

LA GESTIÓN RECAUDATORIA DE SEGURIDAD SOCIAL A LA LUZ DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN CONCURSAL DE LAS EMPRESAS

MANUEL PÉREZ PÉREZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

EXTRACTO

El proyecto de Ley Concursal, al regular los créditos de la Seguridad Social frente al empresario deudor común, lleva a cabo profundos cambios no sólo en el procedimiento de recaudación de cotizaciones y en el ámbito de la prelación de los créditos de que es titular la misma, sino lo que es más importante, en la filosofía con que hacer frente a las dificultades económicas de la empresa: el Proyecto, siguiendo las líneas generales propuestas por la mejor doctrina, introduce severas correcciones a la regulación concursal decimonónica y aparenta fomentar la continuidad de la actividad económica del empresario deudor, para alcanzar cuyo objetivo no duda en postergar ciertos derechos de contenido social, propios de un pasado más reciente, al tiempo que favorece, sin relación con aquella meta, la preeminencia de los llamados “acreedores profesionales”, los cuales no se ven constreñidos seriamente a atender aquel fin. El autor intenta dar una visión práctica de cuáles serán las repercusiones más importantes que la nueva reforma significará para la Seguridad Social como acreedor público, privilegiado o no.

ÍNDICE

1. Introducción
2. Presupuestos del concurso relativos a la Seguridad Social. 2.1. La Seguridad Social como entidad de derecho público “solvente”. 2.2. La Seguridad Social como acreedor que puede instar la declaración de concurso del empresario
3. El nuevo derecho de separación de la Seguridad Social
4. Diversa consideración de los créditos de seguridad social. 4.1. Créditos de seguridad social como “créditos contra la masa”. 4.2. Créditos de seguridad social como “supuesto especial de reconocimiento”. 4.3. Créditos de seguridad social como privilegiados, ordinarios y subordinados
5. La Seguridad Social ante el convenio como solución preferente de La Ley. 5.1. Propuesta anticipada de convenio. Prohibición. 5.2. Prohibición de transacción y excepción para la Tesorería. 5.2.1. La suscripción directa del convenio. 5.2.2. La adhesión al convenio ya suscrito. 5.2.3. Requisitos comunes. 5.3. Compensación de créditos
6. La Seguridad Social ante la liquidación del concurso. 6.2. El pago de los créditos contra la masa. 6.2. El pago de los créditos privilegiados, ordinarios y subordinados
7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La reciente aceptación por la Presidencia del Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley Concursal (PLC)¹, elaborado por el Gobierno y publicado a lo largo del último verano², es una buena ocasión para analizar la reforma normativa que se avecina sobre las empresas españolas en dificultades económicas, y, en particular, las modificaciones que se proyectan sobre el régimen de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta así como sobre su correspondiente gestión recaudatoria.

En efecto, no son ni pocas ni intrascendentes las modificaciones proyectadas, tanto si se comparan con las actualmente vigentes las referencia normativas que de forma expresa aluden en dicho Proyecto de Ley a la Seguridad Social, como si se ponen de relieve aquellas otras que de manera tácita o implícita quedan afectadas por las proyectadas modificaciones. Se puede decir a este respecto que las alteraciones sobre el régimen jurídico

¹ El Proyecto de Ley Concursal es el 121/000101.

² BOLETIN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 23 de julio de 2002. La Presidencia de la Cámara, en el ejercicio de la delegación conferida por la Mesa, en su reunión del día 25 de junio de 2002, adoptó el acuerdo de publicar dicho Proyecto en el BOCG, estableciendo plazo de enmiendas, por un período de quince días hábiles, que finalizó el día 18 de siembre de 2002.

actualmente vigente son de tal calado que la única referencia existente a dichas modificaciones contemplada por la Exposición de Motivos del PLC suena ciertamente a demagógica, ya que tal justificación produce la impresión de que solamente se rebaja sensiblemente el crédito ejecutable por la Seguridad Social en tales casos³.

Por el contrario, si se parte de la observación opuesta, es decir, de que frente al actual régimen jurídico, las normas proyectadas sobre las cuotas de Seguridad Social son múltiples y de diferente rango, se llegará a la idea de que las intenciones formalmente expresadas por el legislador son unas y lo que realmente quiere hacer en verdad dicho legislador es otra cosa, en un juego de ocultaciones y despropósitos muy en la línea de aquello a lo que nos tiene acostumbrado el legislador actual desde el cambio político producido en 1996.

Para corroborar lo que acabamos de exponer baste citar las siguientes nuevas referencias normativas atinentes a la Seguridad Social: los presupuestos tanto subjetivos como objetivos para la declaración del concurso (arts. 1º y 2º); del derecho de separación en la determinación de la masa activa (art. 75.4); de los créditos con privilegio especial (art. 89.1), con privilegio general (art. 90.3º), ordinarios (219) y subordinados (art. 91.3º); de las prohibiciones para presentación anticipada de convenio (art. 104.1.1º); del pago de créditos contra la masa (art.153) con privilegio general (156), ordinario (157) y subordinados (158); y, en fin, la prelación de créditos y prohibición de transacciones sobre derechos de la Seguridad Social (Disposición final decimocuarta).

Algunos de los principios jurídicos que se contienen en las normas reformadoras enunciadas en el párrafo anterior ya estaban vigentes y, por ello, eran conocidos hasta el punto que, en determinados casos, la reforma no supone en tales aspectos más que una mera reiteración: baste citar como ejemplos, sin ser exhaustivos, los supuestos de la condición de organismo público no susceptible de concurso (art.1.); la remisión al artículo 1924 del Código civil en materia de prelación de créditos; o la prohibición de transigir sobre los derechos de la Seguridad social (Disposición Final 14ª). Sin embargo, en otros, aparecen verdaderas innovaciones legislativas que deben ser atribuidas a una acción directa de la reforma: entre otros, son los casos del nuevo derecho de separación; o la creación de la nueva categoría de derechos subordinados; o incluso las modificaciones que son evidentes en los nuevamente redactados artículos 22 y 24 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

³ La única referencia existente en la *Exposición de Motivos* (V) del PLC es para justificar que los privilegios tradicionales de limitan en su cuantía, juntamente con los tributarios, hasta el cincuenta por ciento de su importe en cada caso.

La consecuencia de todo ello es doble ya que, primera, a nivel formal, tanto el texto refundido de la *Ley General de la Seguridad Social* (t. r. LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio como el *Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social* (RGRSSS), aprobado éste por Real Decreto 1637/1995 de 6 de octubre, es decir, las dos normas que más directamente inciden en los presupuestos y actividad recaudatoria de la Seguridad Social, quedarán seriamente afectadas; y segunda, a nivel sustancial, la actual posición de la Tesorería General de la Seguridad Social en los casos de insolvencia del empresario queda mucho más perfilada y en una situación jurídica más flexible, aunque también más compleja, que la que venía disfrutando o padeciendo hasta el presente.

En las siguientes páginas intentaremos, pues, exponer, analizar y desarrollar todos aquellos aspectos que la inminente reforma de la Ley Concursal⁴ supondrá para la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, guiados por el criterio ciertamente procesal pero también cronológico de las referencias que en las *sucesivas secciones del procedimiento* de concurso⁵ aluden directa o indirectamente a la misma.

2. PRESUPUESTOS DEL CONCURSO RELATIVOS A LA SEGURIDAD SOCIAL

En la fase primera, las dos primeras normas que hacen referencia a la Seguridad Social se encuentran en los dos primeros artículos. La primera alude al denominado por dicho PLC “presupuesto subjetivo” y tiene un carácter implícito; la segunda se encuentra en el “presupuesto objetivo” y tiene carácter expreso. La novedad de los preceptos contenidos en ambas normas es relativa, pero desde un punto de vista técnico jurídico hay que agradecer que determinados principios en materia de procedimiento concursal, aunque son archisabidos de todos, consten expresamente en normas legales en vigor que faciliten y no enturbien el principio de seguridad jurídica y no sean meros principios de interpretación judicial. Veamos cada una de ellas.

⁴ Según el Acuerdo de la Presidencia de la Cámara de 18 de julio de 2002 se encomienda la aprobación del Proyecto de Ley Concursal con competencia legislativa plena, conforma al artículo 148 del Reglamento de la Cámara, a la Comisión de Justicia e Interior. Ver BOLETIN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 23 de julio de 2002. Página 1.

⁵ El artículo 183 del Proyecto establece hasta 6 secciones: la primera, relativa a la *declaración de concurso*; la segunda, todo lo relativo a la *administración judicial* del concurso; la tercera, la determinación de la *masa activa* de bienes y derechos; la cuarta, comprenderá lo relativo a la *masa pasiva* de acreedores; la quinta, todo lo relativo al *convenio* y lo relativo a la *liquidación* del concurso, realización de bienes y pago a acreedores; y la sexta, si procede, *calificación del concurso y efectos*.

2.2 La Seguridad Social como entidad de Derecho Público “solvente”

En primer lugar, el artículo 1, apartado 3, del PLC, después de establecer el principio general de que la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica (art. 1.1) y de recordar como supuesto especial el caso del concurso de la herencia (art. 1.2), establece como excepción a aquel principio general que “no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”.

Esta primera prohibición o si se quiere excepción (exclusión) del ámbito subjetivo susceptible de ser declarado en situación de concurso tiene dos importantes implicaciones para la Seguridad Social: en la primera, limita en cierta forma los niveles de satisfacción de los créditos de seguridad social pendientes de pago por otras Administraciones Públicas; en la segunda, la exclusión afecta a la propia Seguridad Social como sujeto que queda excluido del ámbito de declaración judicial de concurso.

