

22.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2009

La concursabilidad de los créditos por retenciones por IRPF practicadas con anterioridad a la declaración de concurso. Devengo vs. exigibilidad. Cómputo privilegio general y recargos tributarios

Comentario a cargo de:

ABEL B. VEIGA COPO

Profesor Agregado de Derecho mercantil

Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE)

SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos

Asunto: La sentencia versa sobre la polémica cuestión de la calificación de las retenciones tributarias practicadas con anterioridad a la declaración del concurso. El devengo es preconcursal y la exigibilidad e ingreso efectivo se produce constante éste. Asienta el Supremo un criterio ecuaníme y razonable por el que diferencia lo que es nacimiento o devengo del momento de la exigibilidad y pago. Los créditos por retenciones por IRPF son créditos concursales si corresponden a retenciones practicadas con anterioridad a la declaración del concurso, aunque su ingreso tenga lugar con posterioridad. Nuevamente se incide en el cómputo del privilegio general de los créditos tributarios así como en la calificación de los recargos tributarios.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2009

La concursabilidad de los créditos por retenciones por IRPF practicadas con anterioridad a la declaración de concurso. Devengo vs. exigibilidad. Cómputo privilegio general y recargos tributarios

ABEL B. VEIGA COPO

*Profesor Agregado de Derecho mercantil
Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE)*

Resumen de los hechos

En el caso enjuiciado se dirime, entre otras muchas cuestiones que, a lo largo de estos ya más de cinco años de vigencia de la norma concursal han sido cuando menos polémicos y han visto como han proliferado demasiadas interpretaciones sesgadas e interesadas a favor del crédito público. En esta sentencia se precisa la naturaleza del crédito por retenciones y se vuelve de nuevo y como ya sucedió con las dos anteriores del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009 sobre el cómputo del privilegio del crédito público así como la naturaleza de los recargos, tanto tributarios como de la seguridad social. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las demandas incidentales en concurso de acreedores interpuestas por la AEAT y (a) computó el privilegio de la Hacienda pública únicamente sobre el conjunto de los créditos no privilegiados o subordinados; (b) consideró los recargos tributarios y de la Seguridad Social como créditos subordinados; y (c) aceptó la calificación hecha por la Administración concursal de determinados créditos tributarios por IVA y por IRPF como créditos concursales y no como créditos contra la masa.

Por su parte la Audiencia Provincial confirmó la sentencia argumentando, en síntesis, que (a) el privilegio general del artículo 91.4 LCon debe calcularse descontando «del conjunto de los créditos» los privilegiados o subordinados, pues de lo contrario se estaría privilegiando a los créditos ya privilegiados y se estaría alterando la peor condición de los créditos subordinados; (b) los recargos tributarios y de la Seguridad Social son una sanción a los efectos del artículo 92.4 LCon y deben considerarse como créditos subordinados; (c) los créditos

correspondientes al IVA ya devengado y a las retenciones por IRPF efectuadas con anterioridad a la declaración del concurso, aunque la liquidación o declaración tenga lugar con posterioridad, son créditos concursales y no créditos contra la masa por no haberse generado por la actividad del concursado tras la declaración del concurso.

COMENTARIO

Sumario: 1.- Introducción. 2.- De nuevo sobre el cómputo privilegiado del crédito tributario. 3.- Calificación de los recargos por deudas tributarias y de la Seguridad Social. 4.- La retención: naturaleza y efectos. 5.- Bibliografía.

