



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

# LAS GARANTÍAS DEL CRÉDITO TRIBUTARIO. LA HACIENDA PÚBLICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE QUIEBRA Y CONCURSO<sup>1</sup>

Marta VILLAR EZCURRA<sup>2</sup>

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS GARANTÍAS DEL CRÉDITO TRIBUTARIO Y SUS CLASES.—2.1. Derecho de prelación.—2.2. Hipoteca legal tácita.—2.3. Derecho de afección.—2.4. Derecho de retención.—2.5. Garantías en aplazamientos y fraccionamientos.—2.6. Medidas cautelares.—2.7. Clases de garantías.—3. LA HACIENDA PÚBLICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE QUIEBRA Y CONCURSO.—3.1. El antes y el después de una Reforma Concursal.—3.2. El consiguiente recorte a los privilegios de la Hacienda pública.—3.3. Las consecuencias de la nueva clasificación y graduación de los créditos tributarios.—3.4. Necesidad de reconocimiento y graduación del crédito tributario.—3.5. El incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, presupuesto objetivo de apertura del concurso.—3.6. Los efectos de la jurisdicción exclusiva del Juez mercantil.—3.7. El derecho de ejecución separada.—3.8. Las deudas tributarias de la masa: el criterio temporal a aplicar.—3.9. La problemática de suscribir convenios concursales.—3.10. La naturaleza del crédito ante la rectificación del Impuesto sobre el Valor Añadido.—3.11. La compensación del crédito tributario en concurso.—3.12. La responsabilidad tributaria de los administradores concursales.—4. CONCLUSIÓN.—5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

La presente colaboración presenta la problemática jurídica actual en torno a las garantías del crédito tributario haciendo especial referencia a la posición de la Hacienda pública como acreedora en los procesos de crisis empresarial y todo ello en el marco de que nos ocupa, que es el de la teoría de los tributos en el siglo XXI.

Por ello, no se pretende realizar un análisis exhaustivo de la dogmática jurídica de las garantías tributarias ni de la variedad de aspectos civiles, mercantiles, procesales o estrictamente tributarios que específicamente se pueden plantear en la aplicación de los tributos, tanto en el orden teórico como práctico, y que presentan una riqueza de matices sin duda interesante y a la vez singular, que excedería con mucho de las limitaciones que por razones editoriales han de respetar las páginas que siguen. Tampoco se hará un dilatado recorrido del Derecho positivo espa-

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología (SEJ2006- 11275/JUR), «La reforma del Derecho concursal español: antecedentes y objetivos (II) Hacia un Derecho concursal internacional», cuyo investigador principal es Emilio BELTRÁN SANCHEZ.

<sup>2</sup> Catedrática de Derecho financiero y tributario, Universidad San Pablo-CEU, Madrid. (España).

ñol histórico y vigente, o de la interpretación que del mismo han hecho los tribunales, sino que por el contrario se trata de exponer conceptual y problemáticamente cuáles son las vías por las que discurre el tema que nos ocupa en el contexto tributario actual, caracterizado por una fuerte internacionalización de los sistemas fiscales en los ámbitos políticos, jurídicos y administrativos y no sólo de los aspectos materiales de los tributos sino también de los cauces formales por los que se desarrolla la aplicación de los mismos por parte de las Administraciones tributarias nacionales.

Formulada pues, esta advertencia inicial y cuál ha de ser el hilo conductor de nuestra exposición, se hará lógicamente referencia a los preceptos normativos que en España regulan las garantías del crédito tributario y la situación en que éste se encuentra en fase concursal, con consideración a las opiniones, resoluciones y sentencias que han sido más relevantes por sentar doctrina en los aspectos más controvertidos. Como se verá, la experiencia española es una buena muestra de los cambios experimentados en todos los países —al menos en los países europeos—, que tienden hacia un recorte de los clásicos privilegios otorgados a los créditos de la Hacienda pública, sopesado si acaso por una constatable ampliación de las vías de obtención de información a propósito de los obligados tributarios, que colocan a las Administraciones tributarias en mejor situación que cualquier otro acreedor público o privado.

De otro lado, merece recordarse que el estudio del fenómeno del pago o cumplimiento de la obligación tributaria material, que es objeto de tutela o garantía, no puede desligarse de su aspecto procedimental o formal que es propio de la recaudación tributaria, por lo que garantías del crédito tributario y procedimiento de recaudación son ámbitos del tributo que aparecen imbricados en la práctica jurídica.

Comenzaremos nuestra exposición delimitando conceptualmente qué haya de entenderse por garantías del crédito tributario y cuáles son las clases de garantías que han de distinguirse, para inmediatamente contrastar el análisis conceptual con la cuestionable acogida normativa que refleja la Ley 58/2003, de 17 de diciembre. General Tributaria (LGT), que, bajo la rúbrica «Garantías de la deuda tributaria» dedica los arts. 77 a 82 a su regulación general, regulación que desarrolla y concreta el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

Conviene precisar que, sin perjuicio de que nos refiramos en esta colaboración a los créditos tributarios, la protección que el ordenamiento jurídico español otorga a modo de tutela o garantía se extiende también a la de cualquier otro crédito de naturaleza pública de la Hacienda pública (más bien, deberíamos decir de las Haciendas públicas, pues como es sabido han de distinguirse tres niveles, general, autonómico y local). Así se reconoce por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre. General Presupuestaria, que en su art. 10 titulado «Prerrogativas correspondientes a los derechos de naturaleza pública de la Hacienda pública estatal», otorga a tales derechos las prerrogativas establecidas para los tributos en la Ley General Tributaria y en el Reglamento General de Recaudación. Pasaremos a continuación a

abordar la tutela específica de los créditos tributarios en los procedimientos de quiebra y concurso, siendo destacable la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que ha supuesto no sólo una auténtica revolución normativa, sino también un recorte significativo para los privilegios de la Hacienda pública y de otros acreedores públicos que han de plegarse a los principios mercantiles y a la regla *par conditio creditorum*<sup>3</sup>.

Como se verá, fruto del nuevo sistema concursal, no todos los créditos tributarios reciben la misma protección jurídica, debiéndose distinguir fundamentalmente tanto la naturaleza de los componentes integrantes de la deuda tributaria (cuota, recargos, intereses) como su origen (crédito por retención, por repercusión), el momento de su nacimiento (créditos concursales, créditos contra la masa) o si la situación de crisis empresarial culmina en liquidación o en convenio, para tener una panorámica de la protección jurídica real de los créditos tributarios cuando acontece la declaración de un concurso de acreedores.

## 2. LAS GARANTÍAS DEL CRÉDITO TRIBUTARIO Y SUS CLASES

En general, la Hacienda pública protege su posición acreedora con distintas formas de aseguramiento del crédito tributario. En cierta medida, es legítimo afirmar que todas las prerrogativas y privilegios *personae* y *causae*, de que goza la Administración tributaria tienen por finalidad, de modo más o menos inmediato, garantizar el crédito tributario. Así, los distintos procedimientos de aplicación de los tributos en sede de gestión, recaudación e inspección o la progresiva ampliación de los sujetos que resultan obligados al pago del tributo (a título de responsables, sustitutos del contribuyente, etc.) representan vías que colocan a la Hacienda pública en mejor situación que cualquier otro hipotético acreedor concurrente. Constituyen también medidas de tutela del crédito tributario la exigencia de deberes de información cada vez más amplios en su ámbito subjetivo y objetivo, las garantías específicamente exigidas para la concesión de aplazamientos, fraccionamientos o suspensiones y tantas otras que la normativa tributaria ha ido progresivamente reconociendo y perfeccionando<sup>4</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de que supuestos como los anteriores puedan considerarse garantías en sentido amplio, no puede afirmarse que constituyan auténti-

<sup>3</sup> La Ley Concursal, con la finalidad de coonestar los principios del concurso (ejecución colectiva, *par conditio creditorum*, etc.) y sus fines (fundamentalmente, la satisfacción de los acreedores) con los principios del Derecho público (legalidad, objetividad, satisfacción del interés general), modula caso por caso la potestad de *imperium* de las Administraciones públicas presentes en el concurso.

<sup>4</sup> Entre las medidas indirectas de aseguramiento del crédito tributario la doctrina ha incluido, entre otras y sin pretensión de exhaustividad, el carácter inderogable de la obligación tributaria, la presunción de legalidad de los actos de determinación de bases y deudas tributarias, el carácter ejecutorio de los actos administrativos de gestión y recaudación de los tributos, el procedimiento de apremio, la presunción de titularidad de cualquier bien, derecho, empresa o actividad a favor de quienes figuren como tales en un Registro público, el poder de comprobación e investigación de los actos, elementos y valoraciones consignados en las declaraciones tributarias, las liquidaciones cautelares, la exigencia de prestación de garantía para suspender la ejecutoriedad de los actos administrativos. En fin, es difícil encontrar una institución tributaria cuyo fin último no esté vinculado directa o indirectamente a la realización del cobro del tributo.

cas garantías del crédito tributario en un sentido estricto del término, como tampoco lo es la responsabilidad patrimonial del deudor, que en realidad coincide con el contenido mismo del crédito tributario.

En el orden conceptual es importante delimitar lo que constituye una verdadera garantía, que por su propia naturaleza ha de añadirse al crédito mismo, y separar ésta de lo que no es sino un privilegio de la Hacienda pública o una preferencia en el cobro frente a otros acreedores. Como es sabido, los conceptos de tutela, garantía, privilegio o preferencia no son ambivalentes para el Derecho, ni inherentes al crédito tributario en cuanto tal<sup>5</sup>.

Por otra parte, si bien es verdad que históricamente la situación del crédito tributario es una situación privilegiada o especialmente protegida respecto a la de otros acreedores públicos y privados, su fundamento actual es bien distinto y ha de encontrar acomodo en el marco constitucional y en particular, en la obligación general de contribución al sostenimiento de los gastos públicos<sup>6</sup>.

