos consecuencia del poder de la administración pública que manifiesta en ciertos casos.

En este sentido, el profesor GÓMEZ MARTÍN comenta respecto a los trabajos de la Comisión General de Codificación que efectivamente se plantean novedades acerca de los privilegios de los créditos institucionales, incluso cuando no sea de modo expreso sino de forma más sutil, reconociendo extraños derechos de separación.<sup>204</sup>

En concreto en dicho texto se habla ya como circunstancia particular la posible paralización de acciones ejecutivas , judiciales o administrativas que quedaran en suspenso si se hallasen en tramitación y no podrán iniciarse después de declarado el concurso, excepto para los acreedores con garantía real y aquellos procedimientos administrativos de ejecución con providencia de apremio anterior a la declaración de concurso.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> Proyecto de LC 22/ 2003 aprobado por el Consejo de Ministros, en sesión del 5/ 07/ 2002 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de fecha de 23 de Julio de 2002.

<sup>204</sup> GÓMEZ MARTÍN, F. *Síntesis del Proyecto de LC 22/2003*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2003.

<sup>205</sup> Proyecto de LC 22/ 2003. Disposición final novena. Reforma de la LGT 58/ 2003. La ley 230/ 1963 de 28 de diciembre, General tributaria, queda modificada en los términos siguientes: los apartados 3 y 4 del artículo 129 quedan redactados de la forma siguiente: «3. Sin perjuicio del respeto al orden de prelación para el cobro de los créditos establecido por la Ley, cuando el procedimiento de apremio concorra con otros procesos o procedimientos judiciales o administrativos de ejecución, será preferente aquel en el que primero se hubiera dictado la providencia de embargo.4 . En caso de concurso de acreedores, se estará a lo dispuesto en la LC 22/ 2003 y en su caso , en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia y se devengue el recargo de apremio, si se dieran las condiciones legales para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso».

Lo verdaderamente cierto es que desde la exposición de motivos de la LC 22/ 2003, se viene reconociendo como interés del concurso la satisfacción de los acreedores concursales, la protección del deudor, de los trabajadores y lo que es mas importante , la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes y servicios. Si tenemos en consideración este marco socioeconómico en el que se pretende el interés del concurso , es prácticamente una consecuencia natural el hecho de la pérdida de los tradicionales privilegios de quienes ostentaban un crédito de naturaleza pública,<sup>206</sup> en concreto nos referimos a los créditos tributarios , aunque con carácter general se incluirían también los de la Tesorería General de la Seguridad Social y los créditos laborales.

Antes de entrar entonces en el examen de cómo la LC 22/ 2003 conjuga el principio de autotutela administrativa y la propia conservación de la empresa se hace necesaria una reflexión sobre la naturaleza pública del crédito, ya que no todos los créditos de la titularidad de la Administración Pública goza de las mismas prerrogativas o privilegios<sup>207</sup>.

Es precisamente discutida la cuestión sobre la cuantificación del privilegio general atribuido a los créditos públicos y la calificación de los créditos por recargos.<sup>208</sup>

Si hablamos de crédito público, entendemos aquél crédito cuya titularidad corresponde a la Administración Pública, en definitiva aquél cuyo titular, lo realiza en beneficio de un interés público.

---

<sup>206</sup> Hasta el 1 de Septiembre de 2004 los créditos tributarios gozaban de la naturaleza jurídica de privilegiados, con derecho de abstención y ejecución separada Los privilegios de la Hacienda Pública se concretaban en los artículos 71 a 75 de la LGT y el art. 129 de la LGT modificado por Ley 25/ 1995 de 20 de Julio

<sup>207</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N<sup>o</sup>5 de 25 de Enero de 2010 considera que el Instituto Nacional de Turismo de España no justifica su actuación bajo el ejercicio de potestades administrativas, pues el crédito deriva de la participación de la concursada en dos Ferias en las que el acreedor, alquila un mostrador. No se trata de una actuación investida de potestad administrativa, entendiendo que el crédito no es público y por lo tanto no procede aplicar el 91.4 de la LC 22/ 2003.

<sup>208</sup> En este sentido la interpretación de los Juzgados Mercantiles y Audiencias Provinciales en su mayoría consideran que de la base del artículo 22/ 2003 del privilegio general <sup>208</sup>, al 50 por 100 de los mismos habría que excluir aquellos que gozaran de otro tipo de privilegio y de igual modo aquellos que fueran considerados subordinados, entendiendo en este sentido que los recargos de apremio deben ser considerados como tales bajo el Art. 92.4º de la LC 22/ 2003.

Pero si hablamos de Administración Pública, nos referimos igualmente un término muy amplio, que identifica, créditos públicos con derechos de naturaleza pública, y de estos, en primer término los denominados tributos y a continuación todos los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde la Administración Pública.

Así la Ley 47/ 2003 de 26 de Noviembre en adelante LGP entiende en su artículo 5 bajo la consideración de derechos integrantes de la Hacienda Pública estatal : « 1. ....el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos. ...3. Son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas. »

En esta definición hablamos en primer término de crédito público como de crédito tributario, se entiende por tanto en su más amplio sentido, ya que bajo esta definición se deben entender al menos las categorías que la propia Ley 58/ 2003 engloba en su art. 2, tasas, contribuciones especiales e impuestos, todas ellas bajo la consideración “...de ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias, exigidas por una administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir con el fin primordial de obtener ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.”

Sin embargo de la figura de los tributos , no se queda meramente en una fuente de ingresos necesaria para la consecución de los gastos públicos, sino que el propio legislador lo convierte en un verdadero instrumento de política económica cuando en el párrafo segundo del apartado 1 de la LGT 58/ 2003 señala «Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.»<sup>209</sup>

Según el autor SIMON ACOSTA, «La finalidad extra fiscal de los tributos está pacíficamente aceptada e incluso elevada a rango legal por el de la LGT

---

<sup>209</sup> SIMÓN ACOSTA, E. «Gastos fiscales». Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 792/ 2010.Ed. Aranzadi, Pamplona.

58/ 2003 : «Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución». La prosecución de objetivos de política económica constituye una excepción o ruptura del criterio de reparto de la carga fiscal según la capacidad económica y debería desempeñar un papel secundario o claramente marginal en el conjunto de la imposición. De otro modo no será cierto, ni siquiera sobre el papel, que la contribución se realice según la capacidad contributiva.»

Más allá de los tributos, hay que incluir entonces dentro de los créditos públicos a aquella categoría de derechos económicos de carácter no tributario que se gestionan por la Administración Pública y ocupan una posición acreedora frente a un administrado.

Especial consideración merecen los créditos por las cuotas de Seguridad Social y de recaudación conjunta que tradicionalmente habían venido ostentando una posición privilegiada y en idénticas condiciones que el crédito tributario en su más estricto sentido.<sup>210</sup>

Lo mismo sucede con los créditos gestionados por el Fondo de Garantía Salarial, al que se le confiere la necesaria subrogación en los derechos y acciones

---

<sup>210</sup> HUALDE LÓPEZ, I. «Clasificación de los recargos derivados de los créditos de la Seguridad Social y cómputo de los privilegios». Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 4/ 2009 paraf. 15/ 2009 parte Presentación. Ed. Aranzadi: De conformidad con la postura defendida por la Sala Primera del Tribunal Supremo estima, en sentencia de fecha 21 de enero de 2009, que los recargos por falta de abono en plazo reglamentario de las deudas de la Seguridad Social deben ser clasificados como créditos subordinados, consecuencia de su naturaleza de sanciones pecuniarias, las cuales se encuentran previstas en el 92.4. Ello sin perjuicio de la excepcionalidad de tales créditos, cuya calificación obedece a «razones justificadas de índole objetiva o subjetiva», y del carácter de «numerus clausus» de la enumeración del artículo 92 LC 22/ 2003, que no utiliza para ninguno de los supuestos que recoge la expresión «recargos». En este contexto, el Alto Tribunal esgrime varias razones para explicar la inclusión de los recargos controvertidos dentro del ordinal 4º de aquel artículo y, más concretamente, dentro del ámbito de las «demás sanciones pecuniarias» a que la norma hace alusión, luego de citar los créditos por multas. Entre ellas, la necesidad de interpretar la noción de «sanción pecuniaria» en un sentido amplio, en armonía con el texto y la «ratio» de la norma y la consideración objetiva del hecho; interpretación que dé cabida a las sanciones impropias o en sentido estricto, «mecanismo creado por el ordenamiento jurídico para asegurar el cumplimiento de las situaciones jurídicas que establece, de forma inmediata o derivada», y que lleva a descartar una reducción del contenido de aquella noción a las sanciones propias administrativas que se derivan de las infracciones.

de los trabajadores y la conservación del carácter privilegiado que le confiere el Estatuto de los Trabajadores.

Es evidente entonces que existe una diversidad conceptual entorno al crédito público incluso en relación con el específico crédito tributario y sin embargo la LC 22/ 2003 sólo se refiere a los créditos en su acepción general al señalar el art 91.4º que son créditos con privilegio general « *Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así cómo los créditos de la Seguridad Social, que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del numero 2º* ». <sup>211</sup>

Este privilegio señala la ley *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.* <sup>212</sup>

Acabamos de establecer una de las cuestiones esenciales sobre las que discurre el trabajo, en el primer apartado del artículo 90.1 de la LC 22/ 2003, el texto hace referencia a *créditos tributarios, demás de Derecho Público y de la Seguridad Social*, lo cual responde a la primera de las grandes clasificaciones que encontramos en el ordenamiento jurídico atendiendo a la titularidad del crédito público *strictu sensu*.

Sin embargo la LC 22/ 2003 cuando se refiere al límite del privilegio menciona a los *créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social*, habida cuenta que tal expresión no es idéntica a la anterior son varias las dudas que podemos plantear <sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> VALERO LOZANO, N.: «*El régimen jurídico del crédito público en la LC 22/2003*». Ed. La Le Wolters Kluver ,pág. 30

<sup>213</sup> GIL RODRIGUEZ , J. :*Comentario a la Sentencia de 29 de Septiembre de 2010*, Cuadernos Civitas de Responsabilidad Civil ,núm. 87/ 2011, Ed. Civitas pag.10: « En efecto, a propósito del concurso de Fundicobesaya S.A. y conforme sintetiza el fundamento de derecho primero de la STS 30 de Septiembre 2010, la Agencia Tributaria había planteado cuatro cuestiones: 1 ) la calificación del crédito tributario según la LC 22/ 2003 de 9 de julio concursal , o según la ley 58/ 2003 de 17 de diciembre general tributaria; 2) Si los créditos por recargo de apremio están bien calificados como subordinados o deben serlo como dotados de privilegio general ex artículo 91.4 LC 22/ 2003; 3) si el cincuenta por ciento del importe del crédito con privilegio general (art. 91.4 LC 22/ 2003) se ha de calcular a partir de la suma del conjunto de los créditos tributarios contra la concursada independientemente de cual sea su calificación.»

El art. 31 de la CE señala el término “todos” para referirse al fundamento del sistema tributario y en realidad consagra el principio de generalidad en el pago de obligaciones tributarias, al señalar que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

Se trata de un deber de contribuir, que constituye el fundamento de nuestro Estado social de Derecho, y que el propio TC señala que la expresión «Todos» y la referida a la «capacidad económica» de cada sujeto, son expresiones que manifiestan del derecho a la igualdad de trato<sup>214</sup>

Planteadas los principios y localizados en el seno del concurso, parece que la igualdad se rompe, ya que el trato del deudor concursado no es el mismo que el del deudor no concursado, desde el momento en que la obligación de satisfacción puede verse disminuida. Visto desde esta perspectiva resulta sencilla la defensa tradicional que en la doctrina ha tenido el privilegio del crédito, siempre prevaleciendo la satisfacción del interés público bajo la premisa de igualdad y generalidad.<sup>215</sup>

La legislación en materia concursal ha venido evolucionando para concluir en el año 2003 con una reforma que no sólo definirá como más adelante veremos

---

<sup>214</sup> STC 45/ 1989, de 20 de febrero

<sup>215</sup> GIL RODRÍGUEZ, J. *Comentario a la Sentencia de 29 de Septiembre de 2010*, Cuadernos Civitas de Responsabilidad Civil, núm. 87/ 2011, Ed. Civitas pag.10: « No se necesita aquí desmenuzar la historia de la resistencia, por parte de los responsables de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, frente a la corrección de la desmesura que había alcanzado el privilegio de sus créditos a finales del siglo XX... Sin embargo y atendido el volumen de producción doctrinal que esta historia ha adquirido, acaso sea oportuno recuperar el trazado grueso de dicho recorrido. Debería empezarse por recordar el contraste entre un panorama español propenso al reconocimiento de preferencia indiscriminada e ilimitada de los créditos públicos, y la experiencia de otros ordenamientos concursales de la época en los que se venía haciendo efectiva, cuando no la neutralización total de dichos privilegios (Dinamarca, Austria, Portugal) al menos, una reducción sustancial de los mismos (Inglaterra o Alemania). Tan impremeditada había resultado la actitud de nuestro legislador, que ni siquiera había reparado en la enjundia contemporánea de los créditos tributarios, ni en la «vacuidad e indeterminación del concepto de interés público» a los que aparecía automáticamente asociado un conjunto de garantías de cobro. Nos ería exagerado decir que, en dicha política de atribución de preferencias, habían llegado a primar los matices puramente recaudatorios por encima del verdadero interés público o general, cómo, por ejemplo, cuando se infravalora el eventual número de las quiebras en cadena posiblemente ocasionadas por dicha sobreprotección.

nuevos presupuestos, sino para, en previsión de la coordinación o armonización con los diversos sistemas concursales del entorno europeo, reducir el marco del privilegio del crédito público. El resultado de ese deseo, se plasma en la aprobación del Reglamento 1346/ 2000 del Consejo cuya entrada en vigor se produce el 31 de Mayo de 2002; el reglamento tiene aplicación directa en los Estados miembros sin necesidad de trasposición nacional y señala en su art. 1.1 que será de aplicación a los “procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico”.<sup>216</sup>

En este sentido VALERO LOZANO, considera que el reglamento analizado mantiene algunos de los tradicionales privilegios de que gozaban y aún gozan determinados acreedores. Así señala en su art. 5.2 a) que quedará al margen del procedimiento de insolvencia” el derecho a realizar o hacer realizar un bien y a ser pagado con el producto o rendimiento de dicho bien, en particular, en virtud de prenda e hipoteca”. Se contempla, asimismo el derecho de separación *ex iure domini* al regularse el derecho a reivindicar un bien y reclamar su restitución a cualquiera que lo posea o utilice en contra de la voluntad de su titular.2 (Art. 5. 2.c). A pesar de contener la regulación de los privilegios señalados, no dice nada el Reglamento respecto de los privilegios que derivan de la propia naturaleza del crédito, cómo singularmente ocurre con los créditos públicos, por lo que entendemos que, en este punto, el legislador nacional no resultaba condicionado por la normativa comunitaria, adoptando una decisión estrictamente nacional e independiente

Muchos autores quisieron ver con la nueva regulación concursal un auténtico menoscabo en relación con la posición del crédito público, y es cierto que se produce una degradación en el nuevo esquema concursal pero también es cierto que la preferencia procedimental le otorga una mejora sustancial.

VALERO LOZANO considera en este punto que el legislador evoluciona con ciertas reticencias al mantenimiento del privilegio del crédito público, pese a la aparente contundencia de los fundamentos.

El argumento económico para proceder a la reducción de los privilegios es también cuanto menos discutible, porque los titulares de créditos públicos no

---

<sup>216</sup> Ibídem VALERO LOZANO, N. «El régimen jurídico del crédito público en la LC 22/2003», pág. 30.

pueden ser los únicos causantes de las situaciones de crisis empresarial, ya que lo más habitual es que nos encontremos con la circunstancia de que el patrimonio del deudor se encuentra garantizado con fuertes garantías hipotecarias.

El debate entonces se observa entre la pugna por arbitrar el interés general que debe salvaguardar el proceso concursal en orden al espíritu de mantener el orden socioeconómico de la economía global, y el interés público que aunque general parece que se declina por no poder anteponerse al previo. Estos acreedores públicos cuentan con instrumentos que les garantizan el cobro de esos créditos.<sup>217</sup>

Todas estas circunstancias que han acabado por limitar los privilegios de los créditos públicos pueden entenderse bajo el espíritu general de la LC 22/ 2003 de la motivación económica ; si la tendencia es favorecer la continuidad empresarial habrá por tanto que favorecer las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios de la actividad empresarial, en especial los proveedores que son los operadores económicos que tendrán que hacer un mayor esfuerzo en el proceso de refluación empresarial y en este sentido entender que el fin justifica los medios, subsumiendo la necesidad de sacrificar el interés general en un interés económico general que no es sino el resultado de todos los intereses individuales.

La realidad, sea cual sea la razón última de la reducción de los privilegios o el régimen jurídico que ostenta el crédito público en la legislación concursal vigente, es, que tanto la propia existencia, como la justificación del privilegio en si, es una cuestión de un intenso debate y en muchos países como EEUU, Francia, Portugal, Austria y Alemania se ha procedido a una verdadera reducción del privilegio fiscal incluso la eliminación de los mismos, si bien se mantienen las prendas legales<sup>218</sup>.

La LC 22/ 2003 puede decirse que ha intentado equilibrar entre la tutela del interés público-la base del fundamento del privilegio- y al mismo tiempo el interés esencial del concurso. Aún disminuyendo privilegios en orden a la prelación concursal se ha mantenido la preferencia procedimental de las

---

<sup>217</sup> THOMAS PUIG, P. «*La posición de la Administración Tributaria y el crédito tributario en el proceso concursal*», La Ley, Madrid, 2011 pg. 31 y ss.

<sup>218</sup> Dudas sobre la nota Insolvenz Ordnung Bonn 1995 pág. 31 Reduce en gran medida los privilegios tributarios ya que elimina los privilegios tributarios generales pese a que siguen existiendo las prendas legales que tutelen ciertos impuestos y que son equivalentes mutatis mutandis a los privilegios especiales de nuestro ordenamiento.

Administraciones implicadas, cuando se adelantan con el embargo de bienes y derechos a la situación concursal o incluso el derecho de abstención en caso de convenio o la posibilidad de establecer acuerdos singulares, sin olvidar asimismo las garantías en el campo de reconocimiento de créditos.

### 3.2 Principales efectos de la declaración de concurso sobre los créditos

#### 3.2.1 Planteamiento de la cuestión

Cuando hablamos de efectos del concurso sobre los créditos nos referimos al modo en que se ven afectados los mismos como consecuencia de su participación en el procedimiento concursal.

La LC 22/ 2003 establece en el Capítulo II del título III cuatro piezas sobre los efectos, así habla de *efectos de la concursalidad* ( art. 50 a 57 de la LC 22/ 2003) la segunda se corresponde con los *efectos de los créditos en sentido estricto*, si utilizamos la terminología de la ley en sentido estricto hablamos de *efectos sobre los créditos en particular* ( art. 58 a 60) y después hablamos de los efectos del concurso sobre los contratos (arts. 61 a 70 ) y efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa (arts. . 71 a 73 de la LC 22/ 2003) Estas dos últimas categorías poco tienen que ver con los verdaderos efectos sobre los créditos, y por eso centraremos el estudio en el capítulo que nos concierne sobre los dos primeros.

El concurso recordemos que es un procedimiento de sustitución de las acciones individuales de cada uno de los deudores para la defensa de sus derechos de crédito por un procedimiento colectivo para tratar de satisfacerlos en la medida de lo posible, así señala BERMEJO GUTIERREZ entendiéndolo que tiene sentido que una de las consecuencias que se deriven de la declaración de concurso sea la paralización de cualquier actuación individual sobre el patrimonio del deudor.

Así se refiere la ley en la sección 2ª « de los efectos sobre las acciones individuales» del capítulo II denominado «de los efectos sobre los acreedores».

Los tres problemas que el legislador aborda son los siguientes: En primer lugar, las acciones declarativas que bien se encuentran pendientes, o que bien han de ejercitarse contra el patrimonio del deudor. Que sucede con dichas acciones una vez declarado el concurso y en segundo lugar el problema que plantean las ejecuciones sobre el patrimonio del deudor, sean civiles, laborales o

apremios administrativos. La última de las cuestiones tendría que ver con los problemas que la ejecución de las garantías reales supone en dicho proceso concursal.

### **3.2.2 Efectos sobre las acciones declarativas contra el patrimonio del deudor**

Si lo que se pretende evitar es una carrera desenfrenada de los acreedores para conseguir satisfacer sus créditos, con la regla general «las acciones declarativas frente al patrimonio del deudor no quedan afectadas por la declaración de concurso»; es decir los acreedores podrán seguir ejerciendo aquellas que tengan por conveniente sobre ese patrimonio y respecto de los juicios ya iniciados, continuarán hasta que se tenga sentencia firme.<sup>219</sup>

La Ley sin embargo establece matizaciones, y la primera dada la competencia del juez del concurso y la *vis atractiva* que de la misma se extrae<sup>220</sup>, el Juez de lo mercantil ante el que se siga el concurso conocerá de las nuevas

---

<sup>219</sup> Art 50.1 LC 22/ 2003 Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. Art.51.1 LC 22/ 2003: Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.

Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.

Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia. Redactado por el número cuarenta del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012

<sup>220</sup> Art 163 LC 22/ 2003 : El concurso se calificará como fortuito o como culpable. 2. La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito. El Artículo 163 ha sido redactado por el número noventa y cuatro del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012. Lo dispuesto en el artículo 163 será de aplicación inmediata en relación con los concursos en tramitación a la entrada en vigor (Disposición transitoria primera de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre).

acciones civiles, con trascendencia patrimonial, que se dirijan contra el patrimonio del concursado, quedando a salvo las relativas a los procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores del Título I libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.<sup>221</sup>

En el supuesto de juicios declarativos ya iniciados antes de la apertura del procedimiento la *vis atractiva* impone la acumulación de estos al concurso siempre que en materia de su competencia el juez estime que su resolución tiene trascendencia para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Algunos autores como BERMEJO GUTIERREZ consideran que existe un fuerte riesgo de contaminación de la resolución judicial por el interés del concurso, y pueda resolver el caso planteado atendiendo más a las consecuencias que su resolución pueda tener para el procedimiento que a las circunstancias concretas del mismo<sup>222</sup>.

En cuanto a nuevos juicios declarativos, pueden iniciarse tras la declaración de concurso, ante el juez del mismo, si la demanda está en el ámbito de su competencia, es decir tratándose de acciones civiles o laborales con trascendencia patrimonial, que se dirijan contra el patrimonio del concursado y medidas cautelares para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, con excepción de las acciones que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.(art. 8.1º LC 22/ 2003).

Dichos juicios declarativos se tramitarán por el cauce del incidente concursal (art. 50.1.L.C. en relación con el 192.1.II L.C.). La sentencia no será ejecutable por prohibirlo el art. 55 L.C., pero servirá para el reconocimiento de los créditos que hayan motivado el juicio declarativo del demandante

Si por inadvertencia de un Juzgado ante el que se presenten demandas contra el concursado, éstas son admitidas, al apercibirse de que el deudor ha sido declarado en concurso, dichas demandas serán archivadas, careciendo de validez

---

<sup>221</sup> Art. 8.1 LC 22/ 2003: Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1.º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.

<sup>222</sup> BERMEJO GUTIERREZ N.: «Los efectos del concurso sobre los créditos», en «Gobierno corporativo y Análisis Económico del Derecho» PAZ-ARES RODRÍGUEZ, (Dtor.) .Fundación BBVA. 2004. Pág.1.

las actuaciones que se hayan practicado según establece el art. 50.1. de la LC 22/ 2003, concordante con el art. 238.1.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y con el art. 225.1 de la LEC referentes a la nulidad de actuaciones por manifiesta falta de competencia.

La determinación de que procederá imperativamente el procedimiento del incidente concursal (art. 192.1 L.C.) para la tramitación de las demandas, excluye acudir a los procesos monitorio y cambiario, lo cual es un inconveniente por ser estos procedimientos especiales de declaración, simplificados, de solución ágil y resultan más económicos.

No pueda efectuarse acumulación subjetiva de acciones cuando uno de los demandados sea el concursado, puesto que, para demandar a éste, deberá hacerse por la vía del incidente concursal, y a los demás demandados, a los que se pretende acumular las acciones contra el concursado, no les será aplicable la vía de este procedimiento.<sup>223</sup>

Sólo está prevista la acumulación subjetiva de acciones cuando la demanda tenga por objeto exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores, o a los liquidadores por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento (art. 8.6o LC).

Tampoco podrá el demandante acudir a la acumulación objetiva (art. 71.2. LEC) de acciones, cuando una de éstas no sea de la competencia del juez del concurso, ni el concursado podría reconvenir, si la acción de la reconvenición saliera de la competencia del juez del concurso.

Si en el momento de la declaración del concurso hay juicios declarativos en tramitación, ante jueces diferentes del juez del concurso, continuarán los procedimientos hasta la firmeza de las sentencias, aunque no se permitirá la ejecución provisional prevista en el art. 524 LEC en virtud de la

Durante la tramitación del concurso, no podrán iniciarse los

---

<sup>223</sup> Art. 192.1 LC 22/ 2003: Todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal. También se tramitarán por este cauce las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50 y los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 51. En este último caso, el juez del concurso dispondrá lo necesario para que se continúe el juicio sin repetir actuaciones y permitiendo la intervención, desde ese momento, de las partes del concurso que no lo hubieran sido en el juicio acumulado.

procedimientos arbitrales en los que el deudor sea parte (salvo lo dispuesto por los Tratados Internacionales) pero los procedimientos arbitrales pendientes, seguirán su curso hasta la firmeza del laudo. Es lógica esta prohibición de iniciar procedimientos arbitrales, dado el carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción y competencia del juez del concurso una vez declarado éste (art. 8 LC). La ineficacia del convenio arbitral para someterse a arbitraje, una vez declarado el concurso, alcanza igualmente al concursado cuando éste sea demandante ya que el art. 52.1 LC 22/ 2003 habla de los convenios arbitrales en que sea parte el deudor, sin distinguir si su posición es como demandado o como demandante. Durante la tramitación del concurso no puede iniciarse ningún procedimiento arbitral por haber quedado los convenios arbitrales “sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso” (art. 52.1 LC). Es decir, los convenios arbitrales son temporalmente ineficaces, lo que implica que no podrá invocarse el convenio como fundamento de la excepción de arbitraje.

La continuación de los procedimientos arbitrales en tramitación en el momento de la declaración del concurso, nos lleva a determinar cuando se considera iniciada tal tramitación. En la anterior Ley de Arbitraje de 1988, art. 22.1, este momento se situaba en el de la notificación de los árbitros a las partes relativa a su aceptación del arbitraje. En la nueva Ley de Arbitraje 60/ 2003 de 23 de Diciembre, se establece en su art. 27 que dice así:

“Inicio del arbitraje: Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, se considerará la de inicio del arbitraje.”

Con este requerimiento se activa el convenio arbitral obligando a las partes a estar y pasar por lo estipulado. El juez del concurso queda vinculado a las sentencias y a los laudos firmes, que también producen eficacia de cosa juzgada. El laudo adquiere firmeza cuando no se ha ejercitado la acción de nulidad dentro de los dos meses desde que fue dictado o cuando la acción fue desestimada. La no presentación de la acción de nulidad o su desestimación, se equipara a la denegación de revisión de sentencias firmes establecida en la LEC art. 509 y siguientes. El art. 43 de la Ley Arbitral confirma los efectos de cosa juzgada del laudo firme. El juez del concurso queda vinculado a los laudos firmes anteriores a la fecha de declaración del concurso y a los posteriores a ésta, siempre que fuesen iniciados antes de dicha declaración (art. 53.1 LC), dando a las resoluciones

contenidas en el laudo, el tratamiento concursal correspondiente, es decir, integrando el aspecto patrimonial de los laudos en la arbitral.

Se excluyen, como principio general, de la competencia del juez del concurso, el conocimiento de las nuevas «acciones» contencioso-administrativas, sociales o penales que se interpongan con posterioridad a la declaración del concurso.

Como no podía ser de otro modo, dada la temática del trabajo que estamos desarrollando, hacemos especial referencia a las cuestiones particulares cuando el litigio planteado versa sobre un crédito público.

El artículo 50.2 de la LC 22/ 2003 *Los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior.*<sup>224</sup>

Si atendemos al 21 de la LC 22/ 2003 que señala que el auto judicial declarativo del concurso es *ejecutivo*, aunque no sea firme, desde que se dicte, si existe un recurso contencioso que afecta a un crédito público, necesariamente debe ser emplazada la administración concursal.

El art. 86.2 de la LC 22/ 2003 establece que deben incluirse necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos *reconocidos por certificación administrativa*, en caso de que su existencia o cuantía resulte discutida por la administración concursal, deberán ser impugnados» a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica quedando en consecuencia fuera del concurso.

Así como más adelante veremos conserva la Administración Pública su autotutela declarativa y los recursos contra los actos dictados en uso de la citada potestad, se conocerán por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si el Juez mercantil, asumiese la competencia para conocer de la existencia y validez de un crédito certificado ya por la Administración Pública, se plantearía un conflicto de jurisdicción.

---

<sup>224</sup> Número 2 del artículo 50 introducido, en su actual redacción, por el número treinta y nueve del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012

### 3.2.3. Efectos sobre los créditos en particular

No encontramos en la ley ni siquiera en la doctrina más especializada una definición clara de qué es lo que hay que entender por efectos del concurso sobre los créditos en sentido estricto. BERMEJO GONZALEZ se atreve a decir que son *las deformaciones que el concurso produce sobre los créditos con la finalidad de establecer la cuota de responsabilidad que corresponde a cada acreedor en el concurso*. La cuota de responsabilidad es aquella que fija los derechos de participación básicamente, derechos de voto y de adhesión, así como de cobro en el procedimiento .

Todo acreedor que quiera participar en el concurso deberá obtener su cuota de responsabilidad , cuyo valor vendrá dado por el valor de los créditos a la fecha de la declaración de concurso.

Cuando los créditos están vencidos, no son fructíferos y son dinerarios practicar esta valoración no plantea ninguna dificultad, pues el valor de la cuota de liquidación coincide con el valor nominal del crédito. Cuando se trata de una obligación cuya fecha de vencimiento es futura o de un crédito fructífero de una obligación de entregar cosa específica o de una obligación de hacer que tenga contenido patrimonial o, incluso, de una obligación de entregar moneda extranjera es necesario llevar a cabo esa valoración. Pues bien, para hacer posible dicha valoración se desencadenan los llamados efectos del concurso sobre los créditos.

En concreto, establecer esta cuota de responsabilidad requiere de la concurrencia de tres tipos de efectos distintos: en primer lugar, el vencimiento anticipado de los créditos cuya exigibilidad esté demorada en el tiempo, así como el descuento de los intereses legales para actualizar su valor; en segundo lugar, la suspensión del devengo de intereses y, en tercer lugar, el cómputo de los créditos

Respecto a la primera de las cuestiones acerca de los créditos , aquellos que son los créditos a plazo, o créditos de exigibilidad futura , vencen anticipadamente al objeto de que pueda determinarse su valor a fecha de declaración de concurso.

El anticipo del momento en que se produce el vencimiento reclama que su valor actual se determine descontando el interés legal del dinero por el tiempo que media entre la declaración de concurso y la fecha de vencimiento previsto para el mismo; ahora bien, si finalmente el pago es recibido con posterioridad al momento en que debería haber vencido naturalmente la obligación, habrá que

realizar las correcciones que resulten oportunas (art. 159 LC 22/ 2003).

A continuación se procede a descontar los intereses que el crédito vaya a devengar después de la declaración. Lo que se conoce como interrupción o suspensión del devengo de los intereses (art. 884 C de C, el art. 1915 CC, y en la LC 22/ 2003, el art. 59 LC 22/ 2003). De esta forma puede determinarse cual es su valor en el momento de la declaración de concurso (*i.e.*, principal + intereses ya devengados). Contrariamente a lo que se solía pensar, los intereses posteriores a este instante no desaparecen sino que siguen devengándose. En este sentido puede decirse que la suspensión responde a una mera ficción establecida por el legislador para hacer notar que es necesario estabilizar el valor del crédito a fecha de declaración. Por otra parte, hay que destacar que se trata de créditos cuyo origen es anterior a la fecha de declaración de concurso, pero que se devengan cuando el deudor es insolvente. En consecuencia son créditos de peor condición y, por lo tanto, se incluyen en la categoría de los subordinados, así, de la que empieza a ser opinión dominante entre los comentaristas de la Ley, en virtud de la cual han de tratarse como créditos subordinados los créditos por intereses devengados antes de la declaración de concurso y como "subordinados de los subordinados" los que se pudieran devengar después. En rigor, sólo los intereses postconcursoales se satisfacen como créditos subordinados, esto es, por detrás de los créditos ordinarios, pues son créditos nacidos antes de la declaración de concurso pero devengados tras la apertura del procedimiento y, por lo tanto, de peor condición.

La suspensión del devengo de los intereses no afecta a aquéllos cubiertos con garantías reales y, aunque no se dispone expresamente en la Ley, tampoco debería afectar a los cubiertos por privilegios. A fin de cuentas, éstos son garantías legales que cubren no sólo el principal sino los intereses que el crédito pueda devengar.

Por último los créditos, han de ser *valorados en moneda de curso legal todos los créditos que no se encuentren expresados en esta unidad de cuenta*. Este es el caso de los créditos expresados en moneda extranjera, créditos que incorporan una cláusula de estabilización, prestaciones de dar o de hacer, etc. No sucede lo mismo con las prestaciones de no hacer, que no tienen contenido patrimonial alguno y directamente quedan fuera del concurso.

Si hablamos concretamente de compensación SANCHEZ PINO, señala que

aún cuando ni el Código Civil, ni la ley reguladora de la Suspensión de Pagos incluían reglas sobre la compensación, aplicada a situaciones concursales, jurisprudencialmente, se consolidó una doctrina requiriendo para su admisibilidad el cumplimiento de lo exigido en el art. 1196 del Código Civil, con anterioridad a la declaración de suspensión de pagos.<sup>225</sup>

En primer lugar la prohibición de compensación de créditos. En efecto: la regla general que tan sólo mantiene una excepción se concilia con el artículo 49, conforme el cual declarado el concurso es decir, desde el momento que se dicte el auto, o desde su fecha todos los acreedores quedan de derecho integrados en la masa pasiva. Igual puede decirse en relación al patrimonio potencialmente liquidable, además protegido por las acciones de reintegración (arts. 71 y ss.). No interesa, como es de toda lógica, que fruto de una compensación los montantes de ambos puedan fluctuar una vez determinados.

Por otro lado, sí producirá sus efectos, salvo las acciones de reintegración que procedan, aquellas compensaciones cuyos requisitos hayan existido antes de la declaración de concurso. La única excepción, residenciada en el propio artículo 58, cuando en el procedimiento exista elemento extranjero: podrá el acreedor compensar su crédito cuando la Ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia, salvo acciones de reintegración (art. 205 LC 22/ 2003 en relación con el art. 6 y éste en relación con el art. 4.2.m) del Reglamento (CE) 1.346/ 2000, del Consejo de Europa, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, DOCE nº L 160 de 30-6-2000).

En lo que se refiere a la suspensión del devengo de intereses, de nuevo nos remitimos la fecha de la declaración, puesto que declarado el concurso quedará suspendido el devengo de intereses legales o convencionales. No obstante, cuando el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse el cobro total o parcial de los intereses cuyo devengo haya resultado suspendido calculados al tipo legal o convencional si este último fuera menor al legal. En caso de liquidación, si se hubieran satisfecho la totalidad de los créditos concursales se satisfarán los intereses calculados al tipo convencional.

En este último supuesto (liquidación), debe tenerse en cuenta que el artículo 92 establece el orden de pago de los créditos subordinados<sup>12</sup>, ocupando

---

<sup>225</sup> SANCHEZ PINO, A.J. «*Problemas fiscales de la suspensión de pagos*». *Aranzadi* 1997 pág. 115

los intereses el ordinal 3º (véase art. 59.1 “in fine”, para mayor claridad).<sup>226</sup>

Ante esta situación se establecen excepciones legales, en cuanto a la suspensión del devengo de intereses en dos supuestos, el primero de ellos en los supuestos de créditos con garantía real, ya que será exigible hasta donde alcance la respectiva garantía, anotada en el registro correspondiente. En segundo lugar los créditos salariales, que continuarán devengando intereses conforme al interés legal del dinero.

Por último, cómo efecto particular de la declaración de concurso señalamos la interrupción de la prescripción, que abarcaría desde la misma declaración hasta la conclusión del concurso;

Dicha interrupción se produce tanto para las acciones contra el concursado por los créditos anteriores a la declaración, como para las acciones contra socios y contra administradores sociales, liquidadores y auditores de la persona jurídica.

Concluido el concurso, se iniciará nuevamente el cómputo (“ex” art. 60.3 LC 22/ 2003).

3.3 Efectos sobre los acreedores: Autotutela ejecutiva y declaración de concurso

### **3.3.1 Sobre la concurrencia del procedimiento administrativo y el proceso concursal.**

En la exposición de motivos de la Ley 30/ 92 de 26 de Noviembre de Procedimiento Administrativo Común, se regulan las formas y efectos de la finalización del procedimiento y se refiere la ley igualmente a los medios de ejecución forzosa;

*«La ejecutividad de los actos administrativos y los medios de ejecución forzosa quedan recogidos en el capítulo V. La autotutela de la Administración Pública, potestad que permite articular los medios de ejecución que garanticen la eficacia de la actividad administrativa, queda en todo caso subordinada a los límites constitucionales, debiendo adoptarse los medios precisos para la ejecución, de modo que se restrinja al mínimo la libertad individual y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.»*

---

<sup>226</sup> Art 59.1 in fine LC 22/ 2003: Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3.º de esta ley.

La ejecutividad se identifica entonces, cómo una cualidad del acto, que le otorga la posibilidad de producir efectos desde que se dicta.

Si hablamos de ejecución de los actos administrativos se plantean distintos problemas ya sean declarativos o se trate de actos de gravamen, dependería por tanto la ejecución de la naturaleza del contenido del acto.

Si el supuesto en el que nos encontramos es declarativo de derechos, se da la posibilidad de ejecución por el destinatario, desde el ordenamiento se permite al interesado que proceda en plazo a su ejecución material; cuando sucede que el acto requiere de la actuación de la Administración para su efectividad, se entiende la presunción del interesado frente a una posible inactividad de la Administración, estableciendo la manera de formular la pretensión ante los Tribunales.

Cuando nos enfrentamos a actos de gravamen, si se depositara únicamente en la voluntad de los obligados, no podría hablarse de la ejecutoriedad de los actos, y es por tanto cuando entra en juego la llamada autotutela, entendida como la posibilidad, o prerrogativa de la Administración Pública, que le posibilita arbitrar los medios necesarios de ejecución y así dar garantías de la eficacia perseguida por la actividad administrativa. En este sentido se establecen como límites tanto la propia Constitución Española como el principio de proporcionalidad para establecer los medios de ejecución.

Hemos explicado entonces el privilegio de las Administraciones Públicas: consistente en la presunción de validez de sus actos, de tal forma que pueden ser impuestos a los ciudadanos, incluso de manera coactiva y sin necesidad de los Tribunales o incluso al margen del consentimiento de aquellos. La ejecutoriedad es el privilegio de la Administración para exigir el cumplimiento de los mismos, incluso cuando el administrado se negara a ello.

En palabras de GARCIA DE ENTERRÍA Y FERNANDEZ RODRIGUEZ, determinan que rige en las sociedades actuales... un principio al que puede llamarse de paz jurídica, en el que cualquier sujeto que pretendiera alterar frente a otro la situación de hecho existente no podrá hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase esa alteración, tendría la carga de someter su pretensión a un Tribunal, este valorara desde la perspectiva del Derecho y procederá a declarar conforme o no con éste dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto

es en definitiva una virtud especial que la hace indiscutible y de obligado cumplimiento para la parte obligada<sup>227</sup>.

Si la resolución ejecutoria no se cumple de grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podría imponer el cumplimiento a la otra parte por coacción privada, deberá encontrar el apoyo del Tribunal, que determinará la definitiva asistencia de la coacción pública cuando se acredite que la resolución tenga fuerza ejecutoria. En primera fase por tanto sometimiento al Tribunal y en segunda instancia un juicio ejecutivo.

El límite más representativo de esta actuación de la Administración se encuentra sin lugar a dudas en el artículo 103 de la LRJPAC al señalar el sometimiento a la Ley y al Derecho y conforme a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.<sup>228</sup>

El propio TC señala al efecto que la potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse contraria a la CE. Pese a que la CE atribuye el monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, no es menos cierto, que el art. 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia "con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho"<sup>229</sup>.

GARCÍA DE ENTERRÍA señala al respecto que "... la autotutela de la Administración difiere notablemente de la autotutela privada. Materialmente se justifica en una razón de expeditividad y eficacia de los servicios y asuntos públicos que tiene confiada la Administración. Parece claro que esta gestión no sería factible si la Administración tuviese que interpretar de los Tribunales por las vías comunes, propias de la vida civil, asistencia para imponer sus pretensiones o derechos cada vez que un administrado se opusiese a los mismos..."<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ T. R. *Curso de derecho administrativo* Madrid Civitas 2000, pág. 508

<sup>228</sup> Art 103 de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. 30/ 1992.

<sup>229</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia 22/ 1984 de 17 de febrero (BOE de 9 de marzo) Sala 2ª TC. D. Jerónimo Arozamena Sierra (Pte).

<sup>230</sup> *Ibidem* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ T. R. *Curso de derecho administrativo*... pg.509.

Una importante manifestación entonces, del principio de autotutela en relación con los créditos tributarios, sería la posibilidad de que la Administración Pública actuara compulsivamente sobre el patrimonio del deudor que no ha pagado sus deudas, sin necesidad de acudir a los Tribunales.

De todo ello se ocupan tanto la LGT 58/ 2003 como el propio Reglamento General de Recaudación, habilitando así a la Administración Tributaria a realizar trabas y proceder a la enajenación de los bienes del deudor para hacer frente a la cuantía de su crédito. Con facultades de oposición por parte del deudor que éste podrá ejercitar en el seno del propio procedimiento de ejecución, ante los Tribunales Económico-Administrativos o, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se trata claramente de una ventaja procedimental de la Administración Tributaria justificada en atención a la esencial función que cumplen los tributos en cuanto que constituyen instrumentos imprescindibles para la satisfacción de las necesidades públicas.

DE LA PEÑA VELASCO señala que Cuanto antecede sin embargo representa aquello que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, resulta coherente con base en el principio de normalidad de los casos, sin embargo, en situaciones excepcionales el ordenamiento jurídico ha de contener previsiones normativas que adapten los derechos sustantivos y procedimentales inherentes al crédito público a tales situaciones, siendo una de tales situaciones excepcionales la que representa la imposibilidad de atender por parte del deudor tributario al cumplimiento de sus obligaciones, tributarias o no<sup>231</sup>.

Procede en este punto el estudio relativo a la supervivencia del procedimiento administrativo de apremio y consiguientemente a la ejecución singular del crédito público al margen del procedimiento concursal.

La doctrina ha manifestado que la LC 22/ 2003 22/ 2003 ha determinado la pérdida de posiciones privilegiadas para el crédito público en general y el tributario en particular, en lo que a la clasificación de los mismo se refiere, sin embargo podemos decir que se mejora la posición en cuanto a la preferencia de procedimiento<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> DE LA PEÑA VELASCO G. «La ejecución separada del crédito tributario en el concurso de acreedores». Quincena Fiscal Aranzadi num.11/ 2010. Editorial Aranzadi, SA, 2010

<sup>232</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, E.: , «La defensa de los créditos públicos», Anuario de Derecho

Si tenemos en cuenta que el tema que nos ocupa es el concurso de acreedores y dentro de los acreedores, la posición que ocupa la Administración Tributaria debemos conjugar las dos ideas principales que hemos expuesto entonces, la que se refiere a la integración de los acreedores en la masa pasiva y la imposibilidad de continuar con los procedimientos tributarios de apremio por otro.