En la primera de las dos vertientes apuntadas, la Seguridad Social puede verse como *sujeto activo*, es decir, como sujeto titular de una serie de créditos por cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta frente a cualquier otra Administración Pública territorial, organismo autónomo o demás entes de derecho público. En este caso, la prohibición de declaración de concurso establecida por el artículo 1, apartado 3, del PLC implica una seria contrariedad inicial para la satisfacción y pago de las obligaciones de seguridad social pendientes. Sin embargo, por esta sola razón no se puede decir que todo esté perdido, porque, a decir verdad, tampoco supone una garantía absoluta de cobro el hecho de que, en lugar de la que comentamos, no existiera tal prohibición ni límite y las Administraciones, en principio todas ellas, pudieran ser declaradas en concurso. En efecto, el Reglamento General de Recaudación, contiene vías de procedimientos suplementarios que pueden ayudar a las entidades gestoras, y en particular a la Tesorería General, a recaudar lo adeudado aunque no pueda ser declarada la Administración en cuestión judicialmente concursada. Así, el artículo 167, apartado 1, del RGRSSS dentro de y cubriendo toda la sección 2ª (otras especialidades) del capítulo V (Especialidades del procedimiento de apremio) del título III (procedimiento de recaudación en vía ejecutiva) establece como vías alternativas las dos siguientes: primera, la *deducción*, tras la documentación de la deuda, de las transferencias que hubieran de efectuarse a favor de dicha Administración deudor desde los Presupuestos Generales del Estado conforme a las reglas establecidas en los artículos 54 a 58 del propio RGRSSS; y segunda, la *compensación* de crédito y deuda siguiendo las reglas contenidas en los artículos 48 a 53; y en caso de que no proceda ni la una ni la otra, el artículo 167, apartado 2, del RGRSSS todavía ofrece vías adicionales de requerimiento y compensación hasta que la referida deuda en descubierto quede totalmente saldada.

Respecto de la segunda de las implicaciones anunciadas, la Seguridad Social puede ser considerada como *sujeto pasivo*, o sea, como sujeto deudor común de liquidación y pago de deudas simultáneas por una pluralidad simultánea (multiplicidad) de acreedores. Para acercarnos aún más al conocimiento del contenido del precepto, hay que decir que éste está inserto en el capítulo I (de los presupuestos del concurso) en el título I (de la declaración de concurso) y está encabezado con la denominación de “presupuesto subjetivo”. Ahora bien, más que referirse a un “presupuesto subjetivo”, a cuya significación sí correspondería la regla general del artículo 1, apartado 1, de que la declaración de concurso procederá respecto de *cualquier deudor*, la prohibición contenida en el apartado 3 a comentar, lo que hace es excluir a dichos organismos públicos y demás entes de derecho público del ámbito de aplicación subjetiva pasiva no ya de dicha Ley sino solamente de dicha declaración judicial. La prueba de esta muy relativa y reducida exclusión a los solos efectos de ser declarada judicialmente en situación de concurso viene dada no sólo por las expresas referencias a la Seguridad Social y a sus créditos contenidas a lo largo del Proyecto, sino sobre todo por la regulación del nuevo párrafo segundo del ya “viejo” artículo 22 del t. r. de la LGSS, en el que se dispone que tanto los créditos, los recargos e intereses y demás créditos quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal.

Pues bien ¿A cuáles de los anteriores conceptos responden la calidad y caracteres de las entidades gestoras de la Seguridad Social y a través de las cuales la denominada “Seguridad Social”, actúa como sujeto, ya que no hay ningún organismo público que se denomine exactamente de esta forma y sí el entero sistema? Para responder a esta cuestión basta simplemente recordar varios preceptos: el primero, el que relativo a la gestión de la Seguridad Social, se contiene en el artículo 57.1 del t. r. de la LGSS y que establece que la gestión y administración de la Seguridad Social se efectuará por una serie de entidades gestoras (INSS, INSALUD, INMISERSO) y servicios comunes (Tesorería General); en segundo lugar, el artículo 59, apartado 1, del mismo texto legal, que respecto de las entidades gestoras dispone que éstas tienen la naturaleza de entidades de derecho público; y finalmente, la Disposición Adicional Sexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) la cual dispone la aplicación a las Entidades gestoras y a la Tesorería General de la Seguridad Social de las previsiones de dicha Ley relativas a los *Organismos autónomos* si bien con algunas salvedades⁶. Es decir, este último precepto viene a encuadrar

⁶ Entre éstas, el régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable de las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social, así como el relativo a la impugnación y revisión de sus actos, será el establecido por la legislación específica, por la Ley General Presupuestaria en las materias que sea de aplicación y supletoriamente por esta Ley.

a las Entidades gestoras y a la Tesorería General en una de las dos categorías entre las que, a partir de la LOFAGE, se clasifican los denominados *organismos públicos*. Por tanto, resumiendo lo hasta ahora expuesto, podríamos concluir que, aceptando que las entidades gestoras de la Seguridad Social no son asimilables a las entidades que integran la organización territorial del Estado (Administración General, Autonómica, Provincial y Local), si podrían concebirse tanto como organismos públicos o como demás entes de derecho público, por cuya razón la Seguridad Social no puede ser declarada en su condición de eventual o hipotético deudor como concursado. Sin duda, en principio la prohibición de que sean declaradas en concurso a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social contenida en el comentado artículo 1, apartado 3, del PLC, no es sinónimo de una correspondiente solvencia de las mismas. Esta es la traducción material en la práctica de tal prohibición, a saber, que el Estado habrá de disponer a través de las Leyes Presupuestarias de los medios necesarios para sufragar el cumplimiento de las obligaciones y deudas asumidas por la Seguridad Social hasta el punto de hacer inviable dicha declaración judicial. Pero, prohibición de ser declarada en concurso y disfrutar por ello de una situación de solvencia no son supuestos equivalentes. La prueba de que no lo son puede buscarse en la experiencia habida en el último año en Argentina, donde la cualidad pública del deudor no es una garantía funcional del sistema para evitar la insolvencia. Por tanto, lo que hace el PLC es excluir, mediante tal prohibición, a las entidades gestoras de la Seguridad Social del ámbito subjetivo pasivo de la declaración judicial de concurso, pero nada más. Se puede concluir este aspecto diciendo que, del mismo modo que la propia Seguridad Social puede acudir a otras vías suplementarias contenidas en el actualmente vigente RGRSSS para resarcirse de las deudas en descubierto de otras Administraciones Públicas, así también podrían usarse los propios procedimientos enunciados (deducción/compensación) por las autoridades judiciales respecto de las prestaciones que no pudiera afrontar la Seguridad social por haber llegado a una situación de impago generalizado.

2.2. La Seguridad Social como acreedor que puede instar la declaración de concurso del empresario

Visto cómo puede verse afectada la Seguridad Social por la prohibición de declarar en concurso a otra Administración y cómo queda excluida ella misma de entre los eventuales deudores que pueden ser judicialmente declarados en concurso, es ahora el momento de analizar el supuesto de que la Seguridad Social pueda instar la declaración (judicial) de concurso del deudor común como una más de las posibles hipótesis dentro de una de las dos opciones que permite el artículo 2 del PLC, a saber, la de que la solicitud de declaración de concurso la presente un acreedor (apartado 4) como vía distinta y alternativa a que la presente el propio deudor común (apartado 3).

En efecto, el artículo 2, apartado 4, del PLC, permite que la solicitud de declaración de concurso sea presentada por un acreedor, en principio, pues, cualquier acreedor. En tal sentido, la entidad gestora correspondiente de la Seguridad Social no sólo cumple las condiciones de ser acreedor (y por tanto no queda excluida) sino que está expresamente previsto el incumplimiento generalizado del pago de sus créditos como presupuesto objetivo de la solicitud ajena de declaración concursal del deudor, a tenor del número 5º de dicho apartado y artículo. Ahora bien, dicho acreedor deberá fundamentar tal solicitud en dos bases optativas: o bien en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que de que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, es decir, después de haberse procedido regularmente contra el mismo a través del procedimiento de recaudación de apremio que concluiría hipotéticamente en la declaración de tal o tales créditos como fallidos y en su teórico deudor como insolvente, a tenor del art. 171 del RGR SSS; o bien en el simple hecho fáctico consistente en la existencia de *un incumplimiento generalizado de pago de cuotas de seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta* que, como tal, es enunciado de manera expresa por el número 5º del apartado 4 del propio artículo 2, al propio tiempo que relaciona el incumplimiento generalizado de otras obligaciones que pueden fundamentar la misma solicitud y a las que, por tal motivo, se asemejan (que no se identifican) las de Seguridad social.⁷

Sin duda la presente norma representa una novedad relativa respecto del sistema general de declaración judicial de quiebra o concurso todavía vigente ya que, a tenor del art. 1323 de la vieja LEC (en este punto aún vigente), dicha declaración judicial podía ser solicitada tanto por el propio deudor como por un acreedor, pero éste debía de ser acreedor “legítimo cuyo derecho proceda de obligaciones mercantiles”, lo que ratificaba luego el artículo 1.325 también de la vieja LEC que remitía al requisito de cumplimentar ciertos datos que tenían que ver con exigencias contenidas en el viejo o nuevo Código de Comercio para los comerciantes⁸. La Seguridad Social podía, pues, pedir tal declaración judicial, pero tenía a su disposición un procedimiento de liquidación administrativa propio y singular que instaba y controlaba de acuerdo con las reglas del procedimiento de recaudación ya citado, que la hacía olvidarse del procedimiento de ejecución común.

⁷ A saber: las obligaciones tributarias; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de la relación de trabajo; y las de pago de las rentas de todo tipo de arrendamientos, incluidos los financieros, de precio aplazado de compra y de cuotas de préstamos con garantía hipotecaria.

⁸ El art. 1.325 de la vieja LEC remitía a los extremos comprendidos en el artículo 1.025 del viejo Código de Comercio, y que, derogado dicho Código, debían ser entendido que la remisión sea hacía a los artículos 876 y 877 del nuevo Código de Comercio, los cuales aluden a título por el que se haya despachado mandamiento de embargo o apremio y no resulten bienes suficientes.

