



- ◆ 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)

## CAPÍTULO 4

# LA LEY 38/2011 DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL Y SU INCIDENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE RECAUDACIÓN TRIBUTARIA DE LAS HACIENDAS LOCALES

MARTA VILLAR EZCURRA

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad San Pablo-CEU

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ACTUACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES COMO ACREEDORAS EN LOS CONCURSOS. 3. CAMBIOS SUBSTANTIVOS QUE AFECTAN A LA MATERIA TRIBUTARIA. 4. LOS TRIBUTOS MUNICIPALES QUE CONSTITUYEN SUPUESTOS DE HIPOTECA LEGAL TÁCITA Y POR ELLO GOZAN DEL DERECHO A LA EJECUCIÓN SEPARADA DEL CRÉDITO TRIBUTARIO. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal –en adelante, LC– (BOE núm. 245, de 11 de octubre), que entrará en vigor el 1 de enero de 2012<sup>1</sup>, ha supuesto la actualización integral de nuestro Derecho concursal a la vista de la corta pero intensa experiencia y aplicación de la Ley del 2003, del Derecho comparado y de su evolución.

Constituye una reforma global al incorporar importantes modificaciones que pretenden corregir errores de enfoque detec-

1. DF 3<sup>a</sup>.1. No obstante, se prevé que determinadas disposiciones entren en vigor el 12 de octubre de 2011 (artículos 5 bis, 15, 71.6 y 7, 84.2.11<sup>o</sup>, 91.6<sup>o</sup> y DA 4<sup>o</sup>.LC).

tados en la práctica y colmar las lagunas de la ley. Se trata de aportar mayor seguridad jurídica, de promover la apertura de nuevas vías alternativas que buscan el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial, el impulso de los medios electrónicos, así como la simplificación y agilización procesal, mejorando especialmente la posición de los trabajadores. La reforma también tiene por objeto normalizar el papel del concurso con el que se cumple en países de nuestro entorno, poniendo fin al estigma que hasta ahora éste ha lastrado, de manera que se convierta en un instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización de nuestro tejido empresarial<sup>2</sup>.

La LC de 2003 afectó muy singularmente a los privilegios de las Administraciones tributarias y al procedimiento de recaudación, pues supuso una llamativa reestructuración de los tradicionales privilegios de los acreedores públicos, al plegarse los mismos al principio concursal *par conditio creditorum*<sup>3</sup>. Pero si hubiéramos de sintetizar los más destacados cambios no podríamos dejar de enumerar los siguientes: la atribución de competencias —antes administrativas— a los jueces mercantiles<sup>4</sup>, la reducción del privilegio general a un 50% del importe de los créditos tributarios, la calificación como subordinados de los créditos por intereses y multas<sup>5</sup>, la suspensión de los apremios tributarios con

2. Cfr. Exposición de motivos (II y X).
3. Para la mayor parte de los autores tal reestructuración supuso una degradación para el crédito público, así por ejemplo, PÉREZ-CRESPO, «La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdicciones universales», *Anuario de Derecho Concursal* número 1, pág. 228.
4. El principio de unidad de procedimiento, explica que sean los jueces de lo mercantil los que deban decidir en cuestiones atribuidas generalmente a la Administración tributaria (tales como ejecuciones, embargos, etc.), los juzgados de lo contencioso-administrativo o del orden civil (tercerías). La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado (artículo 8.3º LC) aunque no ha sido ésta una cuestión exenta de litigios.
5. Ampliada a los recargos, aunque literalmente antes de la reforma objeto de estas líneas no estuvieran éstos contemplados por la norma.

la apertura del concurso, la concesión del derecho de separación para las acciones de ejecución de garantías reales<sup>6</sup>, la supresión del derecho de separación de retenciones y repercusiones tributarias, la apertura del concurso por solicitud de la Hacienda Pública<sup>7</sup> y el establecimiento de la regla general de la no compensación<sup>8</sup>.