Estas observaciones previas permiten afirmar que el reconocimiento de constituir una «garantía» es merecido únicamente por aquellos casos en los que de manera inmediata, la ley regula medidas que directamente pretenden asegurar el crédito ante un eventual incumplimiento del deudor. Ajeneidad respecto a la prestación debida, eficacia directa con finalidad preventiva y ejecutiva y legalidad, son así características de toda garantía.

Hace ya tiempo que RODRÍGUEZ BEREJO recordaba que la garantía «es una norma de Derecho o un precepto de autonomía privada, que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición o yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho», y así pues, la garantía del crédito constituye un derecho subjetivo adicional o bien una mera facultad «que se añade» al derecho de crédito, el cual viene a gozar de una cualidad jurídica que antes no tenía. Subrayaba también críticamente que, precisamente, el hecho de no haber captado el alcance de la relación de accesoriidad del derecho de garantía respecto del crédito tributario objeto de la misma, es la causa de errores doctrinales tales como confundir la naturaleza real de algunos derechos de garantía del crédito tributario con la naturaleza jurídica de la obliga-

<sup>5</sup> Tradicionalmente, en el ámbito del Derecho público, el concepto de tutela se ha aplicado a las relaciones entre Administraciones territoriales superiores e inferiores, mientras que civilmente, ha sido la primera institución de guardia subsidiaria de menores o incapacitados. En nuestros días también se alude a la tutela como expresión equivalente al amparo o a la garantía del crédito en sentido amplio. En sentido estricto, por garantía se entiende cualquier medida establecida para asegurar la efectividad de un crédito. Se trata de un nuevo derecho que se yuxtapone al de crédito, siendo pues accesorio del principal. Por su parte, privilegio es una cualidad del crédito que concede a su titular una preferencia en el cobro frente a otros acreedores, pero no es un derecho real al carecer de sus notas distintivas. La preferencia, por último, supone el derecho a cobrar antes de los demás y constituye una excepción a la regla *par conditio*. Vid. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid, Civitas, 1995.

<sup>6</sup> El Fisco se configura a lo largo de los siglos, como equiparado al menor de edad, en razón a sus privilegios y situaciones procesales y sustantivas. El primer privilegio es el de la *immunitas* en tanto la propiedad esté adscrita al Fisco y posteriormente, la inembargabilidad de los bienes del Fisco pasará en pleno al Derecho público, durante todo el Derecho regio, que reconoce privilegios, reglas excepcionales y derechos especiales.

ción tributaria o la consideración de la responsabilidad personal de garantía con la transmisión de la deuda tributaria, como ocurre en el caso de la sucesión en el ejercicio de explotaciones y actividades comerciales o industriales<sup>7</sup>.

Es obvio, que no estamos ante problemas conceptuales nuevos, sino ante viejas polémicas sobre la delimitación conceptual del concepto de garantía y su reconocimiento en las leyes tributarias. En palabras de GARCÍA NOVOA, el concepto de garantía presupone la posibilidad de realizar un bien concreto en aras de un interés recaudatorio, de ahí su advertencia de que sólo debiera aplicarse tal concepto a las garantías reales y no como hace la Ley General Tributaria española, que regula bajo esta rúbrica tanto derechos de preferencia en el cobro de la Hacienda pública como medidas cautelares u otras vías de protección del crédito tributario que han quedado obsoletas y desfasadas como lo son las ligadas a las exenciones o bonificaciones condicionadas.

Por esta razón, cabe afirmar, siguiendo a GARCÍA NOVOA, que ni todas las garantías que en sentido técnico se regulan en la sección específica de la Ley General Tributaria ni todos los institutos allí contemplados constituyen auténticas garantías, siendo cierto que no se ha aprovechado en España la oportunidad de tramitar una nueva Ley General Tributaria sustituyendo la de 1963 (Ley 230/1963, de 28 de diciembre) para corregir la falta de sistemática, el desfase con la realidad, ni las lagunas que la regulación anterior presentaba y que la doctrina había detectado, sino que se ha optado, por el contrario, por un enfoque continuista<sup>8</sup>.

También se ha puesto de manifiesto que ni la regulación de las garantías en general, ni la situación del privilegio de la Hacienda pública en particular en el nuevo marco de la legislación concursal, ha suscitado el más mínimo interés en los informes de las Comisiones, ni en el debate parlamentario de la nueva Ley General Tributaria, pese a que se trataba de una materia de especial importancia en la concepción de lo que el crédito tributario debe representar en el conjunto del sistema y en otros aspectos con proyección práctica inmediata, como la extensión del privilegio a los distintos componentes de la deuda tributaria y a las sanciones. De otro lado, si atendemos a la tramitación parlamentaria, ha sido ésta de muy escasa incidencia en el texto último final<sup>9</sup>.

La Ley General Tributaria española incluye en la sección quinta del capítulo IV, dedicado a la deuda tributaria, bajo la rúbrica «Garantías de la deuda tributaria»<sup>10</sup>, el derecho de prelación de la Hacienda pública (art. 77), la hipoteca legal tácita (art. 78), el derecho a la afección de bienes (art. 79), el derecho de retención (art. 80), las medidas cautelares (art. 81) y finalmente, las garantías para el aplaza-

<sup>7</sup> Á. RODRÍGUEZ BEREIJO, «Las garantías del crédito tributario», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 30, abril-junio 1981, pp. 182 y ss.

<sup>8</sup> C. GARCÍA NOVOA, «La necesaria modificación de las garantías del crédito tributario en una futura Ley General Tributaria», *Crónica Tributaria* núm. 107, 2003, p. 62.

<sup>9</sup> E. FONSECA CAPDEVILA, «Comentarios al art. 77», en *La Ley General Tributaria. Antecedentes y comentarios*, Madrid, Asociación Española de Asesores Fiscales-Asociación de Abogados especialistas en Derecho tributario, 2005, p. 394.

<sup>10</sup> Hubiera sido técnicamente más correcta la rúbrica «Garantías del crédito tributario». El título no es sino una muestra más de las deficiencias de técnica normativa.

miento y fraccionamiento del pago de la deuda tributaria (art. 82). Veamos a continuación brevemente la configuración legal de tales «garantías».

## 2.1. DERECHO DE PRELACIÓN

El derecho de prelación, que se regula con carácter general para cualquier crédito tributario, otorga preferencia a la Hacienda pública para el cobro de deudas vencidas y no satisfechas frente a otros acreedores que no lo sean de dominio, prenda o hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente Registro (de la Propiedad o de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento) antes de la fecha en que se haga constar en el mismo, el Derecho de la Hacienda pública. Así pues, de su configuración legal se deduce que tal derecho se atribuye a la Hacienda pública (aunque no se mencione expresamente por la Ley General española —a diferencia de lo que ocurre en otros preceptos— el derecho de prelación se reconoce a las Haciendas general, autonómica y local), se extiende a cualquier prestación tributaria aunque no recaiga sobre bienes embargados o ejecutados, y tiene eficacia *erga omnes*, salvo que el crédito concorra con acreedores de dominio, prenda o hipoteca que hayan inscrito su derecho con anterioridad al de la Administración.

Este privilegio tiene su lógica aplicación en situación de concurrencia de acreedores y en particular en los procedimientos concursales, por lo que queda afectado por lo previsto en la Ley Concursal. Precisa RODRÍGUEZ BEREIJO que aunque este supuesto no constituye un derecho real sobre bienes determinados, se transforma en derecho real sobre el valor de los bienes en caso de concurso, determinando la preferencia de la Hacienda a la hora de distribuir el producto de la venta de los bienes embargados al sujeto.

La Ley General Presupuestaria (art. 9) otorga también preferencias de cobro a otros créditos públicos, al establecer que cuando concurren créditos a favor de la Administración General del Estado con créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, se imputarán a prorrata de su respectivo importe, pero que si concurre con organismos autónomos la preferencia es para la Administración General del Estado. Asimismo, contempla (art. 10) las prerrogativas de los derechos de naturaleza pública de la Hacienda pública estatal, refiriéndose a las específicas, a las de la Ley General Tributaria y al derecho de abstención en procesos concursales, derecho al que nos referiremos más adelante.

Es importante advertir que dispone la Ley General Tributaria que «en caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte *el convenio*, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley concursal»<sup>11</sup>, siendo fuente de fuertes polémicas, pues su literalidad permitiría limitar la aplicación de la Ley Concursal a los casos en que los procedimientos concursales concluyen por convenio<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Apartado 2º del art. 77 de la Ley General Tributaria.

<sup>12</sup> Es de interés significar que durante la tramitación parlamentaria, en el texto aprobado por el Congreso se añadió en el apartado 2º una referencia completa a la Ley Concursal y, posteriormente, en el Senado, se modi-

Cabe preguntarse, como se ha puesto de manifiesto, entre otros, por FONSECA, si a la vista de las Leyes Generales Tributaria y Presupuestaria se pretende modificar el privilegio concedido por el art. 91 de la Ley Concursal a la Hacienda pública, extendiéndolo a la totalidad de sus créditos o si, por el contrario, lo único que se plantea es la posibilidad de renunciar a su privilegio —tal y como es reconocido en la Ley Concursal— exclusivamente cuando suscribe un convenio y no cuando hace uso del derecho de abstención o cuando se abre un proceso de liquidación<sup>13</sup>. Posiciones doctrinales sostienen interpretaciones opuestas<sup>14</sup>, pero los Tribunales, de momento, están realizando una interpretación sistemática del art. 77.2 LGT, dando preferencia a la Ley Concursal reguladora de las preferencias en el cobro como ley especial, limitando por tanto al 50 por 100 del crédito el privilegio de la Hacienda pública tanto en caso de convenio como de liquidación, con el argumento principal de lo previsto en el art. 89.2 de la Ley Concursal, pues «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley»<sup>15</sup>. Otra cosa es lo propuesto en la Disposición final séptima del Proyecto de Ley de Concurrencia y Prelación de Créditos en caso de Ejecución Singular, que afecta a la definición del alcance del privilegio general de la Hacienda pública y la Seguridad Social contenido en el apartado 4º del art. 91 de la Ley Concursal, que si bien a juicio de PÉREZ ROYO pretende corregir la situación creada por lo que muy gráficamente califica de «desaguisado» o «despropósito» anterior, argumenta cómo tal «contrarreforma» debe ser rechazada<sup>16</sup>.