Ahora bien, dicho esto, cabría preguntarse si tal alternativa supone de alguna forma la derogación implícita de los preceptos específicos contenidos en el RGRSSS, y en particular del ya comentado art. 171 sobre declaración (administrativa) de créditos fallidos y del deudor de los mismos como insolvente. En mi opinión, tales preceptos no son tan contradictorios como para que el precepto anterior en tiempo y contenido en una norma de inferior rango, el artículo 171 del Decreto que aprobó el RGRSSS, se haya de entender implícitamente derogado. Por el contrario, la alternativa que ofrece el artículo 2.4.5º del PLC ni impide ni deroga el contenido en el art. 171 del RGRSSS, ya que, por un lado, la Tesorería siempre tendrá a su disposición solicitar la declaración judicial de concurso, antes y durante la instrucción del procedimiento (propio) de apremio, sin esperar a que éste concluya, con la ganancia de tiempo que ello pueda suponer; y, por otro lado, la vía del artículo 171 el RGSSS siempre podrá ser utilizada cuando sólo esté a la vista la propia Seguridad Social como acreedor único o haya sólo acreedores tan quirografarios (comunes) y poco privilegiados que no represente ningún riesgo (¿?) dentro de la situación de dificultad económica, que la Seguridad Social, por ser el acreedor más importante en derecho, considere que, por la diferencia de tiempo y los hitos procesales superados que lleve a su favor en la gestión del intento de cobro, pueda beneficiarse de un derecho de separación que le permita abstraerse de las vicisitudes que se producen en el proceso judicial de concurso.

3. EL NUEVO DERECHO DE SEPARACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Dentro de la sección tercera del procedimiento de concurso, en que procede determinar el inventario de la masa activa, destaca especialmente la del *derecho de separación* de la seguridad social respecto de determinados créditos.

En efecto, en el artículo 75, apartado 4, del PLC, dentro del capítulo dedicado a la determinación de la masa activa se dispone que «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». Se trata, como puede, apreciarse de un *derecho de separación* que ostentará el titular o titulares de los correspondientes créditos a que el objeto de su derecho no sea confundido con la masa activa (de bienes y derechos) del concursado con que hacer frente a las deudas líquidas y pendientes (masa pasiva) de pago que afecten al deudor común. ¿Qué implica este derecho? ¿Cuál es su alcance? Y en fin ¿cómo se ejerce?

En primer lugar, estamos hablando de un nuevo derecho en la medida en que en la actualmente vigente regulación legal de la quiebra o incluso concursal, pero especialmente en la primera, no se recoge dicho derecho: a tal fin, basta comprobar el principio general contenido en el artículo 908 y las

especificaciones del mismo previstas en los artículos 909 y 910, todos ellos del vigente Código de Comercio, para comprobar que estamos en presencia de un derecho de actual previsión.

En segundo lugar, la esencia de dicho derecho de separación es la de constituir una excepción legal, tanto desde una perspectiva procesal, al *principio de la vis atractiva* del concurso, que supone la imperativa integración de todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio en la masa pasiva del concurso, sin perjuicio de las excepciones y particularidades establecidas en la Ley, según señala el artículo 48, como *al principio de universalidad*, según el cual, desde una perspectiva substancial constituyen la masa activa del concurso todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso de acuerdo con el artículo 75, apartado 1. La expresión “igualmente se separarán de la masa activa del concurso” hace referencia a que, como señala el apartado 2 del mismo artículo, existen determinados bienes y derechos que por su esencia, o sea aun (porque) teniendo carácter patrimonial, –normalmente crédito en numerario, bienes de pago o en dinero–, son fácilmente susceptibles de confundir con la parte del patrimonio del deudor común que tiene la misma entidad, es decir, con el patrimonio líquido en numerario de dicho deudor.

A continuación, habíamos prometido contestar *al alcance* de dicho derecho. También respecto de la Seguridad Social, el artículo 85 del t. r. de la LGSS prevé la *inembargabilidad* relativa a todos los bienes y derechos que integran su patrimonio, lo que sería un buen argumento para considerar el derecho de separación respecto de todas las cotizaciones debidas, tanto las que recaen exclusivamente sobre el propio empresario como directo sujeto pasivo como las que recaen sobre él como sustituto o intermediario obligado al pago. Basta releer la redacción concreta del precepto del Proyecto, a saber, “las cantidades correspondientes a *retenciones... de seguridad social* llevadas a cabo por el concursado” para colegir que no todo el importe de la cotización debida por el empresario a la Seguridad Social se beneficia de la instauración de este derecho, sino solamente el importe correspondiente a las *cotizaciones de otros sujetos obligados*, distintos al mismo empresario, deudor común, como son las cotizaciones relativas a los propios trabajadores (tanto por el concepto estricto de seguridad social como las relativas al concepto de la recaudación conjunta) y que, habiendo sido detraídas, aún no se hubieran ingresado en la Tesorería General, en tanto que respecto de dicho importe y conceptos el eventual deudor común es un mero sujeto sustituto y colaborador de pago no voluntario, sino forzoso en cumplimiento de una obligación legal.

La última cuestión a resolver es *cómo se ejerce* este derecho si ya sabemos que supone una excepción al principio de universalidad y a la *vis atractiva* del concurso. Pues bien, la respuesta es sencilla: el artículo 79 del Proyecto que lleva por título “Separación”, dispone en su apartado 2 que las cantidades retenidas y repercutidas por el concursado en virtud de obligación impuesta

por la normativa de la obligación legal de colaborar en la gestión de recursos del sistema de seguridad social, serán entregadas por la administración judicial al Organismo Público, a solicitud de éstos, o de oficio si la existencia y cuantía de tales cantidades resultare de los libros, documentos y cuentas del deudor o de resoluciones administrativas o judiciales firmes. En caso de que la administración judicial resolviera negativamente el requerimiento de la Tesorería, el apartado 3 del propio artículo 79 remite al planteamiento del *incidente concursal*, que parece ser no otra cosa que un proceso de plazos reducidos pero que, a fuerza de preservar todos los derechos, a tenor de los artículos 192 a 196, puede convertirse en otro procedimiento paralelo, aunque no suspenda el de concurso.

4. DIVERSA CONSIDERACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Siguiendo el procedimiento de concurso, dentro de la Sección cuarta relativa a la determinación de la *masa pasiva de acreedores* y, en particular, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos, hay que atender a tres especiales situaciones legales en las que se pueden encontrar ciertos créditos de la Seguridad Social: la primera, su consideración como *créditos contra la masa*; la segunda, su reconocimiento como *supuesto especial*; y la tercera, su clasificación como *crédito privilegiado o no*. Veremos todas por separado. Con carácter previo, sin embargo, hay que recordar que corresponde a la Tesorería, en nombre de la Seguridad Social en su condición de acreedor del concursado, *comunicar a la administración judicial la existencia de su crédito* (artículo 84, apartado 1), en el plazo de un mes a contar de la última publicación del auto de declaración de concurso (artículo 20, 1, 5º).

4.1. Créditos de seguridad social como “créditos contra la masa”

En el momento de determinar la *composición de la masa pasiva*, el artículo 83, apartado 2, recoge en dos números sendos conceptos de créditos contra la masa, los cuales por tal razón no constituyen la masa pasiva y entre los que se entienden aquellos derechos de la Seguridad Social devengados con posterioridad a la declaración judicial de concurso: así, en primer lugar, el número 5º, dice que tienen la consideración de créditos contra la masa “los generados por la continuación en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor hasta que el juez acuerde su cese, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso”; y, en segundo, el número 10º también la aplica a “los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la Administración Judicial o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención”.

De esta forma, con arreglo al número 5º del apartado 1, quedan protegidos aquellos créditos devengados tras la mera continuación en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial por el simple hecho de que el Juez haya aceptado a trámite el concurso voluntario o necesario, mediante la declaración judicial de concurso, y hasta que acuerde el cese de dicha actividad profesional o empresarial; y, con arreglo al número 10º, dado que con aquella protección no se cubre todo el período durante el cual se originan tales créditos, el momento en que se efectúa por el Juez tal nombramiento se convierte en elemento clave para la protección de las obligaciones posteriores al cese y contraídas válidamente por dicha administración, cuyo nombramiento, como sabemos, lleva a efecto el Juez, una vez declarado el concurso, en la Sección segunda.

Como quiera que los créditos por Seguridad Social no serán créditos independientes per se, sino en la mayoría de los casos derivados de la existencia previa de una relación de trabajo, la procedencia de los mismos, una vez producida la declaración judicial de concurso, está íntimamente relacionada con la suerte de los contratos de trabajo. En tal sentido pueden confrontarse los artículos 63 a 65 del proyecto, de cuya lectura no se desprende precisamente que la declaración judicial suponga “ipso facto” la extinción de los contratos de trabajo, de forma que si, como serán los supuestos normales, continúan cumpliéndose las obligaciones atinentes a algunos de ellos que sirvan para dar viabilidad y continuidad a la propia actividad empresarial, no hay razón para considerar que aquéllos de seguridad social derivados se suspendan o extingan.

4.2. Créditos de seguridad social como “supuesto especial de reconocimiento”

Por su parte, entre los supuestos especiales de reconocimiento de créditos, correspondiente a la Sección cuarta del procedimiento de concurso, el artículo 86, apartado 2, del PLC establece que *a los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas y sus Organismos Públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional les será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior*. Esto significa que a dichos créditos se les aplica el apartado 1 del propio artículo 86, es decir, que serán considerados como si fueran créditos sometidos a condición resolutoria y, por tanto, serán reconocidos como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición, en lugar de ser reconocidos como equiparados a los de condición suspensiva y litigiosos, que serán por el contrario reconocidos como créditos contingentes, y cuya regulación y forma de actuación se prevén en el apartado 3. Con toda seguridad, la razón para una calificación de tipo resolutorio en lugar de suspensivo o litigioso de dicho crédito radique

en la *ejecutividad* (no ejecutoriedad) que acompaña a la resolución administrativa⁹.