La primera de las ideas se recoge en el artículo 49 de la LC 22/ 2003 en cuya virtud se dispone la integración de todos los acreedores del deudor concursado, ordinarios o no y cualquiera que sean su nacionalidad y domicilio, en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las previstas en el referido texto legal<sup>233</sup>.

Según lo dispuesto la Hacienda pública no podrá una vez que tenga lugar la declaración, ver satisfechos los créditos que ostente frente al deudor concursado si no es de conformidad con los criterios recogidos en la norma y que se completan con lo dispuesto en el artículo 55. 1 de la LC 22/ 2003, respecto a ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor<sup>234</sup>.

Sin embargo la LC 22/ 2003 en este punto mantiene una importante excepción que ha sido sin lugar a dudas uno de los grandes puntos de conflicto en la interpretación de los Juzgados de lo Mercantil, nos referimos a la excepción del artículo 55.1 *Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad*

---

Concursal, 2004, no 1. «...no se trata sólo de que se produzca una reducción radical en los privilegios y preferencias, sino que el legislador (o más exactamente los redactores del anteproyecto) acreditan conocer sobradamente todas las técnicas y mecanismos que utilizan las Administraciones Públicas para proteger sus créditos en los procedimientos concursales, y sobre la base del conocimiento profundo de esta forma de actuar, proceden a desmontar, a neutralizar, a desarticular todas y cada una de las técnicas y mecanismos de protección, con el propósito, sólo declarado de forma parcial, de dejar inerte al acreedor tributario»

<sup>233</sup> Art. 49 de la LC 22/ 2003

<sup>234</sup> Art. 55.1 LC 22/ 2003

*profesional o empresarial del deudor*<sup>235</sup>.

En este sentido, si desde la propia Exposición de Motivos de la LC 22/ 2003 el sentido de la ejecución universal implica la supresión o paralización de acciones individuales de cobro o de ejecuciones extra-concursales , el mantenimiento aunque sea bajo determinados requisitos, del procedimiento administrativo de apremio supone el mantenimiento al menos en este caso de una de las «patologías» que aquejaban a la legislación anterior y un menoscabo para la efectividad de la satisfacción de los acreedores que constituye el fin principal del concurso.<sup>236</sup>

Por lo que coexisten dos cuestiones importantes, y que merecen un examen separado, de un lado el estudio del límite temporal contenido en el 55.1 de la LC 22/ 2003 22/ 2003 que hasta la reforma de la misma operada con la LC 38/ 2011 se establecía con la providencia de apremio y a partir de la reforma con la diligencia de embargo. Por otro lado, podríamos también establecer una reflexión sobre la consideración de los bienes que son necesarios para la continuidad de la actividad.

3.3.1.Determinación de la preferencia ante la concurrencia del procedimiento concursal y el procedimiento de apremio.

Para estudiar y concretar la solución ante la concurrencia del procedimientos universales de ejecución y el procedimiento de apremio en la legislación inmediata anterior a la dispuesta en la LC 22/ 2003 22/ 2003 y en la LGT 58/ 2003 de 2003, compararíamos la fecha en que se dictaba la providencia de embargo en lo que a los procedimientos de apremio se refiere y la fecha de la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera, suspensión de pagos o, a la del auto de declaración en los de concursos de acreedores y quiebras<sup>237</sup>.

En este sentido la mencionada providencia de embargo resultaba de complicada aplicación práctica, según expresan algunos autores por la falta de

---

<sup>235</sup> Número 1 del artículo 55 redactado por el número cuarenta y dos del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012.

<sup>236</sup> PÉREZ CRESPO-PAYÁ, F.: un reconocimiento amplio del derecho de ejecución separada a diferentes clases de acreedores supone vaciar de hecho el patrimonio del concursado haciendo inviable la solución colectiva, op. cit., p. 18.

<sup>237</sup> Art . 95 del Reglamento General de Recaudación

seguridad jurídica que suponía la misma<sup>238</sup>.

En el año 1995, la LGT 58/ 2003 de 1963 en su artículo 129, establece que en los supuestos señalados tendría preferencia el procedimiento de apremio cuando los bienes o derechos objeto del mismo hubieran sido embargados «*siempre que dicho embargo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha del inicio del proceso concursal*».

VILLAR EZCURRA entiende que se derogaba así tácitamente el art. 95, y por tanto había de atenderse a la fecha de la diligencia de embargo y no a la fecha de la providencia por ser este un acto puramente interno de la Administración y por entender que era en dicha fecha cuando el embargo efectivamente se había producido<sup>239</sup>.

El Real Decreto 1065/ 2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, dedica el art. 108 a las actuaciones en supuestos de liquidación o concurso y establece: «2. En los supuestos de concurso, las actuaciones administrativas se entenderán con el propio concursado cuando el juez no hubiera acordado la suspensión de sus facultades de administración y disposición y, en cualquier caso, con los administradores concursales como representantes del concursado o en su función de intervención, de acuerdo con lo establecido en la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal».

Por el contrario fue clara desde el principio la fecha del inicio del procedimiento concursal considerando como tal la fecha del auto de declaración de quiebra o la de la providencia de admisión a trámite de la suspensión de pagos.

Sobre *dies a quo* de los efectos de la declaración de concurso, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil No 1 de Oviedo, de 7 de junio de 2007, considera que la declaración legal de que «el auto producirá sus efectos de inmediato» (art. 21.2 LC 22/ 2003). Significa que los efectos se producen el mismo día en que se dicte y,

---

<sup>238</sup> DAGO ELORZA, I. ( HUESCA BOADILLA R. (DIR.): «*Comentarios a la nueva LGT 58/2003*». Ed Aranzadi 2004, pág. 1066), se trata de un «trámite carente de sustancia y contenido en el curso del procedimiento recaudatorio

<sup>239</sup> VILLAR EZCURRA M.: «*Algunas notas sobre la posición acreedora de la Hacienda Pública en las quiebras en el contexto de la reforma concursal*», Quincena Fiscal, 2002, núm. 15, p.11

más en concreto, con el comienzo de las horas hábiles, es decir, hacer coincidir el momento de eficacia del auto de declaración de concurso con el comienzo de las horas hábiles, que el artículo 130 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación supletoria en virtud de la disposición final 5a de la LC 22/ 2003) fija en las 8.00 horas de la mañana, pues en caso de duda debe estarse a aquella opción que mayor fortaleza de efectos proporcione a la declaración de concurso, resolución que, pretende sea inmediatamente efectiva .

Así la preferencia resolvía atendiendo a actos equivalentes en cada uno de los procedimientos, de apremio o concursal, estableciendo cuál era anterior en el tiempo y dando prioridad a aquél; y así se continuó hasta la aprobación de la LC 22/ 2003 y de la Ley 58/ 2003, de 17 de diciembre, General Tributaria cuyo artículo 164 establecía, en términos parecidos al artículo 55 de la LC 22/ 2003, el criterio aplicable en supuestos de concurrencia de procedimientos y, conforme al cual en relación con el procedimiento administrativo de ejecución se señalaba que *«cuando concorra con otros procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad.»*<sup>240</sup>

En el ámbito tributario los intentos legislativos anteriores al definitivo Proyecto de LGT 58/ 2003 proponían en punto a la determinación de la preferencia del procedimiento, el mantenimiento del criterio del momento en el que el embargo administrativo se hubiere efectuado como criterio comparativo con el de la fecha del inicio del procedimiento concursal . En la memoria del Proyecto de LGT 58/ 2003 aún se mencionaba que en orden a la concurrencia de procedimientos se estaría a la fecha de la diligencia de embargo<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> SÁNCHEZ PINO , A.J. : *«la concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal»* Quincena fiscal 2004, núm.8 págs..14 y 15.

<sup>241</sup> En el Informe sobre el borrador de Anteproyecto de la nueva LGT 58/ 2003, (IEF 2003), p. 58 se señala expresamente que: «Mayor atención merece la regulación de concurrencia del procedimiento administrativo de apremio con otros judiciales de ejecución, ya sean singulares o universales. Nos referimos a la normativa que soluciona el problema de decir cuál es la autoridad competente para continuar con el procedimiento cuando, sobre unos mismos bienes, concurren un procedimiento judicial con el administrativo. No se trata, por tanto, de decidir quién tiene derecho preferente para el cobro, sino cuál es el procedimiento, judicial o administrativo, que va seguirse. Pues bien, en esta materia se mantiene la misma regla que en la actualidad: en los casos de ejecución tanto singular como universal, será preferente el procedimiento de apremio cuando el

GASPAR DE LA PEÑA <sup>242</sup> señala así que con mejor o peor fortuna todos los intentos legislativos habidos hasta la definitiva aprobación de la actual LGT 58/ 2003 fijaban como momento a considerar en relación con el procedimiento de apremio la fecha en que el embargo se hubiera efectuado (diligencia de embargo). Curiosamente con ocasión de la tramitación parlamentaria del Proyecto de LGT 58/ 2003, en virtud de una enmienda presentada en el Congreso de los Diputados se modificó dicho momento estableciéndose la preferencia para el procedimiento de apremio *«siempre que la providencia de apremio se hubiese dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso»*. La justificación de la enmienda fue la de adaptar el texto del artículo a la redacción de la LC 22/ 2003.

Ya en la Exposición de Motivos de la LC 22/ 2003 se señala *« La ley regula asimismo con criterios de funcionalidad los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado. Esta paralización, consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso, no afecta a las declarativas de los órdenes civil o social ya en tramitación en el momento de declararse el concurso, que continuarán hasta la firmeza de la sentencia, ni a las de naturaleza contencioso-administrativa o penal con trascendencia sobre el patrimonio del deudor, incluso si se ejercitan con posterioridad a la declaración, pero sí a todas las de carácter ejecutivo, incluidos los apremios administrativos o tributarios, que quedarán en suspenso si se hallasen en tramitación, salvo los acordados con anterioridad a la declaración de concurso, y no podrán iniciarse una vez declarado el concurso.*

De la Exposición de Motivos, el texto concreta en el art. 55 la preferencia de la LC 22/ 2003 en aras de aclarar cualquier tipo de duda respecto a la ejecución de un procedimiento separado si ya se hubiese declarado el concurso; es decir, que puede suceder cuando un juez concursal se encuentra con un embargo administrativo.

El art. 55 de la LC 22/ 2003 señalaba al respecto que *«Declarado el*

---

embargo efectuado en su seno sea anterior. Tratándose de procedimientos judiciales de carácter universal o concursal deberá compararse, por tanto, la fecha del embargo administrativo con la del inicio del proceso judicial. El borrador (...) aclara que la fecha del embargo administrativo será la de la diligencia de embargo».

<sup>242</sup> DE LA PEÑA VELASCO G. *«La ejecución separada del crédito tributario en el concurso de acreedores»*. Quincena Fiscal Aranzadi num.11/ 2010.

concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.

3. Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos.

4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real»<sup>243</sup>.

La nueva ley modifica el criterio tradicional que establecía la regla *prior in tempore prior in ius* atendiendo a dos momentos comparables en cada uno de los procedimientos, además de suponer respecto a la providencia de apremio un verdadero anticipo en el procedimiento, puesto que esta se produce con suficiente margen respecto a la diligencia de embargo.

Son entonces momentos que perteneces a fases distintas en cada uno de los procedimientos los que ahora pasan a ser objeto de comparación.<sup>244</sup> Sin embargo no deja de suscitar problemas el hecho de que la providencia de apremio

---

<sup>243</sup> Número 1 del artículo 55 redactado por el número cuarenta y dos del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012. Número 3 del artículo 55 redactado por el número cuarenta y dos del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012.

<sup>244</sup> GÓNZALEZ GARCÍA, J.M. Y RODRIGUEZ RODRIGUEZ, A.: op. cit., p. 18, atribuyen a un «error del legislador» el criterio elegido, no parece ni mucho menos que ello sea así y más bien parece clara la voluntad de anticipar el momento que permite mejorar la preferencia procedimental de la Hacienda Pública.

no deje de ser una mera intimación al pago del deudor sin que exista afección alguna de bienes para la satisfacción del crédito, esa posterior afección en la medida en que sólo podrán ser objeto de embargo y ejecución, como más adelante se verá, bienes no necesarios para la continuación de la actividad, no dejo de plantear problemas en relación con el desarrollo del procedimiento de apremio que en razón de la fecha en que se dictó la providencia de apremio permitiera la ejecución<sup>245</sup>.

Vista la solución supone la medida un verdadero privilegio en cuanto a la situación de otros acreedores y así lo expresa por ejemplo SANCHEZ PINO, entendiendo que en la medida en que de acuerdo con el artículo 164.3 de la LGT 58/ 2003, la Administración puede tener una información privilegiada sobre el desarrollo de los procesos concursales, esa información privilegiada le permite «adelantar» el momento en que se dicta la providencia de apremio anticipándose a la declaración del concurso instadas por sujetos distintos del deudor, en cuyo caso entre dicha fecha y la fecha de solicitud puede transcurrir un tiempo más que suficiente para que la Hacienda Pública dicte su providencia de apremio. Providencia que si hubieran seguido los plazos ordinarios de actuación de aquélla se habría demorado en el tiempo.

En primer lugar ha de señalarse a este respecto que, si como parece, los elementos de la comparación que se han utilizado son los momentos del inicio de cada uno de los procedimientos, señala MARÍN LÓPEZ la normativa vigente en el art. 167.1 LGT 58/ 2003 y la doctrina administrativista mayoritaria coinciden en que el procedimiento de apremio se inicia con la providencia de apremio notificada al deudor en la que se identifica la deuda pendiente, los recargos que debe abonar y se le requiere para que efectúe el pago. Por tanto, se está tomando como fecha de un procedimiento una fecha en la cual tal procedimiento no se ha iniciado, en tanto que la providencia de apremio todavía no se ha notificado al deudor.<sup>246</sup>

Sí sería entonces lícito interpretar que la fecha a considerar para

---

<sup>245</sup> RODRIGUEZ MARQUEZ, J.: «*La Hacienda Pública y los procesos concursales*», Thomson-Aranzadi, 2006, pág.38 no sólo se adelanta el momento relevante para determinar la preferencia procedimental sino que «se ha tomado una fecha en que no existe ni rastro de afección alguna».

<sup>246</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., «*Comentarios al Art.55 de la LC 22/2003*» en BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. (coord..) *Comentarios a la LC 22/ 2003*, Vol. I, Tecnos, 2004 pág. 579.

determinar la preferencia procedimental del procedimiento administrativo de ejecución es la de notificación al deudor de la providencia de apremio que, como se ha señalado, es la fecha en la que realmente se inicia el procedimiento ejecutivo (que no el período ejecutivo).<sup>247</sup>

En conclusión, cabe señalar que, sin lugar a dudas, los problemas derivados de la interpretación del momento que ha de considerarse en relación con el procedimiento de apremio van a generar no pocas controversias y conflictos en el ámbito jurisdiccional, aunque al respecto, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en sentencia de 22 de diciembre de 2006, cerró la controversia interpretativa al entender que el momento a considera era la fecha de la providencia de apremio, es decir, interpretando literalmente el artículo 55 de la LC 22/ 2003.

Previamente podemos citar la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 19 de Octubre de 2005 entre el Juzgado de lo Mercantil Num.1 de las Palmas de Gran Canaria en un procedimiento de concurso ordinario concretamente el 6/ 2004 frente a la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Canarias con motivo de la concurrencia de procedimientos. La importancia de la sentencia se basa en el establecimiento de la regla preferencia de Juzgados y Tribunales en materia mercantil, entendiendo la ejecución separada como privilegio procesal que no cuenta con la suficiente base constitucional y por tanto el sometimiento al orden jurisdiccional por razón de la materia.

Es interesante la reflexión de VALERO LOZANO respecto de posibles fallos de idéntico contenido que a partir de la sentencia pudieran recaer en el futuro, la primera de ellas atendiendo a las nulas posibilidades de recurso en base la lo dispuesto en el art. 19 de la L.O. 2/ 1987 de 18 de mayo sobre Conflictos Jurisdiccionales.<sup>248</sup> La sentencia será publicada en el BOE y notificada a las partes, con carácter previo a la posibilidad de plantearse un recurso respecto de la misma. En segundo lugar si bien la sentencia comentada resulta escueta y sin cita de preceptos legales para sustentar el fallo, resulta claro y aplicable con carácter

---

<sup>247</sup> PITA GRANDAL, A, «*Algunas consideraciones sobre los créditos tributarios en la LC 22/2003*», en Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al Profesor Calvo Ortega, Ed IEF-Lex Nova, 2005, pp. 792 y 793.

<sup>248</sup> Art 19 LO 2/ 1987 de 18 de mayo.

general, que el planteamiento de un ulterior conflicto de jurisdicción con base a la misma cuestión planteada, podría incluso dar lugar a que se impusiese a la autoridad administrativa la sanción del 18.1 de la LOCJ.

Por todo lo expuesto parece razonable afirmar que los Juzgados y Tribunales reclamaran y ejercerán su competencia en orden a la paralización del procedimiento de apremio administrativo en base al art. 55 de la LC 22/ 2003. Ante lo cual los órganos administrativos, actuarán consecuentemente en función del momento procesal en el que se encuentren .

De esta manera si el Auto es anterior, la administración podría dictar la providencia de apremio con efectos limitados de insinuar y obtener el reconocimiento procesal de los créditos. Si por el contrario el Auto fuera posterior a la fecha de la providencia, habría que entrar a resolver sobre la procedencia de acordar o no la suspensión de la ejecución. Si así se acordase habrá de requerir a los órganos de recaudación par obtener información acerca de la condición de necesarios de los bienes para la continuidad de la actividad empresarial.

Sin embargo la aplicación de la citada solución en relación a la aludida providencia de apremio que operaba en la LC 22/ 2003 22/ 2003, terminó por ser modificada; podemos decir que se entendía la providencia como un termino no homogéneo con la declaración de concurso, en la medida en que aquella no suponía ni comportaba una afección sobre el patrimonio del obligado, y con motivo de la reforma operada con la LC 38/ 2011 se incluye como punto de inflexión en la regla de preferencia del procedimiento concursal la fecha de la diligencia de embargo.<sup>249</sup>

De nuevo volvemos a la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de Diciembre de 2006, en la que se abordaban los aspectos relativos a la concurrencia de ejecuciones tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial.

El Tribunal de Conflictos, en la sentencia referida más allá del debate competencial, estudiaba aspectos problemáticos sobre el fondo interpretativo de la excepción, sobre todo a la prioridad temporal y en ese sentido a la relación temporal entre la fecha de la providencia y el auto de declaración sin necesidad de que la traba de embargo resultara previa a este último.

---

<sup>249</sup> Sentencia del Juzgado de los Mercantil nº5 de Madrid de 15 de febrero de 2010. Para reconocer la preferencia procedimental se exige el embargo efectivo.

La Sentencia, apostó claramente por la providencia de apremio, pese a que tanto la doctrina como las propias sentencias de los Juzgados de lo Mercantil acabaron por determinar en la reforma operada por la LC 38/ 2011 que sería la traba de embargo la que determinara finalmente el requisito de la excepcionalidad.

Incluso podemos decir que esta reforma coordina la propia consideración que al respecto realiza la LGT 58/ 2003 y esto se explica del siguiente modo, ya que la providencia de apremio constituye el título ejecutivo suficiente para el inicio del procedimiento de apremio por la administración actuante<sup>250</sup> y tiene la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los responsables del pago de la deuda.<sup>251</sup>

La providencia constituye el acto administrativo por el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor y ello aun cuando dichas providencias de apremio no conlleven la traba de bienes concretos.

Como reconoce el artículo 163 de la LGT 58/ 2003, el procedimiento de apremio es exclusivamente administrativo y su desarrollo por tanto exclusivo de la Administración Tributaria. Autonomía de tradición en nuestro ordenamiento que determina la imposibilidad de acumulación a otros procedimientos ejecutivos, ya sean administrativos o judiciales.

Cabe por último señalar que el propio artículo 164 remite la excepción del procedimiento ya iniciado siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Los acreedores públicos pueden proseguir un procedimiento ya iniciado en el momento de la declaración de concurso, sin que esta declaración le afecte más allá de la posible sustracción de la traba de los bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial del deudor, una circunstancia determinada por el Juez del concurso. Es más si con carácter general la norma concursal permite levantar o cancelar embargos cuando entienda que su mantenimiento dificulta gravemente la continuidad de la actividad empresarial del concursado, este levantamiento no puede decretarse respecto a los embargos

---

<sup>250</sup> Art. 167.1 LGT 58/ 2003.

<sup>251</sup> Art 34.2 TRLGSS.

administrativos.<sup>252</sup>

Finalmente el 164.2 LGT 58/ 2003 permite al órgano de recaudación dictar providencia de apremio junto con el devengo de los recargos del periodo ejecutivo, siempre que se den las condiciones para ello con anterioridad a la declaración del concurso (que la deuda este ya en periodo ejecutivo) o que se trate de créditos contra la masa.

3.4. Concreción de la ejecución separada del procedimiento de apremio como verdadero privilegio de la Administración Tributaria

#### **3.4.1. Cuestiones generales**

En el supuesto concreto que se hubiera determinado la excepción a la ejecución colectiva, manteniendo por tanto la preferencia procedimental a favor de la Hacienda Pública por haberse notificado la providencia de apremio con anterioridad a la declaración de concurso, el desarrollo de esta ejecución se producirá conforme señala el Reglamento General de Recaudación sin olvidar las condiciones que establece la propia LC 22/ 2003.

En relación a la competencia que el Reglamento General de Recaudación determina respecto de los créditos que pueden ser ejecutados, señalamos que no sólo reconoce dicha competencia a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ; sino a todas aquellas deudas de naturaleza pública estatal cuya titularidad corresponda a las Comunidades Autónomas o a las Corporaciones Locales.<sup>253</sup>

En lo relativo a la cantidad por la que procedería la ejecución hablaríamos de importe de la deuda apremiada con la inclusión del recargo exigible con motivo de la notificación de la providencia de apremio. Sin embargo en este aspecto merece especial atención el importe del recargo que será exigible en atención al momento en el que se produzca la notificación por los órganos de la Administración Tributaria y teniendo de referente el momento procesal en el que nos encontramos.

El artículo 28 de la LGT 58/ 2003 al establecer los recargos del período ejecutivo diferencia entre un recargo ejecutivo, un recargo de apremio reducido y

---

<sup>252</sup> Art 55.3 LC 22/ 2003

<sup>253</sup> ibídem DE LA PEÑA VELASCO G.: *La ejecución separada del crédito tributario en el concurso de acreedores*» pág. 9

un recargo de apremio ordinario. el primero (5%) es el que se exige desde la finalización del periodo voluntario de pago hasta la notificación de la providencia de apremio; Si esta última se notifica antes de la declaración concursal, el recargo será ya el recargo de apremio reducido (10%) hasta que termine el nuevo plazo de pago que con ocasión de la notificación de dicha providencia se otorga al deudor; transcurrido este nuevo plazo «voluntario» de pago (plazo de pago del periodo ejecutivo) se exigirá ya el recargo de apremio ordinario (20%) y los intereses de demora.

La cuantía entonces estará representada por la deuda apremiada y el recargo del 20 por ciento sin olvidarse que el procedimiento de apremio es compatible con el devengo de intereses de demora; sin embargo, hay que entender que en la medida en que el artículo 59 de la LC 22/ 2003 establece que desde la declaración del concurso «quedará suspendido el devengo de intereses legales o convencionales» sin más excepciones que en los que en dicha norma se contemplan y, entre aquellas excepciones no se mencionan los derivados del procedimiento de apremio, sólo cabe incluir en el apremio los intereses devengados desde la fecha de finalización del plazo para pago en periodo ejecutivo hasta la fecha de declaración del concurso.<sup>254</sup>

Pese a que más adelante realizaremos un análisis de la posición concreta de la Hacienda Publica en el concurso y por tanto habrá de hacerse referencia a la posible renuncia de esta al derecho a la ejecución separada, adelantamos la posibilidad así como la opinión al respecto por ejemplo de, SÁNCHEZ PINO, no conforme a la misma en tanto la defensa de la indisponibilidad del crédito tributario.<sup>255</sup>

Sin embargo puede igualmente defenderse esta posición, bien por la consideración del propio artículo 55 y el carácter facultativo que señala «*podrán continuarse*» así como de la regla general que la preferencia procedimental no implica alteración de rango en relación con el crédito objeto de ejecución

Objeto de una importante litigiosidad son los problemas que surgen entre el deudor concursado y la propia Administración Tributaria que está desarrollando el procedimiento, por lo que merece especial atención examinar los

---

<sup>254</sup> Cfr en este sentido PÉREZ-CRESPO PAYA, F: «La concurrencia...», op. cit., pág. 228

<sup>255</sup> SÁNCHEZ PINO, A.J., op. cit., pág. 20

limites y extensión de la competencia del Juez concursal para conocer de todas las posibles discrepancias planteadas.

El artículo 8 de la LC 22/ 2003 establece que «Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: ... 3o. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que lo hubiera ordenado» y el artículo 9 señala que «La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal» podrían llevar a concluir que cualquier discrepancia que surja en el seno del procedimiento administrativo de apremio -en la medida en que se habría manifestado en el marco de una ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial, o bien, que dicha cuestión incide en el desarrollo del procedimiento- debería ser resuelta en todo caso por el Juez Mercantil.<sup>256</sup>

Existen evidentes situaciones que habrá que tener en cuenta por el órgano competente, por ejemplo recordar la salvedad a la preferencia de la ejecución administrativa relativa a aquellos bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad.

También la prohibición que dispone el artículo 58 que salvo en algún supuesto excepcional, «declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración» frente a la LGT 58/ 2003 que en su artículo 63.1 establece la compensación de oficio de las

---

<sup>256</sup> CASAS AGUDO, D.: «Competencia para la determinación de la existencia y cuantía de los créditos tributarios y para decidir su aplicación en el seno del procedimiento concursal» Jurisprudencia Tributaria, Aranzadi 2007, núm. 26, pág.44, : y ello con base en la universalidad del concurso plasmada en el artículo 49 de la LC 22/ 2003 el carácter de norma excepcional de posibilidad de la ejecución separada de la Hacienda; el principio de continuidad de la actividad empresarial respecto de la cual es la Administración concursal y la autoridad judicial cual es la solución a dar a las distintas situaciones que puede atravesar la empresa y la actividad y, por último, porque la LC 22/ 2003 atribuye al Juez la competencia para resolver acerca de la continuidad o no de la actividad empresarial, la intervención o suspensión de las funciones del administrador social; así como para decidir sobre las relaciones laborales y de alta dirección de la empresa) o, SÁNCHEZ PINO, A.J., op. cit., p.19.

deudas tributarias que se encuentren en período ejecutivo, la LC 22/ 2003 por el contrario

Parece claro que en si existe condicionamiento por la LC 22/ 2003 , la competencia para resolver dichas controversias corresponda al Juez de lo Mercantil y consecuentemente que decida sobre la necesidad o no de los bienes para la continuidad de la actividad .<sup>257</sup>

Y además de lo dispuesto aunque únicamente sea enunciarlas podría apreciarse dificultades en relación a la propia procedencia de la vía de apremio <sup>258</sup>, en lo relativo al orden en el que ha de producirse el embargo , <sup>259</sup>el respeto al principio de proporcionalidad, o la determinación de los bienes que pueden ser enajenados aún cuando la deuda que se apremia no sea firme . La normativa tributaria además establece dos supuestos de especial complejidad en los que se debe determinar la competencia de manera exclusiva:

En primer lugar cuando el art. 109 del Reglamento General de Recaudación señala que en el caso de que no se enajenen alguno o algunos de los bienes embargados, bajo determinadas circunstancias podrán adjudicarse dichos bienes a la Hacienda Pública con la consiguiente disminución de la deuda, siendo el procedimiento distinto según el tipo de bienes de que se trate.

Si entendemos que , la preferencia procedimental no supone preferencia para el cobro, pudiendo por tanto existir acreedores de mejor derecho, la cancelación o reducción de la deuda tributaria estará condicionada por aquella circunstancia y, en el caso de que aquellos se opusieran a tal adjudicación la discrepancia habría de ser resuelta por el Juez Mercantil.

---

<sup>257</sup> Por lo demás el propio artículo 58 de la LC 22/ 2003 señala que respecto de las controversias relativas a la compensación éstas se resolverán a través de los cauces del incidente concursal. Y en este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 25 de junio de 2007.

<sup>258</sup> Artículo 167.2 de la LGT menciona los motivos de oposición a la providencia de apremio (extinción total de la deuda, prescripción del derecho a exigir el pago, solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en periodo voluntario y otras causas de suspensión del procedimiento de recaudación; falta de notificación de la liquidación; anulación de la liquidación; error u omisión en el contenido de la providencia de apremio que impida la identificación del deudor o de la deuda apremiada).

<sup>259</sup> El artículo 169.2 de la LGT permite que la Administración y el obligado acuerden el orden de los bienes objeto de embargo y, a falta de éste, establece su propio orden que, en su caso, habrá de conciliarse con el hecho de que no pueden embargarse bienes necesarios para la continuación de la actividad.

En segundo lugar cuando pudieran surgir terceros con derecho «a ser reintegrados de su crédito con preferencia al que es objeto del procedimiento de apremio» (artículo 177.2 RGR). Las normas tributarias contemplan el procedimiento a través del cual debe resolverse sobre la existencia de ese acreedor de mejor derecho. el procedimiento de apremio sigue pero el importe obtenido no se aplicaría a la cancelación de la deuda tributaria mientras no se determine, con carácter definitivo, quién tiene preferencia para el cobro y se tramitará a través del incidente concursal .<sup>260</sup>

Para la plena eficacia del derecho de ejecución separada se precisa la actitud activa, expresa y concluyente de la Administración que pretende su ejercicio, dirigiéndose al juez del concurso en orden a obtener una declaración específica de que ese concreto bien no resulta necesario para la actividad.

Se trata de una limitación plenamente aplicable a los procedimientos administrativos de apremio. Doctrina y Jurisprudencia han corroborado esta limitación.<sup>261</sup>

La delimitación del concepto de necesario ha de hacerse conectando con la finalidad con la que en la LC 22/ 2003 se contempla dicho juicio: la continuidad de la actividad profesional o empresarial .<sup>262</sup>

De nuevo han sido los Tribunales<sup>263</sup> quienes se han ocupado de definir lo que ha de entenderse por bienes necesarios. se dice que es «*aquél que resulte preciso para el fin al que pretende dedicarse el concursado*» o, en sentido negativo, bienes no necesarios serían el conjunto de bienes «*no afectos susceptibles de realización forzosa a*

---

<sup>260</sup> RODRIGUEZ MARQUEZ, J.: op. cit., pág. 31.

<sup>261</sup> LUQUE CORTELLA, A.: *La Hacienda Pública y el crédito tributario en los procesos concursales*. Marcial Pons, 2008 , pág. 51. Auto del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, de 22 de mayo de 2008, justifica la no embargabilidad de bienes necesarios para el desarrollo de la actividad por el hecho de que «si se permitiera la finalidad conservativa del concurso sería imposible de cumplir. Si se quiere ofrecer un convenio a los acreedores para superar la situación de insolvencia no es posible admitir que elementos esenciales ... se realicen por un acreedor que de este modo perciba su crédito pero aboque a la concursada a la desaparición, al no poder realizar la actividad empresarial».

<sup>262</sup> PEITADO MARISCAL, P,: «*La competencia para la ejecución de garantías reales vinculadas a bienes no afectos a la actividad económica del concursado*», Anuario de Derecho Concursal, 2008, no 15, p. 166.

<sup>263</sup> Auto del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, de 23 de marzo de 2006/ Auto del Juzgado de lo Mercantil de Álava, de 28 de enero de 2005/ Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 22 de julio de 2005 .

*pesar del concurso»* y en todo caso habrían de incluirse también los derechos.

Si tenemos en cuenta que el art. 56 de la LC 22/ 2003 no permite iniciar la ejecución o realización forzosa de los créditos con garantía real sobre bienes del concursado que estén «*afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad*» hasta que se produzcan determinadas circunstancias se ha entendido que bienes afectos y bienes necesarios guardan una relación de especie a género. Considerando a los necesarios cómo categoría más amplia entre los cuales se recogen aquellos que se integran en el inmovilizado del concursado

<sup>264</sup>

En opinión del profesor DE LA PENA VELASCO „resulta curioso que esa misma relación de género a especie haya sido entendida precisamente en sentido contrario, es decir, «que el concepto afecto tenga una dimensión más amplia que el concepto conjunto de bienes «no afectos susceptibles de realización forzosa a pesar del concurso» caso, dentro del término bienes, como es obvio, han de incluirse también los derechos .

El autor considera que pueden existir bienes que formen parte del inmovilizado y no sean necesarios para la continuidad de la actividad, bienes que formen parte del inmovilizado y sí sean necesarios para la misma, bienes que formen parte del circulante y sean necesarios y, bienes que formen parte del circulante y no sean necesarios. A continuación expone un ejemplo de cada una de las hipótesis expuestas:

a) Un concursado cuya actividad consista en la producción de un determinado tipo de bienes, integrará en su inmovilizado todas las fábricas en las que se lleve a cabo la actividad. Si se produce una reducción del volumen de negocio que hace excesiva la capacidad de producción instalada el

embargo, en el seno del procedimiento de apremio, de una de las fábricas y su ulterior enajenación

no necesariamente ha de afectar a la continuidad de la actividad.

b) En el ejemplo anterior si sólo existe una fábrica para desarrollar la actividad productiva es obvio que sea cual sea el volumen de negocio de la

---

<sup>264</sup> Tales son: que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecta al ejercicio de ese derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Dicho precepto también regula la suspensión de actuaciones ya iniciadas cuando concurren idénticos requisitos a los expresados con determinadas excepciones.

entidad el mantenimiento de la titularidad de la fábrica resulta imprescindible para la continuidad de tal actividad y, por ende, necesario.

c) Las operaciones comerciales que puede realizar o haber realizado el concursado le habrán generado los correspondientes derechos de crédito que, desde el punto de vista de su integración en el balance social, tendrán la consideración de activo circulante. Si la Hacienda Pública, en el marco del procedimiento administrativo de apremio, procediera al embargo de todos los derechos de crédito que el concursado pudiera tener a su favor con sus mayores clientes, así como los futuros derechos de crédito que se pudieran generar como consecuencia de las ulteriores relaciones comerciales, la continuidad de la actividad quedaría en entredicho .

Parece por tanto claro a la vista de cuanto antecede que el juicio sobre la necesidad de un determinado bien para la continuidad de la actividad no depende de la adscripción del mismo a una u otra categoría de bienes contemplada dicha adscripción desde perspectivas distintas (contable, fiscal, etc) sino que habrá de llevarse a cabo por comparación entre el concreto bien que se pretende embargar y la trascendencia que ello tenga para la continuidad de la actividad en ese momento y sobre la base de las circunstancias de todo orden (coyuntura económica general, inflación, disponibilidad del crédito, situación financiera de la empresa, etc.) concurrentes a la fecha del embargo. En este sentido, bienes que fueron necesarios en momentos anteriores para la continuidad de la actividad han podido dejar de serlo en la última de las fechas citadas y, viceversa (bienes que no lo eran han podido convertirse en imprescindibles para la continuidad de la actividad) .<sup>265266</sup>

---

<sup>265</sup> Auto del Juzgado de lo Mercantil de Álava, de 28 de enero de 2005, cuando señala «lo necesario es lo que, con independencia de la situación financiera y patrimonial del concursado, no puede expropiarse sin paralización de su actividad y no lo que por dicha situación contribuiría a la continuidad que es virtualmente todo». Por el contrario, entendemos que precisamente la apreciación de la necesidad no puede hacerse en términos absolutos sino en términos relativos y, en esa apreciación no puede, precisamente a la hora de adoptar una decisión, prescindir de la situación financiera y patrimonial del concursado. Un determinado bien será necesario o no para la continuidad no con carácter abstracto para todo tipo de concursos sino en concreto en el marco de un concurso en el cual se produce la traba del mismo. El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, ya citado, entiende a diferencia del de Álava, que la liquidez resulta esencial al objeto mismo de la actividad y, por ende, de su continuidad, sin que resulte posible comprar sin tener liquidez y, en consecuencia, sostiene que a la hora de sostener el juicio

En definitiva :

1. El concepto de bienes necesarios se encuentra ligado al concepto de actividad. Si en el momento del embargo el concursado no desarrolla actividad económica, ningún bien tendrá la consideración de necesario y, por tanto, cualquier bien será susceptible de embargo .

2. Esa condición de necesario se considera como un concepto contingente e incluso cambiante. La Audiencia Provincial de Zaragoza, entiende que el concepto *«no puede ser determinado en abstracto, sin atender los hechos e incluso las circunstancias del caso concreto individualizado, pues lo que genéricamente puede ser necesario en cierto supuesto no lo hade ser para otro, cualquiera que sea el grado de similitud con el anterior»*.<sup>267</sup>

3. No resulta determinante la adscripción contable o fiscal de los bienes embargados, resulta indiferente la condición de elementos del inmovilizado, del circulante, etc.

4. En la determinación de la condición de necesarios será vital la trascendencia que para la continuidad de la actividad tenga el valor de los elementos patrimoniales embargados, de tal manera que hasta un determinado límite pueda aceptarse la necesariedad del elemento en cuestión y, el exceso sobre ese límite determine la no necesariedad. Si se embarga toda la liquidez puede afirmarse que el embargo alcanza a bienes necesarios para la continuidad, mientras que es perfectamente posible que el embargo de una parte de esa tesorería o de esos activos resulte irrelevante para su continuidad, siempre que subsista la liquidez suficiente para que el ciclo productivo no se vea paralizado por la imposibilidad de atender los pagos habituales que el mismo genera (pago

---

sobre la necesariedad sí ha de tenerse en cuenta la posición que tales bienes ocupan en el ciclo financiero de la empresa.

<sup>266</sup> DE LA PEÑA VELASCO G.:op. cit *«La ejecución separada del crédito tributario en el concurso de acreedores»* pág.8

<sup>267</sup> El Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza en Sentencia de 17 de octubre de 2007 determinó que en relación con unos derechos de crédito embargados por la Administración Tributaria sólo una parte de su importe (el cinco por ciento) tenía la condición de innecesario; sin embargo, la Sentencia de Apelación, de 9 de mayo de 2008 admitiendo en abstracto la posibilidad de que tales créditos pudieran ser necesarios, en todo o en parte, estimó el recurso por entender que no había sido probado con la especificidad que el supuesto requería, la necesariedad de la parte del crédito embargado y realizado por la Administración Tributaria.

de las materias primas o de las mercaderías, pago a proveedores, pago de los suministros tales como agua, electricidad, teléfono, etc.)

#### **3.4.2 Terminación del procedimiento de ejecución separada**

La LC 22/ 2003 no prohíbe la enajenación anticipada de activos, sino que, en cumplimiento de la función conservativa de la masa, la sujeta a mayores prevenciones, que pasan, en última instancia, por la audiencia a las partes personadas , según lo dispuesto por el artículo 188 de la LC 22/ 2003 y la autorización judicial según el artículo 43.

Si los bienes embargados no son necesarios para el desarrollo de la actividad del concursado, no hay obstáculo alguno a la continuación del procedimiento de apremio y, consecuentemente, a la enajenación de los bienes embargados , si bien la presencia del concurso incide desde una doble vertiente de cómo ha de concluir el procedimiento.

Recordamos de nuevo la idea de que el privilegio procedimental no altera la calificación y jerarquía de los créditos objeto del procedimiento ejecutivo. Así estaríamos en presencia de créditos con privilegio general, ordinarios o subordinados y, por tanto , en función de la calificación de los mismos, las cantidades obtenidas con ocasión de la ejecución de los bienes o derechos embargados se podrían aplicar, o no, a la cancelación de los créditos objeto del procedimiento de apremio.

De esta forma, si la petición de enajenación de un determinado bien se presenta antes de la aprobación judicial del convenio o de la apertura de la liquidación, y dicho bien está afectado por un embargo realizado por un organismo administrativo, el momento de solicitar expresamente el ejercicio de la ejecución separada terminará con el trámite de alegaciones del artículo 188 LC 22/ 2003, pues si transcurre dicho plazo sin interesar la reanudación de su autotutela, difícilmente podrá el juez del concurso dejar de autorizar la venta, libre de cargas, de dicho elemento del activo.

Si, por el contrario, la petición se realiza finalizada la fase común, y abierta la sección de liquidación, dicha solicitud sólo será posible si el plan de liquidación no contempla, la enajenación unitaria y conjunta del conjunto de establecimientos, explotaciones, y unidades productivas del concursado; no ha de olvidarse que dicha posibilidad es la que primariamente contempla el legislador, no sólo en el

148.1 LC 22/ 2003 sino también como regla legal sustitutoria en el art. 149.1.1º LC 22/ 2003, y que tiende a garantizar la conservación del tejido empresarial y la preservación del empleo.

El ejercicio del derecho de ejecución separada, solicitado tras la presentación del plan de liquidación-ordinaria o anticipada que contempla la enajenación de activos empresariales como unidad, no debe ser autorizado por el juez del concurso, es contrario entonces con el presupuesto material que constituye la excepción a dicho derecho: la necesidad para la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

## **IV. EL CREDITO TRIBUTARIO EN EL PROCESO CONCURSAL**

4.1. Consideraciones generales en relación a la clasificación del crédito tributario .

Desde las primeras páginas de este trabajo hemos abordado el estudio del papel que desarrolla la Administración Tributaria en los concursos de acreedores, y en particular si su condición de acreedor público le reportaba algún tipo de privilegio.

Así nos hemos acercado al concepto del proceso, hemos examinado incluso la evolución histórica del mismo con el objetivo de comprender la necesidad del establecimiento de reglas ante la insolvencia manifiesta del deudor, ciertos aspectos básicos del mismo, así cómo los efectos que produce la declaración sobre los créditos y en especial hemos atendido a la clasificación de los créditos que realiza la vigente LC 22/ 2003.

Entre la multitud y complejidad de situaciones que el concurso puede acarrear, la presencia de la Administración Tributaria es indiscutible, y es perfectamente entendible hablar de ella como acreedor necesario en los concursos de acreedores, puesto que el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor raramente esquiva el de las obligaciones tributarias. y finalmente nos hemos planteado las dos siguientes cuestiones, relacionadas siempre con el interés básico perseguido por el trabajo, que no es sino determinar si la Hacienda Pública ostenta una posición privilegiada en el concurso.

La primera de las cuestiones sería determinar a posibilidad de que la Administración Pública en virtud de sus potestades de autotutela pudiera continuar con los procedimientos ejecutivos para el cobro de los créditos tributarios. Hablábamos entonces del derecho a la ejecución separada del crédito, por parte de los órganos de la Hacienda Pública, cuestión por otro lado que hemos atendido en el capítulo III del presente trabajo , realizando un análisis de las reglas contenidas en la LC 22/ 2003 en coordinación con la propia LGT 58/ 2003.

La segunda de las cuestiones, que además está intrínsecamente relacionada con la primera cuestión, es la de determinar si en aquellos casos en que la ejecución separada del crédito no fuera posible, y por tanto se subsumiera

el crédito tributario en el seno del concurso como un acreedor más, el crédito en sí ¿merecería entonces un tratamiento diferenciado?

La LC 22/ 2003 establece para el crédito tributario un privilegio , pero en vista del estudio general que sobre la clasificación de créditos realizamos en el capítulo II , entendemos que se trata de un privilegio limitado.