Lo cierto es que las Haciendas Públicas han protegido sus créditos con vías muy diversas<sup>9</sup> que abarcan desde las propias e inherentes a los procedimientos de gestión, inspección y recaudación hasta las anudadas a la progresiva ampliación de sujetos obligados al pago (como responsables tributarios, sustitutos del contribuyente, etc.) o a la derivada de la exigencia de la amplia gama de deberes de información. Todas ellas constituyen formas indirectas de aseguramiento de los créditos, pero el ordenamiento jurídico –y especialmente, la Ley General Tributaria, en adelante LGT– reconoce y otorga inmediatas garantías reales<sup>10</sup> (derecho de afección de bienes<sup>11</sup>

6. Sobre el tema *vid.* DE LA PEÑA, «La ejecución separada del crédito tributario», *Quincena Fiscal* número 11, 2010.
7. El incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso, constituye uno de los presupuestos objetivos para la solicitud de declaración de concurso presentada por un acreedor (artículo 2.4.4º LC) que puede ser la Hacienda Pública.
8. Declarado el concurso, el artículo 58 LC prohíbe, con carácter general, la compensación de créditos y deudas del concursado, pero produce sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.
9. La protección que el ordenamiento jurídico español otorga a modo de tutela de los créditos de la Hacienda Pública no sólo abarca a los tributarios sino que se extiende a los créditos de las Haciendas general, autonómico o local que sean de naturaleza pública en virtud de lo previsto por el artículo 10 de la Ley General Presupuestaria.
10. Con derecho a la ejecución separada del crédito.
11. El artículo 79 LGT contempla el derecho de afección de bienes como sigue: «1. Los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga. 2. Los bienes y derechos trans-

e hipoteca legal tácita<sup>12</sup>), personales (fianzas, avales, responsables<sup>13</sup>) o procedimentales, en este último caso llamadas así por cubrir los supuestos de posiciones privilegiadas en el orden procesal (derecho de prelación<sup>14</sup>), pues es precisamente en concurrencia con la reclamación de otros créditos cuando la situación privilegiada de los créditos tributarios preferentes cobra pleno sentido y se hace realidad.

Con la LC, todos estos privilegios han pervivido pero matizados y reducidos en la medida en que en su aplicación se someten a lo dispuesto en la LC por efecto de la Disposición Adicional 8ª de la LGT de 2003<sup>15</sup>.

---

*mitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago de las cantidades, liquidadas o no, correspondientes a los tributos que graven tales transmisiones, adquisiciones o importaciones, cualquiera que sea su poseedor, salvo que éste resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición con buena fe y justo título, en establecimiento mercantil o industrial, en el caso de bienes muebles no inscribibles ...».*

12. El artículo 78 LGT establece bajo esta rúbrica que *«en los tributos que graven periódicamente los bienes y derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior».*
13. Vid. artículos 41 y ss. LGT.
14. El derecho de prelación se recoge en el artículo 77.1 LGT como sigue: *«1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta ley».* El apartado 2 ha sido objeto de modificación para acoger el criterio del Tribunal Supremo en una interpretación coherente con la LC, y queda como sigue: *«2. Los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, Concursal».*
15. Establece esta Disposición que *«lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento».*

Los años de aplicación de la LC en materia tributaria han hecho aflorar contradicciones normativas y cuestiones de interés tanto dogmático como aplicativo, habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo sobre las más polémicas, algunas de las cuales han quedado incorporadas al Derecho positivo con la reforma concursal de 2011 sobre la que se llama la atención en estas líneas.

El objeto de esta comunicación es exponer críticamente las novedades que aporta la reciente reforma concursal a la materia tributaria, centrandó especialmente la atención en la incidencia en el procedimiento de recaudación de las Haciendas municipales y en los supuestos de hipoteca legal tácita. Un merecido análisis más detallado excedería de las pautas para la presentación de comunicaciones en esta Jornada.