En el caso de cumplirse la condición resolutoria, o sea, si se produce su desconsideración o se reduce su cuantía, el mismo apartado 1 del artículo 86 permite que puedan anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto o el voto de dicho acreedor hubiera sido decisivo. Por el contrario, todas las demás actuaciones se mantendrán, pero subsistirá el deber de devolver a la masa, en su caso, las cantidades cobradas por la propia Tesorería General, así como la responsabilidad en que tal entidad hubiera podido incurrir frente a la masa o frente a los acreedores.

4.3. Créditos de seguridad social como privilegiados, ordinarios y subordinados

Por último, en la fase de *clasificación de los créditos*, dentro asimismo de la Sección cuarta del procedimiento de concurso, dice el artículo 88, apartado 1, que los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados. Pues bien, ¿Cómo pueden ser clasificados los créditos de la Seguridad Social, una vez que sean descartados los considerados como créditos contra la masa? Para contestar a esta pregunta, hay que remitirse, ante todo, al nuevo artículo 22 t. r. LGSS, modificado por la Disposición Final Decimocuarta del PLC, en cuyos dos primeros párrafos se establecen otros tantos diferentes regímenes jurídicos para los mismos tres conceptos de créditos que en ambos se contemplan: así, en el primero, se ordena que *los créditos por cuota y conceptos de recaudación conjunta* y en su caso los *recargos o intereses* sobre aquéllos gozarán respecto de la totalidad de los mismos igual orden de preferencia que los créditos a que se refiere el apartado 1º del artículo 1924 del Código Civil,

⁹ Ver Silvia DEL SAZ, «Comentarios al artículo 91», en *Comentarios a la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, (Ley 29/1998 de 13 de julio) REDA núm. (1998), páginas 648-649, habla de «ejecutoriedad» del acto administrativo, término inexistente en el Diccionario de la R.A. E. de la Lengua, que seguramente se refiere al de «ejecutividad», que tampoco reconocido en el Diccionario y que es el que el artículo 56 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre menciona, en el que se recuerda que «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley». En el mismo sentido, Íñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, obra últimamente citada, pág. 607-608 AA TS 23 de abril de 1.991(RJ 1991/3516) 12 de junio de 1992 (RJ 1992/5113) y 9 de mayo de 1996 (RJ 1996/3973) y E.GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1995, páginas 505 y 506. Ver sobre la relativa ejecutividad del acto administrativo de la Autoridad Laboral, homologando un convenio colectivo, la S TSJ Galicia de 17 de julio 1.996 (RJCA 1996/2103). Y asimismo A TS de 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8978), según el cual, la competencia para suspender el acto administrativo y adoptar medidas cautelares es de la Sala de instancia.

mientras que los *demás créditos* gozan de la preferencia establecida en el apartado 2º, párrafo E del mismo artículo y Código. Es decir, con arreglo a este párrafo, todos los créditos de la Seguridad y por total cuantía de su importe serían privilegiados: unos con el rango primero y otros con el segundo. Sin embargo, en el segundo párrafo del mismo precepto reformado se ordena que, «*en caso de concurso*, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal». De entre ambos, resulta evidente que es el segundo el que marca la pauta de nuestro estudio, mientras que el régimen del primero, que es un régimen de reenvío a los privilegios del artículo 1924 del Código Civil, aparte de ser continuista con la situación anterior con la breve omisión de su referencia al Código de Comercio, deberá ser aplicado en otros procedimientos y procesos distintos al concurso, o sea, cuando, en lugar de un concurso, exista un procedimiento o proceso de ejecución con eventual pluralidad de acreedores (tercerías) y siempre que no llegue a ser declarado concursado el deudor común. Como éste no es el caso, deberemos soslayar su estudio. Sin embargo, circunscritos al objeto de nuestro análisis, hay que aludir en caso de concurso a tres diversos tipos conceptuales de créditos:

A. En efecto, en primer lugar, el artículo 90, apartado 3º, establece que los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como *los créditos de la Seguridad Social, que no gocen de privilegio especial conforme al número 1 del apartado del artículo 89, se consideran créditos con privilegio general*. Esto quiere decir, como señala el artículo 88, apartado 2, que a través de tal preferencia se afecta a la totalidad del patrimonio del deudor frente a los créditos con privilegio especial, que sólo afectan a determinados bienes. Es cierto que en este precepto hay una salvedad para su hipotética clasificación como crédito con privilegio especial, pero realmente, si se piensa en cualquier eventual hipótesis no parece que exista ninguna de las expuestas en el artículo 89 como susceptible de ser aplicada a los créditos de la Seguridad Social. En todo caso, sí sería aplicable esta remisión al crédito del que dispondría el Fondo de Garantía Salarial todos aquellos créditos refaccionarios de los trabajadores que con privilegio especial (artículo 89, 1, 3º) pudieran haber sido saldados por tal organismo público y en los cuales se subrogaría en sus mismas condiciones originarias. En definitiva, la nueva regulación, aún utilizando una expresión diferente, no cambia mucho, al menos esencialmente, de la que actualmente está vigente en el artículo 913, 1º D) del Código de Comercio, que quedará derogada tras la reforma (Disposición Derogatoria Única, 3, 1º), y en la que tales créditos se consideraban créditos “singularmente” privilegiados, expresión ésta vacía de contenido y que nada distinto significaba respecto de lo ya dicho hasta ahora.

B. Volviendo sobre el privilegio general contenido en el artículo 90, 3ºPLC, es importante recordar que el mismo no alcanza ni protege a todo el importe de los créditos por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, sino sólo hasta un determinado límite: así, el segundo inciso del mismo número 3º aclara que «este privilegio podrá ejercerse... para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social *hasta el cincuenta por ciento* de su importe». Resulta palmario, sin necesidad de más interpretación, que una parte importante de ese conjunto de créditos (al menos el 50%) no se ve protegido por el privilegio. Y si ningún privilegio, especial o general, le alcanza, tendremos que admitir que dicha parte del conjunto de créditos tiene el carácter de *ordinario*. Y en la misma situación se encuentran los créditos por seguridad social de otros Estados, siempre a condición de reciprocidad, según el artículo 219, apartado 2, segundo párrafo. Pero, volviendo sobre ambos ejemplos de créditos ordinarios, hay que decir que el mismo se identificaría con lo que tanto en primero como en el segundo párrafo del nuevo artículo 22 del t. r. de la LGSS se denominan “los demás créditos”. Lo que sucede es que, en el régimen del concurso que diseña la nueva Ley, tales créditos se ven postergados respecto de la situación privilegiada de segundo rango que merece a la LGSS en caso de que no exista tal concurso. No creo que hagan falta más comentarios para colegir que, respecto de los demás créditos de Seguridad Social, se produce una evidente modificación peyorativa de su importe en la medida en que se posterga su clasificación desde el ámbito de lo privilegiado al escalón de lo ordinario. Solamente existe una pequeña excepción, que es la contemplada en el artículo 90, 5º del PLC, y es la de que también tienen reconocido un privilegio general los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiera solicitado la declaración de concurso y que no tuvieran carácter subordinado, hasta la cuarta parte de su importe: debería ser, en principio, un crédito ordinario y requeriría que su eventual titular, la Seguridad Social, hubiera solicitado la declaración de concurso necesario, diligencia procesal que se ve remunerada por el legislador con la conversión mejorada de su crédito ordinario aunque sea en la cuarta parte.

C. Dicho lo cual, hay que repetir casi el mismo esquema para el tercer concepto, el de los *intereses y recargos por mora*, aunque no con los mismos efectos y alcance, ya que en este caso el salto va desde su actual calificación como crédito privilegiado hasta su proyectado futuro como crédito subordinado, saltando hasta dos categorías en la prelación de créditos. También dicho concepto está privilegiado fuera del concurso con el privilegio general de primer rango que se recoge en el artículo 1924, 1º del Código Civil. Por el contrario, durante la tramitación del concurso, ha de someterse a lo que diga la nueva regulación legal del PLC. Ésta no es otra que la contenida en el artículo 91, apartado 3º, en la que se consideran créditos *subordinados*, «los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos

hipotecarios y pignoraticios hasta donde alcance la respectiva garantía». Obviamente, si relacionamos esta nueva clase de créditos con lo que dice el segundo párrafo del nuevo artículo 22 reformado del t. r. de la LGSS ya adelantado, resultará que, con la nueva Ley Concursal, se producirá una importante modificación del régimen de la prelación de créditos contenida en el viejo artículo 22 del t. r. de la LGSS y en la lista de derechos de prelación prevista por el artículo 30 RGRSSS. En efecto, tanto en uno como en otro precepto, los recargos o intereses que sobre aquéllos procedan gozaban, respecto de la totalidad de los mismos, de igual orden de preferencia que los créditos por cuota y demás conceptos de recaudación conjunta. Es decir, los recargos por mora y los intereses se veían tratados con la misma consideración que los créditos principales de los cuales traían causa, o sea, con la de créditos privilegiados. En tal sentido, la vieja clasificación, aparte de ser una opción legal, respondía a la construcción de la teoría general del Derecho, según la cual, los intereses, como accesorios del crédito, siguen la suerte reservada por la Ley a su principal. Pero tampoco hay que olvidar que, en momentos de dificultades económicas del deudor, a tenor del artículo 59 del RGRSSS, los recargos por mora tienen un régimen mucho más suave a la hora de ser condonados que las deudas con la Seguridad Social, las cuales sólo podrán ser objeto de condonación, exoneración o perdón en virtud de norma con rango de Ley.

Se puede afirmar que un innegable (aunque aparente) hábito de sentido común y racionalidad ha guiado, desde mi punto de vista, el actual Proyecto en esta materia, al discriminar éste visiblemente la protección de todos estos conceptos, reservando el privilegio hasta un determinado importe y atendiendo a la importancia originaria (demás créditos) o accesoría (intereses y recargos) que se predica de ambos conceptos.

5. LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE EL CONVENIO COMO SOLUCIÓN PREFERENTE DE LA LEY

El Proyecto de Ley Concursal, ha establecido como *soluciones* al problema económico que representa el propio concurso dos diferentes tramitaciones, a saber, la del *convenio* o/y la de la *liquidación*, y ha previsto que la Sección quinta comprenda todo lo relativo al uno (su proposición, discusión, aceptación, aprobación, impugnación y cumplimiento) como a la otra (realización de los bienes y derechos de la masa activa y pagos a los acreedores). Pero en tal tesitura, hay que decir claramente que ambas soluciones no son equiparables ni concurrentes, ni tampoco se ven tratadas con la misma intensidad y preferencia por aquél, ya que los fines a los que se encaminan el uno y la otra son, al menos aparentemente, incompatibles.

En efecto, la Exposición de Motivos del PLC, en reiterados pasajes, despeja todas las posibles dudas que hubieran sobre cuál de los procedimientos y

soluciones es el preferido por el legislador: «se fomentan soluciones de convenio que estén apoyadas por los trabajadores y la Administración pública...»¹⁰; «el convenio es la solución normal del concurso, que la Ley fomenta con una serie de medidas»; «entre las medidas para facilitar esta solución del concurso destaca la admisión de la propuesta anticipada de convenio»; «la Ley procura agilizar la tramitación de las propuestas de convenio»; «también es flexible la Ley en la regulación de contenido de las propuestas de convenio»; o en fin «la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio»¹¹.

No obstante lo adelantado, ambos procedimientos no son incompatibles hasta tal punto que, iniciada la solución de convenio, sea imposible acudir a la liquidación, solución ésta cuya solicitud la Ley impone como deber al deudor cuando durante la vigencia de un convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación. Por tal razón, se puede decir que ambos procedimientos son, en todo caso, alternativos y no concurrentes en un momento dado, pero perfectamente compatibles de manera sucesiva en el tiempo. De ahí que la Seguridad Social, como acreedor no insignificante, haya de estar atenta a las vicisitudes y situaciones que se produzcan en cada momento del eventual largo itinerario de sucesivas soluciones. Tales hipótesis de alternancia o acumulación sucesiva en el tiempo son las que hemos tratado de reflejar con el uso de las conjunciones “o/y” más arriba. Veamos, pues, a continuación, en primer lugar, cuáles son los posibles eventos por los que puede atravesar y las situaciones que se pueden presentar a la Tesorería durante el procedimiento de elaboración del convenio.

5.1. Propuesta anticipada de convenio. Prohibición de admisión a trámite

Ya hemos avanzado que, entre las medidas que facilitan el convenio como solución del concurso destacaba «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 expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la Ley establece»¹². Pues bien, hay que destacar dos notas al respecto: la primera es que esta facultad, facilitada por la Ley, es viable siempre que el deudor no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones que señala el amplísimo artículo 104 del PLC, ya que, si incurre en alguna de éstas el Juez de oficio o instancia de la

¹⁰ Ver Exposición de Motivos del PLC, punto V, segundo párrafo *in fine*.

¹¹ Ver Exposición de Motivos del PLC, punto VI, párrafos segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo, respectivamente.

¹² Ver Exposición de Motivos del PLC, punto VI, tercer párrafo y artículo 103 del PLC.

administración judicial o de parte interesada y, en todo caso, oído el deudor, declarará sin efecto la propuesta y pondrá fin a su tramitación; y la segunda –complementaria de la primera– es que, entre los 6 casos de prohibiciones de admitir a trámite la propuesta anticipada de convenio, el artículo 104, en el apartado 1º, del PLC enumera el de haber sido condenado en sentencia firme *por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico*,¹³ *de falsedad documental*¹⁴, *contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social*¹⁵ *o contra los derechos de los trabajadores*¹⁶. Se trata no de una sola sino de la eventual comisión de varias posibles categorías de delitos previstos y regulados a lo largo de los Títulos XIII, XIV, XV y XVIII dentro del Libro II del vigente Código Penal aprobado por Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

En tal caso, la Seguridad Social a través de las entidades gestoras por lo que se refiere al delito de la falsedad documental, o mejor aún, la Tesorería General por lo que afecta al delito de defraudación a la propia Seguridad Social –por haber eludido el deudor común el pago de cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, haber obtenido devoluciones indebidas o haber disfrutado de deducciones indebidas– estará mejor situación que nadie para, tras comprobar en sus archivos el curriculum administrativo-financiero del deudor común, poder instar, si fuera el caso, la reprobación de la solicitud de propuesta anticipada de convenio.

Si éste no fuera el caso, resta conocer qué requisitos se exigen para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y si afecta ello en alguna medida a la Seguridad Social. A tal fin, el artículo 105, apartado 1, de PLC requiere que la propuesta deba ir acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios privilegiados cuyos créditos *superen la quinta parte del pasivo* presentado por el deudor, de tal modo que el Juez rechazará la admisión a trámite cuando las adhesiones presentadas no alcance la proporción del pasivo exigida (art. 105.3). Esta primera norma puede suponer, y así sucederá en la mayoría de las ocasiones, que, en principio, el deudor común no cuente con la adhesión de la Tesorería General de la Seguridad Social a la hora de presentar esta primera propuesta anticipada de convenio. Si hubiera sido así, cabría en este punto plan-

¹³ Los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico están previstos en el entero Título XIII (artículos 234 a 304) y entre ellos se enumera una larga lista integrada por los hurtos, los robos, la extorsión, la usurpación, las defraudaciones, las insolvencias punibles, la alteración de precios en concursos y subastas públicas, de daños, contra la propiedad intelectual e industrial, relativos al mercado o a los consumidores, sustracciones de cosa propia, los delitos societarios, receptación y otras conductas afines.

¹⁴ El delito de falsedad documental está expresamente previsto en los capítulos II y III del Título XVIII, artículos 390 a 400 del Código Penal y es cometido tanto sobre documentos públicos como privados.

¹⁵ Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social se recogen conjuntamente en el título XIV, artículos 305 a 310 del Código Penal.

¹⁶ Los delitos contra los derechos de los trabajadores se recogen en el título XV, artículos 311 a 318 del Código Penal.

tearse dos cuestiones: ¿Puede continuar la tramitación del convenio sin la adhesión de la correspondiente entidad gestora de la Seguridad Social?; y la segunda ¿Hay objeciones legales a que la Seguridad Social se adhiera al convenio?

A la primera hay que contestar diciendo que nada en el PLC impide seguir la tramitación del convenio, incluso conocida la no adhesión de la entidad gestora de la Seguridad Social, ya que contra el pronunciamiento judicial que resuelva sobre la admisión a trámite de dicha propuesta y que el Juez hace en el mismo auto de declaración judicial de concurso, no se dará recurso alguno. Para contestar a la segunda, sin embargo, necesitamos un poco de más espacio ya que no hemos de olvidar que, en cuanto organismo público, la Seguridad Social se ve afectada por la prohibición general de transigir contenida en el vigente artículo 24 del t. r. de la L.G.S.S.

5.2. Prohibición de transacción y excepciones para la Tesorería General

En efecto, el artículo 24 del t. r. LGSS actualmente vigente señala que «no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado». Esta misma regla que prohíbe la transacción se reitera como inalterable en el nuevo artículo 24 del propio t. r. LGSS que se proyecta en la Disposición Final Decimocuarta por la que se prevé la reforma de la Ley General de Seguridad Social: la existencia de la regla prohibitiva podría tener sentido tanto en la interpretación como en la aplicación de las normas concursales ya que, a tenor del artículo 99 del PLC, «la propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas» y, en tal sentido, la posibilidad de concertar un convenio o acuerdo con el deudor común representaría necesariamente para la Seguridad Social una reducción de hasta la mitad del importe (quita) o un aplazamiento de hasta cinco años (espera) para el cobro de sus respectivos créditos.

Pues bien, no obstante la existencia de la regla, el artículo 17 bis de la Ley 40/1980, de 5 de julio, de *Inspección y Recaudación de la Seguridad Social*, origen del actualmente vigente artículo 24 del t. r. de la LGSS, fue el primero en permitir a la Tesorería General de la Seguridad Social suscribir directamente los acuerdos o convenios en procesos concursales previstos por la vieja LEC y en la Ley de Suspensión de Pagos. La pequeña historia vivida por este precepto –según la cual mientras la regla general prohibitiva permanece inalterable, la evolución sufrida por los párrafos de la excepción van reduciendo poco a poco el ámbito inicial prohibitivo¹⁷–, confirma la utilización en el sistema jurídico del

¹⁷ La prohibición de transacción judicial o extrajudicial fue introducida por la Disposición Adicional 9ª 2 de la Ley 4/1990, de 29 de junio de Presupuesto Generales del Estado para 1990 (BOE del 30 de junio) mediante la adición de un nuevo artículo, el 17 bis, en la Ley 40/1980, de 5 de julio, de inspección y recaudación de la Seguridad Social De ahí pasó al “nuevo” artículo 24 del t. r. de la LGSS.

capitalismo de técnicas legislativas demagógicas según las cuales, en los párrafos posteriores de cualquier precepto se deshace mediante excepciones la regla general que se establece como principio básico (aparente) en el primero.

Recapitulando, podríamos ya contestar de manera relativa y condicional a la pregunta planteada en su momento de si existían objeciones legales a que la Seguridad Social suscriba o se adhiera al convenio, diciendo que, si por la existencia de la regla general no podría hacerlo, por el contrario, en el caso particular del concurso, la Ley faculta a la Tesorería a realizar actos que, en sí mismos, suponen situaciones excepcionales a la regla general, razón por la cual, como tales excepciones, éstas deben ser utilizadas y ejercidas de manera estricta y restringida, sin interpretación extensiva por la vía analógica, ateniéndose en todo momento a la regulación precisa contenida en la Ley. A este respecto, a la Seguridad social, y en particular a la Tesorería General en su nombre, se le abren en principio varias posibilidades –y no sólo una como hasta ahora– estableciendo, en principio, hasta tres vías: por un lado, la suscripción directa del convenio; por otro, la adhesión; e incluso la compensación. Veamos, pues, a continuación cada una de ambas vías por separado.