## 2.2. HIPOTECA LEGAL TÁCITA

En relación con los tributos que graven periódicamente los bienes y derechos inscribibles en un Registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos (como ocurre con el impuesto municipal sobre bienes inmuebles), la Ley General

ficó la expresión «en caso de concurso», con la que se iniciaba el apartado 2º, por la que finalmente ha incluido la Ley, «en caso de convenio concursal», como consecuencia de la enmienda formulada por el Grupo del Partido Popular. La razón de ser de esta enmienda, según la justificación que se acompañó a la misma, es asegurar que el privilegio del crédito tributario se mantiene en los supuestos de liquidación, en los que no está justificada la pérdida del privilegio por el propósito de facilitar la viabilidad futura de la entidad concursada. Siempre, según la justificación de la enmienda, la preferencia establecida en el apartado 1º se mantendrá en los supuestos de liquidación, mientras que, en caso de convenio, se aplicaría lo dispuesto en la Ley Concursal.

<sup>13</sup> E. FONSECA CAPDEVILA, *op. cit.*, p. 396.

<sup>14</sup> *Vid.* la relación de autores que cita F. PÉREZ ROYO, en «El privilegio general de los créditos tributarios (según la "interpretación auténtica" contenido en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)», *Quincena Fiscal* núm. 1. 2007. Del análisis de la enmienda, acertadamente aclara el profesor PÉREZ ROYO que «los privilegios juegan primariamente en la ejecución patrimonial propiamente dicha, es decir, en la liquidación y sólo de modo reflejo (en cuanto influyen en la composición de la Junta y permiten a su titular sustraerse a los efectos del acuerdo) en el convenio, que de suyo supone una novación de los créditos originales establecida por acuerdo entre los propios acreedores».

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, reconocen las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 5 de julio de 2005 o de Málaga de 15 de marzo de 2006. Conviene precisar que el precepto que se comenta fue objeto de nueva redacción al aprobarse la Ley General Tributaria y sustituía la redacción anterior fruto de la disposición final undécima de la Ley Concursal, que no contemplaba la limitación de la remisión a la Ley Concursal. Sobre la tramitación parlamentaria, *vid.* nota 11.

<sup>16</sup> *Cfr. op. cit.* Dejamos apuntada la cuestión y nos remitimos al trabajo citado a este respecto.



Tributaria reconoce al Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para cobrar las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior. Configura la Ley General Tributaria, de esta manera, un derecho de prelación especial calificado por sus efectos de hipoteca legal tácita, que no exige su constancia en el Registro, al tratarse de un supuesto general de afección de bienes<sup>17</sup>, que requiere haber agotado sin éxito la acción recaudatoria contra el sujeto pasivo y haber acordado la previa declaración de insolvencia<sup>18</sup>.

### 2.3. DERECHO DE AFECCIÓN

Con el reconocimiento de este derecho a la Administración tributaria, la Ley permite la afección de los bienes y derechos objeto de transmisión, al pago de los correspondientes tributos que graven las transmisiones, adquisiciones o importaciones, cualquiera que sea su poseedor, a menos que sea un tercero protegido por la fe pública registral o justifique haber adquirido los bienes con buena fe y justo título o en un establecimiento mercantil o industrial, en caso de bienes muebles no inscribibles.

Ello supone que cuando la deuda no es satisfecha en período voluntario ni en vía de apremio, la Hacienda pública puede requerir al poseedor del bien afecto el pago de la deuda, y si éste no lo hace dentro del plazo voluntario, ejecutar el bien para satisfacer su crédito, en su componente de deuda inicial, recargo de apremio, intereses y costas. La responsabilidad de los adquirentes de bienes afectos, por derivación de la acción de cobro, exige un acto administrativo (declaración de fallido de deudores principales y posterior acto de derivación de responsabilidad), que debe ser reglamentariamente notificado. Tal responsabilidad es subsidiaria, aunque se diferencia del régimen general por su carácter real, es decir, porque el responsable subsidiario sólo responde, en tal caso, con los bienes adquiridos afectos por la ley al pago de la deuda<sup>19</sup>.

El mismo precepto que regula el derecho de afección en la Ley General Tributaria, dispone en relación con las exenciones o bonificaciones condicionadas al cumplimiento posterior de cualquier requisito, que la Administración ha de hacer figurar en el documento oportuno el importe total de la liquidación que procede-

<sup>17</sup> Como por ejemplo reconoce la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 1998.

<sup>18</sup> Así, se deduce de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de mayo de 1998. El Reglamento General de Recaudación (art. 65) aclara que se entiende que se exige el pago cuando se inicia el procedimiento de recaudación en período voluntario de los débitos correspondientes al ejercicio en que se haya inscrito en el registro el derecho o efectuado la transmisión de los bienes de que se trate y que, tanto el acreedor hipotecario como el tercero adquirente tienen derecho a exigir la segregación de cuotas de los bienes que les interesen, cuando se hallen englobados en un solo recibo con otras de un mismo obligado al pago. Remite a efectos de la ejecución de la hipoteca legal tácita, a las normas sobre ejecución de garantías.

<sup>19</sup> Así se afirmaba ya en la STS de 1 de febrero de 1995, sobre la base de la anterior Ley General Tributaria.

ría de no existir el beneficio, haciéndolo constar mediante nota marginal de afectación en los Registros públicos. Si con posterioridad y como consecuencia de las actuaciones de comprobación administrativa resulta un importe superior de la eventual liquidación, el órgano competente procederá a comunicarlo al registrador que corresponda a los efectos de que se haga constar dicho mayor importe en la nota marginal de afectación.

#### 2.4. DERECHO DE RETENCIÓN

A menos que se garantice el pago, prevé el art. 80 de la Ley General Tributaria que la Hacienda tiene derecho, frente a todos, para retener las mercancías que se presenten a despacho y liquidación de los tributos que graven su tráfico o circulación (como ocurre con los derechos aduaneros y el impuesto sobre el valor añadido) en cuantía suficiente para responder de la deuda liquidada. Dado que este derecho sólo autoriza a mantener la posesión de la cosa, sin que pueda enajenarse, su eficacia es muy limitada, siendo más bien un instrumento de efectividad para el derecho de afectación y el de prelación general. Actúa como excepción a la demanda de restitución del obligado, pero si se pierde la posesión, no autorizada a recuperarla, pues no atribuye persecutoriedad.

#### 2.5. GARANTÍAS EN APLAZAMIENTOS Y FRACCIONAMIENTOS

En relación con otras deudas, y en particular en los aplazamientos y fraccionamientos, la Ley General Tributaria da preferencia a la posible exigencia de aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, y establece que «cuando se justifique que no es posible obtener dicho aval o certificado o que su aportación compromete gravemente la viabilidad de la actividad económica, la Administración podrá admitir garantías que consistan en hipoteca, prenda, fianza personal y solidaria u otra que se estime suficiente, en la forma en que se determine reglamentariamente». Se recogen, además, los supuestos de dispensa de garantía por razón de cuantía, por carecer el obligado al pago de bienes suficientes, pudiendo afectar la ejecución de su patrimonio al mantenimiento de la capacidad productiva y al nivel de empleo de la actividad económica respectiva, o producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda pública y en los supuestos que reglamentariamente se prevean.

#### 2.6. MEDIDAS CAUTELARES

Con la expresión «medidas cautelares» se alude a una serie de instrumentos con que el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y preventiva, la integridad de un derecho cuya existencia se discute en un proceso mientras éste dura. La tutela cautelar es un verdadero *tertium genus* que, trata de evitar los riesgos que la duración de un proceso puede suponer para la eficacia del ejercicio de un derecho.

La posibilidad por parte de la Administración tributaria de adoptar medidas cautelares de carácter provisional antes de que se inicie el período de embargabilidad, se prevé con estilo prolijo por la Ley General Tributaria, mereciendo destacarse que desde 1998, se han ido ampliando los supuestos en que la Administración puede adoptar tales medidas, en tanto en cuanto se suprime la mención a que el deudor haya realizado actos que tiendan a ocultar, gravar o disponer de sus bienes en perjuicio de la Hacienda pública y en la actualidad ya no es necesario que la deuda esté liquidada, sino que basta con que se haya devengado la obligación y haya transcurrido el plazo reglamentario de pago del tributo.

No siendo éste un auténtico supuesto de garantía del crédito tributario en los términos antes apuntados, sólo merece ser destacada esta posibilidad en tanto en cuanto sistemáticamente el legislador español ha decidido su ubicación en este capítulo.

## 2.7. CLASES DE GARANTÍAS

Contempladas ya las consideradas «garantías del crédito tributario» por la Ley General Tributaria española, se entenderá la oportunidad de las críticas por parte de la doctrina. La clasificación de garantías que ha recibido tradicionalmente mayor predicamento es la que distingue entre las garantías reales, que se dirigen cosas concretas y determinadas (como ocurre con el derecho de afección o con la hipoteca legal tácita), de las personales que confieren al acreedor un derecho personal o una facultad dirigida hacia un tercero (fianza, aval, responsables, etc.), si bien algún autor (MUÑOZ MERINO, BELTRÁN SÁNCHEZ) añade una tercera categoría, a saber, las garantías procedimentales, para cubrir los supuestos de posiciones privilegiadas en el orden procesal (tal es el caso del derecho de prelación), pues es precisamente en los casos de concurrencia de créditos cuando puede ejercitarse la garantía contemplada, para regular la situación privilegiada de los créditos preferentes.

También, oportunamente se ha distinguido (MUÑOZ MERINO) entre créditos privilegiados y créditos con derecho de prelación, para separar aquellos que otorgan un derecho de ejecución y satisfacción preferente por recaer sobre bienes específicos (los primeros), de los demás. Recordando las palabras de DIEZ-PICAZO, cuando un crédito es privilegiado significa que la ley concede a un acreedor la facultad de cobrar con preferencia a los demás acreedores sobre el producto obtenido con la realización de los bienes del deudor. Otros autores prefieren referirse al *ius perseguendi* para aludir al derecho de separación de un bien en el curso de un procedimiento (normalmente, mediante la interposición de tercería) y al *ius prelationis* como auténtica preferencia en el cobro del crédito (ZABALA y otros)<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> A. ZABALA RODRÍGUEZ-FORNÓS y otros. *Aspectos sustantivos y procedimentales de recaudación tributaria*, Valencia, CISS, 1993, p. 233.