## **2. LA ACTUACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES COMO ACREEDORAS EN LOS CONCURSOS**

Puede afirmarse que la situación del crédito tributario sigue siendo privilegiada aun con la LC. En efecto, se reconoce un derecho de ejecución separada sobre los bienes concretos en el caso de créditos garantizados con hipoteca legal, las Haciendas pueden ejercitar el derecho de prelación general de los créditos tributarios y se puede ejercer el derecho de abstención respecto a la aceptación del eventual convenio de quitas y esperas de otros acreedores.

Ahora bien, debe recordarse que no todos los créditos tributarios son beneficiarios de la misma protección jurídica, ya que la situación cambia en función de la naturaleza de los componentes de la deuda tributaria (cuota, recargos, intereses), de su origen (retención, repercusión, etc.) o del momento en el que nacen—devengo— que determina la consideración de créditos de la masa o contra la masa.

Aunque no haya sido afectado por la reforma concursal, conviene recordar las reglas por las que se rigen las actuaciones de las Haciendas Públicas en los procedimientos concursales<sup>16</sup>:

- Es necesaria su personación ante los órganos judiciales o la iniciación del proceso correspondiente, si el proceso no se hubiera iniciado.
- Los órganos de recaudación competentes pueden solicitar de los órganos judiciales la información sobre los procedimientos que puedan afectar a los derechos de la Hacienda Pública cuando dicha información no esté disponible a través de la representación procesal, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera y demás órganos de recaudación sobre créditos pendientes de cobro.
- Los órganos de recaudación deben remitir al órgano con funciones de asesoramiento jurídico los documentos necesarios para la defensa de los derechos de la Hacienda Pública. Los créditos de la Hacienda Pública han de quedar justificados mediante certificación expedida por el órgano competente.
- En caso de créditos de titularidad no estatal gestionados por la AEAT en virtud de convenio, cuando se vaya a solicitar la declaración de concurso o se haya declarado ya, se estará a lo previsto en el convenio y, en su defecto, la AEAT comunicará los créditos que hayan sido o deban ser certificados en el proceso al titular, a fin de que éste pueda asumir directamente la representación y defensa de sus créditos. Previamente a la suscripción o adhesión a un

---

16. Conforme al artículo 123 del Real Decreto 939/2005 (Reglamento general de Recaudación) y 108 del Real Decreto 1065/2007 (Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos).

convenio o acuerdo que pueda afectar a tales créditos, la AEAT dará traslado de su contenido al titular de aquellos, entendiéndose que presta su conformidad si en el plazo de 10 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del requerimiento no manifestara lo contrario.

- Cuando la Administración tributaria sea nombrada administrador concursal, corresponderá al órgano que se determine en la norma de organización específica aceptar el nombramiento o rechazarlo en virtud de justa causa.
- Estando las entidades en fase de liquidación, las actuaciones administrativas que tengan lugar antes de la extinción de su personalidad jurídica se entenderán con los liquidadores. Una vez disueltas y liquidadas, los liquidadores deben comparecer ante la Administración si son requeridos para ello, sin perjuicio de la posibilidad de examen de libros y documentos en registro público.
- Si el juez no ha acordado la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, las actuaciones administrativas se entenderán con éste, y, en cualquier caso, con los administradores concursales como representantes del concursado o en su función de intervención.

## **CAMBIOS SUSTANTIVOS QUE AFECTAN A LA MATERIA TRIBUTARIA**

La Ley 38/2011, de 10 de octubre no sólo da nueva redacción a normas tributarias insertadas en la Ley General Tributaria en la Ley reguladora del IVA sino que también introduce cambios relevantes en la Ley Concursal que afectan al procedimiento de recaudación de las Haciendas Públicas y al ejercicio de sus derechos.

### **Momento determinante de la preferencia en la ejecución: la fecha de la diligencia de embargo**

En primer lugar, conviene llamar la atención sobre la vuelta al criterio de la diligencia de embargo en sustitución de la fecha de la providencia de apremio, como momento determinante de la preferencia en la traba de bienes y derechos. Para ello se da nueva redacción al artículo 164 LGT sobre concurrencia de procedimientos.