Tanto la legislación del entorno como los intentos de reforma concursal han establecido diversos tipos de limitaciones a los créditos públicos y, en concreto, a los créditos tributarios <sup>268</sup> en el anteproyecto de LC 22/ 2003 ya se hablaba de *poda de privilegios públicos* y finalmente podemos decir que la LC 22/ 2003 procedió en lo que se refiere al crédito publico de manera similar a con el resto de los privilegios, es decir, reconociéndolos pero con límites.

La primera regla general que podemos encontrar en torno a los privilegios y que además fue objeto de una gran discusión doctrinal en torno a la cuestión de la derogación tácita es la que se refiere al hecho por el que la LC 22/ 2003 determina que *«la prelación en una determinada situación concursal sólo podrá quedar prevista a través de su articulado, no admitiéndose en el concurso la presencia de ningún privilegio o preferencia que no haya sido expresamente reconocido en la Ley»* <sup>269</sup>.

GIL RODRIGUEZ plantea la siguiente cuestión ¿la promulgación y/ o publicación de la ley 58/ 2003 conlleva derogación, en cuanto a la zona superpuesta, de la LC 22/ 2003? O debería haber sucedido a la inversa: ¿la entrada en vigor de la LC 22/ 2003 supone la enervación de las previsiones incompatibles alojadas en la ley Tributaria?<sup>270</sup>.

Parece que la sentencia establece en realidad el núcleo de la cuestión en la coordinación del artículo 89.2 de la LC 22/ 2003 con el 77.2 de la LGT 58/ 2003 y entiende que la nueva norma tributaria no deroga la LC 22/ 2003, es decir no hay derogación expresa, pero tampoco tácita, puesto que no entiende el Tribunal que ambas leyes sean incompatibles para la clasificación del crédito tributario como privilegiado.

---

<sup>268</sup> El termino *«poda de privilegios»* ha sido utilizado por la mayoría de la doctrina mercantilista desde los primeros intentos de reforma de la materia concursal, véase PULGAR EZQUERRA, J.: «La ruptura de la unidad legal en materia concursal: las contrarreformas de la reforma». *Economist & Jurist*, 2006, vol. 14, núm, 100, p.ág.90.

<sup>269</sup> Así se encarga de establecerlo su art. 89.2.LC 22/ 2003

<sup>270</sup> GIL RODRIGUEZ, J. «Comentario a la sentencia de 29 de Septiembre de 2010». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 87/ 2011-

Se califican por tanto los créditos tributarios conforme a lo previsto en dicha LC 22/ 2003, al margen de las garantías previstas en la Ley 58/ 2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y en cualquier otra norma.

Podemos entonces establecer que conforme a la LC 22/ 2003, la regulación los créditos tributarios se incluye en alguna de las siguientes categorías: privilegiados (y, dentro de ellos, especiales y generales), ordinarios y subordinados. Además habrán de figurar por el orden por el que se encuentran relacionados en los arts. 91 y 92 de la LC 22/ 2003, introduciéndose a través de dicha ordenación una preferencia para el cobro tal y cómo establecen los art. 156 y 158 de la LC 22/ 2003<sup>271</sup>.

Definitivamente los créditos tributarios en la nueva LC 22/ 2003 pueden quedar enmarcados, según los casos, en cualquiera de las distintas categorías que en orden a la clasificación de los créditos hemos mencionado anteriormente. Es decir, podrían clasificarse como créditos con privilegio especial, cuando en garantía del mismo se afectan o gravan determinados bienes o derechos del concursado, hipoteca, prenda, etc., en definitiva, créditos con garantía real, sea voluntaria o legal, caso de las denominadas hipotecas legales tácitas<sup>272</sup>.

De la misma manera podríamos encontrar créditos con privilegio general, que podrían consistir, bien en retenciones, o bien por corresponderse con el cincuenta por ciento del conjunto de los créditos tributarios.

El restante cincuenta por ciento, tendría la calificación de crédito ordinario.

Y por último los créditos tributarios podrán también formar parte de la categoría de subordinados, es decir, postergados a los ordinarios, cuando se trate de intereses de cualquier clase, incluso moratorios, multas y sanciones pecuniarias.

---

<sup>271</sup> Art. 156 y 158 de la LC 22/ 2003

<sup>272</sup> de la Ley 58/ 2003, de 17 de diciembre, General Tributaria: «En los tributos que gravan periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior».

Una de las referencias al crédito tributario en la exposición de motivos de la LC 22/ 2003 más relevantes son las siguientes:

*«Las excepciones que la ley admite son positivas o negativas, en relación con los créditos ordinarios. Las primeras se concretan en los privilegios, especiales o generales, por razón de las garantías de que gozan los créditos o de la causa o naturaleza de éstos. A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por ciento de su importe en cada caso) ... Se pretende así evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos, y, sin desconocer el interés general de la satisfacción de éstos, conjugarlo con el de la masa pasiva en su conjunto, a la vez que se fomentan soluciones de convenio que estén apoyadas por los trabajadores y la Administración pública en la parte en que sus créditos no gozan de privilegio. Las excepciones negativas son las de los créditos subordinados, una nueva categoría que introduce la ley para clasificar aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) o por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso). A estos efectos, conviene precisar que la categoría de créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social...».*

4.2. La comunicación del crédito público en la formación de la masa pasiva.

Corresponde entonces como primer hito en el análisis de la consideración del crédito tributario en el proceso concursal, establecer las cuestiones relativas al deber de comunicación de estos créditos.

Es determinante saber si la Administración Tributaria se encuentra en la misma posición que el resto de acreedores en cuanto al llamamiento para realizar su comunicación, en particular analizar respecto al crédito tributario el momento

de devengo y su exigibilidad, así como la necesidad de diferenciar ante un crédito, si se trata de un crédito concursal, o un crédito contra la masa.

Podemos adelantar ya que parece que en el ámbito de la comunicación y reconocimiento de créditos, la Administración ha mejorado su posición desde la entrada en vigor de la LC 22/ 2003 en el año 2004 hasta la actualidad. Es seguramente de los pocos aspectos del proceso concursal en que el crédito público en general estaba desfavorecido respecto al resto de acreedores en la normativa concursal anterior<sup>273</sup>. A través de las sucesivas reformas de la ley operadas en los años 2009 y 2011, se puede observar el hecho de que el legislador intenta sistematizar las mejoras que a raíz de una intensa labor interpretativa de la ley, han realizado los tribunales con una extensísima e intensa jurisprudencia concursal que durante años ha conocido de numerosos conflictos, y en particular respecto de la falta de comunicación de esta clase de créditos y los consiguientes problemas que se producían en el reconocimiento de los mismos.

A) El deber de comunicación de los créditos tributarios.

GARCÍA GÓMEZ considera que tras la reforma operada en el año 2009 el artículo 87 de la LC 22/ 2003 introduce la excepción al régimen general del deber de comunicación de créditos concursales contenido en el artículo 85 de la misma para los créditos que nazcan de un procedimiento de comprobación o inspección y para los que resulten de un proceso penal por delito contra la Hacienda Pública o la TGSS.<sup>274</sup>

La teoría general del artículo 85 de la LC 22/ 2003, cómo vimos en la formación de la masa pasiva, dentro del capítulo II de este trabajo, señala que

---

<sup>273</sup> Son muchos los autores que han manifestado los cambios normativos en materia concursal en relación a la comunicación de créditos véase FRAILE FERNANDE R. : *La posición del crédito tributario*. óp. cit. Pág. 260 «...las modificaciones legislativas tendentes a evitar el resultado habitual de exclusión de créditos administrativos de la lista de acreedores que se producía con la aplicación de la inicial redacción de la norma concursal. Esta cuestión, que se viene adelantando a lo largo de todo este capítulo, se presenta no como un privilegio de carácter excesivo sino necesario para la gestión del interés público manifestada en el principio constitucional de contribución al sostenimiento del gasto público por todos, en atención a la capacidad económica del contribuyente».

<sup>274</sup> GARCIA GÓMEZ J: «La posición de las Administraciones Tributarias en el concurso a propósito de la reforma de la LC 38/ 2011», en *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 14/ 2012, Ed. Aranzadi, 2012.

aquel acreedor que desee que su crédito sea incluido en la masa pasiva del concurso habrá de comunicar sus créditos a la administración concursal, corriendo el riesgo, en caso de no hacerlo, de verse excluido del procedimiento. De este modo, los órganos de la Administración Pública habrán de realizar la comunicación de los créditos que ostenten contra el concursado en el tiempo y la forma adecuados.

Si bien parece entonces que la condición de Administración Pública, no reporta un especial trato, sí existen especialidades en cuanto a los plazos aplicables a la comunicación de ciertos créditos, ya que en lo que se refiere a las deudas tributarias por hechos imponible anteriores a la declaración del concurso pueden no ser exigibles por parte del acreedor público hasta un momento posterior, podría suceder que a la fecha de la declaración no hubiera concluido el plazo que el obligado tributario ostenta para declarar la realización del hecho imponible.

Podía entonces la Administración Tributaria comunicar la existencia de un crédito sin cuantificar, remitiendo esta última operación a un momento posterior.

B) El llamamiento a la Administración Tributaria para que comunique sus créditos.

Tras la publicación en el BOE del auto de declaración del concurso donde se contiene el llamamiento a los acreedores para que comuniquen sus créditos, comienzan los plazos para proceder a tal comunicación. Así la AEAT determinó un sistema de alerta temprana a través de la verificación diaria de los autos de declaración de concursos que resultan publicados en el citado Boletín. Se entiende entonces que a diferencia de un pequeño acreedor, la Administración Tributaria, en particular la AEAT procede, con un conocimiento efectivo, de manera más eficaz a la comunicación de sus créditos<sup>275</sup>.

Además entonces del régimen general de publicación del Auto, la LC

---

<sup>275</sup> A través del Departamento de Recaudación se realizará el seguimiento del Boletín Oficial, sin perjuicio de que cualquier órgano que tuviese conocimiento previo deba comunicar tras la oportuna verificación la marca de proceso concursal oportuna, según la Instrucción 10/ 2004, de 27 de diciembre de 2004, de la Dirección General de la Agencia Tributaria, por la que se establecen las reglas de coordinación entre órganos de la Agencia en materia de procesos concursales, modificada por la instrucción 3/ 2009 de 17 de Abril.

22/ 2003 establece la necesidad de que la administración concursal realice *sin demora* una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos en la forma establecida por la ley.

La comunicación se efectuará por medios telemáticos, informáticos o electrónicos cuando conste la dirección electrónica del acreedor.

La comunicación se dirigirá por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras. Igualmente se comunicará a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento como parte<sup>276</sup>.

Es aquí donde podemos decir que la Administración, cuenta con una posición de privilegio, respecto a otros acreedores, y no sólo porque se anticipe incluso esta comunicación individualizada a la propia publicación en el Boletín, y el mayor tiempo con el que entonces disponen los órganos correspondientes a la hora de realizar la comunicación de sus créditos; sino porque supone también la posibilidad de evitar la continuación de procedimientos de apremio durante el periodo que transcurre desde la declaración del concurso hasta la publicación del auto de declaración en el BOE. Señalar además la necesidad que imprime el artículo 21 cuando señala que ha de emitirse aunque la Administración no figure como acreedor en los libros del concursado.

La AEAT, viene desde hace tiempo permitiendo a través de la Sede electrónica acceder al administrador concursal, a un formulario estructurado en cuatro grandes bloques de información; así se graban los datos relativos a la administración concursal, al concursado, al Juzgado competente y al procedimiento de concurso. También, es posible adjuntar como documentos anexos el auto de declaración de concurso y la credencial del administrador concursal.

---

<sup>276</sup> Número 4 del artículo 21 redactado por el número catorce del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012

Es una comunicación de la declaración del concurso de la que es responsable la administración concursal, y que se realiza a través de los medios telemáticos que la Administración le propone, y teniendo en cuenta que se trata de una obligación de suministro de información con trascendencia tributaria. Ante la falta de cumplimiento, se podría aplicar el régimen establecido en la LGT 58/ 2003 a este respecto entendiendo que se trata de una extensión del deber de información recogido en el artículo 93, cuyo incumplimiento podrá ser sancionado conforme al régimen recogido en los artículos 191 y siguientes de la LGT 58/ 2003. Sin embargo autores como HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, abogan por considerar que la vulneración de este deber no supone el incumplimiento de norma tributaria alguna, por lo que no se podrá sancionar al administrador por la comisión de un ilícito tributario ante este incumplimiento <sup>277</sup>.

C) Delimitación entre créditos concursales y créditos contra la masa.

Para proceder a la delimitación de los créditos que pueden ser calificados como concursales y cuales como créditos contra la masa ALVAREZ MARTINEZ considera que es esta una de las cuestiones con mayor trascendencia para el desarrollo y desenvolvimiento de todo concurso de acreedores, es decir la de la adecuada calificación de los diferentes créditos que ostentan los distintos acreedores frente al concursado; dado que aquella va a determinar el régimen jurídico que resulta de aplicación al pago de los referidos créditos <sup>278</sup>.

La calificación de los créditos en la categoría de créditos concursales o contra la masa ha supuesto desde la aprobación de la ley en el año 2003 opiniones muy diversas en todos los sectores, como continúa ALVAREZ MARTINEZ, la condición de concursal o contra la masa, supone la aplicación de un régimen bien distinto. Buena prueba de ello la constituye el hecho de que mientras que el pago de los créditos concursales se efectúa, dentro de la fase de liquidación, sometiéndose a las pautas y prioridades recogidas en los artículos 155 a 158 de la LC 22/ 2003, los créditos contra la masa deben satisfacerse, cualquiera que sea el

---

<sup>277</sup> HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, JM.: «*La Administración tributaria ante los concursos*», óp. cit.; Jornadas de la Abogacía del Estado, 2011.

<sup>278</sup> ALVAREZ MARTINEZ, J.: «Concurso de acreedores y créditos tributarios. La calificación de los mismo cómo créditos concursales o contra la masa: estado de la cuestión», Quincena Fiscal Aranzadi, núm. 21, 2012, pág. 1

estado del concurso, a sus respectivos vencimientos, estando obligada la administración concursal a deducir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para proceder al abono de tales créditos, el cual se producirá con anterioridad al pago de los créditos concursales según lo dispuesto en el artículo 154 de la LC 22/ 2003 <sup>279</sup>.

La naturaleza de la deuda tributaria en la realidad del concurso, supone que en muchas ocasiones por la condición de la misma, su cuantía no se determine hasta un momento posterior al nacimiento, en función de su exigibilidad. De esta manera, es cuestión fundamental distinguir entonces si nos encontramos ante créditos contra la masa o concursales, siendo sólo estos los que habrán de comunicarse ya que los créditos contra la masa no requieren ser comunicados en el plazo previsto para los créditos concursales.

La clave se encuentre en la determinación precisa del hecho y del momento que desencadena el nacimiento de la obligación tributaria. Cuestión que a la vista del ordenamiento tributario, parece bastante consolidada. <sup>280</sup>

De la lectura del art. 21 de la LGT 58/ 2003, entendemos que el devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible, es decir el acto o negocio jurídico que determina la obligación tributaria, si entendemos como devengo, el momento y lo comparamos con la definición contable, no tiene por que coincidir puesto que la deuda nace cuando se entiende realizado y no siempre que este ocurra El Plan General de Contabilidad establece que *los efectos de las transacciones o hechos económicos se registrarán cuando ocurran, imputándose al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran, los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro.* En ese momento pues, el de devengo, surge un crédito a favor de la Administración que no tiene por qué ser exigible desde ese mismo instante <sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> ALVAREZ MARTINEZ, J: «Concurso de acreedores y créditos tributarios...» Op. Cit. Pág. 2 y ss.

<sup>280</sup> PIÑA GARRIDO M.D. :*El devengo y el periodo impositivo en el sistema tributario español*, Colex, 1997, pag.51.

<sup>281</sup> Art. 21 de la LGT 58/ 2003 : 1. El devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal.

La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa.

El artículo 21 se refiere a devengo y exigibilidad, define el devengo y lo vincula al nacimiento de la obligación tributaria y en el segundo apartado, se señala la exigibilidad, pero al margen de la obligación tributaria principal. Es la fecha de devengo, la que desencadena la obligación de pagar la carga tributaria, salvo que la ley dispusiera otra cosa. Podríamos entonces entender que no es necesario proceder a la previa liquidación de un impuesto, para que surja la obligación tributaria. La liquidación es un presupuesto de la exigibilidad de la obligación que puede diferirse después de su devengo.

La determinación de esta cuestión sobre la condición del crédito es una cuestión de máxima importancia, que supone, o ha supuesto durante mucho tiempo una importante fuente de conflictos; si estos conceptos (devengo y exigibilidad) los trasladamos al ámbito concursal, sólo aquellos créditos devengados con posterioridad al auto de declaración de concurso podrán ser considerados contra la masa, sin embargo los anteriores serán concursales, incluso cuando su liquidación se produzca una vez dictado el auto.

Es evidente la ventaja que supone considerar que es un crédito contra la masa y por ello entendible que la Administración intente esta clasificación en función de la exigibilidad, sin considerar el devengo. Es importante no sólo porque la ley entiende estos se pagan a su vencimiento sino también por la cuestión del plazo de comunicación. La idea de que muchos créditos de haberse considerado contra la masa no sólo no hubieran entrado en el concurso, en vez de ser rechazados por una comunicación tardía, sino que incluso se hubieran pagado casi de manera inmediata<sup>282</sup>.

#### 4.3. Créditos tributarios contra la masa

Si volvemos a considerar la naturaleza tan diversa de los créditos tributarios, incluso considerando el propio artículo 21.2 de la LGT 58/ 2003, referido al devengo del hecho imponible y la especialidad de cada tributo para entender el momento en el que es exigible; es entendible que el estudio de este apartado se realice en función de las principales categorías tributarias, más aún

---

2. La ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo.

<sup>282</sup> ALVAREZ MARTINEZ, J: «Concurso de acreedores y créditos tributarios» Op. cit. Pág. 2 y ss.

cuando el propio Tribunal Supremo ha sentado una jurisprudencia clara y concisa al respecto y que vamos a trasladar a continuación.

#### **4.3.1) Créditos por IVA**

Pese a la aparente sencillez sobre la cuestión del devengo, que hemos expuesto anteriormente, las peculiaridades de los distintos tributos, entre ellos el IVA merecen un estudio particularizado, para entender la problemática.

Técnicamente el IVA es un impuesto de devengo instantáneo, y su liquidación es en cambio periódica ya sea mensual o trimestral. Además y pese que la cuota surge de la aplicación del tipo a la base en cada operación, la cantidad a ingresar se determina con la autoliquidación correspondiente, que no resulta siempre de la suma de las cuotas. Lo devengado no coincide con lo exigible.

La práctica de los juzgados de lo mercantil determinaba que se atendiera a la fecha de devengo operación por operación, de tal manera que sólo las cuotas devengadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso eran créditos contra la masa; este criterio, obligaba a realizar un prorrateo dentro de un mismo periodo de autoliquidación. Para la Administración Tributaria, ya que el crédito en si bien exigido por la diferencia entre el IVA devengado y el deducible en cada uno de los periodos de autoliquidación, considerando esta fecha como la determinante en la consideración de créditos contra la masa o concursales.

En primer termino nos referimos a los créditos por IVA Sentencia núm. 509/ 2009, de 1 de septiembre, de la Sala de lo Civil, Sección 1a del Tribunal Supremo, planteando en recurso de casación, la cuestión acerca de la consideración de los créditos por IVA contra el deudor, liquidados después de la declaración del concurso. Y atendiendo a si estos son en su totalidad, créditos contra la masa o, si por el contrario, deben considerarse como créditos concursales aquellos que corresponden a hechos imponible anteriores a la declaración del concurso, aunque la liquidación haya tenido lugar con posterioridad.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de enero de 2009 <sup>283</sup>es claro entendiendo la aplicación integra del principio de devengo. El nacimiento del crédito a favor de la Administración Pública se produce en el momento del

---

<sup>283</sup> STS nº 842/ 2007 de 21 de enero de 2009.

devengo , independientemente de que el plazo de liquidación sea posterior. En efecto, de acuerdo con este precepto, son créditos contra la masa los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso.

Considera el Tribunal Supremo que el IVA devengado con anterioridad a la declaración del concurso será crédito concursal, mientras que el IVA devengado con posterioridad lo será contra la masa. Para la Administración, surge en este punto el problema de dividir la liquidación y de que esta no le es conocida hasta pasado el periodo legal en que debe presentarse, dando lugar a los consecuentes problemas para comunicar este crédito en el plazo del mes recogido en el artículo 85 LC 22/ 2003. Sin embargo no ha sido este motivo suficiente para el Tribunal.

En el apartado V de la Exposición de motivos de la ley 7/ 2012<sup>284</sup> se hace referencia a los cambios en materia de IVA en aras de poder facilitar el cumplimiento de la obligación por parte de la Administración de tal manera que *«la situación de concurso del obligado tributario requiere de un tratamiento particular en el Impuesto con la finalidad de facilitar su gestión e impedir que se altere la neutralidad en perjuicio de la Hacienda Pública. En los supuestos en los que el auto de declaración de concurso se dicta a lo largo del periodo de liquidación del Impuesto es necesario diferenciar si los créditos son concursales o contra la masa, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, deben calificarse como concursales los créditos de IVA por hechos imponible anteriores a la declaración de concurso. Como en la regulación actual la declaración-liquidación es única, se establece, con objeto de determinar el crédito que tendrá carácter concursal, la obligación de presentar dos declaraciones-liquidaciones, una por los hechos imponible anteriores a la declaración de concurso y otra por los posteriores, en los términos que se desarrollen reglamentariamente. En la primera de esas declaraciones el concursado estará obligado a aplicar la totalidad de los saldos a compensar correspondientes a periodos de liquidación anteriores a la declaración de concurso»*<sup>285</sup>.

Si nos referimos al concepto de retención a cuenta, existe una obligación por parte de un tercero ajeno a la relación tributaria principal, al que se denomina

---

<sup>284</sup> Ley 7/ 2012, de 7 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación a la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

<sup>285</sup> SSTs 1 septiembre 2009, STS 10 enero 2012, STS 3 marzo 2011, STS 3 octubre 2011, STS 10 enero 2012, STS 18 febrero 2013;

retenedor, porque con motivo de los pagos que realiza el sujeto pasivo del IRPF, detrae una cantidad y la ingresa en el Tesoro, en un plazo determinado. De este modo el sujeto al que le han retenido, tiene derecho a resarcirse de la retención soportada cuando autoliquida el impuesto a través de la deducción correspondiente.

En virtud de lo expuesto la tesis interpretativa de los tribunales de lo mercantil consideraban que la obligación del retenedor, consistente en retener e ingresar, nace en el momento en que se satisfacen las rentas, con independencia del plazo que la normativa otorga para ingresar lo retenido, en el mismo sentido que la interpretación respecto del IVA y la cuestión de la exigibilidad.

El Tribunal Supremo a través de la Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª núm. 589/ 2009, de 20 de septiembre establece el criterio que ha de operar en cuanto a las retenciones por IRPF. Estimando la Sala con fundamento en el criterio de devengo que los créditos por retenciones por IRPF contra el deudor correspondiente a rentas o salarios abonados con anterioridad a la declaración del concurso, con independencia del momento de conclusión del plazo para el ingreso, constituyen créditos concursales. La Sala argumenta la diferencia existente entre el nacimiento de la obligación tributaria principal del IRPF y la referida a las retenciones que pese a mantener una bilateralidad ( retener e ingresar lo retenido) nacerá en el momento en que se satisfagan o abonen las rentas, siendo autónoma respecto de la primera<sup>286</sup>.

---

<sup>286</sup> En el apartado a) de la fundamentación de la Sentencia «Sin embargo, la obligación del retenedor es una obligación tributaria (artículo 58 LGT ) autónoma respecto de la obligación tributaria principal (según se reconoce unánimemente en la doctrina científica y en la jurisprudencia administrativa) y tiene un carácter bifronte, pues comporta en sí misma («en todo caso») la obligación de ingresar en el Tesoro el importe de lo retenido o de lo que debe retenerse si la retención no se verifica («En todo caso, los sujetos obligados a retener o a ingresar a cuenta asumirán la obligación de efectuar el ingreso en el Tesoro, sin que el incumplimiento de aquélla obligación pueda excusarles de ésta»: artículo 101.4 LIRPF 2004 ). Según el artículo 76 RIRPF de 2004 «con carácter general, la obligación de retener nacerá en el momento en que se satisfagan o abonen las rentas correspondientes.» De esta regulación se sigue que la obligación del retenedor, en sus dos aspectos de retención e ingreso en el Tesoro, 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. No entendemos aceptable la posición de la Abogacía del Estado con arreglo a la cual nacerían en momentos diversos la obligación de retener y la obligación de ingresar lo retenido en el Tesoro, pues la regulación que acaba de exponerse refleja que se trata de dos aspectos de la misma obligación tributaria sujetos a un régimen conjunto.»

Aplicando este principio, debe entenderse que el momento de nacimiento del crédito en favor de la Hacienda Pública por retenciones por el IRPF, es el del abono de las rentas o salarios, que no se produce por días, sino al final del mes y determina que el crédito tenga carácter concursal si el abono se ha producido con anterioridad a la declaración del concurso, en virtud de lo establecido en el artículo 84.2.10.º LC 22/ 2003 , aunque el plazo establecido por las normas tributarias para la liquidación o el ingreso haya concluido con posterioridad. GÓMEZ MARÍN cuando ya no se plantea la posibilidad de realizar la división de la cantidad a retener en función de los días transcurridos antes y después de la declaración del concurso <sup>287</sup>.

#### **4.3.2) Créditos derivados de tributos periódicos**

Tras la fundamentación expresada por el Tribunal Supremos en relación a la obligación de retenciones por IRPF, y a pesar de no haber sido resuelta expresamente la cuestión relativa a este tipo de tributos, no parece que tenga que ser diferente, es decir que debemos apartarnos del criterio de devengo y aplicar entonces la exigibilidad de cada uno para determinar si un crédito tributario es concursal o contra la masa.

Así, en la Sentencia núm. 589/ 2009, de 20 de septiembre, se expresa que el nacimiento de la obligación tributaria principal que corresponde al contribuyente por renta tiene lugar con la realización del hecho imponible, que coincide con el momento de devengo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 LGT. Según el artículo 6.1 LIRPF 2004, constituye el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente. Este precepto debe completarse con lo dispuesto en el artículo 12 LIRPF 2004, del que resulta que hecho imponible es la obtención de renta por el contribuyente durante el periodo impositivo anual. El criterio supondría tener en cuenta el momento del nacimiento de la obligación tributaria principal, que nace en el último día del periodo impositivo. Se IRPF se devengan al final del periodo impositivo, con independencia de que su exigibilidad sea muy posterior y con independencia de que la exigibilidad se adelante a la finalización de dicho

---

<sup>287</sup> GÓMEZ MARÍN, F.; «Los créditos públicos en sede concursal.» en *Revista técnica tributaria*, núm. 89, Ed. Asociación Española de Asesores Fiscales, 2010.pág. 70, cuando ya no se plantea la posibilidad de realizar la división de la cantidad a retener en función de los días transcurridos antes y después de la declaración del concurso.

periodo en forma de obligación de realizar pagos fraccionados. El hecho imponible es la obtención de renta por el contribuyente, durante un determinado periodo, incluso no parece adecuado fraccionar los periodos durante los cuales se ha venido realizando el hecho imponible a fin de que resulten calificados como créditos concursales los que procedan de las rentas obtenidas hasta la fecha de la declaración del concurso y sean créditos contra la masa los que procedan de las rentas obtenidas con posterioridad. Conclusión a la que se llega, pues, como se ha expresado, el hecho imponible se produce a lo largo de la totalidad del periodo impositivo, no en cada uno de los actos en los que el contribuyente obtiene la renta<sup>288</sup>.

Igualmente podríamos clasificar como créditos contra la masa aquellos créditos por tributos locales que se devengan con carácter anual, con independencia de que su exigibilidad pueda encontrarse parcialmente adelantada al criterio de devengo.

#### **4.3.3) Créditos por sanciones.**

Entiende PEREZ CRESPO PAYA que las sanciones nacen desde que existe el acto de autoridad que las impone, pero recalca que ya en el sistema previo a la LC 22/ 2003, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción mantuvo, aunque en un régimen legal diferente, el criterio de accesoriedad a efectos de su fecha, por razones de equidad y justicia<sup>289</sup>.

Si hablamos de sanciones, son créditos *ex lege* y la fecha en que tiene lugar el auto de declaración del concurso se determina por el legislador como el momento preciso para configurar los créditos que pudieran surgir posteriormente como créditos contra la masa.

Si atendemos a la legislación tributaria, la sanción surge con la resolución administrativa, donde se recoge la sanción, y es independiente de la fecha en la que se entiende la correspondiente infracción<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> FRAILE FERNANDEZ, R.: «La posición del crédito tributario en el concurso de acreedores», Op. Cit. Pág

<sup>289</sup> PAYA, F.: «La Hacienda Pública y las situaciones concursales», en VVAA, *Estudios sobre la nueva LGT 58/2003; Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras*, Dir. MARTINEZ LAFUENTE A.: 2004. Pág. 70

<sup>290</sup> Art. 211.3 LGT 58/ 2003. aptdo 3. La resolución expresa del procedimiento sancionador en materia tributaria contendrá la fijación de los hechos, la valoración de las pruebas practicadas, la determinación de la infracción cometida, la identificación de la

Se trata del único supuesto ante el cual el Tribunal Supremo cambia, el criterio de devengo aplicado en el fundamento de otras decisiones, entendiendo que la fecha que determina la clasificación es la de la comisión de la conducta sancionable. Así en la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2011 fundamenta basándose en principios básicos del derecho concursal y más allá de las consideraciones que el Derecho administrativo sancionador tuviera en cuanto a la fecha de comisión de la infracción.

*«Lo que verdaderamente importa en orden a la calificación de los créditos a que se refiere el art. 84.2.10º de la LC 22/2003 es cuando se produce su nacimiento y no su reconocimiento.. Y tal génesis tiene lugar con el hecho normativo que, por constituir un incumplimiento o infracción tributaria, crea la posibilidad de la sanción. No es, por lo tanto, la fecha de la resolución administrativa que impone la sanción, cómo no lo sería la resolución judicial que declarase la existencia de una responsabilidad extracontractual, lo que hay que tener en cuenta, sino la fecha en que se produce el acaecimiento del que nace la obligación. La LC 22/2003 se refiere a las obligaciones nacidas de la ley».*

Si la conducta tipificada se produce antes de la declaración de concurso, aunque la sanción venga después, el crédito es concursal y por tanto subordinado. En consecuencia con el principio de igualdad entre acreedores, se esta aplicando una interpretación restrictiva de los créditos contra la masa y a la hora calificar un crédito a efectos de la LC 22/ 2003, no ha de confundirse la sanción con la obligación de la que procede, de tal manera que al clasificar los créditos por sanciones no se debe atender al momento del nacimiento de la obligación, sino al momento de comisión de la conducta sancionada, por ser esta la determinante del régimen aplicable también a la sanción, en congruencia, de una parte, con los principios rectores de la potestad sancionadora, entre ellos el de irretroactividad, que imposibilitan sancionar conductas que no estuvieran ya tipificadas en el régimen vigente al tiempo de su comisión. El crédito cuyo devengo sea anterior a la declaración del concurso será crédito concursal, mientras que aquel cuyo devengo sea posterior será crédito contra la masa.

---

persona o entidad infractora y la cuantificación de la sanción que se impone, con indicación de los criterios de graduación de la misma y de la reducción que proceda de acuerdo con lo previsto en el artículo 188 de esta ley. En su caso, contendrá la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad.

#### **4.3.4) Créditos procedentes de procedimientos administrativos de inspección o comprobación.**

En el artículo 92.1 de la LC 22/ 2003 de la primera redacción de la LC 22/ 2003 se evitaba la degradación a crédito subordinado, de un crédito tributario que hubiese sido comunicado tardíamente por haber sido cuantificado a través de procedimiento de inspección. Aunque la Ley nada dice al respecto, sobreentendemos, que el procedimiento de inspección debía haberse iniciado antes de la declaración del concurso, principalmente por la imposibilidad de ser tramitado correctamente en un menor tiempo.

Posteriormente, con la reforma de 2009, se introduce en el artículo 87.2 LC 22/ 2003 la exigencia de reconocimiento como crédito contingente a aquel que resulte de procedimientos de inspección o comprobación y que se encuentre pendiente de cuantificar. Se añaden los procedimientos de comprobación, si bien es cierto que con la reforma de 2009 el artículo 92 de la LC 22/ 2003 no resulta modificado, la calificación de los créditos como contingentes implica, como el propio artículo 87 de la LC 22/ 2003 expresa, que estos serán calificados conforme a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía.

En el periodo anterior a la última reforma, la Administración disponía del plazo aproximado de dos meses para iniciar los pertinentes procedimientos de comprobación o inspección si quería que el crédito que se reconociese a través de ellos pudiera considerarse un crédito concursal. Con la reforma de 2011, se modifica el artículo 92.1 LC 22/ 2003 que limita la pena de subordinación por comunicación tardía a aquellos créditos surgidos en virtud de las actuaciones de comprobación de las Administraciones Públicas. Lo importante se deriva no obstante en relación a la posible comunicación de nuevos créditos antes de la presentación del texto definitivo, así como las causas de modificación de dicho texto contenidas en el artículo 97 LC 22/ 2003. Si la Administración inicia un procedimiento de inspección o de comprobación emitido ya, el informe o la lista definitiva de acreedores, los créditos que en el procedimiento se estén cuantificando serán reconocidos como contingentes. Así pues, se permite a la Administración iniciar actividades de investigación, a fin de determinar un crédito tributario, con posterioridad al cierre de la lista definitiva de acreedores.

La Ley permite iniciar dos tipos de procedimientos, el procedimiento de comprobación que no es sino un procedimiento de gestión tributaria con similares

características al procedimiento de inspección, pero con diferencias en cuanto a capacidad de actuación de la Administración y órgano actuante y el procedimiento de inspección puede ser total o parcial, ambos estarían incluidos dentro de la excepción contenida en el artículo 97. 3. 2o LC 22/ 2003 añadido por la LC 38/ 2011. En este punto es preciso recalcar que se trata de procedimientos que se inicien después de la fecha de publicación del informe por parte de la administración concursal. Es por ello que aquellos procesos que se hubieran iniciado con anterioridad y cuyos créditos no se hubieran comunicado expresamente por el cauce previsto en el artículo 85 LC 22/ 2003 o en el que otorga el artículo 96 bis LC 22/ 2003, no son objeto de este privilegio. Cuestión distinta es, que por el conocimiento que la administración concursal hubiera tenido de la existencia de tales créditos y del inicio de dichos procedimientos mediante la oportuna notificación enviada al obligado tributario, haya debido, en virtud del artículo 86. 1 LC 22/ 2003, reconocerlos y atribuirles, en virtud del artículo 87.2 LC 22/ 2003 segundo inciso, la característica de contingentes hasta que se resuelva el procedimiento, sin someterlos a la pena de subordinación.

Por lo tanto, no es de vital importancia la cuestión temporal del inicio del procedimiento a efectos de la inclusión del crédito en el concurso. Tampoco se puede olvidar que el privilegio de inclusión en la lista de acreedores de aquellos créditos que resulten de un procedimiento de comprobación o inspección no es infinito. Sólo es posible modificar la lista de acreedores por el cumplimiento de la contingencia, es decir por haber sido cuantificados los créditos resultado del procedimiento de comprobación o inspección, bien del artículo 87.2 o del artículo 97.3, hasta que se haya aprobado una propuesta de convenio o se hayan emitido los informes de conclusión de la liquidación, recogido en el artículo 152.2 LC 22/ 2003, o de insuficiencia de masa activa del artículo 176.bis.2 LC 22/ 2003<sup>291</sup>.

De la misma manera se expresa la sentencia núm. 162/ 2012, de 8 de marzo, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, «*En la actualidad y ya vigor la LC 38/2011 de 10 de octubre, el artículo 97 bis en su apartado 1 , permite la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores, antes de que recaiga resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el Juzgado los informes previstos en los apartados segundo de los artículos 152 y 176 bis. Es decir, que la nueva*

---

<sup>291</sup> FRAILE FERNANDEZ R. «La posición del crédito tributario en el concurso de acreedores» Universidad Rey Juan Carlos, 2014, pág 268. <http://hdl.handle.net/10115/12441>.

*normativa y en lo que afecta a este caso, permite la modificación de los textos en el marco de la fase de liquidación y hasta la conclusión de la misma. Pero ello únicamente en relación con los casos expresamente previstos legalmente, conforme así lo expone el art. 97.3, en cuyo ordinal segundo hace referencia a los créditos concursales derivados de un procedimiento administrativo de comprobación o inspección por las Administraciones Públicas, pero señalando de forma imperativa que ese procedimiento administrativo se haya iniciado después de presentado el informe inicial a que se refiere el art. 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores».*

#### **4.3.5) Créditos por cantidades defraudadas a la Hacienda Pública.**

En este apartado nos referimos no a cantidades devengadas a raíz de un procedimiento sancionador de carácter administrativo, la LC 22/ 2003 se viene refiriendo a los créditos que se encuentran cuantificándose a través de un procedimiento de carácter penal.

En virtud de los artículos 305.1, 307.1 y 308.1 Código Penal se seguirá este proceso cuando las cantidades defraudadas superen la cuantía de 120.000 euros. Tal y como consta en el artículo 32 del Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario<sup>292</sup>, en el supuesto de que la Administración considere que la conducta del obligado tributario pudiera ser constitutiva del delito tipificado en el artículo 305 del Código Penal, se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo y, tras realizar las gestiones internas pertinentes, se dará traslado al Ministerio Fiscal o a la jurisdicción competente.

La evolución de estos créditos en la LC 22/ 2003 ha sido similar a la de los créditos que se derivan de procedimientos de comprobación e investigación, es decir, de no decirse nada en un primer momento, con la reforma del 2009 de añadió su clasificación como contingentes hasta su reconocimiento por sentencia judicial y en la actualidad al igual que ocurre con los créditos nacidos de procedimientos de comprobación e inspección, estos pueden ser incluidos en la lista de acreedores, en virtud del artículo 97 de la LC 22/ 2003, en un momento

---

<sup>292</sup> Art. 32 Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario: «1. En el supuesto de que la Administración tributaria considere que la conducta del obligado tributario pudiera ser constitutiva del delito tipificado en el artículo 305 del Código Penal, se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo que quedará suspendido y procederá de conformidad con lo dispuesto en este artículo. También quedará suspendido el procedimiento administrativo cuando la Administración tributaria tenga conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos».

posterior a la finalización del plazo de comunicación de créditos.

4.4 Créditos tributarios con privilegio especial. Art. 90.1 LC 22/ 2003. El privilegio de la hipoteca legal tácita.

El Art. 90.1 de la LC 22/ 2003 establece que «son créditos con privilegio especial: 1.º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados»<sup>293</sup>.

Determinaremos entonces en relación al privilegio especial tanto los supuestos relativos a la hipoteca legal, como cualquier otro crédito con garantía de las previstas en la ley, con los requisitos y formalidades a efectos de su oponibilidad a terceros, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 90.2 de dicha Ley. Por tanto quedarían incluidos dentro de estos créditos tributarios con privilegio especial los llamados «créditos garantizados», por ejemplo, a través de hipoteca voluntaria, existiendo un aplazamiento o la suspensión de la ejecución del acto de liquidación.

El privilegio en realidad coloca estos créditos en una posición tal que cobran con carácter preferente al resto de los créditos sobre el bien objeto de garantía. Ante la presencia de un crédito tributario con privilegio especial por la existencia de una garantía real, y teniendo en cuenta lo previsto en el art. 155.1 de la LC 22/ 2003, su pago se realizará con cargo a los bienes y derechos afectos y hasta donde alcance el valor del bien o derecho afectado. Y, por lo que respecta a los intereses y recargos tal y cómo señala el artículo 59.1 de la LC 22/ 2003 que corresponden a los créditos con privilegio especial, los mismos serán exigibles sin que se origine la suspensión de su devengo ni su subordinación hasta donde

---

<sup>293</sup> Apartado 1.º del número 1 del artículo 90 redactado por el número sesenta y uno del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012

El artículo 90.1, a los efectos de la clasificación de los créditos afectados, se aplicará a los concursos en tramitación al tiempo de la fecha de entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal. A tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta ley, constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la LC 22/ 2003 (Disposición transitoria cuarta de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre).

alcance la respectiva garantía <sup>294</sup>.

Si la garantía no fuese suficiente para abonar el principal del crédito y los intereses, el exceso recibiría el tratamiento según la naturaleza del mismo. Por ejemplo si fuera la obligación tributaria principal, podría decirse que el exceso es un crédito con privilegio general hasta el límite legal. Y, por lo que respecta a los intereses no cubiertos, anteriores al concurso, se clasificarían cómo subordinados, los posteriores serían afectados por la regla del art. 59.1 de la LC 22/ 2003 y, por ende, suspendido su devengo.

Además el art. 90.1 de la LC 22/ 2003, reconoce como créditos con privilegio especial a aquellos garantizados con hipoteca voluntaria o legal. Aquí si podemos afirmar que estamos en presencia de un derecho de prelación especial también denominado hipoteca legal tácita, según el art. 78 de la LGT *En los tributos que gravan periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior.*

CHICO ORTIZ se refiere a la hipoteca legal tácita cómo «aquellas que participan de la afección real sobre el bien que gravan, establecida en garantía de obligaciones inherentes al derecho de propiedad, de origen legal y que no requieren del requisito constitutivo de su inscripción para que exista y surta efectos»<sup>295</sup>

La hipoteca legal tácita, se configura como un privilegio especial en la LC 22/ 2003, y despliega por tanto sus efectos en relación con los titulares actuales de los bienes o derechos sobre los mismos, al ser una garantía real. En realidad se configura como una excepción al principio de fe publica registral, con origen en la Ley y que no necesita ser inscrita en el Registro Público correspondiente.

Recordemos que el carácter privilegiado de un crédito consiste en una excepción al principio de igualdad de trato de los acreedores y se produce cuando

---

<sup>294</sup> PEREZ VEGA, A.. «El acreedor hipotecario en el procedimiento concursal de su deudor» *Actualidad Civil*, Núm., 19, *Quincena del 1 al 15 Nov. 2009*, *La Ley*, pág. 2237,

<sup>295</sup> CHICO ORTIZ, J.M.: *Estudios sobre derecho hipotecario*, tomo II, Marcial Pons, 1989, pág. 134.

la ley concede a uno de estos la facultad de cobrar con preferencia al resto, sobre el producto obtenido por la realización de los bienes del deudor o de otras personas.

La preferencia es una cualidad que otorga la Ley con carácter restrictivo y, por ende, no es negociable, al ser atribuida por normas sustantivas en atención a criterios de política legislativa, su función se limita a determinar cuál de entre varios acreedores de un mismo deudor tiene derecho a satisfacer su crédito con preferencia a los demás, con cargo a bienes determinados o a todo el patrimonio del deudor, no es un derecho real, sino una cualidad del crédito de carácter personal. La preferencia no otorga al acreedor un derecho frente al deudor que ya no tuviere, sino que actúa cuando existe concurrencia de acreedores, ni tampoco otorga al acreedor que la ostenta un derecho de enajenar forzosamente los bienes del deudor previamente a otros acreedores, ni a figurar en el Registro con anterioridad a otros créditos no preferentes.

No se puede confundir la preferencia crediticia con la prioridad registral, la cual deriva del orden de ingreso en el Registro de los asientos (*prior in tempore potior in iure*), que es totalmente independiente del carácter del crédito, pues la preferencia crediticia no afecta a la anotación preventiva de embargo de su prioridad.