### 3. LA HACIENDA PÚBLICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE QUIEBRA Y CONCURSO

En los procedimientos concursales las garantías del crédito tributario se acomodan a las exigencias de la normativa concursal y ofrecen perfiles adaptados a las situaciones de crisis empresarial.

Una protección jurídica propia de un Derecho concursal moderno, otorga a los créditos de la Hacienda pública y a cualesquiera otros operadores jurídicos y económicos afectados por las situaciones de crisis patrimonial, mayor tutela si permite la misma continuidad de la actividad y la máxima satisfacción de los distintos acreedores. Ahora bien, esta circunstancia no sólo depende de la voluntad de los legisladores sino de la realidad de un tejido empresarial igualmente moderno y desarrollado, capaz de competir internacionalmente con los grupos empresariales más destacados.

Se han sucedido en Europa reformas de este específico sector del ordenamiento a caballo entre el Derecho mercantil y el procesal —siguiendo la iniciativa alemana<sup>21</sup>— coherentes con un cambio de fondo de filosofía dirigido no sólo a dar satisfacción a los acreedores sino también y fundamentalmente, a permitir la continuidad de las empresas, responsables en gran medida de la motorización de la economía y el empleo. En este sentido, el Reglamento 1346/2000, del Consejo CE, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia<sup>22</sup>, impone una nueva línea de coordinación que propicia una semejanza del Derecho concursal de los países integrantes de la Unión Europea<sup>23</sup>.

Sin embargo, la deficiencia histórica del tratamiento normativo español a las situaciones de quiebra y concurso ha provocado un fenómeno de huída del Derecho concursal (al estilo de la conocida huída del Derecho público para evitar las rigideces de las instituciones presupuestarias y la reserva de ley) y el nacimiento de una legislación «paraconcursal». A más de ello, las incertidumbres jurídicas y económicas de un ordenamiento arcaico, reiterativo y desordenado han favorecido los problemas de colisión de normas y principios para los que no era posible encontrar una solución universal.

Destacamos a continuación los aspectos más destacados de la imbricación de los derechos, privilegios y garantías de la Hacienda pública en el sistema concursal.

#### 3.1. EL ANTES Y EL DESPUÉS DE UNA REFORMA CONCURSAL

La regulación jurídica se encontraba en España, antes de la Reforma Concursal, en normas dispersas contenidas en textos legales sin armonía ni coherencia (*vid.*

<sup>21</sup> Constituye un referente de obligada mención la Ley alemana de Insolvencia que, aunque publicada en octubre de 1994, entró en vigor en enero de 1999.

<sup>22</sup> DOCE L 160, de 30 de junio de 2000.

<sup>23</sup> Como se dice en su considerando 3º la insolvencia de las empresas afecta al buen funcionamiento del mercado interior, y por ello «es necesario un acto comunitario que exija la coordinación de las medidas que deberán adoptarse respecto del activo del deudor insolvente».

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, Código de Comercio de 1829 y 1885 y Código Civil), a las que se añadían las normas correspondientes de Derecho penal, hipotecario, laboral y tributario. De tal suerte, los sectores económicos que han necesitado de una legislación adecuada a sus situaciones de crisis empresarial, han tenido una respuesta legal específica, provocado un tratamiento sectorial singular —fundamentalmente en el ámbito asegurador y financiero— que ha imposibilitado afirmar la existencia de un Derecho concursal común para las empresas españolas.

Con la reforma concursal, llega la tan demandada unidad legal<sup>24</sup>, de disciplina<sup>25</sup> y de sistema<sup>26</sup>, un solo texto legal regulador de los aspectos materiales y procesales del concurso<sup>27</sup>, sin más excepción que las normas que por su naturaleza exigen el rango de Ley Orgánica. En palabras de OLIVENCIA RUIZ la reforma «pone fin al arcaísmo de un Derecho concursal especial para comerciantes o empresarios, basado en el carácter represivo de su estatuto, disperso en procedimientos (quiebra, suspensión de pagos frente a quita y espera y concurso de acreedores, los “comunes” para no comerciantes), en textos sustantivos y procesales»<sup>28</sup>.

La unidad y flexibilidad del procedimiento se refleja en la estructura de la nueva Ley, articulada, en principio, en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación. La fase común se abre con la declaración de concurso y concluye una vez presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnación de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario contra la lista de acreedores, que permite alcanzar el máximo conocimiento del estado patrimonial del deudor a través de la determinación de la masa activa y pasiva del concurso.

La acogida de la Ley Concursal ha sido muy favorable. La misma Hacienda pública, pese a sufrir el consiguiente recorte de privilegios la ha aplaudido, como se puso de relieve en el trámite parlamentario, pues una mayor protección formal del crédito tributario tampoco presupone necesariamente una mayor probabilidad de cobrar, ya que en un proceso de liquidación lo más probable es que no cobre ninguno de los acreedores, incluidos los privilegiados<sup>29</sup>.

La Hacienda pública puede adoptar multiplicidad de posiciones en el proceso concursal, puede ser —y en ocasiones debe ser— administradora concursal<sup>30</sup>, puede ser acreedora principal o en vía de regreso y también cabe que intervenga no como parte sino en su función de salvaguarda de los intereses públicos, y todos

<sup>24</sup> Un solo texto legislativo para regular los aspectos sustantivos y procesales.

<sup>25</sup> Se aplica el mismo régimen jurídico a comerciantes y no comerciantes.

<sup>26</sup> Un único procedimiento con una fase común que desembocará bien en convenio bien en liquidación.

<sup>27</sup> Destaca la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez mercantil sobre las materias que recoge el art. 9 de la Ley Concursal.

<sup>28</sup> Cfr. M. OLIVENCIA RUIZ, «La declaración del concurso», *La nueva Ley Concursal*, Madrid, Estudios de Derecho Judicial, núm. 59, 2004, pp. 23-24.

<sup>29</sup> Cfr. la intervención del Subsecretario del Ministerio de Hacienda, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 28 de octubre de 2002, núm. 603, p. 19720.

<sup>30</sup> Esta posibilidad está expresamente contemplada en el art. 27.4 LC que señala que la designación del profesional en cuestión puede recaer en cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas y precisa que su intervención no puede dar lugar a retribución alguna con cargo a la masa del concurso.

estos aspectos son sin duda de interés y ofrecen en su conjunto la perspectiva real de la posición de la Hacienda pública en los procesos concursales.

En este sentido, uno de los méritos principales de la Ley Concursal ha sido el de integrar a la Hacienda pública en lo que podría denominarse el «sistema concursal». Pero sin duda, el aspecto que ha sido más destacado y que es consecuencia directa de la Ley Concursal ha sido el recorte de la preferencia en el cobro de los créditos tributarios, de ahí que vayamos a centrar nuestra atención en esta cuestión, no sin antes aludir someramente a las características y principios generales de la Ley Concursal.

Es apreciable que el nuevo sistema trata de ofrecer soluciones que resuelvan con la mayor prontitud posible las insolvencias, bien con medidas de saneamiento o bien, con una rápida, efectiva y justa liquidación del patrimonio del concursado, primando la posibilidad de convenio con los acreedores, convenio en el que los privilegiados están llamados a desempeñar un importante papel<sup>31</sup>.

### 3.2. EL CONSIGUIENTE RECORTE A LOS PRIVILEGIOS DE LA HACIENDA PÚBLICA

Con ocasión de la aprobación de la Ley Concursal se ha puesto ardentemente en entredicho el fundamento de los privilegios y en particular los otorgados a los créditos de la Hacienda pública y hasta por distintos autores y en distintos países se venía propugnando su absoluta desaparición desde mucho antes (ALONSO LEDESMA)<sup>32</sup>.

La opción que asume la Ley Concursal española en este debate es una solución intermedia «frente a quienes sostienen tesis maximalistas en cuanto a la conservación o desaparición de los privilegios del crédito tributario en el ámbito sustantivo y procesal» (URÍA FERNÁNDEZ), pues si atendemos al Derecho comparado es ya acusada la tendencia hacia la poda de privilegios para retomar el respeto de la *par conditio creditorum*.

La Ley Concursal se aparta con esta solución de anteriores intentos de reforma (1983, 1995) y además de reducir el número de los privilegios hasta ahora existentes<sup>33</sup> limita en su cuantía los referidos a los créditos tributarios.

<sup>31</sup> El delicado equilibrio entre dar satisfacción a los acreedores y permitir la reestructuración de empresas viables se manifiesta en el reconocimiento de medidas para adelantar en el tiempo la declaración del concurso para evitar el deterioro patrimonial, en las sanciones derivadas del incumplimiento de tal deber, en la exclusión de la posibilidad de presentar convenio anticipado, y en definitiva, en el establecimiento de mecanismos que, paralizando ejecuciones y manteniendo y rehabilitando créditos y contratos, permiten temporalmente la permanencia del conjunto de activos productivos hasta la decisión sobre la conservación o liquidación de la empresa.

<sup>32</sup> C. ALONSO LEDESMA afirma también que «a esta pérdida del fundamento justificador del privilegio hay que añadir el hecho de que estos créditos merman totalmente las expectativas de cobro del resto de los acreedores, puesto que consumen la práctica totalidad del patrimonio del deudor», en «La clasificación de los créditos en el concurso», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2000*, Madrid, Diles, S. L. y otros, 2002, p. 192.

<sup>33</sup> Dice al respecto la Exposición de Motivos que «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 los mismos, conjugarlo con

Precisamente constituye una de las innovaciones más importantes la de ofrecer una clasificación de créditos<sup>34</sup> distinguiendo los créditos privilegiados (separando el privilegio general del especial), de los ordinarios y los subordinados (nueva categoría en la que se integra el crédito tardíamente liquidado a cargo de los órganos de gestión o de inspección y los créditos por intereses, multas y sanciones tributarias<sup>35</sup>), porque esta clasificación reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, en virtud de las tercerías de mejor derecho<sup>36</sup>.