5.2.1. La suscripción directa del convenio

La primera de las alternativas, la de suscripción *directa* por la propia Tesorería General de un acuerdo o convenio de los previstos tanto en la vieja LEC como en la Ley de Suspensión de Pagos, es –como sabemos– la novedad que se incorporó por primera vez al ordenamiento de la Seguridad Social en 1990, al permitir expresamente que «la Seguridad Social podrá suscribir *directamente los acuerdos o convenios...*».

La lectura de aquella primera norma introductoria, que luego pasa al artículo 24 del t. r. de la LGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, produce la impresión de que, al ser la única posibilidad permitida por la Ley al menos de forma expresa, con ella se reduce el abanico de eventuales convenios o acuerdos susceptibles de suscribir exclusivamente a aquél acuerdo o convenio suscrito entre la Seguridad Social, a través de la Tesorería General, y el deudor común. No se recoge la posibilidad de hacerlo de otra forma, como tampoco de que la Seguridad Social se incorpore a la suscripción de un convenio ya iniciado y en tramitación por otros acreedores. O dicho de otra forma, en el contexto del antiguo artículo 24 t. r. LGSS, la suscripción directa no es sino una única excepción que ha de interpretarse con un carácter restrictivo, a la vista de la regla general prohibitiva de transacción.

Ahora bien, aunque el principio general de prohibición de transigir continúa vigente, y se sigue previendo también ahora en el modificado párrafo segundo del artículo 24 t. r. LGSS por la Disposición Final 14ª que, que si el deudor de la Seguridad Social incurriese en concurso de acreedores, la Tesorería General de la misma puede *suscribir los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal*, la antigua excepción queda configurada ahora, tras

la reforma que representa el PLC, sólo como un mero ejemplo de dicha tramitación, ya que junto a la misma se ha previsto la posibilidad de adhesión a un convenio tramitado, como la compensación. Se puede decir que, en la misma medida en que se expanden las excepciones se reduce el ámbito y la extensión de la regla general prohibitiva de la transacción.

5.2.2. La adhesión al convenio ya suscrito

La segunda de las alternativas para que la Seguridad Social pueda recuperar, al menos en parte, el importe de su crédito contra el empresario deudor común, a tenor del nuevo artículo 24 del t. r. de la LGSS, reformado por la Disposición Adicional 14ª del PLC, es la de adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal. Esta opción está expresamente prevista en el artículo 102 del Proyecto, en cuyo apartado 1 se establece como principio o regla general de la nueva regulación concursal que los acreedores, en principio, pues, todos los acreedores, «podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio en los plazos y con los efectos establecidos en esta Ley». Los apartados 2 y 3 del mismo precepto prevén, respectivamente, la forma en que ha de llevarse a cabo (pura, simple sin condicionamiento alguno) y las formalidades (expresando la cuantía del crédito, su clase, y mediante comparecencia ante el Secretario del Juzgado o escritura pública).

Más importantes para nuestro estudio que los citados son los preceptos contenidos en los apartados 1 y 2 del artículo 107 del Proyecto, en los que se regulan el *tiempo hábil* para la adhesión y la revocación: así, en el primero se establece que el plazo hábil para adherirse al convenio será desde la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y hasta la expiración del plazo de impugnación; y en el segundo, se faculta al acreedor a revocar su adhesión dentro de los cinco días siguientes a la puesta de manifiesto de la lista definitiva de acreedores en la Secretaría del Juzgado, siempre que la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la redacción definitiva de dicha lista.

Ahora bien, más que el mero recordatorio, el contenido del apartado 4 del artículo 102 tiene por objeto un tratamiento especial en el que se ha previsto que *la adhesión a estos convenios por parte de las Administraciones y Organismos Públicos se hará respetando las normas legales y reglamentarias especiales que las regulan*. Esta remisión nos lleva de nuevo al proyectado nuevo artículo 24, ya reformado, del t. r. de la LGSS, en el que se anuncia vagamente algún que otro requisito común y alguna excepción que han de ser analizados a continuación.

5.2.3. Requisitos comunes y específicos a la suscripción directa y adhesión

En efecto, la reforma del artículo 24 del t. r. de la LGSS, en su párrafo segundo permite como excepción a la prohibición de transacción que la Tesorería General de la Seguridad Social pueda suscribir o adherirse a conve-

nios o acuerdos, pero siempre *sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de los acreedores*.

La imposición de esta limitación legal en el Proyecto supone, sin duda, un tope infranqueable a la facultad de negociar de la Tesorería, pero el cumplimiento de la misma no parece que sea tan fácil como la simple lectura del precepto hace suponer: así, por un lado, satisfacer este requisito implica ante todo conocer el contenido de otro u otros, o sea, de todos los posibles convenios existentes, hipótesis que parece que será más fácil de alcanzar en el caso de adhesión, —en el que, al haber una propuesta de un convenio ajeno, su contenido relativo a otro u otros acreedores es conocido—, que en el de la suscripción directa, en el que deudor común y Tesorería General se encuentran frente a frente y solos; y por otro, lo que ya no es tan fácil, será comparar la entidad y cuantía de créditos cuya quita y/espera se negocia y que, necesariamente, no son nunca tan trascendentales para el deudor común y vitales para su eventual acreedor, distinto a la Seguridad Social (como puede ser un acreedor en exclusiva), como los propios lo puedan ser para la Tesorería General de la Seguridad Social, que es por naturaleza una *entidad financiera*, servicio común, de toda la Seguridad Social. Por otro lado, no se puede dejar de reconocer que tal tope deja un razonable margen de maniobra a la propia Tesorería General en la gestión del patrimonio público, debido y no cobrado, por cuanto concede un tratamiento de satisfacción y pago del mismo similar, o mejor dicho, en igualdad de condiciones que pueda tener otro acreedor (privado), con lo que la medida representa una *privatización de lo público* en situaciones de dificultad económica que no debe ser minusvalorada.

En todo caso, el establecimiento del tope de suscripción directa o adhesión, al invitar a la comparación (no más favorables para el deudor común) que las convenidas con el resto de los acreedores, remite a las condiciones en que estos han sido tratados, y en primer lugar a las mayorías necesarias. Así, mientras que para que se considere aceptada una propuesta anticipada de convenio será necesaria, en todo caso, la adhesión de acreedores que titulen créditos por importe al menos de la mitad del pasivo ordinario del concurso, siguiendo el artículo 123, apartado 3, del PLC, regla general válida así mismo para que se considere aceptada por la Junta una propuesta de convenio, según el apartado 1 del mismo precepto, (lo que sería de aplicación en el caso de la adhesión), cuando se trata de una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados (caso de la suscripción directa), el artículo 124, apartado 1, además de la obtención de la mayoría que corresponda conforme al artículo anterior, exige el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular.

En segundo lugar, el límite de comparación expresado en el nuevo artículo 24 t. r. LGSS remite a los contenidos del convenio, cuyo alcance y detalles han de ser expresamente conocidos por la Tesorería General cuando no

enteramente públicos, para poder cumplir así con la exigencia prevista en aquél. A tal respecto, debe recordarse que el artículo 99, apartado 1, del Proyecto de Ley Concursal, al considerar como función propia del convenio que éste contenga proposiciones de quita o de espera o de acumulación de ambas, impone que las proposiciones de quita, respecto de los créditos ordinarios no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Si esta es la regla general para los acreedores ordinarios, no parece que haya ningún obstáculo legal para que la misma pueda ser aplicada a los créditos de la Seguridad, máxime cuando existen dos razones adicionales: la primera que, siendo, por regla general, los créditos de Seguridad Social privilegiados con privilegio general (artículo 90, 3º), no parece que puedan ser tratados por la Ley peor que los ordinarios; y la segunda que, incluso al ejercer dicho privilegio, la nueva Ley permite que se ejerza, al menos hasta el cincuenta por ciento de su importe (art. 90, 3º). Puede suceder que, por tratarse de concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía nacional, e Juez del concurso puede, a solicitud de parte, autorizar de forma motivada la superación de dicho límite.

Y, en tercer lugar, no se puede olvidar, en la propia elaboración y aprobación del convenio, la condición de que goza la Seguridad Social como acreedor *privilegiado*, sobre cuyo significado, alcance y trascendencia volveremos, de forma más extensa y prioritaria, en el epígrafe de este trabajo dedicado a la liquidación. Limitados ahora al aspecto de acreedor privilegiado de la Seguridad Social durante la tramitación del convenio, debemos traer a colación el artículo 122 del Proyecto en el que se establecen tres reglas básicas: la primera que la mera asistencia a la junta de acreedores por la Tesorería y su intervención en las deliberaciones no afectarán al cómputo del *quorum* de constitución, ni les someterán a los efectos del convenio que resulte aprobado; la segunda es que, si la Tesorería como creedor privilegiado vota a favor de una propuesta, tal voto produce los efectos que resulten del contenido del convenio respecto de su crédito y privilegio, en el caso de que tal propuesta sea aceptada por la junta y aprobada por el Juez; ahora bien, y ésta sería la tercera, que funciona a su vez como excepción de la segunda, el voto de un acreedor que simultáneamente sea titular de créditos privilegiados y ordinarios –lo que no será extraño respecto de los créditos de Seguridad Social, que –recordemos– sólo ejercen el privilegio por el 50% del crédito, se presumirá emitido en relación a estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente en el acto de votación.

Con toda esta serie de reglas, la posición de la Seguridad Social en la fase de la sección quinta, dedicada a la tramitación del convenio, queda mucho más perfilada y compleja, dándole un margen de maniobra que no se agota en la mera suscripción del mismo.