El procedimiento de apremio de tributos es exclusivamente administrativo y la competencia para entender del mismo y resolver todas las incidencias es de la Administración tributaria, sin perjuicio de las competencias que al juez mercantil atribuyen la Ley Orgánica 2/1987 y la LC *-vis attractiva-*, al establecer los supuestos en los que la iniciación de procedimientos judiciales y otros procedimientos de ejecución suspenden la iniciación o tramitación del procedimiento tributario de apremio<sup>17</sup>, siendo la LC y en su caso la Ley General Presupuestaria las normas de referencia en caso de concurso de acreedores<sup>18</sup>.

17. Establece el artículo 55. 1º LC que *«declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor»* (se resalta la reforma de la Ley 38/2011). El apartado 4º exceptúa de la aplicación de esta norma a los acreedores con garantía real.
18. Establece el artículo 164 LGT en su apartado 2 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 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del periodo ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso o bien se trate de créditos contra la masa* (se resalta

Pues bien, si concurre el procedimiento de apremio para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución, la preferencia en la ejecución de los bienes trabados viene determinada, con la reforma, por la anterioridad del embargo acordado, debiendo de estarse a estos efectos a la fecha de la **diligencia de embargo** del bien o derecho<sup>19</sup>. Se sustituye así el anterior criterio legal de la providencia de apremio y se vuelve al tradicional que contemplaban las reglas vigentes inmediatamente antes de la entrada en vigor de la LC<sup>20</sup>. En la doctrina ya se había criticado la posición privilegiada que se otorgaba a la Administración tributaria debido a la posibilidad de adelantar la providencia de apremio con el efecto de anticiparse a la declaración del concurso<sup>21</sup>, así como la inseguridad jurídica derivada de la referencia a la fecha de un acto interno y no a su notificación<sup>22</sup> o la necesidad de realizar una interpretación correctiva en consideración a que hasta que la providencia de apremio no se notifica no puede surtir efectos<sup>23</sup>.

---

la reforma de la Ley 38/2011). Así pues, las actuaciones que se hallen en tramitación quedan en suspenso desde la fecha de declaración del concurso (salvo las relativas a los acreedores con garantía real), sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda a los respectivos créditos.

19. Vid. artículo 75 del Real Decreto 939/2005 (Reglamento General de Recaudación).
20. Coincidía entonces el criterio para resolver la concurrencia procedimental con el seguido para dilucidar la concurrencia de embargos, la diligencia de embargo, acto por el que se produce la traba, la afección del bien, entendiendo los tribunales que este derecho no requería ser inscrito para hacer valer el privilegio (entre otras, la sentencia del TSJ de La Rioja, de 21 de julio de 1997).
21. SÁNCHEZ PINO, «La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal», *Quincena Fiscal* núm. 8, 2004, págs. 16 y 22.
22. PÉREZ ROYO, «El privilegio general de los créditos tributarios en el concurso (según la «interpretación auténtica» contenida en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)», *Quincena Fiscal* núm. 1, 2007, pág. 24, nota 17.
23. Cfr. PITA GRANDAL, «Algunas consideraciones sobre los créditos tributarios en la Ley Concursal» en: *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en Homenaje al Profesor Calvo Ortega*, IEF-Lex Nova, 2005, págs.

Ahora bien, en el contexto normativo anterior a la LC si bien no estaba claro si el momento determinante era la traba (criterio mantenido por los tribunales) o la providencia de embargo (conforme al artículo 95.1 del RD 1684/1990), sí admitían los tribunales la posibilidad de iniciar un procedimiento tributario de apremio hasta trabar embargo sobre determinados bienes, como medida cautelar.