De otro lado, también supone un recorte a los privilegios de la Hacienda pública respecto al procedimiento de apremio, la *vis attractiva* que implica el proceso concursal, pues «va acompañada de una absoluta limitación a las posibilidades de actuación extraconcursal por parte de los acreedores y, entre ellos, de la Hacienda pública, de modo que el tradicional privilegio de la autotutela administrativa, auténtico fundamento teórico del procedimiento de apremio tributario, quedará profundamente afectado, existiendo todavía una cierta indefinición sobre el alcance de la reforma en este ámbito» (URÍA FERNÁNDEZ).

En efecto en el ámbito procedimental, las reglas de prioridad temporal de las ejecuciones quedan afectadas por la *vis attractiva* de la declaración del concurso que implica la suspensión de los apremios tributarios (salvo que se hubiere dictado providencia de apremio con anterioridad) y la prohibición de iniciación de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, salvo las acordadas antes del inicio del concurso (art. 55 LC). Sin perjuicio de lo anterior, es posible dictar la correspondiente providencia de apremio y el devengo de los recargos del período ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso (art. 164.2 LGT).

Ello hace que la Hacienda pública como acreedora, que ha gozado tradicionalmente de una situación que merece cuanto menos el calificativo de privilegiada respecto de otros acreedores públicos y privados, para hacer efectivos los créditos pendientes en situaciones de crisis empresarial, haya debido ceder ante las nuevas reglas de la Ley Concursal, a la que ha que se pliega la Ley General Tributaria, particularmente afectada en el ámbito de la recaudación de los tributos (fundamentalmente, por la *vis attractiva* de la declaración del concurso) y en lo que se refiere a la regulación y a la efectividad real de las garantías del crédito tributario<sup>37</sup>.

---

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».

<sup>34</sup> Vid. art. 89 de la Ley Concursal.

<sup>35</sup> Los titulares de estos créditos carecen de derecho de voto en la junta de acreedores y, en caso de liquidación, no podrán ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios. Se ha reconocido por los tribunales, que los recargos tributarios han de considerarse subordinados.

<sup>36</sup> Vid. exposición de motivos (apartado V).

<sup>37</sup> Así, su art. 164, al enfrentarse a los problemas de concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución, singulares o universales, judiciales o no judiciales y al fijar las reglas de preferencia en la ejecución de los bienes trabados, después de distinguir las reglas aplicables a procedimientos y procesos singulares de las aplicables en los procesos concursales, establece en su apartado 2º que «en caso de concurso de acreedores, se aplicará lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, en su caso, en la Ley General Presupuestaria». Y como hemos visto ya, también al regular en su art. 77 el derecho de prelación de la

Y la Ley Concursal no sólo ha reducido el número de privilegios, como acabamos de ver, sino que también ha limitado en su cuantía algunos de ellos, que son precisamente los de naturaleza tributaria y los créditos de la seguridad social. En efecto, aunque calificado en la Ley Concursal como crédito con privilegio general, el crédito «tributario» general se ha visto recortado al 50 por 100 de su importe en situaciones concursales (art. 91.4 LC)<sup>18</sup>.

Veamos a continuación, con más detenimiento, el resultado del recorte de privilegios que supone la nueva regulación concursal sobre clasificación y graduación de créditos.

### 3.3. LAS CONSECUENCIAS DE LA NUEVA CLASIFICACIÓN Y GRADUACIÓN DE LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS

Aunque genéricamente nos refiramos a las vías de protección del crédito tributario en singular, debe advertirse que no todos los créditos tributarios concursales quedan en la misma situación. Así, si se encuentran garantizados gozan de privilegio *especial* (art. 90.1 LC), si bien la Ley Concursal exige que la garantía cumpla con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros (este sería el caso del derecho de afección de bienes reconocido en el art. 79.2 LGT), salvo que se trate de hipoteca legal tácita. Esta calificación (de hipoteca legal tácita) es precisamente la que otorga el art. 78 de la Ley General Tributaria a los tributos que gravan periódicamente los bienes y derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos (por ejemplo, el impuesto municipal sobre bienes inmuebles), estableciendo un derecho preferencial general de cobro de la Hacienda pública, limitado a las dos últimas anualidades.

Por el contrario, si se trata de retenciones tributarias, el privilegio se califica por la Ley Concursal de *general* (art. 90.2 LC) situándose en un segundo lugar, tras los créditos salariales que no tengan reconocido privilegio especial y junto a las retenciones de seguridad social debidas por el concursado, pero no quedan afectados los créditos por retenciones, al recorte del 50 por 100 previsto para los demás créditos de la Hacienda pública. Esta situación supone una forma de compensación a la desaparición «formal» del derecho de separación que reconocía el Reglamento

Hacienda pública, remite a las reglas fijadas por la Ley Concursal. Otras remisiones específicas más se hacen, siendo de destacar la cláusula genérica de la Disposición Adicional Octava, por la que bajo la rúbrica «procedimientos concursales» se establece que «lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento».

<sup>18</sup> Respecto a la base o al módulo de cálculo del privilegio general del art. 91.4 LC, no ha habido respuesta unívoca ni entre los Juzgados de lo Mercantil (partidarios de excluir los créditos con privilegio especial, general en mejor orden o subordinados son las Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid de 4 de marzo de 2005, de Barcelona de 4 de abril de 2005 o 29 de marzo de 2005) ni en la doctrina mercantilista. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Asturias de 17 de enero de 2008, abordando la cuestión desde los principios que inspiran la reforma concursal, de la necesidad de interpretación restrictiva de las reglas que otorgan privilegios, se pronuncia por un cómputo selectivo «comprensivo, únicamente del conjunto de las cantidades restantes y que no gocen de ningún otro privilegio, pues una interpretación distinta conduciría además al tratamiento injustificado de dotar de un doble privilegio a las sumas por retenciones» (FJ 2º).



General de Recaudación, de más que dudosa legalidad tras la reforma de la Ley General Tributaria de 1995.

En tercer lugar, se sitúan los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual y sólo en un cuarto lugar coloca la Ley Concursal los demás créditos tributarios y de Derecho público, otorgando el privilegio general para el conjunto de los créditos de la Hacienda pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social respectivamente, sólo al 50 por 100 de su importe.

En palabras de la Ley Concursal, a los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su expresa conformidad (art. 123.3 LC) y, en caso de liquidación se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios (arts. 155 y 156 LC). Es importante advertir también que los créditos por intereses y multas, se califican de subordinados y en consecuencia, no se realizarán hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios (art. 158 LC). Esta nueva categoría que la Ley Concursal incorpora en la clasificación de los créditos, ha merecido un juicio muy positivo. Sus titulares no tendrán derecho de voto en el convenio (art. 122 LC) y quedan postergados en el cobro (art. 158 LC).

Además de lo anterior, debe tenerse también en cuenta que no todos los componentes de la deuda tributaria tienen naturaleza estrictamente tributaria, sino que algunos de ellos participan de una naturaleza resarcitoria (intereses de demora) o sancionadora (en parte, los recargos), y precisamente por ello, se les ha de negar el privilegio general que se reconoce al «tributario». Ello nos lleva a que los créditos tributarios consistentes en intereses de demora o en recargos ejecutivos o de apremio<sup>39</sup> deban tratarse como subordinados a efectos concursales como también lo serán los créditos por sanciones tributarias.

### 3.4. NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO Y GRADUACIÓN DEL CRÉDITO TRIBUTARIO

La Hacienda pública debe inscribir sus créditos al objeto de su reconocimiento, salvo los que gocen del derecho de ejecución separada o se vean protegidos por la preferencia procedimental. La insinuación del crédito tributario constituye un derecho-deber y una carga irrenunciable<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> *Vid.*, entre otras, las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 29 de abril de 2005, de Barcelona de 11 de abril de 2005, así como la del Juzgado de lo Mercantil de Asturias de 17 de enero de 2008. Esta última, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la figura de los recargos (entre otras, STC 164/1995, de 13 de noviembre) y a su naturaleza mixta, resarcitoria y sancionadora, llega a la conclusión de que los recargos sólo pueden ser catalogados como «genuinos créditos subordinados al responder al patrón común de la clasificación contenida en los núms. 3º y 4º del art. 92 LC» (FJ 2º). Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 29 de marzo de 2005, analiza los distintos tipos de recargos contemplados por la Ley General Tributaria para llegar a la misma conclusión (FJ 5º).

<sup>40</sup> Como se reconocía ya antes de la Ley Concursal (*vid.* STS de 24 de junio de 1991 e Instrucción 744.I de la Circular 3/1990 exige la insinuación del crédito).

### 3.5. EL INCUMPLIMIENTO GENERALIZADO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS, PRESUPUESTO OBJETIVO DE APERTURA DEL CONCURSO

En otro orden de cuestiones, la Ley Concursal aporta como novedad la previsión de la solicitud de la apertura del concurso por los acreedores premiándoles con la calificación de su situación como privilegiada —aunque en último lugar— hasta la cuarta parte de su importe. Los supuestos previstos son prolijos, aunque operan en *numerus clausus* y entre ellos se encuentra el del incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso (art. 2.4.4º LC).

Este supuesto de inobservancia cualificada se dará en el caso en que no se presenten autoliquidaciones o bien no se proceda al pago de las mismas, siendo competencia de los jueces mercantiles la apreciación del carácter generalizado.

### 3.6. LOS EFECTOS DE LA JURISDICCIÓN EXCLUSIVA DEL JUEZ MERCANTIL

También debe resaltarse que el principio de unidad de procedimiento, hace que sean los Juzgados de lo Mercantil los que asuman competencias (art. 8 LC) en cuestiones que hasta el momento había decidido la Administración tributaria, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o del orden civil (tercerías). Constituye ésta una regla general que implica que cualquier ejecución separada se entienda como excepción.

En aras a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias del caso, la Ley Concursal concede al Juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, que se manifiesta en cuestiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares con anterioridad a su declaración o a la entrada en funcionamiento de la Administración concursal.