DÍEZ PICAZO, entiende que la normativa que establece los privilegios «no concede al acreedor ningún derecho subjetivo autónomo. Por el contrario, el privilegio es una simple cualidad del crédito y, por consiguiente, una simple facultad atribuida, que forma parte del contenido general de un derecho más amplio. Por ello, se hace preciso distinguir aquellos privilegios que van unidos a un derecho especial de garantía (por ejemplo, prenda, hipoteca) y aquellos que se conceden a un acreedor que carece de una garantía especial. En el primer caso existe efectivamente un derecho real, pero el carácter real no es una consecuencia específica del privilegio, sino del carácter que tiene la garantía de que el privilegio es consecuencia. En el segundo caso no se puede hablar de derecho real ni de reipersecutoriedad. el privilegio es una simple facultad del acreedor para reclamar el cobro preferente frente a otros acreedores»<sup>296</sup>.

Por ello, debemos reiterar que el privilegio «no es un derecho autónomo sino

---

<sup>296</sup> DÍEZ PICAZO, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias, op. cit., pág. 753.

*una cualidad o propiedad de un derecho que puede acompañar tanto a un derecho real como a un derecho de crédito, sea éste simple o garantizado*». En este sentido, señala RODRIGUEZ BEREIJO que la preferencia general de la Hacienda Pública se manifiesta, cuando previo embargo y enajenación de los bienes, se procede a repartir el valor obtenido de la venta de los mismos, y es precisamente en ese momento cuando lo que era simplemente una cualidad del crédito se convierte en un derecho real sobre el producto de la realización forzosa de los bienes<sup>297</sup>.

La dificultad mayor en este tema la encontramos en los llamados privilegios especiales, que algunos autores equiparan a las garantías reales. Y es que si se asume como privilegio especial el derecho de preferencia o prelación que un acreedor despliega frente a los otros acreedores sobre el producto que se obtenga de la venta de determinado bien o bienes, entonces el derecho de preferencia o prelación se asemejará mucho a un derecho real de garantía, porque no sólo se otorga al acreedor privilegiado una preferencia sino que se le concede un derecho de persecución.

En el panorama tributario vigente, se utiliza el término de hipoteca legal tácita para denominar la figura que regula el artículo 78 de la LGT, sucesor del artículo 73 de la LGT de 1963. Este prevé que *«en los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior»*.

El precepto configura la hipoteca legal tácita como una garantía del crédito tributario, que no necesita de inscripción ni de pacto entre los interesados porque opera por la propia disposición de la ley y que se perfecciona y se constituye una vez que se produce el hecho que está previsto en la norma que la crea. Para algunos autores, sin embargo, no es más que un privilegio especial, diferente del privilegio general del artículo 77 de la LGT, obsoleto y de limitada aplicación práctica, que debería desaparecer de la ley o ser reconducido al ámbito de los privilegios especiales.

---

<sup>297</sup> RODRÍGUEZ BEREIJO, A., «Las garantías del crédito tributario», op. cit., pág. 199; FALCÓN Y TELLA, R., «Hipoteca Legal Tácita», Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. II. Civitas, Madrid, 1995, pág. 3317;

La hipoteca legal tácita, en suma, es un derecho real de garantía que puede exigirse con preferencia erga omnes frente al resto de los acreedores concurrentes y, a pesar de que su ámbito de aplicación se encuentra actualmente muy restringido, constituye un instrumento muy válido a disposición de la Hacienda Pública para hacer efectivo el cobro de su crédito tributario, más potente incluso que el derecho de prelación general del artículo 77 de la LGT, y muy similar al derecho de afección del artículo 79 de la LGT, con el que comparte la misma naturaleza jurídica y del que se distingue por los efectos que produce.

En el ámbito concursal este privilegio tributario que no es concursal pues la LC 22/ 2003 omite cualquier referencia al mismo, si la Administración quiere gozar de prelación y preferencia deberá proveerse de la correspondiente garantía real que le inmunice de la concurrencia de otros acreedores de menor rango y peor privilegio, por lo que habrá de negociar sendas hipotecas o prendas si pretende prevalecer su derecho sobre quien tiene su posición de crédito garantizado con derechos reales de garantía respecto a los bienes sobre los que las mismas recaen. Además habrá de anotar preventivamente el embargo que pretende trabar ante lo incobrable que resulta su crédito tributario.

Se está entonces reconociendo una preferencia de cobro a favor de la Administración Tributaria, para los tributos periódicos que graven bienes o derechos inscribibles en un Registro público o bien lo que constituyen sus productos directos, extendiéndose a la deuda correspondiente al año en que se ejercita la referida acción administrativa de cobro y a la del año inmediato anterior.

Sin embargo no se precisa para la preferencia que este constituida o inscrita garantía alguna, pese a que admitiría su reflejo registral mediante la correspondiente anotación preventiva, de esta manera prevalecería frente a otro acreedor o adquirente del bien o derecho, incluso si este hubiese inscrito sus derechos con anterioridad<sup>298</sup>.

Con la hipoteca legal tácita, los créditos tributarios garantizados

---

<sup>298</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Asturias 30 de Mayo de 2007: «Ahora bien se ha de precisar que, a pesar de que la garantía que implica el ejercicio de la hipoteca legal tácita se extiende igualmente a los recargos que integran la deuda tributaria, de un tiempo a esta parte los juzgados de lo mercantil tienden a limitar el privilegio únicamente a las cuotas, adquiriendo en cambio el carácter de subordinados los recargos. »

quedarían privilegiados incluso respecto a los acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito, si bien solamente respecto de los créditos correspondientes al año natural en que se inscriba el derecho de los acreedores antedichos y al inmediato anterior. En cuanto al contenido del crédito tributario privilegiado por la hipoteca legal tácita, no hay inconveniente en concluir que, si bien ésta no cubre las sanciones, sí aLC 22/ 2003anza los intereses de demora y los recargos.

#### 4.5. Créditos tributarios con privilegio general. Estudio particular de las retenciones y el privilegio general derivado del apartado 4º del art. 91 de la LC 22/ 2003

Una de las cuestiones sin duda más importantes, sino la más, en el seno del concurso de acreedores es la de determinar hasta dónde llega , es decir el límite del privilegio tributario, si aLC 22/ 2003anza toda deuda u obligación tributaria, siendo estas obligaciones principales, de ingresar en cuenta o si además como señala VEIGA COPO se incluye lo que se conoce como *tributos parásitos*, es decir cualquier obligación accesorias, como son las sanciones tributarias pecuniarias, o bien incluye únicamente la cuota tributaria y en su caso ciertos recargos que sin ser *strictu sensu* cuota tributaria si se asimilan a la misma tanto en su naturaleza como en su fundamento<sup>299</sup>.

En primer lugar debiéramos atender a los créditos derivados por las retenciones , las que se realizan fundamentalmente a través de las nóminas de los trabajadores.

Cómo ya quedo aclarado en el apartado de los créditos contra la masa, el trato que definitivamente se ha dado a las retenciones tributarias debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal, es de la condición de auténticos derechos de crédito concursales, si bien, con el carácter de privilegiados. Evitando en tal manera su separación del concurso, pero, clasificando a las retenciones, sin limitación alguna, en un puesto preferente

---

<sup>299</sup> VEIGA COPO, A.: «El computo del privilegio general y del recargo de los créditos tributarios en el concurso de acreedores» Anuario de derecho concursal, núm. 20, 2010.

dentro de los créditos con privilegio general, concretamente, en el segundo orden, y tan solo superado por los créditos de los trabajadores con las limitaciones cuantitativas que el propio precepto establece. Es decir se ubica a tales créditos en el apartado 2 del artículo 91. Incluso podríamos decir que es también clara la posición de los intereses de demora y sanciones, que no gozan de privilegio, y por tanto se colocan en la categoría de subordinados, respecto de los recargos finalmente se ocupó la STS de 21 de enero de 2009 y más adelante volveremos sobre ellos.

Interesa entonces en este punto atender al privilegio del de la LC 22/ 2003, el cual establece que *«Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social, que no gozan de privilegio especial, ni del privilegio general del número 2º visto anteriormente, sobre retenciones, son clasificados en la nueva LC 22/2003 como créditos con privilegio si bien, 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»*.

De la lectura del 91.4 entendemos que la Ley opta por conceder el privilegio pero tan sólo por el cincuenta por ciento de sus créditos, por lo que el otro cincuenta por ciento, de no ostentar otra clasificación específica, se considerará como ordinario y, por tanto, sometido a un eventual convenio. Por tanto quedarían a salvo aquellos que constasen como créditos con privilegio especial, por ejemplo, si estuvieran garantizados con hipoteca voluntaria, o bien, mediante hipoteca legal tácita; aquellos que también tengan un privilegio general de mejor condición, como es el caso de las retenciones; y por ende aquellos considerados como créditos subordinados, ejemplo de estos últimos serían los intereses y sanciones.

A la hora de determinar o interpretar la extensión del cincuenta por ciento referido en el texto legal, se han generado una multitud de opiniones en los sectores doctrinales incluso jurisprudenciales; el profesor GARCIA GÓMEZ señala que ha de dilucidarse si sobre la base del 91.4º de la norma concursal, pesa un sentido holístico y por tanto omnicompreensivo de toda la cuota tributaria, o solo tamaño reducción se circunscribe a determinadas obligaciones tributarias<sup>300</sup>.

---

<sup>300</sup> GARCIA GOMEZ, E.: «Algunas cuestiones controvertidas sobre la calificación de los créditos tributarios.(comentario a la STS 21/ 01/ 2009)» *Anuario de Derecho Concursal* 2009-3 núm. 18 págs. 371 y 382

En cualquier caso la limitación expresada por la ley supone el planteamiento de una serie de cuestiones, en torno a si coexistiesen varios créditos de distintas haciendas, o si el límite es global para todos o cada Hacienda tiene su límite individualizado.

Respecto de la primera cuestión parece que la ley atribuye el privilegio a los créditos tributarios y demás de Derecho Público por lo que parece que afecta a todos los acreedores tributarios, entendiendo el Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, a quienes por otra parte ya nos hemos referido cuando la LGT 58/ 2003 de modo expreso les atribuye el privilegio de hipoteca legal tácita<sup>301</sup>.

El art. 91.4º reconoce el privilegio a los créditos tributarios y demás créditos de Derecho Público, es decir son privilegiados los derechos de la Hacienda diferentes de los tributarios, con contenido económico y cuya titularidad corresponda a una Administración Pública o a sus organismos autónomos, siempre y cuando deriven del ejercicio de potestades administrativas.

La ambigüedad de la ley en la interpretación del límite del cincuenta por ciento ha mantenido básicamente dos posturas:

a) Considerar que el cincuenta por ciento debe calcularse sobre el total del conjunto de los créditos tributarios o, en su caso, de la Seguridad Social, con independencia de su clasificación legal. Por tanto, incluyendo el importe de los que ostenten privilegio especial, retenciones, incluso subordinados, sirviendo la cifra resultante, como límite máximo para la clasificación del privilegio general del LC 22/ 2003 y, sin perjuicio de que en todo o en parte, dicha cifra resultante o límite máximo, tenga otra clasificación legalmente establecida.

Es decir, prevalecería la clasificación legal, sea como privilegiado especial, general de segundo orden en el pago, o subordinado, por lo que sólo el remanente hasta el citado límite máximo tendría la consideración de privilegiado general de cuarto orden en el pago.

Ejemplo: el concursado adeuda a la HP un total de 2000 Euros, de los que 1400 Euros es deuda principal, 200 Euros retenciones y 400 Euros sanciones. Conforme al criterio anterior, la base del cálculo serían los 2.000 Euros, por lo que

---

<sup>301</sup> También la ley 47/ 2003 General presupuestaria hace referencia a los créditos de que sean titulares los organismos autónomos y los de la Seguridad Social, para dilucidar la preferencia de estos con los de la Hacienda Pública en sentido estricto.

el 50% ascendería a 1000 Euros, que operan como límite máximo del privilegio general. A la hora de clasificar los créditos tributarios en el concurso, tendríamos:

- Privilegiado general del art. 91.2º, es decir, retenciones = 200 Euros.
- Subordinado = 400 Euros.
- Privilegiado general del art. 91.4º =  $(1000 - 200) = 800$  Euros.
- Crédito con tratamiento de ordinario = 600 Euros.

Si de la deuda de 2.000 Euros, tenemos un principal 800 Euros, de los cuales 300 Euros gozaran de garantía hipotecaria; retenciones 700 Euros y sanciones 500 Euros, tendríamos:

• Privilegio especial del art. 90.1º LC 22/ 2003 (crédito hipotecario) = 300 Euros.

- Privilegiado general del art. 91.2º, es decir, retenciones = 700Euros.
- Subordinado = 500Euros.
- Privilegiado general del art. 91.4º =  $[1000 \text{ Euros (Límite máx.)} - 300 \text{ (Priv. especial)} - 700 \text{ (retenciones)}] = 0$  Euros, pues, los créditos que ostentan otra clasificación legal con privilegio, superan el citado límite máximo, así calculado.
- Crédito ordinario = 500Euros, restantes.

b) Consideramos, en cambio, que para el cálculo del privilegio general del LC 22/ 2003, deben excluirse los créditos que ostenten otra clasificación diferenciada, es decir, tanto los subordinados, como los que ostenten privilegio especial e incluso, los que clasificados como con privilegio general lo sean de mejor orden, es decir, las retenciones. Sobre dicha base, se hallará el cincuenta por ciento al que se le clasifica como con privilegio general, siendo el cincuenta por ciento restante, crédito ordinario.

Siguiendo con el mismo ejemplo antes apuntado: si el concursado adeuda a la HP un total de 2.000 Euros, de los que 1400 Euros es deuda principal, 200 Euros retenciones y 400 Euros sanciones. Conforme este último criterio, la base del cálculo serían 1400 Euros, por lo que el 50% ascendería a 700 Euros, que operan como límite máximo del privilegio general. A la hora de clasificar los créditos tributarios en el concurso, tendríamos:

- Privilegiado general del, es decir, retenciones = 200 Euros.
- Subordinado = 400 Euros.
- Privilegiado general del = 700 Euros.
- Crédito ordinario = 700 Euros, restantes.

Vemos así el diferente resultado al que se podía llegar según los distintos criterios que se adoptaran a la hora de determinar la base del cálculo del límite cuantitativo del cincuenta por ciento.

Incluso de esta doble vertiente se derivaban nuevas interpretaciones, sosteniendo la Administración Tributaria en muchos de los litigios en los que ha concurrido, que el cincuenta por ciento, habría de aplicarse sobre la totalidad de los créditos de los que sea titular la Hacienda Pública, independientemente de cual resulte ser su clasificación, habiendo de incluir en dicha base de cálculo los calificados con mayor privilegio y los subordinados. Es decir en este caso se mantiene una interpretación literal del artículo<sup>302</sup>, en el que se alude como base de cálculo al «conjunto de los créditos de la Hacienda Pública».

PEREZ ROYO señala a tal efecto que la expresión conjunto de créditos significa sencillamente que este conjunto puede integrar créditos correspondientes a diversos tributos<sup>303</sup>.

De este modo se han ido sucediendo las cuestiones particulares en torno al modo de computar el límite cuantitativo del privilegio general del LC 22/ 2003, aun cuando las resoluciones de los Juzgados Mercantiles se fueron decantado, desde la entrada en vigor de la LC 22/ 2003 en 2004, de forma abrumadoramente mayoritaria, a favor del cómputo selectivo, zanjándose definitivamente la cuestión en dos sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009), que acogió este criterio y a la que ya hemos hecho mención<sup>304</sup>.

En la citada sentencia se recoge como la Administración tributaria pretendía hacer valer a la hora de efectuar el cómputo del 91.4º, que para calcular el límite del 50% es necesario primero determinar y sumar el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública independientemente de su clasificación o condición, y a continuación sobre el resultado calcular el 50% de modo que esa cifra sería el límite de los créditos de la Hacienda Pública.

---

<sup>302</sup> En contra de esta interpretación se sitúa PEREZ ROYO, F.; «El privilegio general de los créditos tributarios(según la interpretación auténtica contenida en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)» Quincena Fiscal, núm. 1 2007 pag.8

<sup>303</sup> *ibid*. PEREZ ROYO, F. « El privilegio,... » págs.. 9 y ss.

<sup>304</sup> Antes de dichas sentencias, destacar las siguientes: , SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 21/ 09/ 2006, y de , Sentencia JM N° 1 de Bilbao de 29/ 12/ 2006, Sentencia JM juzgado mercantil nº 1 de Oviedo de 12/ 03/ 2007, 10/ 05/ 2006, sentencia JM nº 1 de Valencia de 2/ 09/ 2005.

El fundamento 2º de la citada Sentencia establece « *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 fijación de un porcentaje, de modo que una parte de dichos créditos, en la medida adoptada en atención a razones de política legislativa queda privilegiada con el rango que le otorga la propia norma, y la parte restante tiene la calificación de créditos ordinarios, concepto residual pero que acumula la generalidad de los créditos concursales, sujetos a la regla de la par conditio creditorum. Tal función de configurar el privilegio general genérico, se refuerza por la ubicación sistemática del precepto, y la propia expresión del inciso segundo “este privilegio”* ».

Por tanto no cabe duda que para calcular el porcentaje, no debemos tomar en cuenta los créditos inasignables en los artículos 90, 91 y 92 de la LC 22/ 2003, porque los mismos ya están clasificados con una u otra condición. Lo cual es coherente con una lógica formal del sistema y además evita el sin sentido de una doble calificación de los créditos ya clasificados.

Concluyendo entonces con esta problemática señalamos por último la Sentencia del TS de 29 de Septiembre de 2010 que cierra la problemática que los créditos reciben en el concurso, ya se cierre por convenio, ya sea por liquidación, puesto que la Interpretación del Tribunal reafirma la escala de graduación contenida en la LC 22/ 2003 .

Nos referimos a la citada sentencia particularmente en lo que se refiere al Fundamento de derecho 2º y 3º en lo que concierne a si los créditos por recargo de apremio están bien calificados como subordinados o deben serlo como dotados del privilegio general ex art. 91.4º LC 22/ 2003 y si el cincuenta por ciento del importe del crédito con privilegio general del art. 91.4º LC 22/ 2003 se ha de calcular a partir de la suma del conjunto de los créditos tributarios contra la concursada, independientemente de cuál sea su calificación.

En lo que se refiere al carácter subordinado para los créditos por recargo de apremio, el Tribunal nos remite a sus propias interpretaciones y señala que no cabe objetar la falta de mención expresa en el artículo 92 de la LC 22/ 2003. A través de las Sentencias de 21 de enero, 22 de junio y 20 de septiembre de 2009, se entiende que la enumeración de los créditos subordinados, no responde a un fundamento único y si bien es cerrada, se utilizan formulas amplias « *los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos,*

*tanto tributarios como de la Seguridad Social»* han precisado que los recargos, tienen carácter accesorio a la obligación de abonarlos, que en sentido amplio representaría la naturaleza sancionadora por falta de cumplimiento de la obligación tributaria principal consistente en el pago de la cuota tributaria.

De igual modo el Tribunal, para fundamentar la base estricta del cálculo del privilegio tributario, se basa en la mencionada jurisprudencia, y señala que no cabe tomar en cuenta los créditos ya previamente dotados de privilegio y tampoco los subordinados, porque no es razonable que el legislador los postergue o discrimine, por unas u otras razones subjetivas u objetivas, y se tomen en cuenta para incrementar la cuantía del privilegio general en perjuicio de los acreedores ordinarios, tanto más si una de las directrices de la LC 22/ 2003 es la de poda o mengua de los privilegios.

La siguiente cuestión debatida, era la que se refiere a la extensión del privilegio en cuánto como señala VEIGA COPO es determinar el perímetro exacto del crédito tributario, decir que es lo que debe estar privilegiado, lo que no y lo que debe ser subordinado<sup>305</sup>.

#### 4.6 Créditos tributarios subordinados

Definitivamente con la nueva LC 22/ 2003, se separa el pasivo principal de aquel pasivo que supone un recargo al deudor ya sea como intereses, demoras y otros recargos y sanciones.

La LC 22/ 2003 establece las mayorías necesarias para alcanzar los acuerdos de convenio referidas a lo que constituye el pasivo ordinario, una vez descontado lo que constituye el pasivo de recargo y moratorio que pasará a tener la condición de crédito subordinado.

El art. 92.3.º se refiere a los intereses de cualquier clase excepto los correspondientes a créditos con garantía real y hasta donde alcance la respectiva garantía como condición de crédito subordinado. Y de la misma manera se refiere el ap. 4.º respecto de los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias, que son objeto de legal postergación mediante su inclusión en el grupo de los créditos subordinados.

---

<sup>305</sup> VEIGA COPO, A.: «El computo del privilegio general y del recargo de los créditos tributarios en el concurso de acreedores». Op.cit. pág. 10 y ss.

La condición de crédito subordinado parece clara respecto de los conceptos que han sido objeto de regulación en el art. 92. Estos créditos subordinados no pueden formar parte del conjunto de los créditos públicos a los que se refiere el art. 92.4 y para los cuales se predica un privilegio general de hasta el 50% de su importe. Así lo ha establecido también el TS, en la sentencia ya varias veces mencionada de 21 de enero de 2009. intereses, retenciones, recargos, multas y sanciones pecuniarias.

No cabe a estas alturas plantearse la duda sobre si estos créditos subordinados pero que son tributarios debieran de sumarse para obtener la cifra del 50% del conjunto de los créditos tributarios y extender el privilegio general del art. 92.4 sobre la cifra que resultare.

Respecto de la clasificación de los recargos tributarios como créditos subordinados, entre otras, se pronunció la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de fecha 5 de julio de 2005, y consideraba que el recargo es una pena en el sentido de «*castigo impuesto por autoridad legítima*» al que infringe la ley, y estaríamos ante un supuesto de hecho consistente en la infracción del imperativo de presentar la declaración y consiguiente ingreso tributario dentro de plazo, que conllevaría el «castigo» de abonarlo, y tal castigo cumple fielmente con el propósito de la sanción, esto es, estimular el pago dentro del periodo previsto. Función que es la que imprime el carácter sancionador al recargo, según se expresa en la STC 164/ 1995, de 13 de noviembre.

De igual modo, entre las resoluciones mencionadas, sobre clasificación del recargo de apremio como subordinado, se destaca la sentencia del Juzgado de lo Mercantil No 1 de Oviedo, de fecha 27 de mayo de 2005, la cual interpreta que el carácter de orden público, en lo que al establecimiento de los privilegios y su clasificación se refiere, queda expresamente reflejada en el apartado 3 del art. 100 LC 22/ 2003, al señalar el legislador que «*la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley*», todo lo cual conduce a apreciar de oficio la clasificación como crédito subordinado respecto de los recargos tributarios.

Entrando entonces en la cuestión de los recargos como créditos subordinados, el TS en sentencia de 21 de enero de 2009 considera que la regulación que establece la LGT 58/ 2003 del 2003 se halla subordinada a la

normativa concursal, ya que aún cuando la ley parece querer matizar el régimen de la ley anterior<sup>306</sup>, continúa con preferencia el régimen de la LC 22/ 2003.

La Disposición Adicional 8ª de la LGT 58/ 2003 de 2003 señala 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* ». Además el 89.2 *in fine* de la LC 22/ 2003 señala «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no este reconocido en esta Ley» . Por lo que no puede prevalecer contra el contenido de la LC 22/ 2003 o frente a la interpretación de la misma cualquier contenido o disposición de la LGT 58/ 2003 de 2003.

La principal razón que establece el TS para justificar la calificación de un crédito como subordinado es el carácter accesorio de la obligación, y este carácter resulta indiscutible de la propia redacción de la LGT 58/ 2003 en lo que se refiere a los recargos del periodo ejecutivo<sup>307</sup>, y determina la Sentencia «... *es cierto que en la Exposición de motivos , se limita la justificación de la accesoriedad a los intereses, pero sucede que las modalidades de recargo ejecutivo y recargo de apremio reducido excluyen,-y por ende, sustituyen- a los intereses moratorios a partir del inicio del periodo ejecutivo- art.28.5 in fine de la LGT- por lo que al menos en la medida coincidente, realizan la misma función, que no es otra que la de indemnizar los daños y perjuicios derivados de la mora en las obligaciones pecuniarias, tal y cómo sean crédito subordinado-por ejemplo en su compatibilidad con el recargo de apremio ordinario,-y no tengan aquel carácter los recargos que realizan , al menos en parte la misma función*».

Analiza el Tribunal dentro de la función plural que reconoce a los recargos, el hecho de que el recargo de apremio no es una sanción según el art. 58.3 de la LGT, ya que únicamente lo son aquellas que puedan imponerse de acuerdo con lo dispuesto en el Título IV de la misma Ley, pero una vez que distingue el amplio concepto de sanción, con sanciones propias, administrativas e impropias , acaba por considerar que si el recargo constituye una sanción por falta de cumplimiento de la deuda tributaria, sin tener por finalidad el resarcimiento

---

<sup>306</sup> El art. 77.2 de la ley 58/ 2003 limita la remisión a la LC 22/ 2003 en relación con la prelación de créditos tributarios al caso del «convenio concursal» mientras que el art. 71.2 de la antigua LGT 58/ 2003 de 1963, redactado por la Disposición Final 11ª de la LC 22/ 2003, se refería al « caso de concurso».

<sup>307</sup> Subsección 4ª de la Sección 2ª, capítulo I, título II donde se integra el artículo 28 sobre los recargos.

de un daño, habría de incluirse en el art. 92.4º de la ley a efectos de ser considerado como crédito subordinado.

4.7 Especial referencia al funcionamiento del IVA en los concursos de acreedores

#### **4.7.1 Cuestiones generales**

Ya habíamos dedicado un pequeño apartado en relación a la problemática del IVA en los concursos de acreedores y fundamentábamos la misma en el propio mecanismo de funcionamiento del I.V.A., especialmente complejo y basado en un sistema de repercusiones y deducciones de las operaciones realizadas entre empresarios o profesionales, sujetos pasivos del impuesto. Sin embargo creemos merece la pena detenernos de nuevo y situación actual que se está produciendo entorno al mismo y las soluciones que se han venido dando a los principales problemas con el mismo.

Recordemos que se trata de un impuesto en el que independientemente del número de fases por las que pase la entrega de bienes o la prestación de servicios, el fundamento del IVA recae en gravar al consumidor final y ser neutro con el empresario o profesional que interviene en la cadena.

Nos centraremos en uno de los hechos imponible del IVA como son las entregas de bienes o prestaciones de servicios en las que la repercusión desplaza la carga tributaria al que adquiere el bien o recibe el servicio, de manera que es el destinatario quien lo soporta y debe ingresarlo, si bien, para garantizar la neutralidad del impuesto, si el destinatario del bien o servicio es un empresario o profesional el impuesto no le supone coste alguno. Se caracteriza por su condición de neutralidad.

El IVA, es además por excelencia un impuesto armonizado desde el punto de vista del derecho comunitario que debe ajustarse a la Sexta Directiva, Directiva 2006/ 112/ CE, de 28 de Noviembre<sup>308</sup>. Tanto en la Ley del IVA como en la Sexta Directiva, se pone de manifiesto la diferencia entre el devengo y la exigibilidad

---

<sup>308</sup> Directiva 45/ 2010/ UE de 13 de Julio; Directiva 2010/ 23/ UE, de 16 de marzo, Directiva 2009/ 162/ UE de 22 de diciembre. Reglamento de Ejecución 583/ 2011, de 9 de junio. Ley 37/ 1992, de 28 de diciembre y Reglamento aprobado por Real Decreto 1624/ 1992, de 29 de diciembre.

del impuesto<sup>309</sup>, de tal forma que el devengo se produce operación por operación, con cada entrega de bienes o cada prestación de servicio, pero, en la medida que cada repercusión del impuesto no va seguida de un ingreso inmediato en las arcas públicas, el devengo y el pago se producen en dos momentos distintos.

El principio de neutralidad impositiva que inspira toda la regulación comunitaria del IVA establece que el pago del impuesto sólo sea exigible cuando finalice el periodo de declaración-liquidación que se haya fijado en la normativa fiscal, y algo muy importante, los sujetos pasivos sólo deberán abonar el importe neto del IVA que según el artículo 206 de la Sexta Directiva habla de abonar el importe neto que resulte en el momento de presentar la declaración del IVA. Fruto de un cálculo aritmético durante el periodo de referencia que determina la diferencia del IVA repercutido y el IVA soportado con derecho a deducción, que puede resultar a ingresar o a devolver.

Esta explicación del IVA, aunque muy sencilla permite que observemos la complejidad de este mecanismo con la aplicación de LC 22/ 2003, recordemos que ya el artículo 58 de la LC 22/ 2003, prohibía con carácter general, una vez declarado el concurso la compensación de créditos y deudas del concursado salvo que los requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración judicial. Desde el punto de vista concursal, sólo se permite compensar créditos y deudas que sean vencidas, líquidas y exigibles a la fecha que se dicte el Auto de Concurso, precisando la Ley 38/ 2010, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003 aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad.

El Auto de declaración de concurso pone fin al periodo de liquidación del impuesto, alterando la regla general de exigibilidad, de forma que todo lo que se repercute antes del concurso será crédito concursal y crédito contra la masa las repercusiones posteriores y ello aunque la exigibilidad del crédito sólo se produzca en un momento ulterior. Dado que el propio mecanismo de

---

<sup>309</sup> El artículo 62 de la Sexta Directiva diferencia entre el devengo del impuesto y su exigibilidad, definiendo esta última como el derecho del Tesoro Público a hacer valer el pago del impuesto a partir de un determinado momento.

funcionamiento del IVA al exigir pagar el importe neto que resulte de la diferencia entre el repercutido y el soportado no es sino un mecanismo de compensación al que el Auto de declaración de concurso, altera de manera significativa dado que los créditos y deudas del concursado no son exigibles para la Hacienda Pública hasta que finalice el periodo de declaración-liquidación.

La neutralidad del impuesto se fundamenta en que éste no puede suponer un coste para el empresario o profesional, de forma que el impuesto que se soporta por la repercusión se compensa con la repercusión del devengado. Separar las repercusiones y las deducciones desvirtúa la neutralidad, máxime cuando no existe previsión legal alguna de que esto se produzca por la declaración de concurso. Si la exigibilidad del importe neto se difiere a la finalización del periodo de declaración liquidación y con anterioridad se declara el concurso, mal se puede compatibilizar la determinación de la cuota tributaria con la LC 22/ 2003.

El problema es que basándonos en la supuesta neutralidad que debe suponer el IVA para el empresario o profesional acaba por producir un efecto totalmente contrario que es que las operaciones sujetas y no exentas determinan finalmente un ingreso o beneficio para los mismos.

#### **4.7.2 Problemas particulares que supone el IVA en el concurso de acreedores**

Los problemas que a continuación se intentarán aunque de manera breve abordar, no son cuestión baladí, puesto que su traducción en términos económicos significa pérdidas de ingresos fiscales para el erario público español, en contraposición a la Sexta Directiva, y generando en la Hacienda Pública el convencimiento haber perdido, en primer lugar los famosos privilegios, pero lo que es más importante la posibilidad de un futuro de recuperar la deuda, y lo que es más dañino incluso incongruente desde el punto de vista técnico no tener que ingresar dinero en la masa activa del concurso por devoluciones de IVA.

Son verdaderamente efectos perniciosos del concurso que parten del propio mecanismo de funcionamiento del IVA, que puede aunque no debe acabar la Hacienda Pública financiando muchos concursos. Concretamente podríamos hablar de los siguientes problemas:

A) El IVA en las ventas de bienes inmuebles en el procedimiento concursal

La LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003 respecto a los casos de transmisión de bienes inmuebles en el procedimiento concursal, recoge como solución legal en la Disposición Adicional Undécima bis de la LC 38/ 2011 de reforma de la LC 22/ 2003, mediante la inversión del sujeto pasivo en las transmisiones de inmuebles que se produzcan con ocasión del concurso, pone fin a la problemática anterior, de manera que es el adquirente del inmueble y no el transmitente, el sujeto pasivo del impuesto.

La Disposición Adicional Undécima bis de la LC 38/ 2011 de Reforma de la LC 22/ 2003, da nueva redacción al artículo 84.1.2º de la Ley del IVA e incluye, junto a otros supuestos legales de inversión del sujeto pasivo, las entregas de bienes inmuebles efectuadas como consecuencia de un proceso concursal. Desde su entrada en vigor, si la entrega de bienes inmuebles se sujeta al IVA, previa renuncia a la exención, será el adjudicatario del inmueble quien sea el sujeto pasivo del impuesto y el obligado a ingresar el impuesto en el erario público, con el cumplimiento de todas las obligaciones formales que ello conlleva.

En el espacio temporal de la tramitación parlamentaria fueron varias las posturas que mantenían la idea de supresión de la reforma de la LIVA por entender que la Administración Tributaria buscaba defender un privilegio. Más allá de entender que todas las cuestiones polémicas son fruto o tienen como objetivo la búsqueda de un interés particular meramente recaudatorio, la nueva redacción legal cumple con el ordenamiento comunitario, cuando es uno de los supuestos de inversión del sujeto pasivo previstos en el artículo 199.1 letra g) de la Directiva 2006/ 112/ CE, de 28 de Noviembre, todo ello en concordancia con la definición del procedimiento de liquidación contenida en el artículo 2 c) del Reglamento Comunitario de Insolvencia de 29 de mayo de 2000. La inversión del sujeto pasivo no supone ninguna carga adicional para el comprador, que tendrá que pagar el ITPADOC caso de no ser sujeto pasivo del IVA, y si lo es, previa renuncia a la exención<sup>310</sup>.

---

<sup>310</sup> Tal y como precisa SÁNCHEZ GALLARDO, F. J., «Novedades introducidas en el Impuesto sobre el Valor Añadido para el año 2012», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 348, 2012, pág. 166, la Directiva 2006/ 112/ CE parece limitar la aplicación de la medida a operaciones en las que el destinatario sea un empresario o profesional que actúa como tal, ya que admite expresamente su ampliación a personas o

Desde nuestro prisma, el IVA podría funcionar como un gasto propio o inherente de las operaciones de liquidación, según el artículo 176bis de la LC 22/ 2003, se trata de créditos imprescindibles para concluir la liquidación, como otros derivados de la operación de venta .

Antes de la reforma, la postura tomada por los Juzgados de lo Mercantil con carácter general respecto de ese IVA, probablemente debido al Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada, pasaba por considerar que el IVA derivado de esa operación se ingresara en la masa activa del concurso y se sometiera a las reglas de pago del artículo 154 de la LC 22/ 2003, justificándolo en la inexistencia de un derecho de retención o separación a favor de la Hacienda Pública respecto de dicha cantidad, por lo que no podía considerarse como un patrimonio separado afecta a un fin <sup>311</sup>.

En la actualidad existe una Propuesta de la Comisión Europea objeto de debate por los Estados miembros dentro del Grupo de Trabajo del Consejo sobre Imposición Indirecta a través de la cual se pretende modificar el art. 199 bis de la Directiva IVA e incorporar mayor número de bienes y servicios que serían susceptibles de un mecanismo de ISP para evitar el fraude fiscal, tales como los teléfonos móviles, microprocesadores, entregas de gas y electricidad, servicios de telecomunicaciones, consolas de videojuegos, tabletas, ordenadores personales y portátiles, productos agrícolas y metales preciosos<sup>312</sup>

---

entidades que desarrollen simultáneamente operaciones sujetas al Impuesto y otras que no lo estén (sujetos pasivos parciales), así como a Entes públicos, si bien en dicho caso por referencia exclusiva a entregas en procedimientos obligatorios de liquidación. En todo caso los Estados miembros han de informar al Comité del IVA de las medidas de Derecho interno adoptadas, salvo que se tratase de medidas autorizadas por el Consejo antes del 13 de agosto de 2006 y que continuasen vigentes.

<sup>311</sup> El Auto de 20 de septiembre de 2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, conociendo ya el estado de tramitación de la reforma concursal, señala que la ley ha optado por la inversión del sujeto pasivo porque implica que, mientras la reforma no entre en vigor, no existe un patrimonio separado por razón de su destino para la AEAT , por lo que –al no existir derecho de separación alguno- se somete a las reglas en el orden de pago a la LC 22/ 2003 .

<sup>312</sup> ÁLVAREZ ARROYO, R., «Los nuevos supuestos de Inversión del Sujeto Pasivo en el IVA: instrucciones de uso», «Los nuevos supuestos de Inversión del Sujeto Pasivo en el IVA: instrucciones de uso», Carta Tributaria Monografías , núm. 6, 2013 (consultado el 15 de noviembre de 2014 en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)), a día de hoy no parece haberse alcanzado un acuerdo entre aquellos Estados miembros partidarios de ampliar la lista y los que únicamente quieren la inclusión de un nuevo supuesto de inversión del sujeto pasivo cuando se detecte un riesgo efectivo y generalizado en relación con las

Por último, no podemos dejar de mencionar que antes de la reforma y de la inversión del sujeto pasivo para estos casos, introducida por la LC 38/ 2011 y su Disposición Adicional Undécima Bis, existía y existe un precepto en la LIVA que se aplicaba a estos supuestos, la Disposición Adicional Sexta de la LIVA<sup>313</sup>.

B) El fraccionamiento de las declaraciones del Impuesto en función de la fecha del Auto de concurso y los efectos sobre la clasificación de los créditos en función de la fecha del Auto judicial

Parece evidente la falta de coordinación entre la Ley del IVA y la LC 22/ 2003, el posible fraccionamiento de las declaraciones del IVA en función de la fecha del Auto de Concurso. La discrepancia se origina entre el concepto de devengo del impuesto y su exigibilidad o nacimiento de la obligación de pago. El artículo 75 de la LIVA considera que el impuesto se devenga cuando se ponga a disposición del adquirente el bien o cuando se preste, ejecuten o efectúen las operaciones gravadas. Por otro lado, la LIVA y por expresa remisión, el artículo 71.3 del Reglamento del IVA declaran la exigibilidad del importe neto global resultante de compensar las cuotas repercutidas con las soportadas -con derecho a deducción-, al final de cada periodo impositivo, que se establece, con carácter general, por trimestres naturales y por meses naturales para las grandes empresas, entendiéndose por tales aquellas con un volumen de operaciones superior a 6 millones de euros.

En los primeros años de vigencia de la LC 22/ 2003 Hacienda proponía la clasificación como crédito contra la masa la derivada del importe neto de las autoliquidaciones por IVA correspondientes al periodo de declaración-liquidación en el momento en que se dicta el Auto de Concurso, y ello aunque el periodo finalizara con posterioridad al Auto, basándose en el momento de

---

transmisiones de un bien o servicio determinado.

<sup>313</sup> En los procedimientos administrativos y judiciales de ejecución forzosa , los adjudicatarios que tengan la condición de empresario o profesional a efectos de este impuesto están facultados en nombre y por cuenta del sujeto pasivo, y con respecto a las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas al mismo que se produzcan en aquellos para : -Expedir la factura en que se documente la operación y se repercuta la cuota del Impuesto, presentar la declaración liquidación correspondiente e ingresar el importe del impuesto resultante. -Efectuar, en su caso, la renuncia a las exenciones prevista en el apartado Dos del artículo 20 de esta ley. Reglamentariamente se determinarán las condiciones y requisitos para el ejercicio de estas facultades.

exigibilidad del impuesto, las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 20 de septiembre de 2009 , entre otras muchas posteriores, declararon la necesidad de fraccionar el periodo de declaración liquidación del IVA con ocasión de la declaración de concurso. Se considera que lo determinante para resolver la controversia jurídica es que el hecho imponible y el devengo del IVA se producen operación por operación, de manera que el importe de IVA devengado o repercutido antes del Auto de Concurso es créditos concursales y el posterior, créditos contra la masa, obligando con ello a realizar un prorrateo respecto del periodo de declaración –liquidación. Lo cual obliga a la AEAT a infringir lo dispuesto en la LIVA y admitir el fraccionamiento del periodo de declaración – liquidación en función de la fecha del Auto de Concurso, lo que supone admitir la presentación de dos autoliquidaciones respecto de un mismo periodo impositivo, una para los créditos devengados antes del concurso y otra para los créditos posteriores y por ende, contra la masa. Esta posibilidad no tiene reflejo actual en la normativa del IVA. Si este criterio se consolida, debería modificarse la LIVA para poder establecer y definir la forma de autoliquidar estos supuestos.

C) Las facturas rectificativas :

i.-En el ámbito del artículo 80 Tres de la Ley del IVA: calificación como créditos concursales. Incidencia en la competencia de liquidación.

La LIVA en un intento de favorecer a los acreedores que actúan como proveedores del concursado, siempre que le hubieran prestado un servicio o realizado una transmisión, con la correspondiente emisión de la factura e ingresando el IVA de la operación, concedía la facultad de rectificar la factura al amparo del artículo 80.Tres de la LIVA y recuperar el IVA ingresado en el Tesoro de una operación que no les habían pagado <sup>314</sup>.

---

<sup>314</sup> El artículo 80 Tres de la Ley del IVA, Ley 37/ 92 de 28 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 62/ 2003, de 30 de diciembre, adaptada a la LC 22/ 2003 , y en vigor desde el 1 de septiembre de 2004,dice: «Tres. La base imponible podrá reducirse cuando el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto no haya hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas y siempre que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso. La modificación, en su caso, podrá efectuarse después de

La AEAT ofrecía entonces la posibilidad de recuperar el IVA que ingresó, cumpliendo una serie de requisitos legales que en síntesis consisten en rectificar la factura en el plazo de un mes siguiente al Auto de declaración de Concurso y comunicarlo a la AEAT y al concursado.

Quizás entendiendo el mecanismo de neutralidad del IVA podríamos entender por que la AEAT puede verse perjudicada por esta operación de rectificación. Si la operación se facturó antes del concurso, se ingresó el IVA al vencer el periodo de declaración-liquidación del periodo en que se produjo, pero del mismo modo, el destinatario de la operación, es decir el deudor en concurso, también se dedujo el IVA soportado por esa operación, minorando sus ingresos en aquel momento. Esto explica que realizada la rectificación de la factura por el proveedor para recuperar su IVA, el concursado debe aumentar su deuda para con la AEAT y evitar así un enriquecimiento injusto. Por eso la norma <sup>315</sup> le obliga a minorar su IVA soportado, sin intereses ni recargos.

El problema que se suscita gira entorno a la calificación del nuevo crédito de la Hacienda Pública para con el concursado consecuencia de la rectificación. La LIVA dice en su artículo 80.Cinco 4º que la rectificación de las deducciones por el concursado al amparo del artículo 114 Dos: "...determinará el nacimiento del correspondiente crédito a favor de la Hacienda Pública". Así se defendió por la AEAT el carácter de crédito contra la masa el derivado de la modificación de las deducciones del concursado por la rectificación de las facturas, con el argumento de que era un crédito que siempre nacía después del Auto de Concurso, pues su base era el derecho a la rectificación de la factura, y que se trataba de una nueva obligación, de ahí que no se exigieran recargos ni intereses a la corrección de las deducciones indebidas del concursado <sup>316</sup>.

---

transcurrido el plazo máximo fijado en el número 5º del apartado 1 del artículo 27 de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal.

<sup>315</sup> El artículo 114 de la Ley Reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, Ley 37/ 92 de 28 de Diciembre, a cuyo tenor: «Dos. La rectificación de deducciones originada por la previa rectificación del importe de las cuotas inicialmente soportadas se efectuará de la siguiente forma: 1º. Cuando la rectificación determine un incremento del importe de las cuotas inicialmente deducidas, podrá efectuarse en la declaración-liquidación correspondiente al período impositivo en que el sujeto pasivo reciba el documento justificativo del derecho a deducir en el que se rectifiquen las cuotas inicialmente repercutidas, (...)