Con la reforma realizada por la Ley 38/2011 se unifica el momento de referencia en caso de concurrencia con procedimientos singulares y universales de ejecución. Por razones de coherencia interna y sistemática, también se reforma el artículo 55.1 LC referido a las ejecuciones y los apremios, para acoger legalmente el criterio de la diligencia de embargo sustituyendo el de la providencia de apremio.

### **La adecuación a la jurisprudencia y a los criterios jurisdiccionales**

- El artículo 77.2 LGT se reforma para acoger los criterios del Tribunal Supremo estableciéndose en la nueva redacción que *«en el proceso concursal, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003. Concursal»*.

Pese a que el artículo 77.2 LGT de 2003 dispone literalmente que *«en caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la*

---

792 y 793; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, «La Hacienda Pública y los procesos concursales», *Cuadernos Aranzadi de Jurisprudencia Tributaria* número 43, 2006 o MARÍN LÓPEZ, «Comentarios al artículo 55 de la Ley Concursal» en: *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Tecnos, 2004, pág. 579. Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006, de Oviedo de 29 de septiembre de 2006 o de Álava de 28 de enero de 2005 que atienden al momento de la traba del bien. Por una interpretación literal del artículo 55 LC se decanta el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en sentencia de 22 de siembre de 2006.

*obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, Concursal*», el Tribunal Supremo tuvo ocasión de poner fin a las diversas interpretaciones planteadas afirmando que el sometimiento de los créditos tributarios a lo establecido en la LC no se limita al caso en que el concurso concluya con un convenio concursal, pues ha de prevalecer lo previsto en la DA 8ª LGT y en el artículo 89.2 LC, aplicando una interpretación sistemática y acorde con los antecedentes de la normativa aplicable<sup>24</sup>.

Entiende el Tribunal Supremo que la LGT debe interpretarse en concordancia con la legislación concursal, y que, como la calificación de los privilegios de la Hacienda Pública se efectúa en la fase previa del procedimiento concursal, una sola vez, sin variación posterior en función de la solución que se adopte –convenio o liquidación–, es indiferente a la definición de dichos privilegios –que serán siempre los establecidos en la legislación concursal– que el procedimiento concluya con convenio o mediante la liquidación<sup>25</sup>.

De otro lado, respecto del cómputo del recorte del 50% de los créditos tributarios calificados por el artículo 91.4º LC como créditos con privilegio general, también ha constituido una cuestión litigiosa la determinación de la base de cálculo, habiendo entendido el Tribunal Supremo que deben detrarse del crédito total de la Hacienda Pública no sólo las cantidades correspondientes al privilegio especial y al privilegio general, sino además el importe correspondiente a los créditos subordinados; pues tanto unos como otros, ya están clasificados con una u otra condición<sup>26</sup>.

• El artículo 92.3º LC se reforma con la siguiente redacción:

24. Sentencia del TS de 30 de septiembre de 2010.
25. Sentencias del TS de 30 de septiembre de 2010 y 29 de septiembre de 2010.
26. Sentencias del TS de 21 de enero de 2009 y 30 de septiembre de 2010.

*«los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía».*

Se introduce expresa referencia a los recargos para explicitar su consideración como postergados, junto a los créditos por intereses y multas, lo que traduce en que sus titulares carecen de derecho de voto en la junta de acreedores y que, en caso de liquidación, no podrán ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios.

Esta reforma supone una acertada adecuación a los criterios interpretativos de los tribunales que ya habían aclarado que los recargos tributarios debían de calificarse como créditos subordinados<sup>27</sup>, argumentando que a efectos concursales, no existe razón alguna para considerar los créditos por recargos como ordinarios o privilegiados pues la naturaleza accesoria a la obligación principal lleva también a relevar a los recargos a la postergación legal de la subordinación, al no resultar merecedores, del nivel de protección que el legislador concede al resto de los créditos.