### 3.7. EL DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA

Puede la Hacienda pública ejercitar el derecho de ejecución separada. Como es sabido, en las situaciones concursales, determinados bienes quedan excluidos de la masa activa, precisamente los bienes ejecutados en procedimientos tributarios, los bienes no pertenecientes al concursado (respecto de los que proceden las tercerías de dominio) y los bienes con garantía real (hipoteca, prenda) que conceden un derecho de ejecución separada. Respecto a este tipo de bienes se habrán ejercido los privilegios materiales correspondientes.

El derecho de ejecución separada se ejercita sobre cosas que pertenecen al concursado y persigue la realización de un bien al margen del concurso, de manera que su ejercicio reduce la masa activa y la pasiva puesto que el crédito privilegiado no necesita inscribirse en el concurso, implicando esta manera «extraconcursalidad» (BELTRÁN).

Otra de las novedades de la Ley Concursal es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración del concurso<sup>41</sup>.

Con carácter general se ha reconocido este derecho a los acreedores hipotecarios y pignoratícios, esto es a los que ostentan un derecho real de garantía. Así sucede para la Hacienda pública cuando el deudor constituye una garantía real para obtener un aplazamiento o fraccionamiento de su deuda tributaria o para conseguir la suspensión de ejecutoriedad, y también ocurre con la hipoteca legal tácita prevista en la Ley General Tributaria. No se benefician de este derecho, sin embargo, ni el derecho general de ni el de retención que no permite realizar el bien retenido, pero el derecho de afección para los créditos derivados de tributos que graven la adquisición, transmisión o importación, sí concede un derecho de ejecución separada que, además, es de carácter irrenunciable.

También puede ejercerse el derecho de separación *ex iure dominii*, fundamentado en la titularidad de un tercero de un bien que de hecho forma parte de la masa, y excepcionalmente, también se permite el ejercicio de este derecho en determinados supuestos en que el concursado ha ganado la propiedad de aquél.

Es interesante observar que puede ocurrir que Hacienda posea varios créditos tributarios, unos con derecho de ejecución separada y otros no y en este sentido, como los segundos se acumulan al proceso concursal, podría serle útil, previa renuncia al derecho de ejecución separada, acumular los primeros al concurso para tener mayor participación en la junta de acreedores y reforzar su capacidad decisoria en el convenio.

Dos casos merecen especial comentario y es el de las retenciones y las repercusiones, en particular por el impuesto sobre el valor añadido, pues no sólo presentan aspectos teóricos de interés sino que desde la práctica jurídica se pone de manifiesto que por lo general, serán éstos los créditos tributarios más frecuentes en los procesos concursales. Aunque es cuestión legalmente superada es interesante explicar los términos en que se planteaban los problemas.

De acuerdo con la literalidad del anterior Reglamento General de Recaudación (art. 96.5) en los procesos de ejecución «no se computarán en la masa de acreedores las cantidades que el sujeto del procedimiento hubiere cobrado en concepto de retenciones o repercusiones de tributos que, a tal efecto, se considerarán depósitos a favor de la Hacienda pública».

<sup>41</sup> Vid. Exposición de motivos y arts. 56 y 57 LC, sobre paralización, inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales.

Esta disposición (ya derogada) posibilitaba a la Administración tributaria ejercer en las situaciones concursales la *separatio ex iuri dominii*, con la evidente ventaja en el cobro respecto de otros acreedores públicos y privados. Las soluciones de los tribunales ante la aplicación de tal ventaja fueron contradictorias (se calificó el supuesto como de mandato legal, gestión de negocios ajenos o depósito), y si bien tras la reforma de la Ley General Tributaria por la Ley 25/1995 resultaba claro que el retenedor es un obligado (o deudor) tributario distinto del contribuyente y que las «cantidades retenidas o que se hubieran debido retener» forman parte de la deuda tributaria, siendo nulo el precepto reglamentario (MARTÍN)<sup>42</sup>, alguna sentencia aislada (Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, S de 23 de marzo de 1998, FJ 5º) o incluso el Tribunal Supremo (S de 5 de julio de 2000) insistía en que tales cantidades constituyen un depósito. En otras ocasiones, el acento se puso en que las cantidades retenidas y no ingresadas pertenecen al retenedor por un título distinto al de dueño sin calificar la naturaleza jurídica de la retención.

Los términos de los debates se planteaban de forma aún más clara en el caso de las repercusiones tributarias. Las cantidades repercutidas no coinciden con las cantidades debidas pues ha de descontarse el importe de las cuotas soportadas deducibles. Es por tanto más evidente aún que en el caso de las retenciones, que no pueden considerarse «en depósito» las cantidades repercutidas en concepto de impuesto sobre el valor añadido ni de impuestos especiales. Además, en el caso de las cuotas de impuesto sobre el valor añadido puede ocurrir que las cuotas se hayan devengado pero el destinatario de las operaciones sea precisamente el concursado.

Siendo esto así, lo cierto es que el Proyecto de Ley Concursal no corregía las distorsiones que se acaban de exponer, sino que elevaba a rango de ley el derecho de separación respecto a las retenciones tributarias, aunque omitía cualquier referencia a las deudas que consistan en cuotas repercutidas. En el art. 75 donde se enunciaba el principio de universalidad, en el capítulo titulado «De la determinación de la masa activa», se recogía un apartado 4º según el cual: «Igualmente se separarán de la masa activa del concurso las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social llevadas a cabo por el concursado en cumplimiento de una obligación legal».

Esta solución contravenía el concepto de retención tributaria como obligación tributaria propia del retenedor, deudor de esa obligación distinta de la de pagar la cuota del impuesto, que es la que incumbe al obligado en calidad de contribuyente, para el cual la retención constituye un ingreso a cuenta de la obligación futura y claramente se recogía en el Informe de la Comisión para la reforma de la LGT<sup>43</sup> que

<sup>42</sup> En opinión de J. MARTÍN, «esta construcción (se refiere a la consideración de "depósito") no puede aplicarse a la actual configuración de las retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta y, menos aún, a las cantidades repercutidas por el Impuesto sobre el Valor Añadido (...) en materia de retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta el precepto debe entenderse derogado (...) la cuestión se nos antoja aún más clara con las cuotas repercutidas en el Impuesto sobre el Valor Añadido o en los Impuestos Especiales».

<sup>43</sup> La Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 15 de junio de 2000 constituyó una Comisión para el estudio y propuestas de medidas para la Reforma de la Ley General Tributaria. Integró la Comisión el Secretario de Estado de Hacienda, el Director General de Tributos y los siguientes vocales: don Eduardo Abril Abadía, don César Albiñana García-Quintana, doña Carmen Botella García-Lastra, don Rafael Calvo Ortega.

el retenedor es «la persona física o jurídica que en los supuestos previstos por la Ley del tributo, resulta obligada a practicar al contribuyente la retención de determinadas cantidades y al ingreso de las mismas en el Tesoro Público, teniendo éstas el carácter de ingresos a cuenta en relación con la obligación tributaria principal. El retenedor, en su condición de deudor de una obligación a cuenta está asimismo obligado frente al Ente público, al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales relacionadas con dicha obligación en los términos previstos en cada caso por la Ley del tributo»<sup>44</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es verdad que la retención tributaria ha sido tradicionalmente objeto de debate no sólo en los términos anteriores, sino como más recientemente ha advertido el Tribunal Supremo «la doctrina sobre la naturaleza de la retención no es uniforme ni unánime: Desde quienes la consideran como una obligación accesoria de otra principal, pasando por obligación dependiente de otra, hasta obligación en garantía del cumplimiento de otra. Parece evidente, que cualquiera que sea la naturaleza, es imposible su permanencia cuando ha sido cumplida la obligación principal, la obligación de la que depende o, la obligación que garantiza»<sup>45</sup>.

De lo que fuera el Proyecto a la Ley Concursal finalmente aprobada desapareció el derecho de separación de retenciones tributarias, que en cierto modo queda compensado con la consideración específica como crédito con privilegio general sin recorte porcentual y en segundo grado.

### 3.8. LAS DEUDAS TRIBUTARIAS DE LA MASA: EL CRITERIO TEMPORAL A APLICAR

La doctrina de las llamadas «deudas de la masa» se ha configurado desde la línea divisoria entre las deudas concursales (o en la masa) y las post o extra-concursales (de la masa). Según reiterada jurisprudencia «deben distinguirse, a los efectos acumulativos, dos tipos de procesos o actuaciones; de una parte, los existentes al declararse la quiebra, y de otra, los surgidos por créditos posteriores a tal declaración, que más bien son deudas de la masa que del quebrado, siendo respecto de los primeros procedente la acumulación, no en lo que afecta a los segundos, cuyo cobro o realización ha de verificarse fuera o al margen del juicio de quiebra y no dentro de él»<sup>46</sup>.

Así pues, se han de diferenciar los créditos concursales de los créditos contra la masa, e incluir en esta segunda categoría las deudas posteriores al inicio de la situación concursal (art. 84 LC) con independencia de que se hayan contraído por la Administración concursal en interés de la masa (RODRÍGUEZ MÁRQUEZ). La consecuente es que los créditos de la masa pueden hacerse efectivos al margen del pro-

---

don Miguel Cruz Amorós, don Ramón Falcón y Tella, don Javier Lasarte, don Javier Martín Fernández, don Rafael Mendizábal Allende, don José Luis Pérez de Ayala, don Joaquín del Pozo López, don Fernando Prats Máñez, don José Ignacio Ruiz Toledano y doña María Teresa Soler Roch. El Informe emitido por la Comisión ha sido publicado por el IEF, en julio de 2001.

<sup>44</sup> P. 74 del Informe para la Reforma de la Ley General Tributaria, Madrid, IEF, 2001.

<sup>45</sup> STS de 27 de febrero de 2007.

<sup>46</sup> SSTS de 26 de noviembre de 1979 y de 16 de noviembre de 1981.

ceso concursal y permiten la prededucción de la masa activa del concurso. Las deudas tributarias que sean deudas de la masa tienen reconocida autonomía sustantiva y procesal y se considerarán gastos de administración.