<sup>316</sup> GRÁVALOS OLIVELLA, J., «*Algunos comentarios sobre los efectos de la modificación de la base imponible del IVA en caso de concurso*», Revista de Contabilidad y Tributación , núm.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2011 y otras posteriores han avalado el criterio contrario y han consagrado definitivamente el carácter de concursales de estos créditos, entendiendo la especialidad de la LC 22/ 2003 sobre la LGT 58/ 2003 que la postura de las Audiencias Provinciales era la correcta. En la actualidad el problema se concreta en cómo el deudor concursado debe autoliquidar en un periodo post-concursal deudas derivadas de las facturas rectificadas que hubiere recibido, que deben ser calificadas como créditos concursales, con el resto de deudas que debe autoliquidar.

El problema puede complicarse cuando es la propia Administración la que liquida y determina la deuda tributaria del periodo en que se reciben las facturas rectificativas. Si como consecuencia de una actuación inspectora se comprueba el IVA del concursado de uno o varios ejercicios puede ocurrir que se regularice el IVA que tenga que ingresar por facturas rectificativas junto con otros conceptos, o, incluso, con devoluciones debidas.

Por último, poner de manifiesto el problema que se ha producido por la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, al dar nueva redacción al apartado 3º del artículo 176 de la LC 22/ 2003. La LIVA en su artículo 80.Tres, para el caso de conclusión de concurso, dice textualmente: “Sólo cuando se acuerde la conclusión del concurso por las causas expresadas en el artículo 176.1, apartados 1º, 3º y 5º de la LC 22/ 2003, el acreedor que hubiese modificado la base imponible deberá modificarla nuevamente al alza mediante la emisión, en el plazo que se fije reglamentariamente, de una factura rectificativa en la que se repercuta la cuota procedente” .

---

308, 2008, pág. 46, lo siguiente: «Nos encontramos en presencia de dos normativas que no tienen un encaje fácil ante un supuesto donde es previsible que la solución final, de darse esta, se adopte acudiendo no tanto a la estricta regulación tributaria del mecanismo de rectificación de la base imponible del IVA, sino a la finalidad protectora de los diferentes intereses en juego presentes en el proceso concursal según está regulado en la vigente LC 22/ 2003» . Ni que decir tiene que estas divergencias existentes entre la legislación concursal y la tributaria obedecen al hecho de que sus principios orientadores presentan un carácter diverso. Así las cosas, si una normativa no se adapta a la otra terminarán surgiendo contradicciones y conflictos entre ambos cuerpos normativos. En este sentido quizás la normativa procedimental tributaria habría de acomodarse en estos casos a los principios propios del procedimiento concursal, al objeto de evitar el surgimiento de este conjunto de fricciones.

Con la nueva redacción del n° 3 del artículo 176.1 de la LC 22/ 2003 que le ha dado la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003: “ En cualquier estado del procedimiento , cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa” hace de este supuesto un caso muy frecuente y habitual, con lo que puede haber un incremento muy importante de supuestos en los que el proveedor del concursado debe rectificar al alza nuevamente su IVA e ingresarlo en el Tesoro perdiendo la facultad del párrafo primero del artículo 80 Tres de LIVA.

Podría ser que todo se resolviera con un cambio de numeración del artículo 176 bis de la LC 22/ 2003 para hacer coincidir la letra de la Ley con el espíritu del legislador.

#### li.-Rectificación de facturas al amparo del artículo 80.Dos de la LIVA

Dicha rectificación hacer referencia a aquellos supuestos en los que se rescinde por resolución judicial firme una operación gravada por IVA por entenderla perjudicial para la masa. Surgirán problemas cuando el deudor y el acreedor se han declarado en concurso. Es decir cuando se produce duplicidad de devoluciones tributarias sin producirse ingreso alguno.

El análisis que hemos realizado para la rectificación de las facturas, se complica ahora con la declaración en concurso del acreedor del concursado. Si el acreedor se declara en concurso, conforme a la normativa vigente de LIVA, puede reclamar u obtener la devolución correspondiente, en atención a la filosofía de LIVA, se hace equivaler una cantidad autoliquidada a una cantidad ingresada a efectos de futuras rectificaciones y posibles derechos a deducir o devolver pensando que un débito y un crédito reconocido a una misma persona se podrá compensar si no es pagado el primero, cosa que no ocurre si interfiere un proceso concursal sin que la LIVA lo haya previsto.

Técnicamente se podría denegar estas devoluciones relacionando la devolución por rectificación de facturas al previo ingreso de la misma. Lo mismo ocurre con las rectificaciones que se producen al amparo del artículo 80 Dos de LIVA cuando, realizada una operación gravada por el Impuesto, se genera un IVA repercutido que no se ingresa en el Tesoro, pues al finalizar el periodo de declaración liquidación el sujeto pasivo ha sido declarado en concurso, y en

cambio se genera un IVA soportado para el destinatario de los bienes o de las prestaciones del servicio que genera el derecho a una devolución y se paga.

Es evidente que no se exige el ingreso del IVA repercutido para que se pague la devolución, pero si por una acción de reintegración se anula la citada operación mercantil por Resolución Judicial firme, el artículo 80.Dos de la LIVA permitiría expedir una factura rectificativa para modificar la base imponible en la cuantía correspondiente. El problema se agrava aún más si el destinatario de la operación anulada también se declara en concurso. El concursado podría expedir una factura rectificativa reclamando el IVA repercutido de la operación anulada y ello a pesar de no haberse ingresado el IVA repercutido reclamado-por haberse declarado el concurso- e incluso, aunque se haya devuelto el IVA soportado al destinatario de la operación, ahora en concurso <sup>317</sup>.

Para evitar estas distorsiones del IVA, pago de dos devoluciones sin ingreso alguno, se propone una modificación del artículo 80 Dos de la LIVA de forma que prevea expresamente la imposibilidad de aceptar la rectificación de la factura por la operación anulada por Resolución judicial, si la rescisión se produce con ocasión de un concurso y no se ha ingresado el IVA repercutido cuya rectificación se solicita. Modificación legal que pasaría por conectar la rectificación de una factura y devolución del IVA repercutido de una operación judicialmente anulada, con su pago. Ello sería posible y conforme a la Sexta Directiva pues su artículo 90 habla de la reducción de la base imponible en la cuantía correspondiente por anulación, rescisión o reducción del precio en las condiciones que los Estados miembros determinen. Y una de esas condiciones puede ser precisamente conectar la devolución del repercutido de la operación anulada a su pago, ello es excepcional para la Directiva comunitaria, pero se ha aceptado en supuestos para evitar el fraude, como podría argumentarse.

Cuando el acreedor del concursado se haya declarado en concurso habría que modificar la LIVA en el mismo sentido para los supuestos del artículo 80.Tres de LIVA.

---

<sup>317</sup> COTO DEL VALLE, C., «El IVA en los concursos», en XXXIII Jornadas de la Abogacía General de Estado. La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis. 23-24 Noviembre 2011. Madrid. [www.mjusticia.gob.es/cs/satellite/1292348309310](http://www.mjusticia.gob.es/cs/satellite/1292348309310). Consultado el día 14 de enero de 2015.

En ambos casos, como dice la Directiva, los Estados miembros determinaran las condiciones en las que se haga, por lo que la Administración española puede fijar esas condiciones velando por la neutralidad del impuesto y para evitar que, siendo acreedora en un concurso, no se produzca lo que ahora ocurre que se dedique a pagar y no a recaudar, que se paguen dos devoluciones y no se ingrese cantidad alguna.



## V. LA HACIENDA PÚBLICA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

### 5.1. Consideraciones generales entorno a la Hacienda Pública y el concurso

Sin lugar a dudas la Administración Tributaria es un acreedor, y en cierta medida su trato no dista tanto del de cualquier acreedor privado, por lo que puede estar legitimada para solicitar la declaración de concurso de un deudor .

Si hablamos de la Hacienda Pública en el ámbito estatal, nos remitimos al Art 8 de la Ley 47/ 2003 de 26 de Noviembre , la Ley General Presupuestaria<sup>318</sup>

Además la LC 22/ 2003 en su art. 3.1 señala *«Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores»*<sup>319</sup> lo que parece dejar fuera de toda duda el papel de la Administración para iniciar un procedimiento concursal ante un deudor tributario. En este mismo sentido el Reglamento General de Recaudación ( RD 939/ 2005), o incluso a nivel estatal la Instrucción Conjunta del Director General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y del Abogado General del Estado-Director del

---

<sup>318</sup> Art. 8 La Hacienda Pública estatal podrá ejercitar cualesquiera acciones judiciales que sean precisas para la mejor defensa de sus derechos.

<sup>319</sup> Art 3 LC 22/ 2003 Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación. Párrafo primero del número 1 del artículo 3 redactado conforme establece el apartado uno del artículo 21 de la Ley 14/ 2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización («B.O.E.» 28 septiembre). Téngase en cuenta que la citada modificación hace referencia al número 1 del citado artículo 3.Vigencia: 18 octubre 2013. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos ínter vivos y a título singular, después de su vencimiento.

**3.** Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella.**4.** Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. Número 5 del artículo 3 derogado por la disposición derogatoria única de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre).Vigencia: 1 enero 2012

Servicio Jurídico de 14/ 10/ 2004 establece reglas de coordinación en caso de concurso de acreedores y determina la competencia para el Director del Departamento de Recaudación de manera que proponga la solicitud de declaración de concurso, previo informe del Director del Servicio Jurídico de la Agencia.

A priori y expuesta en estos términos la legitimación activa de la Administración, no parece entenderse toda la problemática que acarrea el concurso, si tenemos en cuenta, el objetivo de crear un procedimiento ágil y eficaz, que chocha frontalmente con la determinación de los procedimientos tributarios para determinar una deuda.

Por supuesto que es un acreedor más, pero sin duda es un acreedor especial, porque no debemos olvidar que a diferencia de otros acreedores, la Administración Tributaria no debe su posición a la existencia de un contrato sino que las obligaciones tributarias nacen de la ley<sup>320</sup> y más concretamente de la realización del acto o negocio jurídico que se corresponde con el hecho imponible o del establecimiento de la obligación de realizar pagos a cuenta de la obligación principal<sup>321</sup>.

En este sentido es necesario además identificar una característica fundamental del sistema tributario español como es la autoliquidación, que traslada al contribuyente la obligación de cuantificar la obligación tributaria e ingresar su importe, sin perjuicio de su posterior comprobación por la Administración<sup>322</sup>. Y ello porque pese a que más adelante se planteará la posición

---

<sup>320</sup> Art 1089 del cc «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.»

<sup>321</sup> Art 20, LGT 58/ 2003 **1.** El hecho imponible es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal. **2.** La ley podrá completar la delimitación del hecho imponible mediante la mención de supuestos de no sujeción. Artículo 21 Devengo.**1.** El devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal. La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa.**2.** La ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo.

<sup>322</sup> Art 120 LGT 58/ 2003 **1.** Las autoliquidaciones son declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las

individualizada de la Administración Tributaria, y por tanto el análisis de la actuación de comprobación, ante un concurso declarado sobre deudas aun no liquidadas, la lógica nos conduce a entender como pura legitimación activa de la Administración Tributaria la que ostenta sobre aquellas deudas previamente liquidadas, en tanto en cuanto están cuantificadas y son por tanto exigibles<sup>323</sup>.

En primer lugar vemos necesario realizar una breve aproximación a los conceptos de concurso voluntario y necesario, para un mejor entendimiento de la posición de la Hacienda Pública en el mismo. El tema es relativamente sencillo, puesto que el concurso voluntario es el declarado a solicitud del deudor; y el concurso necesario es el declarado a solicitud de cualquier otro legitimado<sup>324</sup>.

En caso de pluralidad de solicitudes (del deudor y de los demás legitimados), para determinar cuál de estas dos categorías procede tomar en consideración, el juez debe atender a cuál ha sido la *primera* de las solicitudes que se hubieran presentado. Si la primera de las solicitudes es la del deudor, el concurso será voluntario; y si la primera de las solicitudes es la de cualquiera de los acreedores legítimos (o de cualquiera de los demás legitimados), el concurso será necesario art. 22.1 LC 22/ 2003<sup>325</sup>.

Al lado del concurso necesario propiamente dicho, existe el concurso necesario *ministerio legis* es decir, un concurso realmente voluntario al que la ley otorga carácter necesario. Si el concurso se declara a solicitud del propio deudor pero, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, se hubiera presentado y admitido a trámite otra de cualquier legitimado, aunque, con posterioridad a esa admisión a trámite, el solicitante, bien hubiera desistido, no hubiera asistido a

---

operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria o, en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar.

<sup>323</sup> ibídem art 21 LGT 58/ 2003.

<sup>324</sup> La clasificación legal del concurso en voluntario y necesario ya existía en el Derecho que deroga la citada LC 22/ 2003, de 9 de julio, aunque exclusivamente aplicable al concurso de acreedores propiamente dicho (art. 1.156 LEC 1881). Esta distinción se mantiene ahora en términos sustancialmente idénticos, si bien con algunos importantes matices (art. 22 LC 22/ 2003).

<sup>325</sup> La única diferencia relevante se refiere al concurso necesario por declaración legal (art. 22.2), en el sentido de que, mientras el texto anterior, al definir el supuesto de hecho, se contentaba con exigir que, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado otra por cualquier legitimado, el actual artículo 22 no sólo exige la presentación de esa solicitud sino, además, que haya sido admitida a trámite.

la comparecencia prevista por la Ley o, aunque hubiera comparecido, no se hubiera ratificado en la solicitud (art. 22.2 LC 22/ 2003).

Las principales consecuencias del carácter del concurso, se refieren a las facultades patrimoniales del deudor. Si el concurso es voluntario el concursado conserva las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa, quedando sometido el ejercicio de estas facultades a la intervención de los administradores concursales<sup>326</sup>. La declaración judicial de concurso necesario produce como efecto la suspensión del ejercicio de esas facultades por el concursado, el cual es sustituido en ese ejercicio por la administración concursal (art. 40.2 LC 22/ 2003).

Ahora bien, la solución legal no tiene carácter absoluto. La Ley autoriza la suspensión del deudor a pesar de que el concurso sea voluntario y, del mismo modo, autoriza la mera intervención a pesar de que el concurso sea necesario. El juez tiene facultades para invertir la regla, conectando al concurso voluntario los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor que son propios del concurso necesario o conectando al concurso necesario los efectos sobre esas facultades que son propios del concurso voluntario.

Con el objetivo de fomentar la presentación de solicitudes de concurso necesario, la LC 22/ 2003 introduce el denominado *privilegio del acreedor instante*. Son créditos privilegiados aquellos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso, siempre que no tuvieran el carácter de subordinados, si bien ese privilegio pero se trata de un privilegio limitado, en la medida en que sólo opera hasta la cuarta parte del importe nominal de cada uno de dichos créditos<sup>327</sup>.

---

<sup>326</sup> Art. 40.1 de la LC 22/ 2003. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.

Las referencias a «los administradores concursales» contenidas en la presente Ley, deben entenderse sustituidas por la fórmula «la administración concursal», conforme establece la disposición final primera de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre).

<sup>327</sup> Art. 91.7 LC 22/ 2003. Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe. Introducido por el número sesenta y dos del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012

El privilegio del acreedor instante responde a la idea de que la iniciativa de este acreedor favorece a los demás acreedores ordinarios, teniendo presente que cuando más se retrase la apertura del juicio universal, menor será la masa activa afecta a la satisfacción de los créditos.

El privilegio presenta un régimen diferenciado frente al resto, si en los demás privilegios es la naturaleza del crédito la que determina la concesión del mismo, y por tanto es inherente al mismo, en este supuesto es la realización de un acto concreto, como es la presentación de la solicitud de concurso por quien tiene la condición de acreedor, el hecho de que la ley le conceda la atribución del privilegio<sup>328</sup>. Naturalmente, los únicos créditos, ordinarios o ya privilegiados, que se benefician de este privilegio general son aquellos de que fuera titular el acreedor instante del concurso en el momento mismo de la presentación de la solicitud. En el caso de que el instante, con posterioridad a este momento, hubiera adquirido otros créditos concursales, el privilegio no se extiende a estos créditos adquiridos, cualquiera que haya sido el título de adquisición.

#### 5.2 El Privilegio del artículo 91.7 de la LC 22/ 2003.

Pese a que el interés prioritario del concurso, puede identificarse con la satisfacción de los acreedores, y Hacienda es uno de ellos, el interés social subyacente y económico es cada vez mayor, y en este contexto la solución conservativa a través del convenio cobra fuerza e importancia.

La crisis que ha determinado la insolvencia de la empresa no siempre supone el mismo nivel de gravedad, de tal forma que el concurso debe resolver soluciones diferentes según el problema que plantee la empresa.

La posible intervención de la Hacienda Pública como acreedor se requiere en distintas fases del concurso, más allá de la simple insinuación del crédito. La coordinación o el intento de armonización de los principios que informan el

---

El artículo 91.7º, a los efectos de la clasificación de los créditos afectados, se aplicará a los concursos en tramitación al tiempo de la fecha de entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal. A tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta ley, constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la LC 22/ 2003 (Disposición transitoria cuarta de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre)

<sup>328</sup> Ibidem.

derecho tributario y el concursal, se convierte en la principal batalla en cuanto a la intervención o el papel de la Hacienda Pública<sup>329</sup>.

Se trata en definitiva de una propuesta de la LC 22/ 2003 de animar al deudor a solicitar el concurso, como solución a la situación de insolvencia que presenta, en esencia por tanto confiar en el concurso como remedio de la situación que atraviesa el deudor, pero como señala AGUILAR RUBIO , la ley pretende al mismo tiempo introducir medidas que promuevan la solución universal en detrimento de ejecuciones individuales o singulares y entre ellas destaca el privilegio concedido al acreedor instante y la consignación de su crédito.<sup>330</sup>

El fundamento del privilegio del acreedor instante opera sobre la consideración del principio *prior in tempore potior in iure* y en cualquier cosa teniendo en cuenta que la posible diligencia de este acreedor beneficia al resto, ya que anticipa en el tiempo y evita problemas mayores.

En el ámbito de la legislación española concursal, el privilegio se concretaba en el último escalón de los privilegios, lo que significaba que el acreedor que solicitara la declaración obtendría por la cuarta parte del importe de sus créditos que fuera titular una preferencia sobre el resto. Es sin embargo la circunstancia de la limitación subjetiva del crédito más importante si cabe que esta limitación al 25% del importe<sup>331</sup>.

Esta limitación subjetiva se refiere a que dicho privilegio no recae sobre los créditos que tengan carácter subordinado, evitando el posible uso de información privilegiada para aquellos que por su relación con el deudor en relación con la situación patrimonial del mismo pudieran utilizar.

Quizás mas allá de los evidentes problemas prácticos que la aplicación del incentivo puede plantear, sirva de ejemplo lo que podría suceder en una solicitud conjunta de concurso por varios acreedores, y el consecuente computo del privilegio de manera conjunta o individual; es de suma importancia analizar la utilidad real del mismo.

---

<sup>329</sup> LINARES GIL M.: « Créditos tributarios en la LC 22/ 2003, en la LGT 58/ 2003 y en la ley general presupuestaria, ¿una contrarreforma? Pág. 258

<sup>330</sup> AGUILAR RUBIO, M: «Crédito tributario y concurso de acreedores» La ley, 2009. Pág.257

<sup>331</sup> Ibidem. En la propuesta de reforma concursal del año 1995 se reconocía tal privilegio elevado a la mitad del crédito.

En el caso concreto de que el porcentaje de privilegio se calcule sobre la masa activa y no sobre la masa pasiva, se podría contrariamente al fin perseguido producirse un vacío sobre la misma, y ello porque si bien la cuarta parte de privilegio no parece muy significativa, dependería en cada caso según la cuantía del concurso, en aquellos supuestos en que el acreedor pudiera absorber gran parte del concurso, podría suponer un perjuicio no para los acreedores que ostenten un privilegio especial o general pero sí para todos los ordinarios, ya que este, el instante, se habrá colocado primero respecto a esa cuarta parte<sup>332</sup>.

No podemos olvidar y dada la realidad económica de nuestros días, al coste de la solicitud del concurso, ya que tanto la posibilidad de que el acreedor acabe asumiendo las costas del procedimiento como el pago de la tasa judicial en el orden civil y contencioso, puede finalmente actuar como un verdadero desincentivo más allá de cualquier medida establecida en el art. 91.7 de la LC 22/ 2003<sup>333</sup>.

No es objeto del presente trabajo valorar la eficacia, o la falta de proporcionalidad, entre el objetivo del establecimiento de un tributo como es la introducción de las tasas judiciales, y el acceso o la garantía de una tutela judicial efectiva, incluso en supuestos como el que nos atañe del concurso de acreedores, perteneciente al orden jurisdiccional civil. La valoración es de suma importancia y merece un estudio individualizado<sup>334</sup>, sin embargo ¿que sucede cuando es la Hacienda Pública quien insta el concurso?

La pregunta es de fácil solución, ya que estando sujeta, se encontraría exenta del pago judicial de la tasa<sup>335</sup>, por su condición de entidad exenta en el

---

<sup>332</sup> PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», en la obra colectiva *Derecho Concursal. Estudio sistemática de la LC 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, cit., pág. 127.

<sup>333</sup> Art. 36 de la Ley 53/ 2002 de 30 de Diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social. El párrafo m) del artículo 13 de la Ley 8/ 1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, tendrá la siguiente redacción:«**m)** El ejercicio de la potestad jurisdiccional a instancia de parte en los órdenes civil y contencioso-administrativo.»El actual párrafo m) pasa a ser el párrafo n).

<sup>334</sup> FALCÓN Y TELLA, R. «Las nuevas tasas judiciales y el derecho a la tutela judicial efectiva». *Quincena Fiscal*, núm. 153, 2003 pág. 3.

<sup>335</sup> Art 35 ley 53/ 2002 derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 10/ 2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses («B.O.E.» 21 noviembre). Vigencia: 22 noviembre 2012

Impuesto sobre Sociedades, de tal manera que nada le impide la solicitud puesto que no supondrá un cargo tampoco.

De hecho, con la actual legislación concursal, podemos ver que cada vez más se esta convirtiendo en una cuestión más que voluntaria; la ley se refiere en varias ocasiones, no sólo cuando habla que el impago, del que además podemos decir tiene conocimiento prioritario le permite la solicitud del mismo, sino al señalar que si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente por el Secretario judicial a los medios de publicidad<sup>336</sup>.

Asimismo se señala la legitimidad de la Hacienda Pública de iniciar cualesquiera procesos ante los órganos judiciales<sup>337</sup>, otra cuestión sería el órgano dentro del amplio organigrama de servicios que comprende la Hacienda Publica al que corresponde dicha tarea.

Podríamos decir que a priori se evita la mención de órganos concretos, probablemente en aras de conseguir adaptarse con facilidad a posibles cambios que en un corto/ medio plazo se acaban produciendo en cualquier tipo de organización, y de esa manera dotar de mayor efectividad en la facultad de organización a las distintas Administraciones Tributarias<sup>338</sup>.

Podemos cita la Resolución de 2005 de la Presidencia de la Agencia Estatal de la Administración tributaria, sobre organización y atribución de competencias en el área de recaudación, no atribuye expresamente la función de instar el concurso a un órgano concreto pero si se refiere al Equipo Central de Procesos Concursales, que actúa como dependiente de la Subdirección General de Recaudación Ejecutiva. También citar la Instrucción conjunta de 14 de Octubre de 2004 correspondiendo al Director del Departamento de Recaudación previo informe del Director del Servicio Jurídico del Estado, proponer la solicitud de declaración de concurso de acreedores.

Verdaderamente y vistas las facilidades, incluso allanado el camino para poder la Hacienda Publica instar y solicitar el concurso de acreedores, cabe preguntarse el numero real de concursos que insta, o incluso si le interesa finalmente hacerlo, dado también el privilegio de autotutela ejecutiva que goza

---

<sup>336</sup> Art. 23.5 segundo párrafo de la LC 22/ 2003.

<sup>337</sup> Art. 123.1 y 123.5 del Reglamento General de Recaudación

<sup>338</sup> AGUILAR RUBIO, M.: op.cit pág. 258.

para hacer efectivos sus créditos, o el propio carácter privilegiado de los créditos tributarios inherente a su condición *per se*, de los mismos.

En realidad se trata de cuestiones ambas que hemos ya planteado a lo largo del trabajo, pero que en cualquier caso podemos recordar en aras de aclarar la pregunta planteada del interés subyacente de la Hacienda Pública para solicitar el concurso de acreedores.

Dispone la Hacienda Pública del privilegio de optar por la ejecución propia, y realizar el patrimonio del obligado si este no cumple con la deuda tributaria, por ejemplo en periodo voluntario de pago por parte del contribuyente, la opción de dictar providencia de apremio, es seguro preferible, más si se tiene en cuenta que esto le permitirá mantenerse al margen del concurso, si consigue dictar aquella con anterioridad a la declaración de concurso<sup>339</sup>.

Por exclusión sería en aquellos casos de falta de bienes embargables o incluso de facturación donde podría interesarle a la Hacienda Pública la solicitud del concurso.

El ejercicio de la potestad de autotutela le permite extender el título de ejecución a ella misma, y dependiendo por tanto de la fase del procedimiento en que se encuentre podría ser uno u otro, en el caso de deudas no apremiadas pero si liquidadas sería suficiente el acto de liquidación dictado por el órgano de gestión o inspección, si por el contrario esta en periodo ejecutivo y se ha notificado el apremio, será la providencia título suficiente, tal y como señala el 167.2 de la LGT 58/ 2003.

Visto lo cual y entendiendo también la supresión de la ventaja que el Anteproyecto de LC 22/ 2003 reflejaba sobre la incorporación automática del acreedor instante del procedimiento concursal a la administración concursal<sup>340</sup>, es complicado ver en que modo le interesa a la hacienda pública solicitar el concurso, teniendo en cuenta que la gran mayoría de sus créditos contarían además con privilegios especiales. En este punto añadimos que la postura de la doctrina fue mayoritaria en ver un elemento positivo eliminar la ventaja de

---

<sup>339</sup> SÁNCHEZ PINO, J.L.: « La personación y otras actuaciones de la Hacienda Pública en el procedimientos del concurso de acreedores» AEDAT, Temas Tributarios de Actualidad, núm.34, 2005 pág. 31

<sup>340</sup> Art. 27.1.3. LC 22/ 2003 22/ 2003

participar en la administración concursal al acreedor instante, ya que esto acaba por la estrecha relación del administrador como fiscalizador, y delegado de la autoridad judicial por favorecer la connivencia entre el deudor y el acreedor<sup>341</sup>.

Señala AGUILAR RUBIO como postura inteligente de la Hacienda pública sería dictar providencia y acto seguido instar el concurso, ganando la preferencia procedimental en caso de existir bienes que ejecutar, y de no haberlos provocar la apertura del procedimiento universal, suponiendo la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, incluso sin intención fraudulenta<sup>342</sup>.

Ello implicaría una reintegración que claramente incrementa las expectativas de cobro de la deuda tributaria.

### 5.3 La hacienda pública en la fase de resolución del concurso.

#### 5.3.1 Fase de Convenio

En lo que respecta a la fase de resolución del concurso, las alternativas del deudor son el convenio o la liquidación y de la misma manera las facultades que ostenta en este punto la Hacienda Pública, si bien limitadas, existen y lo que es más importante, deben matizarse puesto que como señala LUCHENA MOZO pueden plantear ciertas reticencias en relación a la pretendida indisponibilidad del crédito tributario<sup>343</sup>.

Lo cierto es que los Organismos Públicos en general y Hacienda en particular participan activamente<sup>344</sup> en los Convenios Concursales, introduciendo en el ordenamiento jurídico la excepción a la regla general de la prohibición sobre transigir la Administración Pública sobre sus derechos, sacrificio justificado en el interés general, como esencia de la propia legislación concursal y por la propia

---

<sup>341</sup> PULGAR EZQUERRA, J. « El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores» pág. 125 y ss. Derecho Concursal, estudio sistemático de la LC 22/ 2003 y de la ley 8/ 2003 para la reforma concursal.

<sup>342</sup> AGUILAR RUBIO, M.: op.cit. pág. 258.

<sup>343</sup> LUCHENA MOZO, G.M. «La Hacienda Pública en el procedimiento concursal. La aplicación del test del acreedor privado por la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE». Atelier, 2012, pág.19.

<sup>344</sup> Históricamente fue el artículo 106 de la Ley 37/ 1988 de 28 de diciembre, modifica el artículo 39 del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria ( RDLg 1092/ 1988 de 23 de Septiembre) introduciendo la posibilidad de que la Hacienda Pública transija en el marco de un procedimiento concursal sobre sus derechos.

experiencia de la Administración que constata la participación activa en los mismos que puede suponer una mejora en la recuperación de créditos y por ende de nuevo en el interés general que debe subyacer en cualquier actuación de la misma.

Una vez que concluida la fase común, continua el proceso concursal con la apertura de la fase quinta o de convenio, en realidad, se trataría de la regla general del concurso, conocidas las soluciones preconcursales como solución anticipada que en la última reforma de la LC 22/ 2003 han tomado posiciones<sup>345</sup>.

Entendiendo el convenio como la máxima expresión de la voluntad de las partes que intervienen, la LC 22/ 2003 establece requisitos mínimos o de marco en el que han de producirse las propuestas en torno al pago de los créditos, alternativas, incluso cuestiones de forma y prohibiciones, todas ellas de especial importancia, más aún cuando se trata de estudiar la incidencia que produce sobre los créditos públicos<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> Sobre el concepto de *fresh money* No fue fácil la introducción en nuestro modelo del privilegio del *fresh money* respecto del crédito del financiador, que había que conectar con la composición de otros intereses en juego presentes en todo concurso, y en particular con la posición de los créditos de los trabajadores, de los que en ocasiones depende su subsistencia (p.e. 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso) (vid. intervenciones de los ponentes del proyecto de LC 22/ 2003, que posteriormente dio lugar a la Ley de Reforma 38/ 2011 en el Congreso el día 25 de mayo de 2011). Por ello y no obstante el importante avance que supuso en nuestro Derecho el reconocimiento legal del privilegio de *fresh money*, respecto de nuevos ingresos de tesorería inyectados en el marco de acuerdos de refinanciación, y sin abordar en este lugar la problemática que en ocasiones conlleva determinar a estos efectos qué supondría un «nuevo ingreso de tesorería», éste presentaba importantes debilidades que seguían operando a modo de elemento de *forum shopping* hacia otras legislaciones. PULGAR EZQUERRA, J.: «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal» La Ley nº1228, 2014. Véase también El concepto «dinero fresco», procedente del concepto anglosajón «*fresh money*», responde al objetivo de dotar de liquidez a la sociedad que ha acudido a la refinanciación de su deuda. La introducción de esta institución o instrumento pre concursal, que sólo es posible en el marco de un acuerdo de refinanciación, permite a los acreedores que aporten nuevos ingresos a la tesorería de la sociedad considerar el 50% de los mismos como crédito contra la masa. Esto supone un estímulo para las entidades financieras a la concesión de nuevos créditos para la viabilidad de la sociedad. El restante 50% se considera crédito con privilegio general. PULGAR EZQUERRA, J : «La financiación de empresas en crisis». Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. 2012/ 48. Marzo 2012. <http://www.ucm.es/centros/webs/d321/> consultado el 12 de noviembre de 2014.

Este convenio que ha de establecerse por escrito ira firmado por los acreedores que proponen y el deudor, de manera que dota de legitimación para su proposición a todos los que intervienen; a su vez se acompañará un plan de pagos y si es posible de viabilidad. Los convenios podrían contener dilaciones o propuestas de pago, sin embargo en el caso de que estableciera una quita, esta no podría superar el 50% del pasivo común<sup>347</sup>. Además contaríamos con un plazo máximo de dilación de cinco años contados a partir de la resolución firma por la que se aprobara el convenio.<sup>348</sup>

La Ley pone de manifiesto que se trata al convenio como un instrumento solutorio, dirigido a la satisfacción de los acreedores, siendo la conservación de la empresa o de la actividad una finalidad instrumental del mismo<sup>349</sup>.

La propuesta podrá contener proposiciones alternativas, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión los créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o créditos participativos. En realidad es el llamado convenio con asunción, el que ante la imposibilidad del

---

<sup>347</sup> Teniendo en cuenta que se refiere a los créditos ordinarios puesto que los privilegiados quedan al margen del convenio.

<sup>348</sup> Como viene siendo habitual en la interpretación de la LC 22/ 2003 es a la luz de la jurisprudencia donde obtenemos una lectura más nítida del precepto legal y así en Sentencia de la AP Madrid de 12 de marzo de 2010 establece que la propuesta de convenio debe contener necesariamente proposiciones de quita y / o espera, salvo alguna posible excepción que no viene al caso, no significa que sea su único contenido, pues en virtud del principio de autonomía de la voluntad sancionado en el artículo 1255 del Código Civil, pueden proponerse cualesquiera acuerdos que no sean contrarios a la moral , orden publico o las leyes y entre estas como es natural a la LC 22/ 2003 que modula dicha autonomía.

<sup>349</sup> Art 99.3 LC 22/ 2003 En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada.

Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4. En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos. Número 3 del artículo 100 redactado por el apartado 4 del número uno del artículo único del R.D.-ley 11/ 2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal («B.O.E.» 6 septiembre). Vigencia: 7 septiembre 2014

concurrido de continuar con su actividad, véndela totalidad o parte de su patrimonio empresarial para que sea continuada por un tercero. Es de suma importancia el estudio en este punto de la transformación de la naturaleza del crédito tributario, ya que pasa de ser indisponible y privilegiado a convertirse en un crédito privado ordinario una vez levantado el procedimiento<sup>350</sup>.

El auto ordena convocar Junta de acreedores y expresara la posibilidad de adhesión a la propuesta en los términos del 115 de la Ley Concursal. Se reunirá la Junta en lugar, día y hora señalados y se entenderá constituida con la concurrencia de los acreedores que ostente al menos la mitad del pasivo ordinario del concurso como señala el 116 de la Ley.

En el caso de las Administraciones Públicas, según lo dispuesto en la Ley 52/ 2007 de Asistencia Jurídica del Estado e instituciones Públicas, será quien ostente la representación y defensa quien concurrirá a la citada Junta.

Los titulares de créditos subordinados y los que hubieran adquirido su crédito por actos inter vivos después de la declaración de concurso, no tendrán derecho de voto, que se ejercitará conforme el presidente someta a votación la propuesta y a la que nominalmente responderán los asistentes.

La asistencia a la Junta de los acreedores privilegiados, incluso su intervención en las deliberaciones, no afectarán al computo del quórum de constitución ni les someten los acuerdos del convenio que se apruebe, salvo que hubieran decidido adherirse a él. El voto de un acreedor con un crédito privilegiado a favor de la propuesta de un convenio, producirá los efectos que resulten del contenido de este respecto de su crédito y privilegio si la Junta y el Juez lo aprobasen. Tal es el supuesto de la Hacienda Pública que como acreedor público podría renunciar a tal derecho y adherirse al convenio si así se justifica por razones de interés general. La vinculación de los créditos públicos a los convenios requiere de autorización expresa del órgano competente que de la lectura del art.10 LGP es la AEAT<sup>351</sup>.

También la LC 22/ 2003, contempla la posibilidad de que el propio convenio disponga condiciones particulares para aquellos acreedores

---

<sup>350</sup> ZARCO COLON, P. «La participación en los convenios concursales de los Organismos Públicos» <http://www.asambleamadrid.es/RevistasAsamblea/R.17.%20Pedro%20Zarco%20Colon.pdf>. Consultada el 1 de noviembre de 2014.

<sup>351</sup> Art. 6 de la Orden del Ministerio de Presidencia de 10 de Diciembre de 2007.

privilegiados, que deciden adherirse en los términos del 125 de la LC 22/ 2003, respecto de quitas y esperas sobre créditos con privilegio y sin la limitación del art. 100 de la Ley, que son añadidas a las impuestas sobre los créditos ordinarios y subordinados; en este sentido sería necesario para la obtención de la mayoría el voto favorable en la misma proporción del pasivo no afectado por el trato singular<sup>352</sup>.

Intentar conocer cómo actúan entonces los órganos de la Hacienda Pública ante un posible convenio es una de las cuestiones que debemos abordar.

Lo cierto es que hasta fechas relativamente muy recientes, la Hacienda Pública se veía obligada al cobro de sus créditos en el ejercicio del derecho de abstención, puesto que la exigencia de la integridad del crédito tributario imposibilitando la firma de convenios o acuerdos con el deudor en los procedimientos concursales. El autor PEREZ CRESPO PAYÁ señala en este sentido que lo que era una posibilidad, pasa convertirse en una necesidad<sup>353</sup>.

Es concretamente el art 164 de la LGT 58/ 2003, donde se recoge la posibilidad de que sea la Administración Tributaria participe, en los acuerdos con el deudor en el seno de un procedimiento concursal precisamente en el apartado 4 de este precepto «el carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales, no obstante 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 mas favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que pongan fin al procedo judicial. Este privilegio podrá ejercerse en los términos previstos en la legislación concursal. Igualmente acordaría la compensación de los créditos en los términos que prevé la normativa tributaria<sup>354</sup>».

---

<sup>352</sup> No se considera trato singular cuando la propuesta mantenga a favor de los acreedores queden sujetos a quitas o esperas en la misma medida que los ordinarios y con las ventajas propias de su privilegio.

<sup>353</sup> PEREZ CRESPO PAYA, F. «La Hacienda Pública y las situaciones concursales» Homenaje en estudios sobre la nueva LGT 58/ 2003 (Ley 58/ 2003 de 17 de diciembre) Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras, Dirección MARTINEZ LAFUENTE, Ministerio de Economía y Hacienda-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, pág. 758.

<sup>354</sup> PITA GRANDAL, A. RUIZ HIDALGO C. «El crédito tributario en la LC 22/ 2003 y las técnicas de resolución de conflictos» Revista Técnica Tributaria, núm. 70 2005. pág. 105.

No debemos confundir el trato singular del artículo 125 de la LC 22/ 2003 con la posibilidad de acuerdos singulares que la Hacienda Pública pudiera firmar.

El trato singular del mencionado art. 125 se reconoce para ciertos acreedores que requieren que sea aprobado el voto favorable del pasivo no afectado por dicho trato. Ni siquiera la disposición de este artículo de no considerar 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 estos queden sujetos a quita, espera o ambas figuras. Si es singular, lo es porque se concede un plan de pagos particular al margen del proceso, y el trato singular se contempla como parte del mismo.

Debiéramos distinguir entre la suscripción del convenio concursal por parte de la Hacienda Pública como del acuerdo singular, ya que ambos se constituyen como excepción al principio de indisponibilidad del crédito. En realidad se proclama tanto en la Ley General Presupuestaria como en la LGT 58/ 2003, señala CALVO VERGUEZ, que en realidad ambos textos establecen como presupuesto jurídico para la suscripción y celebración de los acuerdos la preceptiva autorización administrativa<sup>355</sup>.

Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere la LGT 58/ 2003 se requerirá autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, y más concretamente señala la Ley General Presupuestaria en la que se diferencia la competencia atendiendo a la naturaleza del crédito, dependiendo entre otras cosas de quien pertenezca la función recaudatoria.

Sin embargo y pese a la omisión en la LC 22/ 2003 de cualquier referencia a posibles acuerdos singulares con la Administración Tributaria, dada la expresa regulación de esta potestad en la normativa tributaria, sin quedar dudas que se pueden celebrar este tipo de acuerdos, entre el deudor y la Hacienda Pública. Sin embargo sin olvidar que se trata de una excepción al principio de la indisponibilidad del crédito,

Al igual que ocurre con el convenio, cuando, por las características y teniendo en cuenta la gestión recaudatoria, se considera oportuno la firma del

---

<sup>355</sup> CALVO VERGUEZ, J. «La inversión del sujeto pasivo del IVA en los concursos de acreedores». *Quincena fiscal*, 2013 págs. 55-78.

convenio, los Delegados especiales de la Agencia tributaria o de la Delegación Central de Grandes Contribuyente, según a quien corresponda la competencia para la firma solicitando autorización del titular del Departamento de Recaudación, a través de la subdirección General de Recaudación. Dicha solicitud irá acompañada de contenido mínimo y información sobre el deudor y el proceso.

Si hablamos del deudor, la ley en su artículo 164.4 de la LGT 58/ 2003 y la Ley General Presupuestaria, únicamente disponen que el acuerdo cuente con la conformidad sin olvidar de la exigencia de capacidad y competencia para obligarse. Si fuera un concurso necesario, al suspender el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, se requerirá que los administradores concursales firmen y completen la capacidad del concursado<sup>356</sup>.

Los créditos tributarios de carácter ordinario y subordinado deja de ser privilegiado, siendo disponible por el convenio que apruebe la voluntad mayoritaria de los acreedores concurrentes.

Solo los privilegiados no se vinculan salvo que se sometan voluntariamente y ejerciten el derecho de abstención<sup>357</sup>. El objeto del acuerdo solo pueden ser los créditos de la Hacienda Publica calificados en el concurso como privilegiados, general o especial, pues el acuerdo realizado al margen del procedimientos queda circunscrito a los que no afecten a la eficacia del convenio.

El concurso no acaba con la aprobación del convenio sino que se requiere su cumplimiento, incluso se dispone que hasta la declaración judicial podrían los acreedores adherirse, así la Hacienda Pública, que recordemos, no deja de ser un acreedor más, podría suscribir el acuerdo singular hasta dicho momento cómo ejemplo de la posibilidad de renuncia.

Aún así si podría plantearse la duda de si durante la ejecución del convenio el proceso concursal esta en curso, teniendo en cuenta que la aprobación del convenio supone el cese de los efectos de la declaración de concurso y así entenderlo concluido, pese a que subsista la competencia del órgano judicial.

---

<sup>356</sup> Art. 43 LC 22/ 2003.

<sup>357</sup> PEREZ -CRESPO PAYA F.J: La Hacienda Pública y las situaciones concursales». Op. Cit. Pág. 759

Autores como SANCHEZ PINO no están de acuerdo pues solo el cumplimiento íntegro y no la mera aprobación conlleva el fin del concurso<sup>358</sup>.

Si entendemos un límite temporal de podrían dar actuaciones fraudulentas, ya que aun aprobado el convenio, si la Hacienda Pública no hubiese alcanzado el acuerdo impugnando el convenio podría darse un mayor plazo para alcanzar el acuerdo.

De cualquier modo lo interesante es la razón por la que Hacienda renuncia a su derecho de abstención y suscribe el acuerdo y se entiende que son el mantenimiento de la actividad y el empleo de la entidad. Si el acuerdo se aLC 22/ 2003anza de manera simultánea al convenio de acreedores, facilitando su aprobación sin los intereses de los acreedores ordinarios son favorecidos en el convenio de condiciones especiales de pago.

Por la necesaria presencia de la Hacienda pública en la mayoría de los concursos, ya sea con un papel en mayor o menor medida protagonista, los convenios suelen incluirlo, o al menos darle traslado con el fin de obtener la segunda oportunidad de continuar con la actividad económica.

### **5.3.2. Fase de liquidación**

Es interesante en cuanto nos referimos a la fase de liquidación y los efectos del crédito tributario, como se derogaba de manera tácita el régimen de privilegios sólo en determinadas ocasiones. La Sentencia del TS de 29 de Septiembre de 2010 atiende al sentido normativo del artículo 77 de la LGT 58/ 2003 niega la contradicción que se reclamaba de la interpretación del art 77, pero para evitar que el problema se derive a la interpretación judicial la LC 38/ 2011 cambia y añade en el apartado 2 que en el proceso concursal, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la LC 22/ 2003 22/ 2003.

La liquidación o solo se trata de una opción, sino de una obligación cuando ante la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos durante la vigencia del convenio se vean dirigidos a ella, podemos decir que es subsidiaria pero la legislación prevé mecanismos sencillos para pasar de forma rápida a ella.