### **Nueva disposición sobre el embargo de bienes**

Se añade un nuevo artículo **48 ter LC** según el cual: *«1. Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho o derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la*

27. Así por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009 y 30 de septiembre de 2010 o el Juzgado Mercantil de Madrid número 1 en sentencia de 5 de julio de 2005 o de Bilbao número 1, de 29 de diciembre de 2006.

posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime y podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito. 2. De igual manera, durante la tramitación del concurso de la sociedad, el juez, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes o derechos del socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración del concurso, en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pudiendo, a solicitud del interesado, acordarse la sustitución del embargo por aval de entidad de crédito. 3. Contra el auto que resuelva sobre la medida cautelar cabrá recurso de apelación».

Sobre los embargos, también es de interés la nueva redacción del artículo 55.3 LC pues se excluye a los embargos administrativos del régimen general que permite su levantamiento en interés del concurso, cuando su existencia dificulta la actividad empresarial.

### **Nueva disposición sobre suspensión del derecho de retención**

Se añade un nuevo artículo 59 bis LC conforme al cual:

«1. Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa. 2. Si en el momento de conclusión de declaración del concurso esos bienes o derechos no hubieran sido enajenados, deberán ser restituidos de inmediato al titular del derecho de retención cuyo crédito ni haya sido íntegramente satisfecho. 3. Esta suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social».

### Otras reformas de particular interés

El artículo 91 LC que relaciona los créditos con privilegio general modifica los apartados 1º, 3º, 5º y 6º y añade un nuevo número 7º para referirse a *«los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiera declarado el concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados, hasta el 50% de su importe»*. Tras esta nueva calificación de preferencia general se plantea una cuestión interesante: ¿Es acumulable el nuevo supuesto de privilegio al general de los créditos tributarios contemplado en el apartado 4º si quien insta el concurso es la Administración? En una interpretación literal del precepto nada lo impide. De otro lado, en la nueva redacción del apartado 5º se incluye el supuesto de *«los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social»*, de indudable transcendencia en el orden tributario.

También se aclara la posibilidad de que produzca efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración del concurso, añadiéndose en el artículo 58 LC la siguiente expresión: *«aunque la resolución judicial o acto administrativo créditos que la declare se haya dictado con posterioridad a ella»*.

Conviene además destacar la fijación por la reforma de un orden de pago de los créditos contra la masa<sup>28</sup> en caso de que resulte insuficiente la masa activa, reformándose a estos efectos el artículo 84 LC, lo que conecta directamente con una regulación más detallada de la insuficiencia de la masa (concurso sin masa), que la experiencia ha demostrado que constituye una

28. Deben de tenerse en cuenta las reglas de pago de los créditos tributarios contra la masa, porque se excluyen éstos de la facultad de los administradores de no pagarlos a vencimiento. También se prevé en la LC que no pueden iniciarse apremios sobre su cobro sin exclusivamente incidentes concursales pero se reconoce expresamente el devengo de recargos e intereses, cuestión tradicionalmente controvertida (artículo 84.3 y 4 LC).

forma extendida de conclusión del concurso. Los créditos salariales de los últimos 30 días se pagarán de forma inmediata, mientras que los restantes créditos contra la masa se pagarán a sus respectivos vencimientos, si bien puede la administración concursal alterar esta regla siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación, sin embargo, «no podrá afectar a los créditos (...) tributarios» (nuevo artículo 84.3 LC). Hasta el momento, se ha entendido que son deudas tributarias contra la masa las que nacen con posterioridad a la declaración del concurso y se pagan prededuciéndose de la masa activa<sup>29</sup>. Según la jurisprudencia conflictual deben darse en este último supuesto tres requisitos: que nazcan con posterioridad al inicio del concurso, que deriven de las operaciones realizadas por la persona que representa al concursado y que guarden relación causal con la gestión del concurso y del proceso concursal. Así por ejemplo, el crédito por IVA devengado con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, con independencia del momento de su liquidación, puede disfrutar del reconocimiento del crédito contra la masa<sup>30</sup>.