Según la Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 23 de mayo 1998, para tener el reconocimiento de deudas de la masa deben darse tres requisitos: que nazcan con posterioridad al inicio de la quiebra —hoy concurso—; que deriven de las operaciones realizadas por la persona que representa al quebrado-concursado y que guarden relación causal con la gestión de la quiebra —concurso— y el desarrollo del proceso.

El criterio temporal determinante de si la deuda es de la masa o en la masa el del *devengo* del tributo. Pues bien, aunque el criterio temporal que ha de aplicarse es bien sencillo, el criterio del devengo, momento en que se realiza o se entiende realizado el hecho imposible, y en consecuencia determina el nacimiento de la obligación tributaria, se ha advertido (PÉREZ DE AYALA) que esta solución supone basarse en una ficción legal cuyo contenido e implicaciones son poco coherentes con las exigencias de justicia que inspiran o animan el art. 31.1 de la Constitución Española. Piénsese que el concursado carece de capacidad económica para pagar sus deudas correspondientes a los créditos tributarios concursales en el momento en que sobreviene tal situación jurídico-mercantil y que en consecuencia, los sujetos que acaban soportando la carga de aquellos créditos tributarios son los acreedores titulares de créditos privados que concurren con el ente público. Por esto y por otra serie de consideraciones de carácter estrictamente tributario en atención a la asimetría de tratamiento legal que cabe apreciar en relación a determinados impuestos del ámbito de la tributación empresarial —IRPF, IS—, cabe afirmar que «pierden en buena parte su sentido, en lógica jurídica los privilegios del crédito tributario, pese a que legalmente se sigan imponiendo por el Derecho positivo»<sup>47</sup>.

### 3.9. LA PROBLEMÁTICA DE SUSCRIBIR CONVENIOS CONCURSALES

En la Ley Concursal, el convenio es la solución normal del concurso, por lo que se fomentan una serie de medidas, entre las que destaca la admisión de la propuesta anticipada de convenio que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o, incluso cuando se trate de concurso necesario, hasta la expi-

<sup>47</sup> En un interesante trabajo publicado en «Estudios sobre la Ley Concursal», en *Homenaje a Manuel Olivencia*, el profesor PÉREZ DE AYALA, analiza esta cuestión y realiza sugerencias en materia de Derecho tributario concursal que evitarían estos problemas. Así, sugiere en primer lugar, que deberían regularse fiscalmente con más amplitud y con criterios más realistas los supuestos de provisiones deducibles fiscalmente de la renta o del beneficio empresarial para virtuales responsabilidades o riesgos futuros, con el fin de cubrir los casos que se presentan en situaciones pre-concursales o potencialmente concursales, de acuerdo con la experiencia de la práctica y del Derecho mercantil. Seguidamente, sugiere que en los procedimientos concursales debería imponerse legalmente para los hechos impositivos anteriores a la declaración del concurso y los periodos impositivos correspondientes a ellos, por créditos tributarios no prescritos, la compensación intertemporal y retroactiva de las bases imponibles sucesivamente positivas y negativas, de forma que sólo se computará como deuda concursal conjunta la que corresponda, en su caso, al saldo positivo neto resultante de dicha compensación de bases imponibles. Cfr. «Nota sobre el fundamento de ciertos créditos tributarios concursales desde la perspectiva del principio constitucional de la capacidad económica de contribuir», pp. 3109 y 3110.

ración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la Ley establece. La regulación de esta propuesta anticipada permite, incluso, la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concurso, con una notoria economía de tiempo y de gastos respecto de los actuales procedimientos concursales. En otro caso, si no se aprueba una propuesta anticipada y el concursado no opta por la liquidación de su patrimonio, la fase de convenio se abre una vez concluido el trámite de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

En caso de que el concurso termine con la suscripción de un convenio de acreedores (solución que se plantea como normal, insistimos, en la Ley Concursal), puede la Hacienda pública suscribir éste, tal y como reconocen las Leyes Generales Tributaria y Presupuestaria y la misma legislación concursal. Sin embargo, esta posibilidad no ha sido pacífica y ha planteado problemas desde la perspectiva del Derecho tributario, fundamentalmente, como consecuencia del principio de indisponibilidad del crédito tributario<sup>48</sup>.

Atendiendo a su naturaleza, como han destacado GARCÍA-HERRERA Y HERRERA MOLINA «estamos ante las disposiciones de nuestro ordenamiento tributario que más claramente asumen el recurso a las técnicas convencionales» que proliferan en general en el Derecho público moderno. En efecto, la naturaleza negocial del convenio ha sido reconocida por la doctrina científica y de los órganos jurisdiccionales, de forma pacífica<sup>49</sup> y responde a un planteamiento generalizado en los países europeos y en España en particular, que es el de favorecer fórmulas de arbitraje, extrajudiciales que eviten o aminoren los conocidos niveles de litigiosidad en materia tributaria<sup>50</sup>.

Tradicionalmente, se ha sostenido que la Administración tributaria debía ejercitar siempre el derecho de abstención y no podría participar en los convenios concursales y precisamente este enfoque del tema ha tenido por consecuencia la consideración por parte de las instituciones comunitarias europeas como ayuda de estado incompatible conforme a las reglas del Tratado, de aquellos casos en los que las Administraciones tributarias no ejercitaron el derecho de abstención, suscribiendo convenios con quitas superiores a las aceptadas por otros acreedores, en la idea de que de esta manera favorecerían indirectamente a las empresas en crisis.

Si bien es cierto que legalmente se ha venido reconociendo el derecho de abstención al crédito tributario (en la Ley General Tributaria), y en general a los créditos de

<sup>48</sup> Según el art. 39.1 LGP «no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Estado en Pleno».

<sup>49</sup> Así el Tribunal Económico-Administrativo Central afirma que son «verdaderos negocios jurídicos fundados en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de sus acreedores; en ellos lo que experimenta variación no es el precio de las operaciones, sino las deudas del suspenso o del quebrado. La aprobación judicial no altera esa base contractual sino que la sanciona y le da fuerza vinculante» (Resoluciones de 5 de abril de 2000, FJ 2º y de 2 de noviembre de 2000, FJ 2º).

<sup>50</sup> Sobre esta cuestión he tratado más extensamente «La aplicación del arbitraje a las causas tributarias», en *La Reforma de la Justicia*, t. II, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia, 2004, pp. 207 a 226.

la Hacienda pública (en la Ley General Presupuestaria), de manera que de ejercerse este derecho, la Hacienda pública no quedaría vinculada por el convenio y cobraría en el lugar que le correspondiese, se ha admitido jurídicamente la posibilidad de renunciar a tal derecho de abstención siempre que se haya obtenido la autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Como forma de limitación de la discrecionalidad administrativa más práctica que teórica, debe respetarse lo previsto en el Tratado de la Comunidad Europea que atribuye a la Comisión Europea la facultad de entender que la suscripción de acuerdos constituye una ayuda de Estado incompatible con el mercado común, pero para evitar la suerte de problemas conocidos en el pasado, art. 164.4 de la Ley General Tributaria, tras reconocer el derecho de abstención de la Hacienda pública en los procesos concursales, explicita la posibilidad de suscribir los acuerdos o convenios previstos en la Ley Concursal «así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial». Y en semejantes términos se expresa el art. 10.2 de la Ley General Presupuestaria.

### 3.10. LA NATURALEZA DEL CRÉDITO ANTE LA RECTIFICACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

En esta cuestión, se plantea una problemática singular cuando se ejercita el derecho de rectificación de bases que contempla la normativa sobre Impuesto sobre el Valor Añadido (art. 80.3)<sup>51</sup>, para el caso en que 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 proceda a la declaración de concurso<sup>52</sup>.

El problema básico que se plantea es el de la naturaleza jurídica del crédito que adquiere la Hacienda pública contra el concursado respecto a las derivadas de las facturas rectificativas de las anteriormente emitidas por los acreedores afectados por el expediente de suspensión. Suele aducirse por los acreedores que la Hacienda pública pasa a ser acreedor, produciéndose una sustitución en la titularidad de los créditos y como deudas concursales habrían de someterse a su reconocimiento y graduación con independencia del carácter privilegiado de los créditos públicos. Frente a este planteamiento, la Hacienda pública pretende que su crédito sea post-concursal, argumentando que la liquidación del crédito se produce después de la declaración del concurso.

Aunque en un primer momento la doctrina del Tribunal Económico Administrativo Central vino dando la razón a la Administración, afirmando que «como con-

<sup>51</sup> Redacción Ley 63/2003.

<sup>52</sup> Esta posibilidad fue introducida por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 1994. Este derecho se ejercita mediante la emisión de una factura rectificativa, que, una vez recibida por el destinatario, determinará para éste la obligación de rectificar las deducciones practicadas.



secuencia del ejercicio de este derecho (se refiere al que ejercita el acreedor-proveedor al rectificar las facturas) nace, simultáneamente, una nueva obligación para el deudor suspenso cuyo importe coincide con el de la parte de la cuota previamente repercutida por sus acreedores y no satisfecha, que no puede deducirse en virtud de la normativa reguladora de la modificación de la base imponible, pero cuya naturaleza no se identifica con la obligación derivada del acto de repercusión (...) no puede entenderse que simplemente de haya producido un cambio en el titular de una nueva obligación preexistente, sin perjuicio de que el antecedente remoto de la nueva obligación sea la operación en la que se devengó el impuesto cuya base imponible ahora se modifica (...) la obligación a cargo del empresario suspenso es una obligación específica, que no nace hasta el momento en que el empresario recibe las facturas rectificativas»<sup>53</sup>, y la Audiencia Nacional, en Sentencia de 13 de enero de 2000 apoyaba esta solución, los nuevos jueces de lo mercantil han afirmado que la naturaleza del crédito no cambia y que se produce en este caso una novación subjetiva del acreedor<sup>54</sup>.