Se trata de conjugar la necesaria rapidez indispensable en la fase de liquidación con el principio inspirador de la LC 22/ 2003 y que con las sucesivas

---

<sup>358</sup> SANCHEZ PINO A.J.: «*la participación de la Hacienda Pública en la solución convencional al concurso de acreedores de las entidades deportivas*» en Régimen Tributario del deporte/ coord. por Mercedes Ruiz Garijo, Pablo Chico de la Cámara (Dir.) Civitas, 2013 pág. 511-558.

reformas se hace cada vez más indispensable, la viabilidad económica de forma que el Juez cuando tramita la solicitud conforme al art. 15 y 19 LC 22/ 2003, no implica que necesariamente y de forma automática se abra la fase de liquidación, sino que se deberá acreditar la existencia de alguno de los hechos que fundamentes la declaración tal y como se establece en el apartado 4 del art. 2 de la LC 22/ 2003.

Téngase en cuenta que la fase de liquidación producirá de manera irremediable efectos sobre las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio con todos los efectos que dispone la LC 22/ 2003 en el título III tratándose de persona física y siendo persona jurídica la disolución de la misma, con cese de los administradores o liquidadores sustituidos de inmediato por la administración concursal.

En el caso de los créditos se producirá directamente el vencimiento anticipado de los créditos aplazados y la conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones, activando de nuevo las ejecuciones singulares que se hubiesen suspendido por la declaración de concurso<sup>359</sup>.

Con relación a los créditos contra la masa, antes de proceder al pago de los créditos, se deducirán los bienes y derechos que sean necesarios para satisfacer los créditos de la masa activa, tales deducciones se realizarán con cargo a los bienes y derechos no afectados por el pago de los créditos con privilegio especial.

Se trata sin lugar a dudas de normas dotadas de un fuerte carácter imperativo, pero a las que el legislador no abandona en cierta flexibilidad, a la hora de formular observaciones o propuestas antes de su aprobación definitiva por el Juez.

Efectivamente el Juez debe aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, pero con la posibilidad de introducir modificaciones, a través de las alegaciones y que el informe de la administración concursal no es vinculante.

Si no se aprobase el plan de liquidación y todo aquello que no estuviese planteado se ajustará a las reglas de art. 149 LC 22/ 2003. Hablaríamos en ese plan de liquidación de la necesidad de

---

<sup>359</sup> Art. 57.3 LC 22/ 2003 .Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.

Formar lotes enajenables, de manera que se anteponga la venta de la empresa o la unidad productiva a la enajenación de manera aislada de los elementos del activo. Salvando la propia proposición del juez que estimando más favorable para el concurso permitiera la división.

Además habrá de valorarse cada uno de esos lotes o unidades, con los problemas que plantea la diferencia que se viene arrastrando desde la fase común de valorar con una pauta de prudencia impuesta por el valor aproximado de mercado frente al criterio de la empresa en funcionamiento.

Habría también que determinar el modo de enajenarse, ya que supone una delegación de las que son funciones de carácter liquidatorio, de la administración concursal, sin contravenir las reglas del art. 154 LC 22/ 2003<sup>360</sup>.

Resulta de interés la posible alteración de la regla de pago, conforme al vencimiento, si existe más activa para satisfacer el conjunto y concretamente para el que se pospone. Según el art 84 de la LC 22/ 2003 se puede alterar por la Administración Concursal, en aras de defender el interés del concurso, salvo como señala *in fine* el apartado 3, en lo que afecte a los créditos alimenticios, tributarios y de la Seguridad Social.

Así pues no existe preferencia alguna para los créditos públicos y la administración realizara el pago conforme al orden establecido y en su defecto a prorrata dentro de cada número<sup>361</sup>, a excepción de los que sean necesarios para la liquidación. El problema puede ser como resulta habitual en estos temas saber que es imprescindible o indispensable para poner fin a la liquidación.

Si restamos de la masa activa los bienes y derechos que son necesarios para la satisfacción de los créditos contra la masa y con cargo a los bienes que no están afectos a un privilegio especial, se atiende a aquellos que gozan de

---

<sup>360</sup> La prohibición se exceptiona para el caso de pago de créditos con privilegio especial. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, se hará en subasta, salvo que a solicitud de la administración concursal se autorice la venta directa o la cesión en pago o para pago al acreedor privilegiado o quien designe, si así queda satisfecho el privilegio, o en su caso quede reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.

<sup>361</sup> Art 176 bis LC 22/ 2003 introducido por el número ciento uno del artículo único de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012. El artículo 176 bis, con la salvedad de su apartado 4, comenzará a aplicarse a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor (Disposición transitoria undécima de la LC 38/ 2011, de 10 de octubre).

privilegio general, según el art. 91 de la LC 22/ 2003. Los subordinados se pagarán cuando los ordinarios hayan sido satisfechos.

Si seguimos la clasificación de los créditos según la ley en los artículos 89 a 92 de la LC 22/ 2003 por lo que los créditos tributarios no deben resultar distintos de ellos. Salvo por lo que se refiere a la declaración o bien autoliquidación que sea precisa para concretar un crédito público y aquellos para cuya determinación sea precisa una comprobación por la Administración competente

5.4 Hacia una nueva visión del concurso: La figura del mediador concursal

#### 5.4.1 Cuestiones generales sobre la mediación en la LC 22/2003.

Sin perjuicio de que los conflictos corren parejos a la historia del hombre, en versión actual que es la que aquí nos interesa, la aparición de las formas Alternativas de Resolución de Conflictos, en términos anglosajones *Alternative Dispute Resolutions*, en adelante ADR, tiene su origen en Harvard cuando en la primera mitad del siglo pasado se plantean soluciones eficaces a los conflictos<sup>362</sup> dentro del conocido como *movimiento de libre acceso a la justicia*<sup>363</sup>.

Centrándonos en lo esencial, las ADR se constituyen como herramientas basadas en la voluntad de los ciudadanos para solucionar los litigios entre particulares fuera del ámbito judicial. En sus formas se distinguen entre las fórmulas autocompositivas y heterocompositivas<sup>364</sup>.

---

<sup>362</sup> BARONA VILAR, S.: Solución extrajudicial de conflictos. *Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, 1999. Pág. 49.

<sup>363</sup> Para un estudio detenido del movimiento y sus consecuencias véase *A history of alternative dispute resolution: The story of a political and social Movement* de JEROME T. BARRETT Y JOSEPH P. BARRET, editada por John Wiley & Sons, San Francisco 2004, pág 159 y siguientes.

<sup>364</sup> Mayoritariamente aceptado por la doctrina procesalista, tales fórmulas de resolución de conflictos no se conciben a modo de cajones estancos, sino que normalmente se interconectan. La dinámica del proceso jurisdiccional, también del arbitraje, admite la interrelación referida: entre las normas que regulan los distintos procesos, encontramos así manifestaciones, más o menos extensas, del resto de fórmulas de resolución de conflictos ID. BARONA VILAR, S, pág. 195, si con arreglo a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal es obligado afirmar que el principio de legalidad está normativamente consagrado y que, por tanto, el de oportunidad no encuentra cabida en nuestro ordenamiento procesal, podría resultar excesivo, tomando como punto de partida esta observación, el llegar a la conclusión de que «en nuestra práctica forense», el principio de oportunidad está totalmente ausente, pues en la realidad ocurre otra cosa. Una muy clara exposición de los modelos, su significado y consecuencias aunque en versión chilena es

En las heterocompositivas interviene un tercero que se sitúa *por encima de las partes* que puede imponerlas la solución del conflicto como ocurren en el arbitraje y el proceso judicial.

Por su parte en las formas autocompositivas la solución al litigio surge del acuerdo entre los contrarios por la cesión de parte de las pretensiones iniciales. En este caso la intervención del tercero, en plano de igualdad con las partes, tiene por finalidad potenciar la comunicación y alcanzar, con ello, una mejor solución al conflicto. Entre estos métodos se encuentra la mediación y la conciliación<sup>365</sup>. En lo que a la mediación se refiere, el tercero no resuelve el conflicto sino que intenta acercar las posturas, intentar el diálogo entre ellas, y así, de forma pacífica solucionar el conflicto<sup>366</sup>.

La naturaleza de la autocomposición resulta entonces de la solución que se alcanza mediante el acuerdo de voluntades, requiere una renuncia parcial o total de las pretensiones, cediendo, siempre de forma voluntaria, una o ambas partes para lograr el acuerdo base de la solución al mismo. En definitiva, podríamos decir que desaparece la idea del vencedor y el vencido. Todas las partes ganan, pero a la vez pierden también, sin conseguir una satisfacción completa de todos los intereses reclamados pero con la seguridad de tampoco perderlo todo.

Ya en el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 2002<sup>367</sup>, se habla de las ADR como prioridad política para las instituciones de la Unión Europea que han de promoverlas, así como crear los instrumentos adecuados que garanticen su desarrollo y su calidad. El Libro Verde se acogió por la comunidad jurídica europea, con un acuerdo mayoritario sobre la necesidad de impulsar los sistemas de ADR transnacionales, con la idea de respetar las leyes de régimen interno.

---

recogido en las consideraciones del ensayo de la citada profesora "Las ADR en la justicia del siglo xxi, en especial la mediación" publicada en la *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 - N° 1, 2011 Coquimbo, Chile, págs. 185-211.

<sup>365</sup> MORENO CATENA V., Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 38.

<sup>366</sup> BARONA VILAR, S.: Solución extrajudicial de conflictos. Op. Cit pág. 51.

<sup>367</sup> Bruselas, 16 de abril de 2002 COM (2002) 196 final.

El Parlamento Europeo y el Consejo de la UE con la Directiva 2008/ 52/ CE de 21 de mayo de 2008<sup>368</sup>, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, contribuía a promover el uso más frecuente de la mediación, para mejorar el acceso a la justicia garantizando la libre circulación de empresas y personas. Las disposiciones se centraban en los procedimientos de mediación en asuntos transfronterizos como solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Los ordenamientos internos han de desarrollar la institución de la mediación partiendo de la normativa europea, que se centra en otorgar una regulación de mínimos que permitan garantizar la calidad y eficacia de la mediación. En nuestro país toda la regulación de la mediación había sido elaborada por las CC.AA., sobre todo en el ámbito de familia. Es con la Ley 5/ 2012, de 6 de julio<sup>369</sup>, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que concibe la mediación «como institución ordenada a la paz jurídica» que hará acudir a los tribunales como «último remedio, en caso que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes», contribuyendo a reducir la carga de trabajo de los Tribunales. Partiendo del reto que supone la implantación de una justicia de calidad, la mediación se perfila como un sistema alternativo de resolución de conflictos que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

La Ley 5/ 2012 de 6 de Julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>370</sup> supuso un verdadero avance en materia jurídica al otorgar a la mediación, una verdadera entidad para la resolución de conflictos. Si bien no

---

<sup>368</sup> Directiva 2008/ 52/ CE de 21 de mayo de 2008. Fue firmada en Estrasburgo el 21 de mayo de 2008, publicándose en el Diario Oficial de la Unión Europea 3 días después, el 24 de mayo de 2008 y entrando en vigor a los 20 días de su publicación, esto es, el 13 de junio de 2008. La directiva tenía un plazo de transposición general que alcanzaba hasta el 20 de mayo de 2011, con excepción de su art. 10, al que debía darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 a más tardar. A su vez, en la propia directiva se establece la obligatoriedad de su revisión como máximo el 21 de mayo de 2016, en donde la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo de la Unión Europea y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación de la misma, que podrá ir acompañado de propuestas de adaptación y cambio de la directiva.

<sup>369</sup> BOE Sábado 7 de julio de 2012, núm. 162.

<sup>370</sup> «La nueva Ley de mediación, puerta abierta a la mediación concursal», *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 19 marzo, 2012. Disponible en: [www.diariojuridico.com](http://www.diariojuridico.com)

existe expresión literal sobre el concepto de mediación concursal, y aunque pendiente de regulación en algunos aspectos, se permite su aplicación a través de mediadores formados que adopten una postura activa en la solución al conflicto. La mediación mercantil es la gran desconocida en nuestro país y, al mismo tiempo, tan necesaria como la mediación en el ámbito civil.

El aumento progresivo de la actividad comercial y empresarial ha generado un incremento en el número de conflictos entre comerciantes y empresas que hoy en día tienen un claro y desgraciado reflejo en el marco del proceso concursal. La mediación mercantil nace entonces con el ánimo de preservar las relaciones mercantiles e intentar salvar el tejido empresarial con soluciones que permitan a las empresas continuar con su actividad a través de cauces ágiles y efectivos. Son diferentes y variados los tipos de conflictos empresariales, pero presentan un punto común y es que terminan por repercutir profundamente en su actividad. La mediación es especialmente eficaz en los conflictos en los que existe un verdadero interés en conservar las relaciones de las partes, así como mantener la confidencialidad sobre las circunstancias de un conflicto o inclusive sobre su existencia, premisas ambas que concurren en el ámbito mercantil<sup>371</sup>.

De esta manera es importante señalar ventajas que puede proporcionar la mediación en el ámbito mercantil. Una de ellas podría ser la restauración de la relación entre las partes que favorece la continuidad en la actividad empresarial. Hay que tener en cuenta que la empresa es una organización plural y que una mala relación empresarial con cualquiera de quien interviene ya sea socio, cliente, proveedor o trabajador, hace que afecte indiscutiblemente a su actividad.

Muy importante en el ámbito de la mediación mercantil es la confidencialidad ya que en este tipo de conflictos mercantiles no interesa que las reclamaciones de cualquier índole se hagan públicas, en especial en importantes organizaciones empresariales con repercusiones de inversiones por la publicidad de estos problemas. A esta obligación de confidencialidad hace referencia el art. 9 del Real Decreto cuando apunta que se extiende tanto al mediador como a las partes que no podrán revelar la información obtenida en el procedimiento.

---

<sup>371</sup> LLORENTE SANCHEZ- ARJONA M. La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal. Diario la Ley nº 8225, Sección Doctrina, 9 de enero 2014, Año XXXV.

Además, esta obligación de confidencialidad impide que las personas que han participado en dicho procedimiento puedan aportar la información obtenida en el mismo en un ulterior proceso judicial o arbitral. Obligación de confidencialidad que a su vez se contiene en el art. 7 de la Directiva. Esta obligación de confidencialidad no se observará si las partes la dispensan o si es solicitada por los jueces del orden penal<sup>372</sup>.

Podemos hablar de tres cuestiones esenciales que identifiquen nuestro sistema concursal, una evidente incapacidad para satisfacer los intereses de los acreedores ordinarios. En segundo lugar, imposibilidad de invertir la proporción entre convenio y liquidación, cuando se está apostando decididamente por potenciar el Convenio y en definitiva la no reducción de costes del concurso, tanto a nivel temporal como económico.

La LC 22/ 2003 no es la única responsable, porque entre las circunstancias señaladas, coexisten claramente motivaciones de carácter sociológico y económico, e incluso cultural. En varias ocasiones hemos destacado el espíritu de la LC 22/ 2003, que desde la Exposición de Motivos manifestaba la intención de contribuir a lo largo del articulado a salvar las empresas que hubieran declarado el concurso de acreedores. De tal manera que en el propio texto legal se han dedicado más artículos a la fase de convenio que a la de liquidación. Pero también es sabido acudiendo a las estadísticas oficiales que la mayor parte de los concursos terminan en liquidación y ello ha hecho necesario que el legislador busque cauces distintos a la tutela judicial que permitan arreglos extrajudiciales de conflictos con los acreedores con el objeto de garantizar la viabilidad empresarial.

Se puede considerar entonces la mediación como una forma de alcanzar un acuerdo negociado para evitar un concurso de acreedores y así sería necesario un cambio de mentalidad que permita alcanzar acuerdos con los acreedores, que deberán tener por objeto la refinanciación o la consecución de una propuesta anticipada de convenio, antes de que sea demasiado tarde.

---

<sup>372</sup> ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. «La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto» en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, SOLETO MUÑOZ H. . (Dir.), Ed. Tecnos, 2011, pág. 407.

En esta línea, la Ley 14/ 2013 de 27 de septiembre<sup>373</sup>, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización modifica la LC 22/ 2003, e introduce en el Capítulo V bajo la denominación acuerdo extrajudicial de pagos de su Título I la figura del mediador concursal. Tal como se manifiesta en su Exposición de Motivos: *En la situación económica actual, son necesarios tantos cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar.*

La ley expresa la necesidad de un cambio en la cultura empresarial de nuestro país, basándose en las tendencias del Derecho comparado, se prevé un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios de modo que puedan pactarse quitas, incluso de hasta un 25%, y esperas de hasta tres años<sup>374</sup>.

Según cifras del Consejo General del Poder Judicial<sup>375</sup>, un 96% de concursos terminan en liquidación. El número de concursos presentados en el último trimestre de 2013 fue de 81, un 27,7% menos que en el mismo periodo del año anterior, según el informe sobre los efectos de la crisis económica en los órganos judiciales elaborado por la Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial.

A pesar de la apreciada tendencia a la baja, 2013 se cerró con 373 concursos presentados, el máximo registrado en un año en los juzgados mercantiles de la Región de Murcia y un 8,4 % más que en el ejercicio anterior. En el territorio nacional el número de concursos declarados en 2013 fue de 8.199 y el de declarados concluidos 895. Alcanzaron la fase de convenio 1.613 y la de liquidación 6.112.

Así cabría plantearse no sólo porqué las empresas llegan en estas circunstancias al concurso, sino también la efectividad práctica de esta nueva medida y, lo que es más importante, si podemos hablar verdaderamente de una auténtica mediación. Por esta razón el legislador, con buen criterio, prevé en su art. 231.2 c) y d), dedicado a los presupuestos, que para poder instar dicho

---

<sup>373</sup> B.O.E. de 28 de septiembre de 2013, núm. 233.

<sup>374</sup> ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., «La mediación en las relaciones empresariales...», op. cit., pág. 409.

<sup>375</sup> <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2013>. Consultado el día 18/01/2015.

procedimiento se ha de disponer de activos líquidos suficientes para poder satisfacer los gastos que ocasione el acuerdo, siendo de prever que su patrimonio y sus ingresos han de permitir lograr con posibilidad de éxito un acuerdo de pago<sup>376</sup>.

Los datos que arroja el informe anual de la Estadística Registral e Inmobiliaria del Colegio Oficial de Registradores de España son igualmente indicadores de la situación en la que se encuentra el tejido empresarial español en relación al concurso de acreedores. Así en el ejercicio 2013 el 94,05% de las sociedades que iniciaron la fase sucesiva lo hicieron para liquidarse.

En este sentido, el informe muestra los efectos de la LC 38/ 2011, donde refleja la baja proporción de fases de liquidación precedidas por la apertura de una fase de convenio, que ha sido del 5,6%, reducidísima si se tiene en cuenta que en 2011 fue del 26,8%, y en 2012 del 18,1% (porcentajes calculados sobre el total de fases de liquidación abiertas en el ejercicio). El cambio estructural puede encontrarse en el mayor soporte que el nuevo marco legislativo ofrece en materia de anticipación de la fase de liquidación (que se concreta en la posibilidad de iniciar la misma en cualquier momento de la fase común), en la no apertura por defecto de la fase de convenio en la tramitación abreviada, junto con el mayor poder de los órganos concursales sobre la evolución del concurso en los supuestos de cese de la actividad productiva. Por su parte, una de las características que mejor define a las concursadas que eluden la liquidación es su capacidad para generar recursos, así como un menor apalancamiento, tanto si tomamos como referencia a las concursadas que inician la fase de convenio como si consideramos a las que lo alcanzan.

La calidad financiera preconcursal condiciona los resultados del procedimiento, lo que acredita la capacidad de filtro del sistema. También se confirma que las empresas que inician la fase de convenio, así como las que finalmente logran el acuerdo en 2013 registran mayores volúmenes de tamaño. Es decir, se observa que el tamaño de la empresa puede ser una condición necesaria si bien no suficiente para sobrevivir al concurso.

De la lectura de los datos estadísticos expuestos se observa claramente la presencia de un problema endémico, quizás ya arraigado en lo que es nuestra

---

<sup>376</sup> <https://www.registradores.org/registroVirtual/principalEstadisticas.do>. Consultado el día 18/01/2015

cultura concursal empresarial del país, que no es sino la de acudir tarde al concurso<sup>377</sup>.

En los últimos años un gran número de Jueces y Magistrados están actuando en aras de modificar esta cultura concursal entre el empresariado, y que se acuda a los concursos antes, si bien la insuficiente planta de los Juzgados de lo Mercantil para responder al problema de la insolvencia, se han visto superados por el número de concursos como consecuencia de la crisis, y hace que uno de sus principales problemas sea la lentitud, lo que supone que se lleguen a retrasar sus conclusiones hasta cuatro años<sup>378</sup>.

Los empresarios no acuden al concurso porque conocen sus inconvenientes y el coste que supone, pero también por el estigma que puede suponer la solicitud y el proceso de apertura del concurso. La denominación de empresa concursada puede determinar la huida de proveedores y clientes, y menoscabar así la realidad de recuperación de la empresa.

Por todo se hace conveniente que el empresario tenga otras vías que le permitan una solución más eficaz. El legislador es consciente del problema y una forma podría ser establecer la posibilidad de un proceso preventivo extrajudicial a favor del deudor insolvente, con la intervención de un tercero neutral que aproxime a las partes y les ayude a negociar la salida de la crisis. Con ello se evita el estigma que recibe la empresa y la huida de clientes y proveedores, que acelera y hace inevitable la liquidación de la empresa.

La ley se refiere en su Exposición de Motivos a un profesional idóneo e independiente que ha de impulsar la avenencia así como los trámites de un procedimiento sencillo en el que se contempla una convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a los que se incentiva a la reunión.

Este profesional idóneo e independiente del que nos habla la ley se le denomina de forma bastante inexacta mediador concursal.

---

<sup>377</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ A., La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias, [www.diariojuridico.com](http://www.diariojuridico.com).

<sup>378</sup> Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales.  
<http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendoresJuecesMadoc2013.pdf>.

La posibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos se produce tras la modificación de los apartados. 1, 3 y 4 del art. 5 bis LC 22/ 2003, posibilidad distinta de los acuerdos de refinanciación tal como puede extraerse de la lectura de su párr. 1 que diferencia claramente entre esta figura y el acuerdo extrajudicial en donde entra en juego la figura del mediador concursal. De una lectura de su articulado extraemos que poco dice el legislador de la forma de proceder del mediador en lo que hace a su actuación de acercar posturas e intermediar entre las partes. Nada nos dice de cómo ha de celebrarse la reunión entre deudor y acreedores, tan solo que ésta ha de tener por finalidad el alcanzar un acuerdo de pago, pero sin hacer ningún tipo de alusión a la forma en que ha de desarrollar su actuación y a los principios que han de regirla.

#### **5.4.2 La figura del mediador concursal**

La adaptación del ámbito tributario cómo el mercantil a los avatares más recientes, donde el ordenamiento jurídico se ha visto compelido a realizar ajustes impuestos desde la economía y la política para superar la crisis actual, extiende su alcance hasta los recursos humanos a través de los cuales fluye la economía y el desarrollo socioeconómico. Los peritos y expertos pasan a ser objeto del Derecho, que concreta a través de su hacer normativo su significado, funciones y responsabilidades<sup>379</sup>. En este sentido, mencionamos a continuación algunos casos que ponen de manifiesto tal regulación. Así la LEC 1/ 2000 en lo referido a las actuaciones del perito forense, igualmente en el caso del auditor de cuentas con un texto legal y un Reglamento propio. Por su parte, la normativa sobre el experto independiente en el contexto del Registro Mercantil, y el caso del administrador judicial respecto a la vigente regulación de la administración concursal.

Todos son ejemplos de figuras y normas que regulan estatutos jurídicos propios con la vista puesta en la eficacia y en la eficiencia en aras a un mejor y mayor desarrollo económico y financiero. En ellos se definen requisitos de competencia, de instrucción, de condiciones y de experiencia. Se incluyen también

---

<sup>379</sup> Así los peritos contables, de información y contenido financiero y patrimonial son figuras que han ido en aumento por las importantes tareas que desarrollan en áreas determinantes de la justicia material. En este sentido se manifiestan los últimos censos al respecto años 2011-2014 de las Asociaciones de dichos colectivos.

criterios de idoneidad y de capacidad, registrándose en la que puede considerarse una regulación exhaustiva de estas figuras, regímenes de incompatibilidades y prohibiciones, la política retributiva que debe seguirse y la responsabilidad que conlleva las infracciones al ejercicio de las funciones asignadas.

Separado de las figuras anteriores pero cercano en su cometido y funciones el mediador concursal, se trata de un especialista que participa tanto de las funciones del mediador reguladas por la Ley 5/ 2012, de 6 julio, de mediación, como de las propias del administrador concursal. En este sentido se expresa la Ley 14/ 2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización que lo introduce en nuestro ordenamiento jurídico.

La denominación no ayuda en la configuración individualizada de la figura, pudiendo llevar a confusión su interpretación literal, pues el mediador concursal, ni es mediador, ni es concursal. No es mediador por las facultades decisorias que posee, claramente incompatibles con esta figura y no es concursal porque todas las funciones que se le otorgan se encaminan a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos que evite la declaración del concurso, por lo que desarrolla sus funciones al margen del concurso y con el fin de evitarlo. En términos literales así lo regula el art. 233 LC 22/ 2003<sup>380</sup>.

#### 5.4.2.1 La doble función del mediador concursal, mediador en el acuerdo y administrador concursal

Ya se ha adelantado la posible doble función del mediador concursal, no exenta de dudas, que se suscitaron incluso en el debate parlamentario de la Ley 14/ 2013<sup>381</sup>, ello porque no parece sencillo combinar las funciones del mediador de la Ley 5/ 2012 que someten al Código de conducta europeo para mediadores, con las funciones del administrador concursal, que más allá de las habilidades

---

<sup>380</sup> También novedosa es la referencia al experto independiente del art.71.bis LC 22/ 2003, recordemos aquí que este es nombrado por el Registrador ante los acuerdos de refinanciación indicados en ese artículo, que fue introducido por el art. 31 de la misma norma.

<sup>381</sup> [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-190.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-190.PDF) véanse las intervenciones de Convergencia i Unió o de Izquierda Unida

técnicas y emocionales propias del mediador, requieren una participación activa en el concurso.

La ley nos marca un camino a seguir indicando en el art. 242 LC 22/ 2003 que, salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal.

Descendiendo al carácter de sus actuaciones especialmente el que se refiere a la confidencialidad, la magistratura mercantil pone de manifiesto la complejidad del mediador concursal cuando expone los conflictos que se plantean entre el deber de confidencialidad del mediador y su posterior papel como administrador concursal. Se pone de manifiesto el carácter complejo de esta nueva figura, en el hecho que puede derivarse una exoneración legal implícita de los deberes que conlleva, respecto de la actuación como administrador concursal<sup>382</sup>.

Desde el punto de vista del profesional, resultaría de máximo interés introducir salvaguardas del deber de confidencialidad, en este sentido se abre la reflexión a su formalización, que podría realizarse en la propia intervención, mediante acta en el momento de asumir el cargo.

La confidencialidad se pone de manifiesto en situaciones como en los supuestos de insolvencia, donde ha de sujetarse a un estatuto neutral e independiente. Esta exigencia se extiende a la figura del mediador, que además de estar protegido por el secreto profesional, ha de cumplir con ella, lo que impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada del procedimiento en el que se encuentran. La excepción opera cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensan del cumplimiento del deber de confidencialidad, o cuando mediante resolución judicial motivada, se solicita por el orden jurisdiccional penal.

---

<sup>382</sup> Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales.<http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendedoresJuecesMadoc2013.pdf>

La infracción de la confidencialidad supone responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico. Se extiende a lo previsto en el art. 21.2 de la Ley 5/ 2012 en relación con la comunicación a todas las partes de la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, donde se ha de respetar la confidencialidad sobre lo tratado. Esta obligación se establece en una doble dirección, por un lado respecto del deudor y por otro respecto de las otras partes intervinientes.

Respecto a las limitaciones, quedando al margen tanto el cumplimiento de los deberes legales, como los de orden público, que se rigen conforme a sus propias normas dirigidas siempre por el bien común.

En su función de mediador es evidente que la idea de acercamiento de posturas y pacificación sin solución determina negativamente la posibilidad de utilización de la documentación o información recibida salvo que esté autorizado y, por otro lado, salvo en sus funciones de ayuda y evaluación del resultado que quedan influidas por aquellas.

El problema deviene cuando el mediador debe actuar a la vez cómo administrador, ya que la figura resulta en esencia incompatible, si se entiende que para dicho ejercicio, el mediador ha de utilizar la información obtenida en el proceso concursal y lógicamente a la que ha tenido acceso con anterioridad. Para arrojar luz en este sentido, hay que distinguir entre la información obtenida en la primera de las direcciones indicadas; De esta forma se podría motivar que no existe confidencialidad sino que la mayor parte de la documentación conocida nunca podría ser utilizada o expuesta y por ello incongruente al propio sistema.

#### 5.4.2.2 El nombramiento del mediador concursal

Según establece la LC 22/ 2003 en su art. 233.1 el nombramiento del mediador concursal recaerá en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial correspondiente. La expresión utilizada significa, con interpretación literal, uno después de otro, y según un orden numérico preestablecido, sin más requisitos que los genéricos mencionados, a partir de la lista suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

Respecto a las condiciones que han de darse para el nombramiento, junto a la anterior principal, a la vista del procedimiento, no queda duda alguna respecto a que la ley exige al mediador concursal un *plus* respecto al mediador en asuntos civiles y mercantiles, pues al mediador concursal se le exige una formación específica además de una capacidad de trabajo en múltiples direcciones bajo un objetivo y principios comunes, pues en el concurso, no sólo hay una mediación, sino más bien mediaciones<sup>383</sup>.

Al respecto de la formación y/ o preparación específica, el concurso como tipo de conflicto con un alto contenido técnico, hace necesario conocer las particularidades y exigencias de dicho ámbito, sin olvidar los principios y técnicas propias de la mediación como son los conceptos y significados del lenguaje propio del conflicto<sup>384</sup>. En este sentido merece destacar que un posicionamiento impregnado de humanismo en los conflictos de carácter personal facilita la necesaria praxis que los conflictos de trascendencia económica requieren, lo que explica la oportunidad de los conocimientos de Derecho y La Economía dentro de las exigencias formativas de los mediadores concursales.

En definitiva, mediador concursal se le exige que sea persona natural o jurídica, inscrita en el nuevo Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia, que, además de reunir las condiciones exigidas por la Ley 5/ 2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sea abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, además de que esté acreditada su formación especializada en Derecho Concursal; También es posible que el mediador concursal sea economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal. Además de las anteriores referencias a las personas físicas, es posible que esta figura recaiga en una persona jurídica, siempre que se integre, al menos por un abogado en ejercicio y un economista,

---

<sup>383</sup> MUÑOZ GALEOTE, M P.: «La mediación en asuntos civiles y mercantiles: La mediación concursal. *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*» nº34 2014, págs.291-303.

<sup>384</sup> ORTUÑO MUÑOZ P.: «*Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*» (DIR. CASTILLEJO MANZANARES, R.) , Valencia, 2013, pp. 21-29, p. 23.

titulado mercantil o auditor de cuentas y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal<sup>385</sup>.

#### 5.4.3 Desarrollo del proceso de mediación en el concurso de acreedores.

En lo relativo a la actuación del mediador concursal en la mediación, cabe destacar que comienza su actuación obteniendo toda la información posible para concretar los pormenores de situación real en la que se halla el deudor y la deuda. En esta primera fase se determina la estructura del pasivo y lo relativo a los acreedores<sup>386</sup> (Administraciones Públicas, entidades crediticias, acreedores privilegiados u otros acreedores) para decidir estrategias y proponer una prioridad dentro de los mismos. Los datos obtenidos indicarán la conveniencia de iniciar o no el proceso de mediación y, en caso de que valore pertinente el recurso a la mediación, entre quienes mediar. A partir de ese momento habrá de fijarse una planificación de medidas y acuerdos, de forma que los mismos sean equitativos para todas las partes en conflicto<sup>387</sup>.

El procedimiento se identifica con el modelo teórico de la escuela transformativa o de Harvard<sup>388</sup>, por su idoneidad con las exigencias que la mediación mercantil comporta<sup>389</sup>.

En la fase del procedimiento, en el que cumpliéndose las circunstancias arriba apuntadas, el mediador pasa a ser administrador concursal seguimos las reflexiones críticas de CASTILLEJO MANZANARES que apuntan la pérdida de la

---

<sup>385</sup> Por tanto, se le está exigiendo que tenga formación acreditable no solo en mediación, sino también en materia concursal, siendo su papel similar al del administrador concursal, no en vano, en caso de que el proceso de mediación no produzca los efectos esperados, el que fue mediador concursal seguirá el procedimiento como administrador concursal. Ello supone que el mediador concursal no se considere un mediador al uso.

<sup>386</sup> AGÜERO ORTIZ A.: «El mediador concursal como administrador extra concursal» Revista de Derecho Concursal y para concursal. Anales de doctrina, praxis,.. nº20, 2014. Pág. 273-289.

<sup>387</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E.: «Anuario de Derecho Concursal »nº31, 2014 págs. 11-63.

<sup>388</sup> Este modelo tiene su fundamentación en la comunicación, que es entendida en el sentido lineal, consistiendo en dos individuos que se comunican cada uno expresando su contenido y el otro escucha el contenido, o no lo hace. La función del mediador es ser un facilitador de la comunicación para poder lograr un diálogo que es entendido como una comunicación bilateral efectiva.

<sup>389</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ, A. la mediación en el ámbito del concurso de acreedores .Diario La Ley, N.º 8020, Año XXXIV, 11 Feb. 2013, Ref. D-53, Editorial, La Ley.

neutralidad y la confidencialidad en esta situación<sup>390</sup>. Así la profesora entiende que el mediador podrá perder la neutralidad y tener interés en que no se alcance ningún acuerdo ya que la percepción de honorarios del concurso podría resultarle beneficioso pues percibiría doble retribución, esto es, tanto por su labor como mediador, como por el posterior desarrollo de las funciones propias de administrador concursal. Respecto a la confidencialidad, en este sentido entiende que se dificulta y/ o impide que las partes expongan sus problemas reales.

Ciertamente se trata de una cuestión complicada en la que evidenciar las posiciones y el interés o la esencia del concurso se convierte en la principal cuestión. En sentido de dilucidar las fases del proceso y sus mecanismos de resolución, la Ley 14/ 2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con la intención de fomentar y reactivar la actividad económica, modifica numerosos aspectos de la LC 22/ 2003, especialmente en materia preconcursal<sup>391</sup> así indica de forma expresa:

- *"La modificación de los Acuerdos de Refinanciación Formal regulados por la Disposición Adicional Cuarta. Se incluye una regla más flexible del cómputo de la mayoría del pasivo que suscribe el acuerdo, de cara a la extensión de la espera pactada por la mayoría de las entidades no participantes o disidentes.*

- *La regulación más completa del procedimiento de designación del experto independiente encargado de emitir el informe sobre la viabilidad del deudor y la proporcionalidad de las garantías".*

Especialmente destacable, es la *"facilitación de acuerdos extraconcursales entre determinados tipos de deudores y sus acreedores mediante un sistema denominado «acuerdo extrajudicial de pagos» y protagonizado por la nueva figura del mediador concursal".*

Por primera vez se regula la denominada *segunda oportunidad* o *fresh start*, que concreta la posibilidad de que siendo el deudor persona natural pueda cancelar definitivamente las deudas que no han podido ser satisfechas con sus

---

<sup>390</sup> CASTILLEJO MANZANARES R.: «*La figura del mediador concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos*». CEEJ, nº1, 2013, pág. 19-36 .[www.ceej.es](http://www.ceej.es).

<sup>391</sup> «Reforma de la LC 22/ 2003 mediante la Ley 14/ 2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», *Garrigues, Comentarios*, N°.5, Madrid, 2013, p. 1. Disponible en: [www.garrigues.com/es](http://www.garrigues.com/es)

bienes y activos presentes<sup>392</sup>. Esta posibilidad precisa concretarse, en primer lugar su alcance es limitado pues sólo pueden acceder a él determinado tipo de deudores, y créditos, entre los que no se incluyen por ejemplo los de Derecho Público. Respecto a sus exigencias, la *fresh start* exige que el deudor satisfaga íntegramente ciertas clases de créditos (especialmente los privilegiados, entre los que se hallan los garantizados con hipoteca o prenda)<sup>393</sup>.

A) LA MEDIACIÓN EN LA FASE PRE CONCURSAL

A la vista de las posibilidades que el Ordenamiento Jurídico ofrece, a excepción de los acuerdos de refinanciación, el procedimiento concursal de carácter judicial es el único medio para resolver las situaciones de insolvencia.

Parece que reflexionar sobre la posibilidad de otras medidas que cuenten con la anuencia de las partes, como la mediación extra-judicial pre-concursal que evitaría el recurso al procedimiento, reduciendo costes económicos y temporales asociados al concurso, lo que facilitaría la reducción de la denominada “sobrecarga” de los Tribunales de Justicia.

En este sentido, se esgrimen argumentos que ponen de manifiesto aspectos negativos del concurso para el colectivo empresarial cómo es la estigmatización social que conlleva la declaración de concurso, el deterioro del patrimonio y el aumento en los costes.

---

<sup>392</sup> Vid. a este respecto «Reforma de la LC 22/ 2003 mediante la Ley 14/ 2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», *Garrigues, Comentarios*, N.º.5, Madrid, 2013, p. 5-6. Disponible en: [www.garrigues.com/es](http://www.garrigues.com/es)

<sup>393</sup> «El concurso consecutivo es el que se declara a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores cuando se demuestre imposible alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, o si éste resultara incumplido o anulado. En dicho concurso se abrirá simultáneamente la fase de liquidación (salvo insuficiencia de activos, en cuyo caso se seguirán las normas específicas para los concursos sin masa activa). En el concurso se designará administrador concursal al mediador concursal». «En caso de que el concurso consecutivo de la persona natural fuera calificado como fortuito, el Juez acordará la remisión (cancelación) de las deudas que no han podido ser satisfechas en la liquidación del activo durante el concurso, excepto las de Derecho Público, siempre que se hayan abonado íntegramente los créditos contra la masa y los créditos privilegiados. Se trata de la denominada «segunda oportunidad» o «fresh start», regulada por primera vez en España, aunque con efectos limitados. Según la nueva reforma, esta remisión o cancelación de deudas es un efecto del que también podrán beneficiarse los deudores personas naturales que soliciten un concurso, incluso sin haber intentado antes un Acuerdo extrajudicial de pagos. En este caso, el auto que acuerde la conclusión del concurso declarará la remisión de las deudas no satisfechas bajo un esquema más restrictivo, que exigirá básicamente cumplir cinco condiciones.

No se propone aquí un detrimento del proceso concursal, más bien una propuesta de promoción de la mediación ampliando los límites en los que se inspira nuestra LC 22/ 2003<sup>394</sup>. El legislador entiende de hecho el convenio extrajudicial pre-concursal, como una herramienta de uso preventivo del concurso.

Una mirada al sistema francés, del que usualmente beben las fuentes administrativas patrias, plantea sagazmente la exclusión del tratamiento de estas crisis del Derecho Concursal incluyéndolo en el ámbito administrativo del Derecho de Consumo<sup>395</sup>. Esta idea sobrevoló sin duda las consideraciones en torno a la elaboración de la ley, donde se debatieron dos alternativas principales; Bien configurar una mediación administrativa<sup>396</sup> o encomendarla a sujetos y organismos privados.

Surgen como lógica preocupación en el caso del deudor no empresario las cuestiones relacionadas con el sobreendeudamiento, que como es de todos conocido, en el caso de los consumidores no se agotan en el ámbito concursal, ni pertenecen en exclusiva al mismo<sup>397</sup>. Sustancialmente la información preventiva que permita a los consumidores calcular su nivel de endeudamiento y valorar de forma reflexiva su capacidad de pago debería incluirse en las respectivas leyes extra concursales. Muchas de estas medidas están previstas ya en nuestra legislación por incorporación de las Directivas Comunitarias que se preocupan de tales asuntos, en particular la Directiva sobre crédito al Consumo, 2008/ 48 del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2008, por la que se deroga la Directiva 87/ 102 del Consejo.

A la vista de lo anterior, como indicamos en líneas anteriores, se impone una necesaria relación de equilibrio entre mediación pre concursal extrajudicial y proceso concursal. En particular en caso de personas naturales no empresarias donde son necesarios incentivos, cómo los acuerdos de refinanciación y la

---

<sup>394</sup> PEROCHON, F: "La prevención de las crisis en Derecho Francés", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 15, 2011, p. 511

<sup>395</sup> GÓRRIZ LÓPEZ C. «MEDIACIÓN CONCURSAL» DIARIO LA LEY, Nº 8384, SECCIÓN DOCTRINA, 24 DE SEPTIEMBRE DE 2014, AÑO XXXV, ED. LA LEY.

<sup>396</sup> El problema radica en el caso de la insolvencia de los no empresarios, que queda sin más posibilidades dentro el ámbito del Derecho Concursal. En este recorrido cobra importancia el problema del sobreendeudamiento de las personas naturales no empresarias (art. L330-1 Code de Consumption).

<sup>397</sup> PULGAR EZQUERRA, J: "Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar" *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 2008, nº 9, p. 43

inmunidad que se otorga frente a la reintegración o la concesión de privilegios en relación con el «dinero fresco».

En este sentido, siguiendo las líneas maestras que trazan las instituciones europeas en esta materia, se manifiesta el nuevo Título X en la LC 22/ 2003 que regula el denominado "Acuerdo extrajudicial de pagos", que se configura como un mecanismo que pretende la negociación extrajudicial de un "Plan de pagos" con los acreedores, como alternativa al concurso y al Acuerdo de Refinanciación Formal.

Dicha alternativa de la mediación pre-concursal y el conjunto de las medidas propuesta no debe limitarse a los deudores no empresarios. Es obvio que los empresarios personas naturales se enfrentan a situaciones similares a las que afectan a los no empresarios, lo que incluye el riesgo de exclusión social y la imposibilidad de comenzar de nuevo en razón de la responsabilidad ilimitada. Así pues la mediación pre-concursal extrajudicial es también una opción a valorar para las llamadas pequeñas y medianas empresas (empresarios personas jurídicas).

De lo expresado deducimos que la mediación tiene plena significación en el periodo previo al concurso de acreedores, donde la LC 22/ 2003 considera como objetivo prioritario que el concursado lleve a cabo una labor de negociación con sus acreedores que le permita evitar el concurso. En este sentido el artículo 5 bis de la LC 22/ 2003 prevé que *el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley.*

Se trata sin lugar a dudas de una previsión necesaria a la vista de los retrasos de hasta casi un año para admitir a trámite un concurso de acreedores.

El acuerdo extrajudicial de pagos, podría reducir el impacto negativo que provoca el concurso, toda vez que la designación por el Notario o el Registrador Mercantil será más ágil, produciéndose de forma automática la suspensión de todas las ejecuciones<sup>398</sup>. Este razonamiento no impide la necesaria solución que supone la inviabilidad de un proyecto empresarial, situación en la que se deberá

---

<sup>398</sup> SÁNCHEZ GALLEGO, E.: «La mediación concursal». *Anuario de derecho concursal*, nº31,2014, pág. 11-63.

promover de forma inmediata el concurso, pero ya con las ejecuciones suspendidas<sup>399</sup>.

**B) PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS**

En el procedimiento para la obtención del acuerdo extrajudicial de pagos es donde actúa la figura del mediador concursal con mayor protagonismo, consiguiendo la aprobación de un acuerdo de pagos que permita la supervivencia de la empresa habiendo puesto en conocimiento del Juzgado competente para la declaración del concurso el hecho de haber iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

De esta forma, se inicia el expediente para la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos, durante el cual el deudor no podrá ser declarado en concurso. A continuación, el deudor podrá seguir con su actividad, pero se abstendrá de solicitar préstamos o créditos o utilizar medios electrónicos de pago.