El artículo 86.3 LC también incorpora novedades y regula la obligación de declarar o presentar autoliquidación por parte del concursado o de la administración concursal para permitir la liquidación de créditos de Derecho Público, disponiendo que en caso de que por ausencia de datos no pueda determinarse su cuantía, se reconozca como crédito contingente.

29. Erróneamente a nuestro juicio algún tribunal ha sostenido que «tratándose de recargos por deudas devengadas con posterioridad a la declaración del concurso, no existen motivos para su consideración como créditos contra la masa al seguir siendo obligaciones accesorias» (Sentencia de 29 de junio de 2011 de la Audiencia Provincial de León).

30. Sentencia del Juzgado Mercantil de Oviedo número 1, de 24 de junio de 2005. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 2009, JJ 2º.

La nueva redacción del artículo **92.1 LC** sobre la insinuación tardía de los créditos y privilegios administrativos, permite a los acreedores públicos<sup>31</sup> evitar su subordinación por esta causa y su clasificación según corresponda, lo cual es de especial importancia sobre todo para las Administraciones locales, que pueden encontrarse en esta situación de tener que comunicar tardíamente sus créditos.

El artículo **97 LC** también es digno de mención pues se refiere a la modificación de la lista de acreedores entre otros casos cuando hay un procedimiento de comprobación o liquidación o un acto administrativo de reconocimiento o confirmación.

Finalmente, recibe también nueva redacción la Ley del IVA introduciéndose una **letra e)** al artículo **84.1.2º** según la cual «*cuando se trate de entregas de bienes inmuebles efectuadas como consecuencia de un proceso concursal*». El objeto de la reforma es que la enajenación de bienes inmuebles, realizada tanto en la fase común o como consecuencia de la fase de liquidación del concurso, sea liquidada a efectos de dicho tributo por su adquirente aplicando el mecanismo de inversión del sujeto pasivo.

#### **4. LOS TRIBUTOS MUNICIPALES QUE CONSTITUYEN SUPUESTOS DE HIPOTECA LEGAL TÁCITA Y POR ELLO GOZAN DEL DERECHO A LA EJECUCIÓN SEPARADA DEL CRÉDITO TRIBUTARIO**

No sin razón se ha calificado el privilegio que otorga la hipoteca legal tácita del artículo 78 LGT de «especialmente poderoso»<sup>32</sup> pues permite ejercitar el derecho de separación de la masa *ex iure crediti* por constituir un supuesto de privilegio espe-

31. El artículo 93.1º LC se refiere a los créditos del artículo 86.3 LC.

32. Vid. VARONA ALABERN, *El crédito tributario en la quiebra*, Lex Nova. Valladolid, 2000, pág. 143.

cial contemplado por el artículo 90.1.1º LC, que en su nueva redacción lo mantiene<sup>33</sup>.

En situaciones concursales, determinados bienes quedan excluidos de la masa activa. Tal es el caso de los bienes ejecutados en procedimientos tributarios, los no pertenecientes al concursado o los bienes con gananía real. Así, en virtud de lo previsto en el artículo 55.4 LC se posibilita la extraconcursalidad –esto es el derecho de separación de la masa– para los acreedores con garantía real<sup>34</sup>, que no quedan afectados por la *vis attractiva* de la declaración del concurso, si bien en virtud de lo dispuesto en los artículos 55 y 56 LC no es posible la ejecución de garantías reales y se suspende la continuidad de las acciones iniciadas cuando las acciones recaen sobre bienes afectos a actividades profesionales o empresariales, o a una unidad productiva o los bienes son necesarios para la continuidad de la empresa.

La esencia de las garantías reales trasciende de la mera atribución de preferencia del crédito garantizado, pues aparecen configuradas como derechos reales en cuya virtud se sujeta *erga omnes* y en forma directa e inmediata un concreto bien a la garantía del pago de una deuda. La constitución de la garantía real transmite al acreedor garantizado un derecho de realización separada del bien afecto y un derecho al cobro del crédito hasta el límite garantizado con cargo al precio obtenido con esa realización.