5.3. La compensación

Adelantábamos al final del apartado 5.2.2 que el artículo 24 reformado del t. r. LGSS, introducía algún que otro requisito común a la suscripción y adhesión y una excepción. Visto el primero en el apartado acabado de exponer, es el momento de analizar la excepción. En efecto, el tercer párrafo del artículo 24 dispone que «la Tesorería General de la Seguridad Social podrá acordar la compensación de los créditos de la Seguridad Social, siempre que reúnan los requisitos que establecen las normas que regulan dicha Institución».

Ante todo, la primera impresión que produce este nuevo párrafo del artículo 24, antes inexistente, es que el legislador trata de establecer una excepción adicional a la estricta regla general de prohibir la transacción, contenida en el primer párrafo del mismo artículo, por cuanto aquélla implica una especie de liquidación de deudas recíprocas que se base en el acuerdo tácito de ambos deudores, uno de los cuales es la Seguridad Social. Pero alguna relación tiene que tener asimismo con el párrafo segundo, en el que –no se olvide– se permite la adhesión y la suscripción directa a un convenio. A este respecto, se puede decir que el legislador ha recogido la figura ahora a estudio como un sistema rápido de liquidación de obligaciones recíprocas entre el deudor común y la seguridad social, para tratar de “compensar” –valga la expresión– la disponibilidad sobre el patrimonio público que el legislador permite con las facultades de adhesión y suscripción hasta el límite que representa el acreedor peor tratado, horadando de esta forma doblemente los principios que rigen tanto en el ámbito de la Seguridad social (prohibición de transacción) como en el derecho concursal. (arts. 57 y 207).

En efecto, por un lado, ya conocemos que la prohibición de transigir no sólo estaba en el viejo artículo 24 t. r. LGSS sino especialmente y con igual alcance en el artículo 60, apartado 1, del RGRSSS. Este Reglamento General de Recaudación recoge, entre otras formas de extinción de las deudas, la compensación en los artículos 48 a 53 (como sección 2ª de dicho capítulo) y como una vía específica (art. 56 del RGRSSS) para la deducción de deudas de seguridad social de Administraciones y Organismos públicos (dentro de la sección 3ª), la cual no es caso ahora de analizar, al no ser éstas susceptibles de concurso. Por otro lado, también el artículo 57 del Proyecto de Ley Concursal establece como principio general que, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero sí producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. Todavía el artículo 207 añade a esa puerta abierta de las compensaciones ya tramitadas, otra aparente regla general, más que excepción, que va en sentido contrario: «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». La existencia de esta regla contradictoria con la primera no se explica sino en el

hecho de haber parado mientes el legislador, ya avanzada la redacción del Proyecto, en que existen sistemas institucionales de compensación, como son los seguros o de valores, cuya política de protección puede ser prioritaria para el mismo. Si al final de su discusión se admite la contradictoria regla contenida en el artículo 207, tal como está hoy redactada, habrá que admitir que la contenida en el artículo 57 quedará muy debilitada, dadas las consecuencias prácticas que trae consigo la admisión de la compensación: ¿Cuáles son éstas consecuencias? Pues para empezar, si no existiera compensación, se aplicaría la regla general contenida en el artículo 48 del PLC según la cual «todos los acreedores del deudor, ordinarios o no... quedarán de derecho integrados la masa pasiva...». En tal sentido la regla de prohibir la compensación, contenida en el artículo 57, es un justo corolario de la más fundamental del artículo 48: con la aplicación de ambas, la Seguridad Social o el acreedor no compensado debería insertar su crédito en el pasivo con las inevitables consecuencias de quita y/o espera, mientras que la administración judicial del concurso, estando legitimada para el ejercicio de acciones de índole exclusivamente patrimonial (art. 53.1), ha de intentar reintegrar a la masa activa los derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración del concurso. Con la aplicación de las reglas generales de universalidad de masa pasiva y reintegro de la activa, el acreedor que es simultáneamente deudor del concursado, puede llegar a perder la diferencia que existe entre el importe íntegro de su deuda, que ha de desembolsar en la masa activa, y lo que de importe restante de su crédito recupere al final del proceso de liquidación y pago. Así pues, en tanto que el acreedor “compensado” no se ve afectado en la práctica por la quita y/o espera que supone la declaración judicial de concurso, en esa misma medida se puede ver favorecida la Seguridad Social en general y la Tesorería en particular: por tal razón ya adelantamos que era una forma de compensar lo que la Seguridad Social podría perder por la vía del convenio.

Pues bien, resta, en aplicación del precepto contenido en el reiterado artículo 24, tercer párrafo, remitirse a las normas que regulan dicha Institución, porque dicho párrafo impone como exigencia inexcusable que se reúnan los requisitos de la Seguridad Social. Al respecto, ha de tenerse presente que, como la compensación es considerada en el Reglamento General de Recaudación como una especie de trato de favor para con el sujeto obligado al pago de las deudas, las mismas normas establecen limitaciones, rigideces y prohibiciones; y, si ésta es la normativa aplicable, será en la práctica de difícil utilidad para la Tesorería en caso de concurso, en cuyo procedimiento la compensación está ideada en beneficio de la Seguridad Social. Un ejemplo puede ilustrarnos: si respecto de las deudas por cuotas a la Seguridad Social *únicamente los sujetos responsables del pago de las mismas que hubieren presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario podrán compensar en dichos documentos su crédito* (art. 48.2 RGRSSS), resulta que la compensación a favor de la Seguridad Social en el concurso depende de

gestiones previas que haya hecho el propio deudor común; otro ejemplo, éste en el artículo 48.2, segundo párrafo: los sujetos responsables del pago de cuotas de la Seguridad Social (sin especifica si propias o por retención) no podrán compensar sus créditos frente a la misma por prestaciones satisfechas en régimen de pago delegado ni por cualquier otro concepto con el importe de aquellas cuotas; o un postrero en el artículo 50, apartado 1, compete a la Tesorería General acordar, *instancia de los obligados al pago*, la aplicación de la compensación de las deudas de Seguridad Social.

Solamente el artículo 49 recoge la *compensación de oficio*, acordada incluso por órganos de la administración periférica de la Seguridad Social, entre los créditos y las deudas que no sean por cuotas a que se refiere el artículo 48. Pero será requisito indispensable la existencia de acto administrativo previo que reconozca y liquide los créditos y las deudas, salvo cuando se trate de deudas por cuotas que deban ingresarse mediante la presentación en plazo reglamentario de los pertinentes documentos de cotización, las cuales únicamente se compensarán con el importe de las prestaciones abonadas por las empresas en régimen de pago delegado.

6. LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA LIQUIDACIÓN DEL CONCURSO

La liquidación era, como avanzábamos, la otra solución prevista por la nueva Ley Concursal, a la cual puede optar el deudor común como alternativa a la del convenio o como objeto de su deber de solicitarla, a consecuencia de la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación. Pero, en todo caso, la liquidación es siempre una solución subsidiaria, que opera cuando no se alcanza o se frustra la de convenio¹⁸. Teniendo en cuenta, pues, la diferente consideración de los créditos de la Seguridad Social entre créditos contra la masa, por un lado, en los créditos concursales por otro, así procederá la liquidación y pago de cada una de ambas categorías.

6.1. El pago de los créditos contra la masa

Hecha tal calificación y conocido su respectivo importe líquido, el pago de aquellos créditos de la Seguridad Social calificados como créditos contra la masa se hará, como dice el artículo 153, apartado 1, del PLC, antes de proceder al pago de los créditos concursales, deduciendo la administración concursal de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta. Y, todavía, el apartado 2 del mismo artículo 153 precisa

¹⁸ Ver la Exposición de Motivos del PLC, apartado VII, primer párrafo.

que tales créditos habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. La combinación de ambas reglas podría hacer suponer que la forma de hacer líquido y pagadero tal tipo de crédito sería, en la medida en que no se trata de un crédito concursal sino contra la masa, la de requerir, mediante la ejecución separada o, en este caso, el procedimiento administrativo de recaudación, al pago inmediato de la deuda en el momento de su vencimiento a dicha administración para que proceda a saldar la reciente deuda originada durante el ejercicio de su cometido. Sin embargo, nada más lejos de la realidad.

En efecto, como se encarga de aclarar el inciso adicional del propio apartado 2 del mismo artículo 153 «*las acciones relativas a la existencia, calificación o pago de los mismos se ejercitarán ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal*»¹⁹, sin que puedan iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido ninguno de estos actos». La regla particular ulterior es una manifestación de otra más general de prohibición de iniciar ejecución singular y de suspensión de la ya iniciada, una vez declarado el concurso, y contenida en el artículo 54. Esto implica, en principio, que la declaración de concurso va a tener como efecto legal implícito, para los créditos contra la masa, el de la *espera*, ya que no será posible iniciar el procedimiento de apremio propio y específico del Reglamento General de Recaudación, por lo menos en un determinado tiempo: teniendo a la vista los diferentes plazos que se recogen en el nuevo Proyecto de Ley, con toda seguridad será más rápido el transcurso del año que, que en ese mismo tiempo, se haya aprobado el convenio o se haya abierto la liquidación.