En cuanto a los efectos frente a otros, desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones contra el patrimonio del deudor durante un plazo de tres meses, salvo los titulares de créditos con garantía real. En caso de inicio o continuación de la ejecución por parte de estos últimos, no podrán participar en el acuerdo extrajudicial. El acreedor con garantía personal podrá ejecutar ésta si el crédito que ostenta frente al deudor principal ya hubiera vencido<sup>400</sup>.

Continua el procedimiento realizada la anotación de apertura en los registros públicos, no anotándose embargos posteriores, salvo que sean ejercitados por acreedores de derecho público o con garantía real que no participaren del acuerdo. En cuanto a la admisión o inadmisión de la solicitud se hace depender, a la vista de lo regulado en el artículo 232.3 de la LC 22/ 2003, de

---

<sup>399</sup> Recordemos al respecto que la negociación de este acuerdo no podrá llevarla a cabo cualquier empresario, sino la persona natural con insolvencia actual o inminente y con un pasivo inferior a cinco millones de euros, así como la persona jurídica en estado de insolvencia con menos de cincuenta acreedores o con un activo o pasivo inferior a cinco millones de euros, siempre que en ambos casos se puedan sufragar los gastos del acuerdo y el patrimonio e ingresos previsibles permitan un acuerdo viable.

<sup>400</sup> Artículo 235 de la Ley 14/ 2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su Internacionalización, BOE núm. 233, 28 de septiembre de 2013.

la justificación del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial, de que el deudor no se halle en alguna de las situaciones previstas en los apartados 3 o 4 del artículo 231, y de que no falte alguno de los documentos exigidos o los presentados fueren completos.

Solicitado el acuerdo extrajudicial de pagos y aceptado el cargo por el mediador propuesto, el Registrador Mercantil o Notario competente deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado que ha de conocer el asunto para la declaración del concurso<sup>401</sup>.

El trabajo del mediador concursal se concreta en la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos, debiendo convocar al deudor y a los acreedores a una reunión para alcanzar un Plan de Pagos.

A la mayor brevedad posible y con una anticipación mínima de veinte días a la fecha fijada para la reunión, el mediador remite a los acreedores el Plan de Pagos que deberá contener una quita o condonación no superior al 25% y una espera o moratoria no superior a tres años. Además presentará un plan de viabilidad, con propuesta de cumplimiento de las nuevas obligaciones que se vayan devengando y un plan de empresa. A partir de la comunicación al Juzgado se da un plazo de tres meses para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, porque, no siendo así, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiere solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de solvencia.

En este proceso, la reunión con los acreedores es de suma utilidad, al ofrecer una propuesta de pagos acompañado de un plan de viabilidad, lo que genera seguridad en los acreedores y propone una redirección económica de la

---

<sup>401</sup> Artículo 232 de la LC 22/ 2003: «2. La solicitud se hará mediante instancia suscrita por el deudor, en la que el deudor hará constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos reglados previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo. Si el deudor fuere persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio, y si estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, acompañará asimismo las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios».

empresa. Los acuerdos deberán tener por objeto la refinanciación o la consecución de una propuesta anticipada de convenio. Según se persiga uno u otro objetivo, la mediación tendrá una mayor o menor flexibilidad ya que vendrá marcada por las previsiones establecidas en la LC 22/ 2003 para el Convenio Anticipado.

Si la mediación pretende la refinanciación de la empresa, estaremos ante uno procedimiento de mediación en puridad, pues la misma se llevará a cabo seleccionando los acreedores cuya actuación puede provocar de forma más inmediata el estudio previo para seleccionar aquellos con los que se ha de desarrollar la mediación, aunque lo óptimo será realizarla con todos o la mayor parte de ellos. Por lo general en estas situaciones los acuerdos son más flexibles y no es fundamental el respeto al principio de la *par conditio creditorum*, no pudiendo, sin embargo, obviarlo dada la eventualidad de posteriores acciones rescisorias. De igual modo, cabe la posibilidad de que los mismos puedan incluir acuerdos adicionales que no versen sobre la refinanciación. Es en este tipo de acuerdo donde la mediación alcanza su plena dimensión como técnica alternativa de resolución de conflictos<sup>402</sup>.

Si de lo que se trata es de obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, las diferencias con la situación anterior se hacen patentes, especialmente debido a la rigidez que caracteriza a la mediación concursal. En primer lugar el respeto debido al principio de la *par conditio creditorum* y en segundo por la fijación de un objetivo concreto: la aprobación de un acuerdo concreto con los acreedores. Con todo, este último debe, necesariamente, adoptar la apariencia de un acuerdo homogéneo que cumpla los requisitos del artículo 100 de la LC 22/ 2003, es decir, que respecto de los créditos ordinarios no podrá exceder de quitas superiores al 50% ni esperas superiores a los cinco años.

Puede incluir, además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos, puede incluir, de igual modo, proposiciones de enajenaciones de bienes. Dicho lo anterior, cabe señalar que la propuesta no podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los

---

<sup>402</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ, A.: «La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias», *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 3 mayo, 2013. Disponible en: [www.diariojuridico.com](http://www.diariojuridico.com)

acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo de la persona jurídica concursada. La ley señala al respecto que las propuestas deberán presentarse acompañadas de un Plan de Pagos y de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.

A partir de este momento las situaciones posibles son o bien que el mediador se vea compelido a solicitar el concurso o bien que se apruebe el Plan de Pagos y, por tanto, el acuerdo extrajudicial

Respecto a la solicitud del concurso, surge si se dan algunas de las siguientes circunstancias, bien que tras el envío del Plan de Pagos los acreedores que representen la mayoría del pasivo deciden no continuar con la negociación., bien que el Plan de Pagos sea rechazado en la reunión, o que habiendo sido aprobado sea posteriormente, ser incumplido por el deudor.

En cuanto a la aprobación del Plan de Pagos y, por tanto, el acuerdo extrajudicial ha de tenerse en cuenta que en este supuesto, *"ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente"*. Así pues el acuerdo extrajudicial se elevará a escritura pública y, en su caso, se inscribirá en el Registro mercantil. Además, se comunicará al Juzgado competente para la declaración del eventual concurso del deudor, debiendo ser objeto de publicación en el BOE y en el Registro Público Concursal.

Conforme al artículo 241 de la Ley 14/ 2013 y a diferencia de la actuación del Administrador Concursal en los convenios - que solo lo hace cuando expresamente se le encomienda, compete al mediador la supervisión del cumplimiento del acuerdo quien, si lo entiende cumplido, lo hace constar en acta notarial.

5.5. Comentario a la posición del TJ Union Europea y la Comisión sobre la posición de la Hacienda Pública en el concurso de acreedores.

#### **5.5.1 Cuestiones generales sobre los convenios con Hacienda y las ayudas públicas de Estado**

El hecho de que España pertenezca a la Unión Europea, hace que todo quede bajo el manto del llamado Derecho de la Unión y en concreto desde el punto de vista normativo, supone definitivamente el máximo escalón normativo en orden de jerarquía. La materia concursal no es una excepción; y así en los últimos años tanto la legislación como la propia jurisprudencia de los órganos de la Unión Europea han ganado en protagonismo.

La primera cuestión que en el ámbito del trabajo desarrollado vamos a plantearnos, es la posibilidad de que se considere ayuda por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) el hecho de que la Administración Pública española firme un convenio que relaje o incluso acabe condonando parte de la deuda que una empresa mantiene con ella.

Podríamos decir que la prudencia es la tónica general de la Administración a la hora de aprobar un Convenio Singular o bien de adherirse a un Convenio general en los concursos de acreedores, actuando con el criterio de obtener la mayor recaudación sobre la deuda, sin olvidar la necesidad de mantener la capacidad productiva y los puestos de trabajo<sup>403</sup>.

La normativa reguladora del concurso de acreedores sigue la misma línea que las Decisiones de la Comisión y de la jurisprudencia comunitaria, al equiparar a los acreedores públicos con los acreedores privados que actúan diligentemente ante unas mismas circunstancias. Será entonces acreedor privado diligente en una economía de mercado el operador económico eficaz, capaz de discernir y emplear los medios adecuados para conseguir un determinado fin, que es el cobro de sus créditos<sup>404</sup>.

---

<sup>403</sup> RODRIGUEZ MARQUEZ, J.: «*La Hacienda Pública y los procesos concursales*» Edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pg. 117.

<sup>404</sup> OLIVENCIA BRUGGER, L. M.: «El comportamiento de los acreedores públicos en los procedimientos concursales y ayudas estatales. Análisis de la LC 22/ 2003 a la luz de las decisiones de la Comisión y la Jurisprudencia del TJCE», en AA VV Estudios sobre la LC 22/ 2003. Libro homenaje a M. Olivenza, t. IV. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pg. 3825 y MORENO GONZÁLEZ, S. en «Técnicas convencionales en el ámbito tributario y ayudas de

Si bien, la Hacienda Pública al ser titular de un crédito público no puede excederse en los límites que el legislador ha establecido para los créditos ordinarios, ya que esos límites actúan precisamente como garantías procedimentales y un exceso podría entenderse como una ayuda pública.

Un condicionante considerado en dicha evaluación es el de que la insolvencia sea considerada como extraordinaria y no repetitiva. Además se exige también que los otros acreedores colaboren, en el sentido de que ningún acreedor ordinario tenga mejor trato que las propias Administraciones Públicas.

Del mismo modo, en este tipo de acuerdos se considera igualmente vital evitar el enriquecimiento injusto de los propietarios, y extender el acuerdo a la plantilla y los sindicatos con congelación salarial y rebaja de los salarios más altos.

En el artículo 87. 1 del Tratado de la Comunidad Europea se dispone que *“Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados miembros o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.”*

El TJCE ha aclarado a través de la jurisprudencia las posibles dudas que suscita el concepto de ayuda de estado en la redacción del TCE y del Reglamento del Consejo 659/ 1999 de 22 de marzo por el que se regulan las normas de procedimiento en materia de ayudas. El concepto de ayuda de estado es más amplio que el de subvención e incluye toda ventaja para la empresa o sector que lleve aparejada una pérdida patrimonial para el Estado que la otorga. Considera *ayuda otorgada por los Estados miembros o mediante fondos estatales* no solo a las entregas sino a lo que es más importante para el tema que nos ocupa, la posible condonación de los fondos que deberían haberse ingresado en el sector público.

Cuando hablamos de los procesos concursales, la piedra de toque para dictaminar si un convenio o acuerdo por parte de una Administración Pública puede tener la consideración de ayuda de estado es si cumple o no el criterio del operador privado y la lógica del mercado. El llamado test del operador privado,

es decir, si un operador privado puesto en el lugar de esa Administración se hubiese comportado de la misma manera, no solo a efectos de hacer posible el cobro de la mayor parte de sus créditos sino también de salvaguardar sus intereses.

El TJCE ya se pronunció en este sentido en el asunto TUBACEX de 29 de abril de 1999 , al considerar que no existía ayuda de estado por los convenios firmados con la Seguridad Social, la Hacienda Foral de Álava o el FOGASA, ya que estas habían actuado de la misma forma que hubiere actuado un operador privado puesto en su misma situación. Por el contrario y bajo los mismos indicadores consideró que créditos blandos otorgados por el Gobierno Vasco con el objetivo de impulsar la actividad, si eran ayuda, ya que el tipo de interés bonificado era inferior incluso al interbancario y una entidad de crédito puede conceder préstamos preferentes a un cliente con dificultades, pero nunca perdiendo dinero.

#### **5.5.2 Límites para la consideración del convenio como ayuda pública.**

Un concepto interesante es el que define el límite cuantitativo de lo que puede ser una ayuda, el Reglamento 1998/ 2006 de la Comisión de 15 de diciembre de 2006 el umbral mínimo por debajo del cual la ayuda carece de efectos significativos sobre la competencia entre los Estados miembros, en 200.000 euros y durante un período máximo de tres años e incluir a todo tipo de ayudas públicas.

Una vez que una Administración Pública ha decidido llegar a un acuerdo con un deudor en el marco del concurso, conviene ver las restricciones que impone el criterio del operador privado<sup>405</sup> para evitar que se pueda considerar la quita como una ayuda de estado.

En primer lugar tener en cuenta si la renuncia de la Hacienda Pública a cobrar cantidades como sanciones, recargos, cuyo origen está en el poder exorbitante del Estado. Ya que en este punto parece más lógico evitar pensar que puede ser constitutivo de ayuda.

---

<sup>405</sup> GRAU RUIZ, A.:«STJCE 14-9-2004. Reino de España contra Comisión de las Comunidades Europeas, As. C-276/ 02: La trascendencia en materia de ayudas de Estado de la actitud de las autoridades nacionales frente al impago de impuestos y cotizaciones de Seguridad Social por una empresa en suspensión de pagos» en [http:// www.ief.es/ publicaciones/ fiscinternac/ Comentarios/ 2004\\_14Sep\\_Grau.pdf](http://www.ief.es/publicaciones/fiscinternac/Comentarios/2004_14Sep_Grau.pdf), pg. 5

Y en segundo lugar, considerar los tributos que se deben, que dependerá del carácter concreto de la deuda en el concurso; si esas cantidades son minoritarias respecto a la masa de la deuda, es más difícil vincular la condonación con la existencia de ayudas de estado si finalmente la Administración se adhiere al convenio general o incluso pactara uno individual<sup>406</sup>.

En el supuesto de que Hacienda concediera un aplazamiento de la deuda, debiéramos observar otras dos variables, en primer lugar analizar la situación de *quita* si la deudora desapareciera y un examen de rentabilidad sobre los gastos que supondría el cierre y la disminución de ingresos futuros con el cierre de la empresa<sup>407</sup>.

Parte de la doctrina considera que la economía general actúa rápidamente, de tal modo que el cierre de un negocio, se sustituye con la apertura de otro, de tal modo que la merma de los ingresos fiscales futuros prácticamente va a pasar inadvertida<sup>408</sup>.

Se trata en definitiva de apreciar lo que acabarían obteniendo unos y otros acreedores, en caso de liquidación y compararlo con las cantidades pactadas en el convenio. Aceptar el convenio, es la decisión más adecuada si la Hacienda Pública, aumenta su recaudación en mayor medida con el convenio que con la

---

<sup>406</sup> La Comisión ha entendido que las condonaciones en el marco de un Convenio concursal eran ayudas de Estado, comparando el importe total de los créditos públicos con el de los privados. En este sentido, STPI de 11 de Julio de 2002, T-152/ 99 por la que se anulaba la decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en relación a las ayudas concedidas a la empresa HANSA (1999/ 484/ CE), Sosteniendo que el porcentaje medio de condonación de deudas de los acreedores públicos en comparación con el de los privados, así como los privilegios e hipotecas de aquellos frente a estos eran generalmente superiores, por lo que, en principio, los acreedores públicos conceden condonaciones de deuda proporcionalmente superiores que los acreedores privados, lo que se traduce en un mayor sacrificio de los primeros.

<sup>407</sup> En opinión de BERMEJO GUTIÉRREZ, la quita concursal no constituye una condonación, ya que según la referida autora «la liberación no proviene propiamente de la extinción de la obligación, sino de la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor durante un tiempo indefinido» en Comentarios a la LC 22/ 2003 (Coord. Emilio. M. BELTRÁN SÁNCHEZ, Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO, M<sup>a</sup> Teresa ALAMEDA CASTILLO, Ángel José ROJO FERNÁNDEZ-RÍO), vol. 2, Madrid 2006, pg. 2246.

<sup>408</sup> La mano invisible del mercado, es el término o metáfora empleada por Adam Smith con el que expuso la capacidad autorreguladora del libre mercado. El término fue acuñado en la Teoría de los Sentimientos Morales en el año 1759 y popularmente conocida gracias a su libro La riqueza de las Naciones de 1776. Expresa la capacidad de una economía de mercado en obtener automáticamente el máximo bienestar social a través de la búsqueda del propio interés.

liquidación, respetando los límites en el art. 100 de la LC 22/ 2003<sup>409</sup>.

Se trata de límites que se establecen para los créditos ordinarios, de tal manera que las quitas acordadas no pueden exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni el aplazamiento de más de cinco años a partir de la resolución judicial que lo apruebe. Si bien es cierto que se refieren a los créditos ordinarios, afecta también a los acreedores públicos en el concurso, en tanto el 91.4º señala el límite del 50% de su importe<sup>410</sup>.

Sería cuestión importante, analizar la excepción que contiene el apartado 1 del artículo 100 de la LC 22/ 2003, cuando con previo informe y siempre que así se contemple en el plan de viabilidad, puede autorizar superar el límite de 5 años<sup>411</sup>.

Si una empresa concursada puede obtener una condonación de deuda tributaria, podría solicitarse la declaración de especial trascendencia para la economía y proponer una quita superior al 50 por 100.

Quizás invocando la preferencia comunitaria, de tal modo que se fundamente en salvar a una empresa cuyos competidores están instalados todos fuera de la Unión Europea. En realidad sería una cuestión posible, pero ayudaría en gran medida que la empresa concursada demostrase que su situación depende de unas prácticas de competencia desleal o de unas reglamentaciones mucho más

---

<sup>409</sup> Art 100.1 LC 22/ 2003. La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Número 1 del artículo 100 redactado por el apartado 4 del número uno del artículo único del R.D.-ley 11/ 2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal («B.O.E.» 6 septiembre). Vigencia: 7 septiembre 2014.

<sup>410</sup> Si bien este último límite ha sido superado por la publicación del R.D.-ley 11/ 2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal («B.O.E.» 2 octubre) Respecto al convenio concursal, se introducen, en primer lugar, previsiones análogas a las de la disposición adicional cuarta de la LC 22/ 2003 (en redacción dada por el relativas a la valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial. Para ello se modifican los artículos 90 y 94 de la LC 22/ 2003

<sup>411</sup> En concreto, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites, «cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente». VALERO LOZANO, N., basándose en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia de 27 de julio de 2005, señala que para que proceda la excepción del apartado 1 del art. 100 de la LC 22/ 2003 es necesario que exista un requisito subjetivo (empresa de especial trascendencia), otro objetivo (plan de viabilidad) y un último documental (informe emitido por la Administración económica). en «*El régimen jurídico del crédito público en la LC 22/2003.*» La Ley, Madrid, 2007, pg. 39.

laxas que las que rigen en la UE.

En conclusión, una buena práctica administrativa no debe albergar demasiados temores de que la actuación de las Administraciones Públicas españolas en un proceso concursal se pueda calificar de ayuda de estado. E incluso hay casos en que los intereses generales en juego son tan evidentes que es necesario correr algún riesgo<sup>412</sup>.

La Comisión utilizando el criterio al que nos hemos referido como principio del inversor privado<sup>413</sup>, examina la ayuda que se va a conceder y trata de evitar que sea incompatible con el Tratado. No se considerará como tal la aportación o financiación que se realiza a una empresa, si la actuación en las mismas circunstancias y actuando con criterios racionales en una economía de mercado la hubiera realizado un inversor privado.

El art. 10.2 de la Ley General Presupuestaria, establece que de conformidad con el deudor y teniendo en cuenta las garantías necesarias, las condiciones singulares de pago, no podrán ser más favorables para el deudor que las recogidas en el acuerdo o convenio que ponga fina al proceso judicial<sup>414</sup>.

Si un acreedor privado, en una situación análoga, teniendo en cuenta las condiciones de mercado y la situación de la empresa deudora, actuara de la misma manera que Hacienda, para condonar o aplazar una deuda, y por tanto lo

---

<sup>412</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2002 ( TJCE 2002, 231) , Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA)/ Comisión, T-152/ 1999, apartado 167. Véase, en este sentido, también la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 1999 ( TJCE 1999, 91) , España/ Comisión, C-342/ 1996, Rec. pg. I-2459, apartado 46, y la sentencia DM Transport, apartado 24).

<sup>413</sup> Market test o market economy principle. STPI de 6 de marzo de 2002 en los asuntos acumulados T-228/ 99 y T-233/ 99, Westdeutsche Landensbank Girocentrales y otros.

<sup>414</sup> Art 10 LGP2. Serán responsables solidarios del pago de los derechos de naturaleza pública pendientes, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar, las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias del Tributaria. En este supuesto, la declaración de responsabilidad corresponderá a la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando se trate de créditos de naturaleza pública cuya gestión recaudatoria haya asumido aquella por ley o por convenio. El régimen jurídico aplicable a esta responsabilidad será el contenido en la LGT 58/ 2003 y su normativa de desarrollo. Número 2 del artículo 10 introducido en su actual redacción por el artículo 2 de la 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 («B.O.E.» 30 octubre). Vigencia: 31 octubre 2012

concediera podemos afirmar que la decisión no será calificada como ayuda de Estado.

De nuevo volvemos o retomamos la cuestión principal que versa sobre el resto del trabajo, la necesaria armonización de las normas de Derecho Comunitario sobre competencia y el espíritu perseguido por la LC 22/ 2003 de conservación de la empresa<sup>415</sup>.

En el año 2014, se publica la última modificación de la LC 22/ 2003, 22/ 2003, concretamente a través del RD-ley 4/ 2014 de 7 de marzo en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y precisamente casi de manera simultánea se aprobaba por la Comisión Europea una Recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial<sup>416</sup>. Además de la circunstancia temporal, parece que ambos textos coinciden en la misma dirección, en tanto que la Comisión recomienda a los Estados Miembros establecer un marco legal que permita la reestructuración de las empresas viables con dificultades financieras en una fase previa a la insolvencia y ofrezca una segunda oportunidad a los empresarios que han caído en concurso por causas ajenas a su honradez y diligencia.

Si bien es cierto que el lenguaje de las recomendaciones es muy genérico, de la lectura del texto es evidente, en relación a los planes de reestructuración preventiva, las indicaciones sobre el futuro diseño del procedimiento preconcursal que las legislaciones nacionales deben configurar y ofrecer a las empresas con dificultades.

Si bien en el ámbito europeo, en materia concursal, la legislación se limitaba a las normas de Derecho internacional privado como podían ser el Reglamento 1346/ 2000 o normas materiales específicas del sector financiero o laboral, a partir de esta recomendación pudiera darse una evolución normativa de carácter armonizado.. Tras esta Recomendación lo lógico sería derivar a una normativa que armonizara el Derecho concursal europeo, al menos en los dos sentidos arriba expuestos. La intervención de la Comisión vendría justificada, según sus propias afirmaciones, por un doble motivo: colmar lagunas de

---

<sup>415</sup> AGUILAR RUBIO, M: «Crédito tributario y concurso de acreedores» La ley, 2009. Pág.

<sup>416</sup> Doc. C (2014) 1500 fina. Brusels, 12.3.2014 Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency

regulación en algunos ordenamientos nacionales y asegurar un *level playing field*<sup>417</sup> en este sector.

La realidad, como siempre suele suceder, se ha anticipado al legislador y conjuntamente, con la profunda crisis económica que se ha puesto de manifiesto en los últimos años, ha descubierto los problemas que conlleva la insolvencia empresarial y, en un paso más crítico, la incapacidad de los ordenamientos ante la ausencia general de fórmulas que permitan una segunda oportunidad al empresario. La Recomendación con fecha de 12 de marzo de 2014, que no es de obligado cumplimiento, invita a los Estados miembros a actuar de una determinada manera, partiendo de la necesidad de ofrecer no sólo esa segunda oportunidad a los empresarios honrados, sino que pone el foco en la fase previa, especialmente en el precurso, buscando prevenir la insolvencia y maximizar el valor total para los acreedores. Ese es el interés esencial del concurso, la satisfacción de los acreedores<sup>418</sup>.

Sin embargo, la enmienda propuesta no aborda las divergencias entre los procedimientos previstos en los Derechos nacionales, a pesar de que esta unificación significaría un ahorro de costes tanto para los deudores como para los acreedores, así como en un aumento de la actividad por cuenta ajena.

En el entorno de este marco de segundas oportunidades, es donde el papel de la Administración Tributaria como acreedor necesario debe ser analizado, por un lado porque no es un simple acreedor, la Administración Tributaria defiende un interés general, en tanto que defiende el interés público asociado o intrínseco al crédito tributario. Y en segundo lugar enmarcado el proceso en el ámbito supranacional de la Unión Europea, la consideración de la necesidad de unificar el marco de estas actuaciones en el seno de la defensa de la competencia. Las

---

<sup>417</sup> «Level playing field» término utilizado para hacer referencia a la preocupación de la Unión Europea sobre la falta de igualdad en las condiciones equitativas para todos. Fuente: traducción propia.

<sup>418</sup> BERMEJO GUTIERREZ, N.: la quita concursal no constituye una condonación, ya que según la referida autora «la liberación no proviene propiamente de la extinción de la obligación, sino de la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor durante un tiempo indefinido» en Comentarios a la LC 22/ 2003 (Coord. Emilio. BELTRÁN SANCHEZ, M., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., ALAMEDA CASTILLO, M<sup>a</sup>.T., ROJO FERNANDEZ-RIO, A. J) vol. 2, Madrid 2006, pg. 2246.

posibles diferencias existentes entre los distintos Estados miembros en materias como la duración del periodo de condonación de deudas, o las condiciones en que ésta puede conceder, determinan según la Comisión, que «*augmenten los costes y la incertidumbre a la hora de evaluar los riesgos de invertir en otro Estado miembro, fragmentan las condiciones de acceso al crédito y dan lugar a diferentes tasas de recuperación para los acreedores*» .

Uno de los principales problemas puede ser el hecho de perdonar la deuda en un breve plazo, ya que no siempre es conveniente. Así los Estados deberían tener la posibilidad de mantener o introducir disposiciones más exigentes para disuadir a los empresarios que han actuado de forma deshonesto o de mala fe, tanto antes como después de la iniciación del procedimiento de insolvencia. También para disuadir a los empresarios que no se adhieran a un plan de reembolso o a cualquier otra obligación jurídica prevista para garantizar los intereses de los acreedores; o garantizar los medios de subsistencia del empresario y su familia al permitirle conservar determinados activos.

5.5.3 Límites legales al convenio concursal y su relación con los principios constitucionales de carácter tributario

Finalmente la realidad ha determinado que los pactos que en el concurso de acreedores firma la Administración Tributaria son más que una posibilidad, una postura de necesidad para poder hacer efectivo el cobro de la deuda tributaria de una manera más rápida y eficaz. En palabras de FELTRER BAUZÁ se eleva a obligación legal una práctica que constituía un criterio administrativo aplicado casi uniforme en todo el territorio nacional<sup>419</sup>.

La especial circunstancia de la indisponibilidad del crédito tributario, hace necesario el establecimiento de garantías. Es cuanto menos llamativo que el control se establezca de manera obligada cuando no sucede lo mismo respecto al contenido del acuerdo en el que prima el poder discrecional de la Administración para fijarlo conjuntamente con el deudor según la situación financiera y tributaria de cada caso. Incluso podría ser que el contenido de los acuerdos singulares se sometiera a condiciones resolutorias o suspensivas donde tanto su apreciación como su posible declaración de incumplimiento corresponde a la

---

<sup>419</sup> FELTRER BAUZA, F.: La intervención de las Administraciones Públicas en los procesos concursales. edit. aranzadi, sa. Elcano (navarra), 2000, pg. 156.

Administración<sup>420</sup>.

De este modo, la facultad de la Hacienda Pública para establecer los aspectos cuantitativos y temporales del crédito tributario viene a constituirse en el contenido esencial del convenio, no sólo permitido legalmente sino avivado por los textos legales reguladores de la presente materia. En su momento el legislador no se preocupó de definir el término «especial trascendencia», y tampoco cuando se refiere a economía, saber a que nivel administrativo se refiere si municipal, comarcal, de la provincia, nacional.

Definitivamente, se trata de una serie de conceptos jurídicos indeterminados que el Juez en base a los informes que presenten resolverá, aunque parece dejar a un lado, conceptos como la relevancia social que pudiera tener la empresa y que también debería tenerse en cuenta para permitir convenios que superasen los límites máximos de quita y espera. Sólo mediante una apreciación individual de la situación económica del deudor, se le podrá gravar atendiendo a su verdadera capacidad contributiva y la Administración tributaria podrá desarrollar una actividad eficaz así como proteger el interés general, manifestado en todas sus expresiones y no exclusivamente en la fiscal<sup>421</sup>.

Por lo que para que la cantidad adeudada a la Hacienda Pública responda con fidelidad a la capacidad económica del contribuyente es imprescindible ajustar los ingresos y los gastos a la diversidad de precisiones que se manifestaron con la realización del hecho imponible y que generaron en la situación de insolvencia en la que se encuentra el deudor concursado.

Los acuerdos singulares celebrados por la Hacienda Pública, tienen como base la condición de empresas con un alto porcentaje de viabilidad, que gracias a estos convenios pueden ver garantizados la continuidad de las mismas.

Con todo, prudencia y cautela para evitar caer en una competencia desleal respecto de otras sociedades deudoras que no han sido declaradas en concurso. Pues mediante la habilitación legal a la Administración tributaria no sólo se garantiza el equilibrio entre los privilegios administrativos y las garantías del concursado, sino que deben quedar, de igual manera, protegidos los intereses del

---

<sup>420</sup> RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. en *La Hacienda Pública...*, op. cit., pg. 117

<sup>421</sup> Instrucción 3/ 2014, de 19 de Noviembre, de la Directora del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, para la suscripción de acuerdos singulares con obligación declarados en concurso de acreedores.

resto de acreedores.

Incluso con la aceptación de convenios que incluyan quitas y esperas es posible lograr el cumplimiento del principio de justicia tributaria, y por ende del de capacidad económica si se adaptan las normas tributarias generales a las particularidades de cada concurso de acreedores ya que se supera la automaticidad de la actividad administrativa fiscal, si a eso unimos que el acreedor público tiene información privilegiada del deudor y persigue lograr el sostenimiento del tejido empresarial y laboral es el más idóneo para reducir el daño de la escasez de la masa activa, en lugar de poder decidir la no continuidad de la empresa, o el sacrificio patrimonial del resto de los acreedores

#### **5.5.4. Breve reflexión comparativa con los países del entorno de la Unión Europea.**

El aumento de las relaciones económicas internacionales ha producido paralelamente un aumento de los casos de insolvencia que produce efectos en diferentes países. Todo esto significa que la masa activa del concurso de acreedores se encuentra fuera del Estado en el que ese procedimiento judicial ha sido abierto o concursos donde existen acreedores extranjeros, con lo que surge la necesidad de dictar normas de Derecho internacional privado para solucionar estos problemas que se puedan dar en el concurso<sup>422</sup>.

Es la Organización de las Naciones Unidas quien se ha ocupado de la insolvencia internacional con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a la que se une una Guía para su incorporación al Derecho interno. Esta ley se recomienda a los Estados mediante la Resolución 52/ 158 de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1997. El 2 de diciembre de 2004 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Procedimientos de Insolvencia con la que se trata de favorecer la reforma de las legislaciones nacionales<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> CF ROJO, A Y BELTRAN, E: «Relación jurídica de la insolvencia: La legislación Concursal», *Lecciones de Derecho Mercantil*, Pamplona, 2003<sup>8</sup>. Pág. 1033-1035.

<sup>423</sup> La finalidad de la Guía Legislativa sobre el régimen de insolvencia es contribuir a la creación de un marco jurídico eficaz y eficiente para regular la situación de los deudores que tenga dificultades financieras. La Guía se ha concebido como instrumento de referencia al que puede acudir las autoridades nacionales y los órganos legislativos al preparar nuevas leyes y reglamentos o al plantarse una revisión de las leyes ya existentes. Estos incluyen la elaboración de documentos conjuntamente con el Banco Mundial.

En lo que respecta a la Unión Europea, se creó el Reglamento (CE) número 1348/ 2000, del Consejo, de 29 de Mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia en las que sigue las recomendaciones de la Ley Modelo de la Organización de las Naciones Unidas. Esta Ley Modelo y el Reglamento buscan los mismos propósitos: facilitar a los acreedores que no residen en el Estado de apertura del procedimiento la solicitud de reconocimiento de los respectivos créditos y atribuir a los órganos concursales las facultades necesarias para actuar sobre bienes situados en territorios de otros Estados.

Existen dos modelos opuestos en el Derecho internacional privado. Un modelo universal en el que el procedimiento concursal es único, en el que alcanza todos los bienes del deudor y a todos los acreedores ya sean nacionales o extranjeros y por otro lado el modelo territorial en el que hay tantos procedimientos como Estados en los que existan bienes y acreedores del deudor común.

La Ley Modelo de la Organización de las Naciones Unidas y el Reglamento comunitario siguen un modelo intermedio que se denomina universalismo mitigado, que se encuentra recogido en los arts. 3.1 y 3.2<sup>424</sup>.

El Título XI de la Ley española que esta dedicado a las normas de derecho internacional privado, esta inspirado en el Reglamento comunitario que se aplicará cuando los Tribunales de algún Estado miembro sean competentes para abrir el procedimiento de insolvencia. Cuando no existan convenios o tratados con otros Estados extracomunitarios, el reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras que declaren la apertura de un procedimiento de insolvencia deberá realizarse mediante el procedimiento de exequátur (art. 220.1 LC 22/ 2003). Cuando se ha obtenido ese reconocimiento, cualquier solución dictada en ese procedimiento de insolvencia se reconocerá en España sin necesidad de procedimiento alguno. Con todo y estudiada ya la relación de las Recomendación de la UE, queremos dedicar unas breves líneas sobre los procesos

---

<sup>424</sup> Art. 3.1 « el concurso de acreedores se declara en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales.» Art 3.2 « los tribunales de otro Estado miembro solo son competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si este posee un establecimiento en el territorio del Estado, en cuyo caso los efectos de este procedimiento secundario se limitan a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.»

de reforma que se han producido y se están produciendo entre nuestro países vecinos.

La autora ZABALETA DIAZ señala que en Alemania es una realidad el proceso de reforma, realizado a través de varias en fases. En primer lugar, la reestructuración de las entidades de crédito y la reforma del plan de insolvencia y del régimen de la gestión de la empresa por el concursado, regulados en la Ordenanza de Insolvencia Alemana. En una segunda fase se pretende abordar la reforma del procedimiento concursal de los consumidores y por último el concurso de los grupos de sociedades y el estatuto del administrador concursal. El Ministerio de Justicia alemán presentó en enero de 2012 un Anteproyecto de Ley que pretende agilizar los concursos de los consumidores, finalmente convertido en Proyecto de Ley en Julio del mismo año<sup>425</sup>.

El fenómeno de las reformas no es aislado, probablemente motivado por la crisis económica y lo que ya en el ámbito del derecho societario se conoce como *competencia entre ordenamientos jurídicos*, los estados se han visto obligados a reaccionar. El problema fundamental es la deslocalización de empresas hacia ordenamientos más flexibles, como el inglés. La realidad de estos hechos con empresas como Schefenacker trasladaron su centro de intereses principales de Alemania a Inglaterra y se acogieron al procedimiento inglés de *company voluntary arrangement*<sup>426</sup>.

En otros casos las empresas han recurrido al procedimiento de *scheme of arrangement* para renegociar su deuda. Así lo han hecho empresas españolas como La Seda de Barcelona o la inmobiliaria Metrovacesa. En general el objetivo ha sido evitar los costes y rigideces del procedimiento concursal alemán.

Teniendo en cuenta, la finalidad propia de la reestructuración, que no es otra que la conservación o preservación de la empresa, el ordenamiento ha de conjugar este con el fin primordial del concurso, satisfacer los intereses de los acreedores. Este, precisamente se ha convertido en el motor del proceso de modernización de las normativas sobre concurso de acreedores; el concurso entendido en su interpretación más clásica, como es la liquidación del patrimonio,

---

<sup>425</sup> ZABALETA DIAZ, M.: «El derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», Anuario de Derecho Concursal núm. 30/ 2013 parte Problemas y Cuestiones, Civitas, Pamplona 2013, pág. 1.

<sup>426</sup> WINDSOR J.: «Una visión panorámica de los *schemes of arrangement* ingleses», en RCP, núm. 15, 2011, págs. 553 y ss.

pocas veces satisface el objetivo de los acreedores ya que estos, obtienen cuotas menores de las que le corresponden.

Es por ello que el eje principal de las últimas reformas es precisamente, la reestructuración, con dos manifestaciones, en un estadio previo, como acuerdos de refinanciación y en una segunda fase de convenio que permite dar flexibilidad a la rigidez de las normas concursales<sup>427</sup>.

En este marco la Ley española 38/ 2011 de reforma de la LC 22/ 2003 se publica en un entorno evidente de revisión y actualización de las normativas concursales de los países vecinos. Introduciendo soluciones preconcursales en los con una más o menos amplia flexibilización de los procedimientos. Se trata de reformas procesales, que buscan celeridad y por encima de todo la supervivencia de la empresa.

Se trata de una evidente aproximación al modelo anglosajón de tratamiento de las crisis empresariales y la adopción de la reestructuración de la empresa como nueva prioridad y evitando la liquidación de los concursos. Si bien se mantiene la satisfacción de los acreedores como finalidad del procedimiento, las recientes modificaciones suponen una alteración de facto del rango de los fines del concurso, en la medida en que algunas de ellas flexibilizan las normas relativas a la protección de los acreedores en favor de una mayor agilidad y celeridad de los procedimientos concursales<sup>428</sup>.

Destacar así la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho de sociedades de la UE, de 17 de octubre de

---

<sup>427</sup> En este sentido, la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho de sociedades de la UE, de 17 de octubre de 2011(2011/ 2006 [INI]), contempla entre las recomendaciones sobre el ámbito de aplicación del Reglamento de insolvencia, la revisión del anexo A del Reglamento a efectos de incluir los procedimientos en los que el deudor siga siendo propietario o cuando se haya designado un síndico provisional. La inclusión de los denominados procedimientos híbridos o mixtos es una de las cuestiones que se plantean en la consulta pública sobre la revisión del Reglamento de insolvencia abierta por la Comisión Europea el pasado 20 de marzo, [http:// ec.europa.eu/ justice/ newsroom/ civil/ opinion/ 120326\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/120326_en.htm). Consultado el 15 de noviembre de 2014.

<sup>428</sup> ZABALETA DIAZ , M.: «El derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», op.cit. pág. 2

2011<sup>429</sup>. En los considerandos de la Propuesta se indica que la legislación en materia de insolvencia debería ser un instrumento de rescate de las empresas a escala de la Unión Europea y que dicho rescate, siempre que sea posible, debe beneficiar al deudor, a los acreedores y a los empleados.

Las reformas también afectan a la insolvencia del particular, con un intento de imprimir mayor flexibilidad, pese a la necesidad de encontrar elementos que garanticen dar la oportunidad, únicamente a aquellos que sean merecedores de tal beneficio. El ordenamiento alemán ha destacado por un intento de acortar el plazo para conceder la liberación de las deudas pendientes, siempre que se satisfaga un porcentaje mínimo de los créditos. Del mismo modo en Italia que hasta hace poco carecía de una regulación de la insolvencia de los particulares, ya cuenta con un procedimiento específico y especialmente flexible, que incluye la liberación de deudas. Es hora de que nuestro ordenamiento, que reconoce a la persona física como sujeto del concurso, permita la aplicación de la ley en las mismas condiciones que una empresa.

---

<sup>429</sup> Ibid, pág. 3.

## VI. CONCLUSIONES.

### PRIMERA

La LC 22/ 2003, de 9 de julio, supuso una profunda reforma basada, según la propia exposición de motivos, en la unidad legal, de disciplina y de sistema. Pese a las modificaciones, la utilización del procedimiento concursal, en el ámbito empresarial sigue siendo insuficiente y ello porque el mismo sistema probablemente aún no ha calado en demasía en la cultura empresarial del país. El empresario duda y continúa reticente a la declaración de concurso, en definitiva, a la utilización de una herramienta de gestión cuyo objetivo primordial debe ser encontrar la solución apropiada ante las dificultades económico-financieras que se le presenten.

### SEGUNDA

Dar cauce a la insolvencia y resguardar los múltiples intereses que arrastra la misma, es un proceso histórico, que lleva siglos produciéndose. En los tiempos más remotos, el concurso de acreedores se equiparó a una conducta sancionable que permitía que el acreedor, además de los bienes del deudor, obtuviera el cumplimiento de la deuda en la persona del deudor por medio de su detención, e incluso con la realización de trabajos forzosos. La servidumbre y la prisión del deudor significaron castigos de carácter infamante y que tenían por efecto la exclusión del acceso a bienes y servicios, lo que se extendió desde Roma durante la Edad Media y hasta la Edad Contemporánea. Si bien existen verdaderas dudas sobre si la *Lex Poetelia Papiria*, fue el resultado de la indignación del pueblo Romano ante el caso de Lucio Papirio contra Publilio; sin duda, la propuesta supuso un paso hacia delante en la ejecución personal sobre los deudores, puesto que, salvo aquellos que fueran culpables por crimen, el resto simplemente serían encarcelados y obligados por sus bienes, pero no por su cuerpo. Esto no significó sin embargo la desaparición de

la prisión por deudas, ya que esta resurgían coincidiendo, significativamente, con épocas de crisis económica y en general de pérdida de valores morales.

### TERCERA

La vinculación de la insolvencia a la historia y su desarrollo, incluso la configuración del tipo delictivo, ajeno a la voluntad del deudor, ha sufrido una lenta evolución. En el tema que nos ocupa, hoy en día, es la ausencia de voluntad fraudulenta, la premisa indiscutible sobre la que hacer valer la fuerza de un posible convenio con el deudor que le garantice continuidad en la actividad económica. A las soluciones y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, los procedimientos de insolvencia distintos de la quiebra personal, son en la actualidad una contribución importante fruto del avance de las sociedades contemporáneas, pero que no difieren tanto de las soluciones que aplicaron ya los romanos.

### CUARTA

Vista la necesidad de una normativa que solvente la insuficiencia financiera, una clasificación de los créditos que concurren resulta necesaria, así como la determinación de cuántos privilegios se van a reconocer, y cual es su fundamento, cuestiones taxativas en todo proceso concursal que precisan de concreción. En materia de clasificación de créditos la LC 22/ 2003 supuso una verdadera innovación, al reducirse los privilegios y preferencias a efectos del concurso, respetando las posibles ejecuciones singulares y el principio del *par conditio creditorum*, como criterio para considerarlas. Entre las posibles excepciones al *par conditio creditorum*, figura el crédito tributario, cuya defensa del privilegio, por el carácter indisponible de su naturaleza, podía establecer la duda sobre su superioridad. Prevalencia que sin embargo no puede llegar a considerarse pese a la categoría que ostenta el interés protegido, representado por el bien y el interés común. La

satisfacción del interés comunitario se hace real a través de un sistema tributario justo, que manifiesta dicha finalidad como principio inspirador y vertebrador del ordenamiento tributario. Si bien es cierto que el ordenamiento concursal centra su interés en la satisfacción de los acreedores, a través de un sistema de igualdad entre los mismos, y persiguiendo el mantenimiento de la actividad empresarial, ha de tenerse en cuenta que si el objetivo de la ley es encontrar el mejor mecanismo para otorgar satisfacción a los acreedores en pro del fomento de la seguridad jurídica que asegure los parámetros de Justicia y Bien común indicados.

#### QUINTA

Para entender si la clasificación o prelación que realiza la LC 22/ 2003 rompe la igualdad en el trato del crédito tributario y en concreto cómo afecta sobretodo en materia de obligaciones accesorias y sanciones son fundamentales los conceptos de cuota y deuda tributaria. La solución legal, refrendada por la jurisprudencia determina que serán créditos subordinados los intereses de demora y recargos devengados con anterioridad a la declaración del concurso. Ocuparán el grupo cuarto de entre los créditos subordinados las cantidades derivadas de multas y sanciones. El antiguo 91.4 LC 22/ 2003, cuando se refiere a la cuantía correspondiente al cincuenta por ciento del crédito público que no se encuentre clasificado de manera expresa en otra categoría se incorpora a la categoría de crédito privilegiado. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo (STS núm. 1232/ 2009, de 21 de enero, confirmando una jurisprudencia consolidada que cierra la polémica en torno a los créditos subordinados.