Pues bien, la hipoteca legal tácita se contempla para «los

33. En efecto, la Ley 38/2011 modifica los números 1º, 4º y 6º, quedando el 1º como sigue: son créditos con privilegio especial: «*los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados*».
34. Establece el artículo 55.4 LC lo siguiente: «*Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real*».

*tributos que graven periódicamente los bienes y derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos» y otorga un derecho de preferencia «sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior».*

En el ámbito local gozan de este privilegio tanto el IBI como el IVTM<sup>35</sup>, pese a que algún Juzgado de lo Mercantil haya negado su aplicación al IVTM. En efecto, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, de 15 de marzo de 2011 rechaza la aplicación del privilegio especial del artículo 90.1.1º LC<sup>36</sup> al IVTM argumentando erróneamente a nuestro juicio que no se trata de un tributo de naturaleza real y que «el artículo 90.2 LC establece como requisito de estos créditos privilegiados especiales la afectación y oponibilidad a terceros que no se predica del IVTM» (FJ 2º a), cuando por contra, el artículo 90.2 LC exceptúa de este requisito precisamente al supuesto de que se trate «de hipoteca legal tácita», y precisamente se trata de créditos cuya preferencia se deriva de la Ley que los establece<sup>37</sup>.

### **El juicio de afectación y necesidad de los bienes a las actividades empresariales**

El derecho a la ejecución separada propio de los créditos tributarios con hipoteca legal cede en el caso de que recaiga sobre bienes afectos a actividades profesionales o empresariales

35. Vid. CASANA MERINO, «Las garantías del crédito y los tributos locales», *RHL* número 75, 1995, págs. 510-514; VARONA ALABERN y ARRANZ DE ANDRÉS, «¿Concede la afectación legal del artículo 74.1 de la LGT un derecho de ejecución separada en la quiebra?», *RDFHP* número 257, 2000, pág. 547.

36. En igual sentido, *vid.* Sentencia del mismo Juzgado de 19 de octubre de 2009.

37. Vid. BLANQUER UBEROS, *las garantías reales en el concurso*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, págs. 61 y 71.

o que sean necesarios para la continuidad de la actividad, siendo el juicio de afectación y necesidad competencia del juez del concurso<sup>38</sup>, de tal manera que se impide el ejercicio del derecho a ejecutar las garantías reales cuando recaen sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad y se suspende la continuación de las acciones ya iniciadas cuando se trate de bienes afectos a actividades profesionales o empresariales o a una unidad productiva de su titularidad, salvo que antes del concurso se hayan publicado los anuncios de la subasta, se apruebe un convenio que no afecte al ejercicio del derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación<sup>39</sup>. Se trata ésta de una importante limitación que ha sido objeto de distintas interpretaciones por los tribunales. Se ha llamado la atención sobre la distinción entre bienes afectos (artículo 56 LC) y necesarios (artículo 55 LC), afirmándose que los bienes afectos constituirían el género y los necesarios la especie, de manera que los bienes no afectos siempre serían irrelevantes para la continuidad de la actividad mientras que, de los afectos sólo algunos serían necesarios<sup>40</sup>. También se ha entendido que la necesidad en la medida en que la ejecución separada constituye una excepción, debe entenderse en un sentido amplio<sup>41</sup>.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aunque habrá que esperar al desarrollo jurisprudencial de los preceptos reformados, las medidas adoptadas deberían contribuir a simplificar la gestión de los créditos tributarios en los procesos concursales y a una deseable reducción de la litigiosidad que en ellos se produce.

38. Así lo establece expresamente el nuevo apartado 5º del artículo 56 LC que pone fin a posturas discrepantes de los diversos órdenes jurisdiccionales.

39. Artículo 56.1 LC.

40. Vid. Auto del Juzgado Mercantil de Álava de 28 de enero de 2005.

41. Vid. Auto del Juzgado Mercantil de Alicante de 23 de marzo de 2006.