### 3.11. LA COMPENSACIÓN DEL CRÉDITO TRIBUTARIO EN CONCURSO

Se trata también en este caso de una de las cuestiones más discutidas en la doctrina tributarista. Como regla general debería rechazarse esta posibilidad de compensación como medio de pago del crédito, por aplicación del principio *par conditio creditorum* y porque altera el orden de cobro trazado por los privilegios reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico (VARONA). No obstante hay supuestos en los que la admisión de la compensación no suscita dudas: cuando los requisitos objetivos de compensabilidad existan antes de la declaración del concurso, cuando la Hacienda pública goce de preferencia procedimental o de derecho de ejecución separada, y en el caso de las deudas de la masa.

También podría aceptarse una compensación en otros casos, por ejemplo respecto de la parte de la deuda tributaria distinta de las sanciones y recargos o en el caso en que el crédito tributario y la deuda nacen del mismo tributo. Así, si la Administración tributaria reconoce un crédito por un ingreso indebido por impuesto sobre la renta de las personas físicas se podrá compensar con la deuda tributaria del ejercicio del mismo impuesto aunque el concurso se inicie antes del período de ingreso voluntario y, por lo tanto, todavía no reúna los requisitos objetivos de compensabilidad.

Es razonable, asimismo, admitir la compensación en el convenio concursal, puesto que prima el acuerdo de los acreedores concurrentes. Esta posibilidad además ha sido reconocida y admitida por los tribunales. Respecto a la figura de la compensación prevé la Ley Concursal en su art. 58 una cláusula general prohibitiva

<sup>53</sup> Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de julio de 2000, FJ 2º y de 4 de julio de 2000, FJ 2º.

<sup>54</sup> Así, por ejemplo, la Sentencia del Juez de lo Mercantil de Valencia de 4 de noviembre de 2005, o de Oviedo de 10 de noviembre de 2005.

según la cual «sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, 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. En caso de controversia en cuanto a este extremo, la misma se resolverá a través de los cauces del incidente concursal». Por su parte, el art. 205 prevé que «la declaración de concurso no afectará al derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de reintegración que en su caso procedan».

### 3.12. LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

Como forma de garantía personal la Hacienda pública también protege sus créditos en la Ley General Tributaria con el instituto de la responsabilidad subsidiaria de los administradores concursales y de los liquidadores de sociedades y entidades en general, cuando hubiesen realizado las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones e imputables a los respectivos obligados [art. 43.1.c)].

A esta específica protección añade la Ley Concursal (art. 36 LC) otros dos supuestos de responsabilidad de los integrantes de la administración concursal, que se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo que corresponda ante el Juez del concurso, aunque a juicio de RODRÍGUEZ MÁRQUEZ se trata de una vía poco atractiva para la Administración tributaria, que preferirá acudir a la vía de la Ley General Tributaria evitando contar con la intervención del órgano judicial.

## 4. CONCLUSIÓN

Las consideraciones anteriores no agotan los muchos temas que la Reforma Concursal suscita y que se han de traducir lógicamente en cualquier aproximación que haya de hacerse al tema de las garantías y privilegios de los créditos de la Hacienda pública en general y de los tributarios en particular.

Hemos procurado exponer de modo sintético las principales cuestiones que la teoría o la práctica suscitan, que sin embargo nos permiten concluir que la especial protección de los créditos tributarios sigue teniendo en nuestros días un reconocimiento legal nada despreciable que lleva a seguir considerando que la Hacienda pública está en una posición privilegiada frente a la de otros acreedores públicos y privados.

La reforma concursal, el nuevo contexto jurídico y económico y la realidad a la que las normas se aplican no alteran esta conclusión, sin perjuicio de que el sistema jurídico haya de perfeccionarse para salvar todos aquellos problemas que cotidianamente se van poniendo de manifiesto y que invitan al legislador a reaccionar y a la doctrina a identificarlas y a realizar propuestas *de lege ferenda*.

La Hacienda pública, como parte integrante de la Administración pública siempre contará con los clásicos privilegios de autotutela declarativa y ejecutiva, con el reconocimiento de la legalidad de los actos administrativos, y con tantas otras vías cuyo conjunto ha de considerarse para valorar en justicia las cesiones que se han hecho y se hayan de hacer a favor de los principios concursales para garantizar un sistema concursal coherente. Aun así, no debemos dejar de reconocer que la Ley Concursal no sólo ha conseguido dar mayor efectividad al principio *par conditio creditorum* recortando de forma importante los distintos privilegios que la legislación tributaria y presupuestaria venía reconociendo a la Hacienda pública, sino que también ha afectado significativamente a las actuaciones que se desarrollan en el curso de los diversos procedimientos de recaudación de los tributos.

Cerramos esta aportación con una relación bibliográfica que incluye no sólo los trabajos que se han manejado sino también otros que permitirán abundar en cuestiones de detalle o más específicas.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, C.: «La clasificación de los créditos en el concurso», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2000*, Madrid, Diles, S.L. y otros, 2002.
- ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal privilegiada de la Ley General Tributaria. Aproximación jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 2004.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «Acerca del derecho de abstención de los créditos tributarios en el convenio de la quiebra de la sociedad anónima», *Anuario de Derecho civil*, t. LV, fascículo II, abril-junio, 2002.
- «Créditos concursales y créditos contra la masa», *Estudios de Derecho judicial*, núm. 59, 2004.
- «Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación», *Anuario de Derecho concursal*, núm. 10, 2007.
- «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho concursal*, núm. 11, 2007.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., y MUÑOZ GONZÁLEZ, L.: «El embargo de bienes de los administradores, para asegurar la cobertura del déficit resultante de la liquidación de la masa activa», *Revista del REFor*, núm. 23.
- CERVANTES SÁNCHEZ-RODRÍGUEZ, C.: «La Hacienda pública en los procesos concursales», *Cuadernos de Formación. Inspección de tributos*, núm. 14, 1991.
- CORDÓN MORENO, F.: *Suspensión de pagos y quiebra*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- FALCÓN y TELLA, R.: «Las garantías del crédito tributario: perspectivas de reforma», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 215, 1991.
- FELTRER BAUZA, F.: *La intervención de las Administraciones públicas en los procesos concursales*, Pamplona, Aranzadi, 2000.
- FONSECA CAPDEVILA, E.: «Comentarios al art. 77», en *La Ley General Tributaria. Antecedentes y comentarios*, Madrid, Asociación Española de Asesores Fiscales-Asociación de Abogados especialistas en Derecho tributario, 2005.
- GARCÍA NOVOA, C.: «La necesaria modificación de las garantías del crédito tributario en una futura Ley General Tributaria», *Crónica Tributaria*, núm. 107, 2003.
- GÓMEZ MARTÍN, F.: *Aspectos tributarios de los procesos concursales (suspensión de pagos y quiebra)*, Valencia, CISS, 1999.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Reflexiones sobre el depósito virtual del art. 96.5 del Reglamento General de Recaudación a la luz de la STS de 5 de julio de 2000 ante el inquietante silencio sobre tal

- norma en el Anteproyecto de Ley Concursal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 511, 6 de diciembre de 2001.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: «¿Presentan la consideración de depósito las cantidades retenidas y repercutidas?», localizable en [www.fiscalcomunicacion.com](http://www.fiscalcomunicacion.com).
- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M.: «Aspectos tributarios de la nueva Ley Concursal», *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2005.
- MATA SIERRA, M<sup>a</sup> T.: *La condonación de la deuda tributaria en el marco de los procedimientos concursales*, Madrid, Civitas, 1998.
- «Las quitas del crédito tributario en el procedimiento concursal», en *Estudios de Derecho Financiero y tributario en Homenaje al Profesor Calvo Ortega*, Valladolid, Lex Nova, t. I, 2005.
- MORIES JIMÉNEZ, M<sup>a</sup> T.: *La retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- MUÑOZ MERINO, A.: *Privilegios del crédito tributario. El Derecho de Prelación General*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- OLIVENCIA RUIZ, M.: «La declaración del concurso», *La nueva Ley Concursal*, Madrid, Estudios de Derecho Judicial, núm. 59, 2004.
- PÉREZ DE AYALA, J. L.: «Nota sobre el Fundamento de ciertos créditos tributarios concursales desde la perspectiva del principio constitucional de la capacidad económica de contribuir», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. 3, Madrid, Marcial Pons, Unicaja, Cajasur, 2005.
- PÉREZ ROYO, F.: «El pago de la deuda tributaria», *Civitas Revista Española de Derecho financiero*, núm. 6, 1975.
- «El privilegio general de los créditos tributarios (según la "interpretación auténtica" contenido en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)», *Quincena Fiscal*, núm. 1, 2007.
- PITA GRANDAL, A. M<sup>a</sup>: «Algunas consideraciones sobre los créditos tributarios en la Ley concursal», en *Estudios en Homenaje al Profesor Calvo Ortega*, Valladolid, Lex Nova, t. I, 2005.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., «Las garantías del crédito tributario», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 30, abril-junio 1981.
- RODRÍGUEZ MARQUEZ, J.: «La Hacienda pública y los procesos concursales», *Cuadernos Aranzadi de Jurisprudencia Tributaria*, núm. 43, julio-septiembre 2006.
- SÁNCHEZ PINO, A. J.: *Problemas Fiscales de la Suspensión de Pagos*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Anuario de Derecho concursal*, núm. 5, 2005, opiniones legales, mayo-agosto 2005.
- URIA FERNÁNDEZ, F.: «La Hacienda pública ante la reforma concursal», *Crónica Tributaria*, núm. 102, 2002.
- VARONA ALABERN, J. E.: *El crédito tributario en la quiebra*, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *Administraciones públicas y Derecho concursal*, Monografía asociada a la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4/2006, Madrid, La Ley, 2006.
- VEIGA COPO, A.: *Los privilegios concursales*, Granada, Comares, 2006.
- 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*, núm. 15, septiembre 2002.
- «La aplicación del arbitraje a las causas tributarias», en *La Reforma de la Justicia*, t. II, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia, 2004.
- VV.AA., *Derecho concursal, estudios sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Madrid, Diles, S. L., 2002.
- ZABALA RODRÍGUEZ-FORNÓS, A., y otros: *Aspectos sustantivos y procedimentales de recaudación tributaria*, Valencia, CISS, 1993.