#### SEXTA

La ley establece en primera posición a aquellos privilegios que incumben a las garantías reales, en este sentido la LC 22/ 2003 impide claramente la ejecución de las garantías reales que recaigan sobre bienes “afectos o necesarios” a la actividad económica del

concurado hasta que se apruebe un convenio o se abra la fase de liquidación, siendo el tiempo de espera máximo de un año. Se trata de un privilegio fundamentado para quienes protegieron su crédito con una garantía sobre cosa ajena, garantizando sus derechos. La legislación concursal es clara en la reducción de privilegios de la Hacienda Pública en orden a mantener la igualdad de acreedores, y favorecer el convenio. El tratamiento desigual ha de ser en cualquier caso equitativo con todos los acreedores, y no solo con los créditos públicos. En este caso se concreta la preferencia, y se pone de manifiesto el uso privilegiado de información y lo que es más importante, su actuación como grupo de presión en la fundamentación de la norma.

#### OCTAVA

Especial atención merece el tema de la ejecución separada, la cuestión a analizar en primer lugar es la de qué ejecuciones pueden continuar de entre aquellas que se hubiesen iniciado antes de la declaración del concurso. La LC 22/ 2003 establece que podrían continuar las actuaciones de ejecución en las que se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso. Son destacables los cambios actuales por los ya no basta con la providencia de apremio sino que es necesario que exista también diligencia de embargo. A todo ello se añade un límite temporal: esas ejecuciones podrán continuar hasta la aprobación del plan de liquidación. Así pues podemos decir que no se ha ampliado el privilegio de la ejecución separada sino que, por el contrario, materialmente la Administración tributaria ha retrocedido. Si consideramos el concurso como un embargo generalizado de los bienes del concursado, parece que cobra plenamente sentido el hecho de que sólo puedan continuar aquellas ejecuciones administrativas en las que se hubiere ya trabado algún bien antes de la declaración de concurso y no simplemente se hubiera dictado una providencia de apremio. Aunque si bien es cierto, que en lo que concretamente se refiere a

privilegio como tal, la administración pasa a lugares menos garantizados la remisión a la diligencia de embargo es más correcta.

#### NOVENA

La esencia del trabajo busca concretar la conexión entre el interés general perseguido por el tributo y el sostenimiento del gasto público, a la vista del desarrollo socioeconómico que pasa por la conservación de la empresa y la consecuente preservación de los puestos de trabajo. Puede entenderse que el pago a un acreedor distinto de la Hacienda Pública por parte del empresario, es vital para que su empresa continúe en funcionamiento, ello supondrá generación de rentas, y esas rentas constituirán futuros hechos imponibles sobre los que exigir nuevos tributos. Se produce un movimiento causa-efecto-causa donde la clave parece ser la condición de la insolvencia, el carácter culpable o no del concurso y ofrecer, a quien manifieste viabilidad económica a medio plazo, un convenio que facilite el cumplimiento de las obligaciones tributarias pendientes. Pensar que condonar un crédito vencido líquido y exigible es inviable, ha dejado paso a replantearse, en qué casos se ha de actuar en otra dirección.

#### DECIMA

Dentro de la búsqueda de la seguridad y coherencia, cuando se concede un aplazamiento o un fraccionamiento la Administración Tributaria exige garantías. Una garantía admitida es, por agilidad y economía frente a la hipoteca, la anotación preventiva de embargo. Pues bien, si resulta que al final esa garantía que se ofrece a la Administración, llegado el momento en el que el obligado tributario se declara en concurso, se elimina por el juez, se entiende entonces que se recurra a la figura de la hipoteca. La reflexión que se plantea es que si la LC 22/ 2003 hubiera querido dotar al juez mercantil de un mecanismo para levantar los embargos administrativos, podría haberse asegurado

para determinados casos la viabilidad de la actividad de un concursado. De esta manera se cumple con el objetivo de salvaguardar el interés del concursado, pudiendo procederse a levantar los embargos administrativos. Ello sin perjuicio del resto de acreedores tributarios a lo que se les encarece el crédito al no aceptarse como garantía la anotación de embargo y en su defecto la hipoteca. La mayor crítica que pesa sobre la posición del acreedor público, es la superior protección que la ley puede otorgarle pese a contar ella con mecanismos suficientes que la sitúan con ventajas notorias frente a otros acreedores. Una ventaja puede ser, contar con información privilegiada. De ahí que la falta de actuación ante una manifestación de insolvencia de más de tres mensualidades en el pago de las cuotas tributarias pueda suponer una responsabilidad de la Administración en la situación de insolvencia, por permitir mantener un sujeto empresarial en el mercado en condiciones anti-competitivas que podría poner en peligro a otras empresas. Por tanto esa información privilegiada puede actuar en doble sentido como privilegio y a la vez como obligación para la Administración Tributaria.

#### UNDECIMA

La Administración Tributaria ha atravesado las reformas legislativas con la debida cautela y protección del interés general. En múltiples ocasiones no se ha cuestionado la existencia y cuantía de los créditos, sino las posibles dificultades para que el crédito fuera pagado. En definitiva la preocupación de la Administración tributaria reside en el cobro. Resueltos a nivel jurisprudencial los principales problemas suscitados en cuanto a qué créditos podían ser privilegiados y cuáles no, la propia Administración ha evolucionado hasta el punto de admitir la firma de convenios, con inclusión de quitas y esperas que eran inimaginables no hace tanto tiempo y que hoy se consideran, bajo el cumplimiento de la ley, una solución práctica y coordinada con el espíritu de la LC

22/ 2003. Se considera entonces que la Administración evoluciona más allá de una posición estática hacia donde la realidad jurídica la va dirigiendo.

#### DUODECIMA

En el examen específico que se ha realizado respecto al IVA en los concursos de acreedores, se observa cómo en los juzgados de lo mercantil se ha venido incumpliendo la LIVA, probablemente debido a la propia complejidad de la mecánica del impuesto, incluso del exceso de visión fiscalista propio más de la jurisdicción contencioso administrativa que de la jurisdicción civil. Con carácter general todo ha desembocado de nuevo en una intensa labor interpretadora y casuística que viene configurando lo que algunos han llamado, y compartimos, el “derecho tributario concursal”. Se ha consolidado la doctrina de la inversión del sujeto pasivo, conforme a la Sexta Directiva y avanzado y depurado la problemática de las facturas rectificativas, aclarando los supuestos de los apartados dos y tres de la Ley del IVA.

#### DECIMOTERCERA

Consideramos necesaria la consecución de una efectiva armonización en materia concursal, en el entorno de la Unión Europea. La falta de condiciones equitativas entre los distintos Estados Miembros, atenta contra el principio esencial de competitividad y perdonar deudas no puede ser una cuestión baladí. Por ello, los Estados deberían tener la posibilidad de mantener o introducir disposiciones más duras para evitar el fraude tanto antes como después de la iniciación del procedimiento de insolvencia. Los Estados miembros deben, en nuestra opinión, ser implacables con el fraude y así excluir determinadas categorías específicas de deuda, como todas las que son derivadas de actuaciones dolosas o de la responsabilidad delictual.

#### DECIMOCUARTA

La consideración de la postura de la Administración Tributaria y la evolución de la misma en base a los propios impulsos normativos que se han producido en materia de refinanciación, es aplicable también al crédito público. En el análisis de los datos, las cifras en el entorno macro y microeconómico de los concursos de acreedores son contundentes e indican que, en función del tamaño de la empresa en dificultades, el papel que desarrolla la Hacienda Pública y la Seguridad Social, es determinante en la consecución del mismo. Sin duda el interés legislativo es el impulso de la vía del convenio, pero quizás se condiciona demasiado al tamaño de la empresa, el volumen de la deuda o incluso, y lo que es peor, al asesoramiento y la fuerza del mismo. Por ello hemos de entender que el legislador debería ser consciente de la realidad concursal de nuestro país y la pequeña dimensión del concurso. Una visión más amplia de quienes pueden lograr esa segunda oportunidad, supondría sin duda la subsistencia de muchas pymes que de otro modo terminarían irrevocablemente en liquidación. Si el estudio individual del deudor, de su trayectoria y de su viabilidad y compromiso son esenciales para lograr la consecución del mismo, es hora de dar un paso adelante y dar cumplimiento a otro de los mandatos constitucionales que inspiran el ordenamiento tributario, y es el de la generalidad e igualdad. No olvidemos que la Ley surgió con un espíritu canalizador e integrador ante cualquier insolvencia financiera y, en este sentido, España se encuentra lejos de la senda definitiva para que la ley recoja la llamada segunda oportunidad, una oportunidad para todos aquellos que demuestren las condiciones exigidas incluidas, por qué no esta vez, las personas físicas.

## VII. BIBLIOGRAFIA

- AAVV «Reforma de la LC 22/ 2003 mediante la Ley 14/ 2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», *Garrigues, Comentarios*, N°.5, Madrid, 2013. [www.garrigues.com/ es](http://www.garrigues.com/es).
- AAVV ( Dir. PREDESCARRIL, P.), *Guía Práctica Concursal*, Aranzadi, 2008.
- AAVV (COORD. JMÉNEZ SÁNCHEZ GUILLERMO J: *Derecho Mercantil*. Ariel Derecho. 10ª ed. 2005.
- AAVV *Sociedades Mercantiles. Memento práctico*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2010.
- AGÜERO ORTIZ A.: «El mediador concursal como administrador extraconcursal» *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis,..* n°20, 2014.
- AGUILAR RUBIO, M: «Crédito tributario y concurso de acreedores» *La ley*, 2009.
- ALARCÓN GARCIA G.: *Manual del sistema fiscal español. Barcelona. España: Cengage Learning Editores. 2005.*
- ALBADALEJO, T.: *Derecho Civil III, Derecho de bienes, Edisofer,2004.*
- ALEMÁN MONTERREAL A.: «La insolvencia: una cuestión de terminología jurídica. Colección internacional» en *Ciencia y Pensamiento Jurídico, Sección de Estudios y análisis Jurídicos*, n°1 (Dir: Ramón P Rodríguez Montero) Andavira.
- ALONSO ESPINOSA F. J: «Algunas reflexiones sobre el régimen de la declaración del concurso de acreedores tras el R.D. ley 3/ 2009, de 27 de marzo». *Anales de derecho*, ISSN 1989-5992, N° 27, 2009.
- ÁLVAREZ ARROYO, R.: «Los nuevos supuestos de Inversión del Sujeto Pasivo en el IVA: instrucciones de uso», «Los nuevos supuestos de Inversión del Sujeto Pasivo en el IVA: instrucciones de uso», *Carta Tributaria Monografías* , núm. 6, 2013 .
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, J: *El registro de la propiedad y las preferencias del Crédito en la ejecución y en el Concurso (Especial estudio de la Nueva LC 22/ 2003)*, Granada 2004.

- ALVAREZ MARTINEZ, J.: *Concurso de acreedores y créditos tributarios: la calificación de los mismos como créditos concursales o contra la masa: estado de la cuestión*. Quincena Fiscal Aranzadi núm. 21/ 2012.
- ALVAREZ SAN JOSE, J.M.: *El poder decisorio de los acreedores ordinarios*, Universidad Autónoma de Madrid. Año 2003.
- ASCARELLI, T.: *Iniciación el estudio del Derecho Mercantil*, traducción de la 3ª ed. Por Evelio Verdera y Tuells, Barcelona, 1964.
- AZNAR GINER, E. : «*Los acuerdos de refinanciación y la LC 22/2003.*» Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Derecho Comercial, Parte General*, v.I.
- BERMEJO GUTIERREZ N. : «*Los efectos del concurso sobre los créditos*» , en «*Gobierno corporativo y Análisis Económico del Derecho*» PAZ-ARES RODRÍGUEZ, (Dir.) .Fundación BBVA. 2004.
- BERMEJO GUTIERREZ, N.: «*Comentarios a la LC 22/ 2003*» (Coord. Emilio. BELTRÁN SANCHEZ, M., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., ALAMEDA CASTILLO, M<sup>a</sup>.T., ROJO FERNANDEZ-RIO, A. J)vol. 2, Madrid 2006.
- BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, p. 86., Tecnos 2011. Madrid.
- BRUNS, CG.: *Fontes iuris romani antiqui*, Tubinga, 1909.
- CALERO GARCÍA, S.: “*Algunas cuestiones practicas en relación con el reconocimiento y clasificación de créditos*” en *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma* (Dir.: F. Martínez Sanz; coord.: A. Puetz) Madrid 2012.
- CALVO VERGUEZ, J. «*La inversión del sujeto pasivo del IVA en los concursos de acreedores.*» *Quincena fiscal*, 2013.
- CASAS AGUDO, D.: “*Competencia para la determinación de la existencia y cuantía de los créditos tributarios y para decidir su aplicación en el seno del procedimiento concursal*» *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi 2007, núm. 26.

- CASTILLEJO MANZANARES R.: «*La figura del mediador concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos*». CEEJ, nº1, 2013.
- CHICO ORTIZ, J.M.: *Estudios sobre derecho hipotecario*, tomo II, Marcial Pons, 1989.
- CÓDIGO DE HAMMURABI, ed. G. FATÁS: (basada en la ed. De Joaquín Sanmartín, Trotta, Barcelona, 1999). <http://www.unizar.es/hant/Fuentes/Hammurabi.pdf>.
- CONCLUSIONES Primer Encuentro de la Especialidad Mercantil celebrado en Valencia los días 9 y 10 de diciembre de 2004. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es>.
- CUENA CASAS, M.: «Algunas deficiencias de la LC 22/ 2003 ante la insolvencia de la persona física», Revista Aranzadi doctrinal, nº7, noviembre 2013.
- CUENA CASAS, M.: «La Ley de emprendedores, exoneración de deudas o fresh start», publicado en el número 20 del Anuario de Derecho Concursal
- DAGO ELORZA, I. (HUESCA BOADILLA R. (DIR.): «*Comentarios a la nueva LGT 58/2003*». Ed Aranzadi 2004.
- DASSO, A. A.: «El Derecho Concursal en la crisis global». Revista Jurídica, 2011, núm. 15.
- DE LA CÁMARA, P. C., & Garijo, M. R. *Régimen tributario del deporte* Navarra. Ed. Thomson Reuters. 2013
- DE LA CUESTA RUTE, J.M. (Dir.): *Derecho Mercantil II*, Huygens, 2012.
- DE LA PEÑA VELASCO G. : «*La ejecución separada del crédito tributario en el concurso de acreedores*». Quincena Fiscal Aranzadi num.11/ 2010 .Editorial Aranzadi, SA, 2010.
- DÍAZ MORENO, A.,: «El tiempo de la comunicación y la clasificación de los créditos», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 20, 2010.
- DÍAZ MORENO, GIMENO-BAYÓN COBOS, Y VEIGA (SAGRERA TIZÓN/ SALA REIXACHS/ FERRER BARRIENDOS (Coords.) *Comentarios a la LC 22/ 2003*, Tomo II, Barcelona, 2004.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : « *El privilegio general de los créditos por cesión de derechos de autor y trabajo personal no dependiente dentro de la LC 22/2003* », La Ley, 13 de febrero de 2004.
- FALCÓN Y TELLA, R. : «Las nuevas tasas judiciales y el derecho a la tutela judicial efectiva». Quincena Fiscal, núm. 153.

- FALCÓN Y TELLA, R.: “Hipoteca Legal Tácita”, Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. II. Civitas, Madrid, 1995.
- FELTRER BAUZA, F.: La intervención de las Administraciones Públicas en los procesos concursales. Edit. Aranzadi, SA. ELC 22/ 2003ano (Navarra), 2000.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: «Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso», *Cuadernos de Derecho Judicial* XVIII ,2003.
- FERNÁNDEZ RUIZ J. L.: *Elementos de derecho mercantil*. Ediciones Deusto. 8ª edición. 2004.
- FRAILE FERNÁNDEZ R.:«La posición del crédito tributario en el concurso de acreedores » Universidad Rey Juan Carlos, 2014.
- GALLEGO SÁNCHEZ , E.:«Anuario de Derecho Concursal »nº31, 2014.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E.: «La administración concursal.» en *Estudios sobre la LC 22/2003. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo II.
- GARCÍA DE ENTERRÍA , E. Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de derecho administrativo* Madrid Civitas. 2000.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, E.:, «La defensa de los créditos públicos», Anuario de Derecho Concursal, 2004, nº 1.
- GARCÍA GÓMEZ J: “La posición de las Administraciones Tributarias en el concurso a propósito de la reforma de la LC 38/ 2011”, en *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 14/ 2012, Ed. Aranzadi, 2012.
- GARCÍA GOMEZ J: «Algunas cuestiones controvertidas sobre la calificación de los créditos tributarios.(comentario a la STS 21/ 01/ 2009)» *Anuario de Derecho Concursal* 2009-3 núm. 18.
- GARCÍA MARRERO, J: «*Algunas consideraciones en torno a la quita y espera como contenido del convenio de acreedores.*»Boletín de Derecho Mecantil año II nº12 marzo 2009.
- GARCÍA MORCILLO, M.: «*Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privada*» Ediciones Universitat Barcelona, 2005.
- GARCÍA VILLALUENGA, TOMILLO URBINA Y VÁZQUEZ DE CASTRO La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate, en *Mediación*,

- arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI Tomo I Mediación, Dir. GARCÍA VILLALUENGA, TOMILLO URBINA Y VÁZQUEZ DE CASTRO, Madrid 2009.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: Actualidad Jurídica Aranzadi, número 491, Ed. Aranzadi, 2001.
- GARGALLO, I. S.: «Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado», *Anuario de derecho concursal*, núm. 5, 2005.
- GARRIDO GARCIA, J.M<sup>a</sup>. : *Tratado de las preferencias de créditos*, Civitas 2000.
- GARRIDO J. M<sup>a</sup>, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid 2000.
- GARRIGUES WALQUER, J.: *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil*, publicado originalmente en *71RDM*, 1959), pp. 7-59, y reeditado en su colección de artículos titulada *Temas de Derecho Vivo*, Tecnos, Madrid, 1978.
- GARRIGUES, J.: *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Madrid, Aguirre, 1940.
- GARRIGUES.: *Comentarios*, N<sup>o</sup>.5, Madrid, 2013, p.1.
- GIL RODRIGUEZ, J. : *Comentario a la Sentencia de 29 de Septiembre de 2010*, Cuadernos Civitas de Responsabilidad Civil ,núm. 87/ 2011, Ed. Civitas .
- GIL RODRIGUEZ, J.: *Comentarios a la LC 22/2003* (coordinado por BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R.), Volumen I, Tecnos, 2004.
- GILISEN J., *Introdução Histórica do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian Lisboa, 1986.
- GIMÉNEZ ANZOLA, H.: «Notas sobre los orígenes históricos de la ejecución singular y de la quiebra», *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, n<sup>o</sup>31, 1962.
- GÓMEZ MARIN, F.: «*Síntesis del Proyecto de LC 22/2003.*» Universidad de Deusto. Bilbao. 2003.
- GÓMEZ MARÍN, F.: «Los créditos públicos en sede concursal.» en *Revista técnica tributaria*, núm. 89, Ed. Asociación Española de Asesores Fiscales, 2010.
- GÓMEZ MARTIN, F.: «*Convenio y el plan de viabilidad en la nueva LC 22/ 2003.*» *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*. 2004.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B. : «Los presupuestos del concurso» *La Ley*, núm. 6224.

GONZALO LÓPEZ V. : *Revista de Derecho Mercantil*, N° 216, 1995.

GÓRRIZ LÓPEZ C. : «Mediación concursal» *Diario La Ley*, N° 8384, Sección Doctrina, 24 de Septiembre de 2014, Año XXXV, Ed. LA LEY

GRAU RUIZ, A.: «STJCE 14-9-2004. Reino de España contra Comisión de las Comunidades Europeas, As. C-276/ 02: La trascendencia en materia de ayudas de Estado de la actitud de las autoridades nacionales frente al impago de impuestos y cotizaciones de Seguridad Social por una empresa en suspensión de pagos» en [http://www.ief.es/publicaciones/fiscinternac/Comentarios/2004\\_14Sep\\_Grau.pdf](http://www.ief.es/publicaciones/fiscinternac/Comentarios/2004_14Sep_Grau.pdf).

GRÁVALOS OLIVELLA, J.: «*Algunos comentarios sobre los efectos de la modificación de la base imponible del IVA en caso de concurso*», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 308, 2008.

HANISCH ESPINDOLA H.: «Vestigios procesales en Tito Livio y el Nexum», *Revista de estudios histórico-jurídicos* núm. 3, 1978.

HUALDE LÓPEZ, I.: «*Clasificación de los recargos derivados de los créditos de la Seguridad Social y cómputo de los privilegios*». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 4/ 2009 paraf. 15/ 2009 parte Presentación. Ed. Aranzadi.

IGLESIAS PRADA, J.L. Y VAQUERIZO ALONSO, A.: «*Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente Relacionadas con el deudor*», en aa .vv . *Estudios sobre la LC 22/ 2003*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. iv, Madrid 2005.

JEROME T. BARRETT Y JOSEPH P. BARRET : *A history of alternative Dispute resolution: The story of a political and social Movement* editada por John Wiley & Sons, San Francisco 2004.

JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A. Y MARTÍNEZ PARDO, R.: *La economía sumergida en España*, fundación de Estudios Financieros, 2013.

LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho*. 2º Barcelona 1991.

LINARES GIL M.: «Créditos tributarios en la LC 22/ 2003, en la LGT 58/ 2003 y en la ley general presupuestaria, ¿una contrarreforma?», *Revista de derecho*

- concurzal y paraconcurzal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2004.
- LLORENTE SANCHEZ- ARJONA M.: La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal. Diario la Ley nº 8225, Sección Doctrina, 9 de enero 2014, Año XXXV.
- LÓPEZ CURBELO, J.: «*El convenio en la LC 22/2003, especial referencia a su contenido*». A.A.V.V., Estudios sobre la LC 22/ 2003, libro homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005.
- LUCHENA MOZO, G.M.: «*La Hacienda Pública en el procedimiento concursal. La aplicación del test del acreedor privado por la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE*». Atelier, 2012.
- LUQUE CORTELLA, A.: *La Hacienda Pública y el crédito tributario en los procesos concursales*. Marcial Pons, 2008.
- MANSILLA A.: «*Los créditos contra la masa por incumplimiento de convenio*», Artículos Técnicos, REFOR núm. 17 , Octubre 2013.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: «*Comentarios al Art.55 de la LC 22/2003*» en BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. (coord..) *Comentarios a la LC 22/ 2003*, Vol. I, Tecnos, 2004.
- MARTIN AMAYA, J.L.: *Medición y recuperación de deudas en derecho español*, 2012.
- MARTÍNEZ ROSADO J. : *Fusiones y otros medios de reestructuración como medio de evitar el concurso de una entidad de crédito. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. 2010/31. [http:// eprints.ucm.es/](http://eprints.ucm.es/)*.
- MARTÍNEZ TABOAS, T.: *Regulación histórica de la quiebra hispánica. De la antigüedad a la Edad Media*. Tirant lo Blanch, 2008.
- MERINO JARA, I. (DIR.) MANZANO SILVA, E. (COORD.) : *Procedimientos tributarios: aspectos prácticos*. Ed. Bosch . 2014.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «*Las indemnizaciones en los despidos por causa de insolvencia y sus límites en la nueva reforma concursal :entre tensos dualismos y razonables convergencias*». *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 12, 2012 .

- MONTÉS PENADÉS, V.L.: “ *El régimen de los créditos subordinados en la LC 22/2003*”, publicado en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004.
- MORENO CATENA V.: *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, 2011.
- MUÑOZ GALEOTE, M P.: «La mediación en asuntos civiles y mercantiles: La mediación concursal. *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*» nº34 2014.
- MUÑOZ PLANAS, J.M.: «Teorías de los usos», en *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles, seguidos en España*, Madrid, 1964.
- NÚÑEZ-LAGOS, A.: *El convenio del concurso: Contenido y procedimientos*. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, nº 6/ 2003.
- OLIVENCIA BRUGGER, L. M.: «El comportamiento de los acreedores públicos en los procedimientos concursales y ayudas estatales. Análisis de la LC 22/ 2003 a la luz de las decisiones de la Comisión y la Jurisprudencia del TJCE», en AA VV *Estudios sobre la LC 22/ 2003*. Libro homenaje a M. Olivenza, t. IV. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2005, pg. 3825 y MORENO GONZÁLEZ, S. en «Técnicas convencionales en el ámbito tributario y ayudas de Estado» en AA VV *Técnicas convencionales en el ámbito tributario*. Edit. Atelier, Barcelona, 2007.
- ORBEGOZO, X.: *La aprobación judicial del convenio en el concurso*. El Derecho, Grupo Francis Lefebvre. 2011.
- ORTIZ HERNÁNDEZ, A. :” La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias”, *diarijuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 3 mayo, 2013.
- ORTUÑO MUÑOZ P.: «*Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*» (DIR. CASTILLEJO MANZANARES, R.) , Valencia, 2013.
- PASCUAL QUINTANA, J.M.: *En torno al concepto de Derecho Civil*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1959.
- PAYA, F.: “*La Hacienda Pública y las situaciones concursales*”, en VVAA, *Estudios sobre la nueva LGT 58/2003; Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras*, Dir. MARTINEZ LAFUENTE A., 2004.
- PEINADO GARCÍA, J.I.: «La distribución del riesgo de insolvencias” - *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivenza, I, Madrid 2005.
- PEITADO MARISCAL, P.: «*La competencia para la ejecución de garantías reales vinculadas*

*a bienes no afectos a la actividad económica del concursado*», Anuario de Derecho Concursal, 2008, nº 15.

PEREZ CRESPO PAYA, F.: «La Hacienda Pública y las situaciones concursales» Homenaje en estudios sobre la nueva LGT 58/ 2003 (Ley 58/ 2003 de 17 de diciembre) Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras, Dirección MARTINEZ LAFUENTE, Ministerio de Economía y Hacienda- Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.

PEREZ-CRESPO PAYA, F. : «La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdicciones universales», *Anuario de Derecho Concursal* número 1.

PEREZ RAGONE, A.: «La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas naturales: desde la servidumbre e infamia hasta los procesos concursales de consumidores». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Valparaíso*, núm.41, dic. 2013.[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512013000200019&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512013000200019&script=sci_arttext).

PEREZ ROYO, F.: «El privilegio general de los créditos tributarios (según la interpretación autentica contenida en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)» Quincena Fiscal, núm. 1 2007.

PEREZ VEGA, A.: «El acreedor hipotecario en el procedimiento concursal de su deudor» *Actualidad Civil, Núm., 19, Quincena del 1 al 15 Nov. 2009, La Ley*.

PEROCHON, F.: «La prevención de las crisis en Derecho Francés», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 15, 2011.

PETIT C.: «Derecho Visigodo del siglo VII: un ensayo de síntesis e interpretación» *Hispania Gothorum. San Ildefonso y el Reino Visigodo de Toledo*. Toledo Don Quijote 2005 S.A. 2007.

PIÑA GARRIDO M.D.: *El devengo y el periodo impositivo en el sistema tributario español*, Colex , 1997.

PIÑEL LOPEZ, E.: «Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación, La Ley, núm. 2, 2005.

- PITA GRANDAL, A.: «*Algunas consideraciones sobre los créditos tributarios en la LC 22/2003*», en Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al Profesor Calvo Ortega, Ed IEF-Lex Nova, 2005.
- PITA GRANDAL, A. RUIZ HIDALGO C.: «El crédito tributario en la LC 22/ 2003 y las técnicas de resolución de conflictos» Revista Técnica Tributaria, núm. 70 2005.
- PULGAR EZQUERRA J.: «El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal» *Revista de Derecho Concursal* núm. 250.
- PULGAR EZQUERRA J.: *EL presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores. Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la LC 22/ 2003 y de la Ley 8/ 2003 para la reforma concursal.* Ed. Diles.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «La financiación de empresas en crisis». Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. 2012/ 48. Marzo 2012. <http://www.ucm.es/centros/webs/d321/> consultado el 12 de noviembre de 2014.
- PULGAR EZQUERRA, J.: « El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores» pág. 125 y ss. Derecho Concursal, estudio sistemático de la LC 22/ 2003 y de la ley 8/ 2003 para la reforma concursal.
- PULGAR EZQUERRA, J.: *Acuerdos de refinanciación, Escudos protectores y garantías reales.*
- PULGAR EZQUERRA, J.: *LA Declaración del Concurso de Acreedores*, Ed. La ley 2005.
- PULGAR EZQUERRA, J.: Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad, Diario La Ley, N° 8141, 4 Sept, 2013.
- PULGAR EZQUERRA, J.: “Aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso cambio de sentido de la reforma”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 58, 22 de mayo de 2003.
- PULGAR EZQUERRA, J.; “*La declaración del concurso de acreedores*”, Ed. La Ley, Madrid, 2005.
- PULGAR EZQUERRA, J.: “*Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación*”, en VVAA. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la LC 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal.* Dir. GARCIA VILLAVERDE, ALONSO UREBA Y PULGAR EZQUERRA.; Ed. Dilex, Madrid, 2003.

- PULGAR EZQUERRA, J.: “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”  
*Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 2008, n° 9.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «La ruptura de la unidad legal en materia concursal: las contrarreformas de la reforma». *Economist & Jurist*, 2006, vol. 14, núm, 100.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «*Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal*» La Ley nº1228, 2014.
- PULGAR EZQUERRA, J.: *Las soluciones al concurso de acreedores: El convenio y la liquidación*”. Diles 2003.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación» Adaptado a la LC 38/ 2011 Fr. 10 de octubre, de reforma de la LC 22/ 2003, Ed. LA LEY, 2012.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «*La declaración del concurso de acreedores.*» La Ley, Madrid 2005.
- PULGAR EZQUERRA, J.: *Tratado presentado como paper en el IX Congreso Harvard-Complutense, sobre “Transatlantic View on Corporate and Financial Law Issues”*.
- QUINTANA ADRIANO E. A.: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. El síndico y el desistimiento de las acciones en favor de la quiebra en la ley de concursos mercantiles(<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/104/art/art7.htm#P5> )  
*Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación” publicada en la Año 18 - N° 1, 2011 Coquimbo, Chile.
- RÍOS SALMERÓN, B Y RÍOS MESTRE, JM.: «Despido colectivo y proceso concursal: notas de urgencia sobre el proyecto de reforma concursal de 2011» en A.A.V.V «Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral de 2010. Un análisis desde el Derecho y la Economía» Lex Nova. 2011.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: Limitación de responsabilidad, remisión de deuda y acuerdo extrajudicial de pagos en el anteproyecto de ley de Apoyo a los emprendedores, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/ 2013
- RODRÍGUEZ BEREJO, A.: “Las garantías del crédito tributario”.
- RODRÍGUEZ MARQUEZ, J.:«*La Hacienda Pública y los procesos concursales.*» Edit. Aranzadi, 2006.
- ROJO A. *Comentarios a la LC 22/2003*, tomo I, Edit. Thomson-Civitas.

- ROJO, A Y BELTRAN, E.: "Relación jurídica de la insolvencia: La legislación Concursal", *Lecciones de Derecho Mercantil*, Pamplona, 2003.
- ROMERO SANZ DE MADRID, C.: *Derecho Concursal*. Madrid. 1ª ed. 2005.
- SÁNCHEZ CALERO, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, 26ª ed. Madrid 2003.
- SÁNCHEZ GALLARDO, F. J.: «Novedades introducidas en el Impuesto sobre el Valor Añadido para el año 2012», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 348, 2012.
- SÁNCHEZ GALLEGO, E.: «La mediación concursal». *Anuario de derecho concursal*, nº31,2014.
- SÁNCHEZ GALLEGO, E.: «La mediación concursal». *Anuario de derecho concursal*, nº31,2014.
- SÁNCHEZ PINO, A.J.: «*la concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal*» Quincena fiscal 2004, núm.8.
- SÁNCHEZ PINO A. J.: «*la participación de la Hacienda Publica en la solución convencional al concurso de acreedores de las entidades deportivas*» en Régimen Tributario del deporte/ coord. Por Mercedes Ruiz Garijo, Pablo Chico de la Cámara (Dir.) Civitas, 2013.
- SÁNCHEZ PINO, A.J.: « La personación y otras actuaciones de la Hacienda Publica en el procedimientos del concurso de acreedores» AEDAT, Temas Tributarios de Actualidad, núm.34, 2005.
- SANCHEZ PINO, A.J.:«*Problemas fiscales de la suspensión de pagos*» . *Aranzadi 1997* pág.115
- SANCHEZ-CALERO, J, GUILARTE GUTIERREZ, V.:«*Comentarios a la legislación concursal.*» Lex Nova, Tomo III, 2004.
- SANCHEZ VIZCAINO, J.: *Esquemas de Derecho Concursal*. Ed. Diego Marin librero editor. 2014
- SASTRE PAPIOL, S.: «*Luces y sombras del RD Ley 3/2009 de 27 de Marzo de reforma de la LC 22/2003, un intento de reforma para la crisis*», en Seminario analítico sobre la casuística actual del derecho concursal : sesión académica del 4 de junio del 2010, Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, 2010.
- SMON ACOSTA, E.: " *Gastos fiscales*". Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 792/ 2010. Ed. Aranzadi, Pamplona.

- SOZA M<sup>a</sup>. DE LOS ANGELES.: «El "bonorum emptor": su posición jurídica». *Procedimiento concursal*. (Madrid, 2008).
- TAPIA HERMIDA, A., "La gestión de la masa activa del concurso", *Estudios sobre la LC 22/2003. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV.
- THOMAS PUIG, P. «*La posición de la Administración Tributaria y el crédito tributario en el proceso concursal*», La Ley, Madrid, 2011.
- THOMAS PUIG, P.M.: Revista de Derecho concursal y paraconcursal; Anales de doctrina Praxis, jurisprudencia y legislación. Congreso de Derecho Concursal Enero 2007 . Madrid
- TORRES DE CRUELLES, JOAQUÍN, MAS Y CALVET: Román. La suspensión de pagos. Bosch, 2<sup>a</sup> edición. 1995.
- ULL SALC 22/ 2003EDO, M<sup>a</sup> V.: *Los costes del nuevo procedimiento concursal*. Dykinson. Madrid, 2006.
- URQUIZU, Ó. J.:«*La quiebra y el concurso de acreedores: origen, recepción y pervivencia en el sistema jurídico español.*» roderic.uv.es.
- VALERO LOZANO, N. :“ *El régimen jurídico del crédito público en la LC 22/2003*” . Ed. La Le Wolters Kluver .
- VAZQUEZ DE CASTRO, E.: (2003), *Ilicitud Contractual, Supuestos y efectos*, Valencia.
- VEIGA COPO, A.: «La masa pasiva del concurso de acreedores», Cizur Menor 2010.
- VEIGA COPO, A.: «El computo del privilegio general y del recargo de los créditos tributarios en el concurso de acreedores» Anuario de derecho concursal, núm. 20, 2010.
- VILLAR EZCURRA M.: «*Algunas notas sobre la posición acreedora de la Hacienda Pública en las quiebras en el contexto de la reforma concursal*» , Quincena Fiscal, 2002, núm. 15.
- WINDSOR J.: «Una visión panorámica de los schemes of arrangement ingleses», en RCP , núm. 15, 2011.
- YANES YANES P. :«Causas de la conclusión del concurso» en AAVV. SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J., DTOR. *Comentarios a la legislación concursal*, vol. 3, Lex Nova, 2004.

- ZABALETA DÍAZ , M.: «El derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», Anuario de Derecho Concursal núm. 30/ 2013 parte Problemas y Cuestiones, Civitas, 2013.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: «La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto» en Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, SOLETO MUÑOZ H. . (Dir.), Ed. Tecnos, 2011.
- ZAMBRANA MORAL, P.,: *Derecho Concursal Histórico, I: trabajos de investigación*»Barcelona 2001.
- ZAMBRANA MORAL, P.: *Historia jurídica: valoraciones crítico-metodológicas, consideraciones doctrinales alternativas y espacio europeo* (Zaragoza-Barcelona, Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Málaga, 2006).
- ZARCO COLON, P.: «La participación en los convenios concursales de los Organismos Públicos»<http://www.asambleamadrid.es/RevistasAsamblea/R.17.%20Pedro%20Zarco%20Colon.pdf>.
- ZUNZUNEGUI PASTOR , F. : *Derecho de Mercado Financiero*, 2ª ed. 2000. Marcial Pons.
- ARRIBAS HERNÁNDEZ, A. *Derecho Concursal: El concurso tras la reforma operada por la LC 38/ 2011*. El Derecho y Quantor, Madrid 2012.

## VIII.ANEXO JURISPRUDENCIAL

### TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia nº 492/ 2009 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 22 de Junio de 2009

Sentencia nº 491/ 2009 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 29 de Junio de 2009

Sentencia nº 1259/ 2006 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 14 de Diciembre de 2006

Sentencia nº 324/ 2005 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 10 de Mayo de 2005

Sentencia nº 606/ 2003 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 13 de Junio de 2003

### AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia nº 142/ 2013 de AP Guipúzcoa, Sección 2ª, 16 de Mayo de 2013

Sentencia nº 258/ 2012 de AP Cuenca, Sección 1ª, 28 de Septiembre de 2012

Sentencia nº 317/ 2010 de AP A Coruña, Sección 4ª, 30 de Junio de 2010

Sentencia nº 248/ 2010 de AP Valencia, Sección 9ª, 22 de Septiembre de 2010

Sentencia nº 138/ 2010 de AP Guadalajara, Sección 1ª, 17 de Junio de 2010

Sentencia nº 210/ 2010 de AP Valladolid, Sección 3ª, 5 de Julio de 2010

Sentencia nº 516/ 2009 de AP Vizcaya, Sección 4ª, 2 de Julio de 2009

Sentencia nº 204/ 2009 de AP Vizcaya, Sección 4ª, 16 de Marzo de 2009

Sentencia nº 59/ 2009 de AP Castellón, Sección 3ª, 20 de Febrero de 2009

Sentencia nº 39/ 2008 de AP La Rioja, Sección 1ª, 8 de Febrero de 2008

Sentencia nº 39/ 2008 de AP La Rioja, Sección 1ª, 8 de Febrero de 2008

Sentencia nº 98/ 2008 de AP Las Palmas, Sección 5ª, 17 de Marzo de 2008

Sentencia nº 172/ 2008 de AP Pontevedra, Sección 1ª, 13 de Marzo de 2008

Sentencia nº 320/ 2008 de AP León, Sección 1ª, 1 de Septiembre de 2008

Sentencia nº 461/ 2008 de AP Málaga, Sección 6ª, 4 de Septiembre de 2008

Sentencia nº 40/ 2008 de AP La Rioja, Sección 1ª, 9 de Febrero de 2008

Sentencia nº 91/ 2008 de AP Madrid, Sección 28ª, 10 de Abril de 2008

Sentencia nº 41/ 2008 de AP Guipúzcoa, Sección 1ª, 8 de Febrero de 2008

Sentencia nº 263/ 2008 de AP Pontevedra, Sección 1ª, 24 de Abril de 2008

Sentencia nº 300/ 2008 de AP Murcia, Sección 4ª, 21 de Julio de 2008

Sentencia nº 673/ 2008 de AP Pontevedra, Sección 1ª, 4 de Diciembre de 2008

Sentencia nº 41/ 2008 de AP Guipúzcoa, Sección 1ª, 8 de Febrero de 2008  
Sentencia nº 98/ 2008 de AP Las Palmas, Sección 5ª, 17 de Marzo de 2008  
Sentencia nº 252/ 2007 de AP La Rioja, Sección 1ª, 12 de Septiembre de 2007  
Sentencia nº 295/ 2007 de AP Asturias, Sección 1ª, 6 de Julio de 2007  
Sentencia nº 295/ 2007 de AP Asturias, Sección 1ª, 6 de Julio de 2007  
Sentencia nº 23/ 2007 de AP Madrid, Sección 28ª, 25 de Enero de 2007  
Sentencia de AP Valladolid, Sección 3ª, 26 de Diciembre de 2007  
Sentencia nº 43/ 2007 de AP Baleares, Sección 5ª, 2 de Febrero de 2007  
Sentencia nº 288/ 2007 de AP La Rioja, Sección 1ª, 25 de Octubre de 2007  
Sentencia nº 352/ 2007 de AP Barcelona, Sección 15ª, 28 de Junio de 2007  
Sentencia nº 298/ 2007 de AP Barcelona, Sección 15ª, 30 de Mayo de 2007  
Sentencia nº 195/ 2007 de AP La Rioja, Sección 1ª, 22 de Junio de 2007  
Sentencia nº 2160/ 2007 de AP Guipúzcoa, Sección 2ª, 9 de Mayo de 2007  
Sentencia nº 256/ 2007 de AP Barcelona, Sección 15ª, 8 de Mayo de 2007  
Sentencia nº 175/ 2007 de AP Asturias, Sección 1ª, 19 de Abril de 2007  
Sentencia nº 103/ 2008 de AP Madrid, Sección 28ª, 4 de Abril de 2008  
Sentencia nº 471/ 2007 de AP Málaga, Sección 6ª, 14 de Septiembre de 2007  
Sentencia nº 443/ 2007 de AP Madrid, Sección 14ª, 27 de Junio de 2007  
Sentencia nº 393/ 2006 de AP Asturias, Sección 1ª, 17 de Noviembre de 2006  
Sentencia nº 237/ 2006 de AP A Coruña, Sección 4ª, 16 de Mayo de 2006  
Sentencia nº 168/ 2006 de AP A Coruña, Sección 4ª, 7 de Abril de 2006  
Sentencia nº 587/ 2006 de AP Barcelona, Sección 15ª, 12 de Diciembre de 2006  
Sentencia nº 441/ 2006 de AP Sevilla, Sección 5ª, 17 de Octubre de 2006  
Sentencia nº 331/ 2006 de AP Valencia, Sección 9ª, 22 de Septiembre de 2006  
Sentencia nº 443/ 2007 de AP Madrid, Sección 14ª, 27 de Junio de 2007  
Sentencia nº 587/ 2006 de AP Barcelona, Sección 15ª, 12 de Diciembre de 2006  
Sentencia nº 441/ 2006 de AP Sevilla, Sección 5ª, 17 de Octubre de 2006  
Sentencia nº 331/ 2006 de AP Valencia, Sección 9ª, 22 de Septiembre de 2006  
Sentencia nº 300/ 2002 de AP Cantabria, Sección 2ª, 24 de Junio de 2002  
Sentencia de AP Barcelona, 10 de Marzo de 2000  
Auto nº 376/ 2001 de AP Zaragoza, Sección 4ª, 4 de Junio de 2001  
Sentencia nº 278/ 1999 de AP Palencia, 6 de Octubre de 1999

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Auto de 23 de Enero de 2009 de Juzgados de lo Mercantil nº 3 de Barcelona

Sentencia nº 520/ 2008 de 15 de Octubre de 2008 de Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Bilbao

Sentencia nº 520/ 2008 de 15 de Octubre de 2008 de Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Bilbao

Sentencia nº 2/ 2007 de 9 de Enero de 2007 de Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Oviedo

Sentencia nº 98/ 2007 de 30 de Abril de 2007 de Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Oviedo

Sentencia nº 6/ 2007 de 22 de Enero de 2007 de Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Oviedo

Sentencia nº 77/ 2006 de 25 de Mayo de 2006 de Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Oviedo

Sentencia de 15 de Marzo de 2006 de Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Málaga

Sentencia nº 104/ 2006 de 3 de Marzo de 2006 de Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Bilbao

Auto de 14 de Junio de 2005 de Juzgados de lo Mercantil nº 4 de Madrid