Producido, no obstante, cualquiera de los hipotéticos eventos que abren la vía de la ejecución, a saber, la aprobación de un convenio, la apertura de la liquidación o el mero transcurso de un año desde la declaración judicial de concurso, sí podrá iniciarse entonces la correspondiente ejecución de la deuda. Pero, en tal caso, ha de traerse a colación dos importantes reglas que, de alcance procesal y sustantivo respectivamente, inciden globalmente sobre las posibilidades reales de la Tesorería General de recuperar los créditos calificados con tal categoría: por un lado, el tercer párrafo del nuevo artículo 22 del t. r. de la LGSS apostilla que, «cuando el procedimiento de apremio administrativo concurre con otros procedimientos de ejecución singular de naturaleza administrativa o judicial –tal, el que puedan instar los trabajadores para recuperar los salarios devengados con posterioridad a la declaración judicial, ex artículo 83, apartado 2, números 6º (salarios) y 7º (indemnizaciones por despido) del PLC–, será preferente aquél en el que *primero* se

¹⁹ Se trata de un verdadero proceso ordinario que concluye con sentencia y que regulan los artículos 192-196 del Proyecto.

hubiera efectuado el embargo»: y por otro lado, que a tenor del artículo 153, apartado 3, «las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial». Mientras que la primera regla, de orden procesal, significará que la Tesorería General, caso de tener que ceder ante otro procedimiento o proceso que se hubiera anticipado en el embargo, tendría que ejercer su posible mejor derecho a través de la tercería ya que, como dice el tercer párrafo del nuevo artículo 22 del t. r. LGSS, la preferencia procesal es “sin perjuicio del orden de prelación para el cobro de los créditos establecido por la Ley”, la segunda regla implica una alteración sustancial y muy importante del régimen jurídico actualmente vigente ya que los créditos de la Seguridad Social, calificados como créditos contra la masa –y en cuya situación también quedarán los de los trabajadores posteriores a la declaración, ex artículo 154–, se ven postergados en la práctica detrás de ciertos créditos concursales, desmintiendo de esta forma la regla general de deducción previa de la masa activa, si a la hora del pago hay que salvar los bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial, categoría integrada no por uno sino por hasta seis distintos grupos de acreedores (créditos hipotecarios y pignoraticios, los protegidos con anticresis, los refaccionarios, los arrendamientos financieros o compraventa con precio aplazada, los garantizados con valores, y con prenda en documento público, ex artículo 89, 1).

Como comentario final, ha de ponerse de manifiesto que en ninguna regla del Proyecto se establece cómo ha de procederse al pago dentro de los pertenecientes a dicha categoría. Seguramente tal ausencia se deba al hecho de existir una regla disuasoria de la concurrencia, establecida en el artículo 153, apartado 2 y que reza que «los créditos contra la masa habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso». Sin embargo, a la vista de la postergación que sufren respecto de los privilegiados especiales, de la suspensión de ejecución separada que contiene el mismo precepto y de la importancia cualitativa que pueden llegar a alcanzar los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo (artículo 154), la garantía efectiva de pago que comporta tal consideración se ve realmente con el nuevo Proyecto muy deteriorada y la regla del pago al vencimiento absolutamente teórica y huera.

6.2. El pago de los créditos privilegiados, ordinarios y subordinados

Por su parte, en la medida en que la Seguridad Social no ve protegidos sus créditos con privilegio especial, para el cobro y liquidación de lo que se le adeude habrá de hacer valer las reglas dispuestas para el pago de los créditos con privilegio general, para el de los créditos ordinarios y, en fin, para los créditos subordinados. La regulación de estos pagos se hace de forma correlativa en los artículos 156, 157 y 158 del Proyecto.

A. En primer lugar, aquellos créditos de la Seguridad Social, que hayan sido considerados dotados con privilegio general, serán satisfechos una vez deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para pagar los créditos contra la masa, pero como quiera que con los bienes y derechos necesarios, afectos a los créditos con privilegio especial, serán pagados éstos últimos (art. 155), resultará que aquellos créditos se abonarán también con el producto de los bienes y derechos no afectos a dichos privilegios especiales, así como con lo que quede de remanente de dichos bienes, una vez pagados estos créditos. Ahora bien, dado que en la categoría de los acreedores con privilegio general existen hasta cinco grupos diferentes, el propio artículo 156 *in fine* establece una prelación entre ellos, al imponer que se atenderá el pago de aquellos que gozan de privilegio general, *por el orden establecido en el artículo 90*—dentro del cual, la Seguridad Social está en 3º habría que colocar en el número 5º el cuarto de los ordinarios, si hubiera sido la Tesorería el acreedor que solicitó el concurso— y, en su caso, a prorrata (con los tributarios) dentro de su número. Esta regla de prelación interna favorece sin duda a las considerados en las primeras reglas de dicho precepto, entre los que se encuentran los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial (1º) y los créditos por trabajo personal no dependiente (2º).

B. En segundo lugar, el pago de los créditos de la Seguridad Social, clasificados como ordinarios, se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten, una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, según establece el artículo 157, apartado 1, y dentro de dicha categoría, a prorrata, a tenor de lo que impone el apartado 2 del mismo artículo, concurriendo con los acreedores con privilegio especial en la parte en que éstos no fueron suficientemente pagados con los bienes y derechos afectos al pago de los mismos. Estas dos reglas generales para el pago de los ordinarios se ven matizadas por otras tantas, ambas de carácter excepcional: la primera, que el Juez podrá autorizar, a petición de la administración judicial y en casos excepcionales, la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados (art. 157,1); y la otra, que, dado que la misma administración judicial atenderá el pago de estos créditos en función de la liquidez de la masa activa y podrá disponer de entregas de cuotas (partes) cuyo importe no sea inferior al 5% del nominal de cada crédito (art. 157,3), parece que, si no hubiera siquiera el referido porcentaje, la administración judicial quedaría libre de hacer ninguna entrega a tales acreedores.

C. Por último, para el pago de los subordinados, el artículo 158 en dos breves apartados en los que el legislador, atisbando lo que sucederá en la práctica, reitera la regla general de prelación que es más negativa que otra cosa, a saber, que el pago de dichos *créditos no se realizará* hasta que haya quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios; y otra particular para la categoría, la de que se seguirá el orden establecido en el artículo 91, y dentro de cada número, a prorrata.

7. CONCLUSIONES

Ante todo, como valoración global del Proyecto, hay que decir que éste representa una vuelta nostálgica al pasado más liberal y paleocapitalista y, a todas luces, una especie de pirueta esquizofrénica del legislador, quien, tras reconocer el arcaísmo y la dispersión del ordenamiento concursal vigente, derivados de la codificación española del siglo XIX, y el predominio de determinados intereses –en contra de los generales– en el viejo sistema, como razones básicas para la reforma²⁰, reinserta el orden de prelación del Ancien Régime y vuelve a dar preferencia a los denominados por la más moderna doctrina de la teoría general como *acreedores profesionales*, es decir, *aquéllos que, ejerciendo profesionalmente el crédito*, tratan de proteger el suyo con los medios habituales para ello, como son hipotecas voluntarias o legales, tanto inmobiliarias como mobiliarias o con prenda sin desplazamiento: los grandes bancos, las entidades financieras y de créditos, así como las inmobiliarias o compañías que venden a plazo, se ven así de nuevo preferidas por la Ley como un signo de los “nuevos tiempos”.

Se podrá decir que los aspectos sociales han sido tenidos en cuenta porque, al menos, a los créditos de que son titulares los trabajadores, se les reconoce un privilegio especial y otro general e, incluso, se les da el tratamiento de créditos contra la masa. Ahora bien, basta releer los artículos 1597 y 1924, 2º-D del viejo Código civil para admitir que también esta norma decimonónica lo protegía; y respecto de su consideración como crédito contra la masa resta añadir que, aparte de que esto se hace a costa de suprimir el superprivilegio del artículo 32.1 del ET, de poco sirve tal si, incluso así, se ven postergados por los privilegiados especiales. Por todo ello, la *inadecuación a la realidad social* con que se acusa al actual régimen tal vez aluda a la mayoría política que nos ha tocado vivir y *los meritorios intentos realizados en su preparación* evoquen la indudable relación que vincula a parte del liderazgo político con prestigiosos mercantilistas.

Por último, en cuanto a conclusiones específicamente relacionadas con el objeto de nuestro estudio, hay que reiterar el carácter demagógico y superficial con que la Exposición de Motivos de la nueva Ley Concursal se refiere a la reducción del carácter privilegiado sólo de la mitad de los créditos de que dispone la Seguridad Social. Para antes de la declaración judicial y también después hay aspectos novedosos que no sólo son perjudiciales para la Tesorería General: entre los primeros, el novísimo derecho de separación para recuperar las retenciones de seguridad social hechas por el concursado, en cumplimiento de una obligación legal; o entre los segundos, la consideración de determinados créditos como créditos contra la masa.

²⁰ Ver Exposición de Motivos, I.

Con todo, no se puede olvidar que las posibilidades reales de suscribir directamente un convenio o de adherirse a un convenio ya propuesto, aparte de constituirse en una relativa novedad, se incrementan para la Seguridad Social, no sólo porque esa sea la filosofía del Proyecto, sino sobre todo porque tal posibilidad está directamente relacionada con la naturaleza ordinaria de los créditos de tal naturaleza: en la medida, en que la mitad del conjunto de los créditos de seguridad social se transforman, por mor de la nueva Ley, en ordinarios durante el concurso, en esa misma medida se está induciendo legalmente a la Tesorería General a firmar o adherirse a un convenio, como la vía más pragmática para recuperar todo o parte de lo que se le adeude.

Pero todo esto no quiere decir que la Seguridad Social no disponga de medios en el Proyecto, como los que disponía hasta ahora, para no verse obligada por la necesidad de suscribir o adherirse a un convenio: en su condición de acreedor con privilegio general, la Seguridad Social podrá decidir que se le liquide al menos la mitad de lo que se le deba, en lugar de someterse al convenio. Y en tanto sus créditos son privilegiados, ordinarios y subordinados, está en una inmejorable situación para responder al concurso de un deudor de forma más flexible y polivalente, es decir, con convenio y con liquidación, en la medida en que no son soluciones contradictorias si se ejercitan de forma sucesiva.

Por el contrario, no hay más remedio que reconocer que, al menos desde la perspectiva de la liquidación del concurso, empeora la situación de la Seguridad Social, tanto si la comparamos con la posición privilegiada actualmente prevista por el ordenamiento vigente como si la medimos con la que seguirá manteniendo durante un proceso de ejecución singular instado contra un eventual deudor común. En ambos sentidos, la situación de los créditos de la Seguridad Social ha empeorado porque una parte no desdeñable de los mismos se convierten en ordinarios y los intereses y recargos de mora se hunden en la consideración de subordinados, lo que representará, sin duda, una dificultad añadida por la Ley para su recuperación.