1. Introducción

De nuevo el Tribunal Supremo aborda el crédito privilegiado tributario, sin duda uno de los que más polémica –interesada en todo caso– ha suscitado a lo largo de estos poco más de cinco años de vigencia de la normativa concursal. Esta vez la sentencia analizará además de idénticas cuestiones concernientes a créditos públicos –tributarios o de la seguridad social– a las tratadas en las pioneras, necesarias y claras de 21 de enero de 2009, la cuestión del crédito por retención tributaria, la calificación de los créditos tributarios por IVA, amén de tocar de pasada y ratificar la posición jurisprudencial ya consolidada incluso por las instancias inferiores de relegar a los recargos tributarios al lugar donde realmente le corresponde, esto es, a sede de créditos subordinados. No ha sido pequeño el enroque ni tampoco la obstinada lucha que durante todo este tiempo han desplegado Abogados del Estado y la Agencia Tributaria al respecto, así como las dificultades intrínsecas para sentar nuevamente y esperemos que así sea sin ningún atisbo de duda la forma de computar el privilegio tributario general del artículo 91.4 de la Ley. Estos han sido uno de los caballos de batalla que la Agencia Tributaria ha planteado desde los inicios del propio *iter* legislativo y, ya con más contumacia, desde la promulgación de la normativa concursal. No ha importado torcer las líneas del artículo o artículos ni interpretar en exceso las entrelíneas. El otro caballo de batalla ha sido la interpretación del artículo 71 de la Ley General Tributaria que con la disposición final 11^a de la norma concursal sufre un cambio importante al incorporar la exigencia de que, en caso de concurso, los créditos tributarios queden sometidos a los dictados de la concursal. Se entendió veladamente que en función de la solución concursal, convenida o liquidatoria, jugaba con preeminencia una u otra normativa. Así, en caso de liquidación la sede prelativa del crédito tributaria se pretendía que se impusiese el dictador de la norma general tributaria, específicamente, el artículo 77, y, en caso de solución convenida la clasificación creditual sería reconducida por la norma concursal, artículos 90 y, sobre todo, 91 concursales. (Vid.,

entre otras muchas las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de marzo de 2007, del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Málaga las de 9 de enero de 2009 y 13 de abril de 2009).

Algo debe de empezar a quedar claro de una vez por todas. A saber, la subordinación de la Ley tributaria en materia de clasificación de los créditos públicos a efectos de concurso a la normativa propia del concurso de acreedores. Ahí empieza y termina todo choque, interesado y subrepticio. Lo que sale por la puerta no puede entrar por una ventana trasera. De otra parte y posiblemente ante la timorata y endeble reducción de los privilegios que alumbró la norma en 2003 ha de presidir en todo caso una limitación total de los derechos preferenciales y pretensiones de los acreedores públicos y su ubicación dentro de los parámetros, devaluados sin duda, y que quizás haya que replantear, de una efectiva *par condicio creditorum*, santa sanctorum de una utopía que a todas luces se hace irreal en el concurso. La asimetría ante el riesgo, los costes de agencia y las imposiciones legales han hecho inefectiva aquella idea valor auspiciada a rango de principio inefectivo. De otra parte, ha de terminarse con la ambigüedad e impostura de tratar de hacer de los recargos un crédito autónomo e independiente, cuando el mismo ha de ser considerado, como lo que es, un crédito accesorio de la obligación. Una accesoriedad que no se circunscribe únicamente a los intereses, sino que se predica y extiende holísticamente a todo el recargo, dado que los recargos ejecutivo y de apremio excluyen y sustituyen precisamente los intereses moratorios desde el inicio mismo del período ejecutivo. No puede ignorarse que el apremio ordinario es una sanción por falta de cumplimiento precisamente, de una deuda tributaria que no se atiende tempestivamente. O entendemos el concepto de sanción en un sentido extenso, amplio por donde no se escapan subterfugios, o banalizamos la clasificación de créditos tan clara como taxativa de los artículos 89 a 93 de la norma concursal.

2. De nuevo sobre el cómputo privilegiado del crédito tributario

Una de los puntos más controvertidos, interesadamente controvertidos y falsamente polémicos, ha sido durante estos años de vigencia concursal el efectivo y expeditivo cómputo del alcance cuantitativo del privilegio general tributario del artículo 91.4 de la Ley Concursal. Como ya hemos avanzado en anteriores ocasiones, el crédito público, sobre todo tributario y de la seguridad social, sea quien sea la Administración territorial la que se irroque el crédito es susceptible de calificarse tanto como privilegiado, sea especial sea general, como ordinario y subordinado. Es más, en no pocas ocasiones reunirá al mismo tiempo la totalidad de las clasificaciones credituales. No es menos cierto que ya antes de la promulgación de la norma, y en los avatares legislativos que acompañaron a la misma se discutía en la doctrina, máxime en los iusprivatistas, la vitalidad o por el contrario la negación del privilegio tributario.

La Ley General Tributaria en su artículo 77 aparte de reubicar el derecho de prelación del crédito tributario que posterga a los acreedores de dominio (mal llamados acreedores de dominio), prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el Registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, también subordina su eficacia a lo que establezca la Ley Concursal, ya que el mencionado precepto además añade que en caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta se someterán a los establecido por la Ley Concursal. Algo que *mutatis mutandis* se hace también respecto a la prelación de créditos que establece el Código civil, en cuyo artículo 1921 se ha añadido la coetilla “*en caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal*”.

Qué se debe computar y qué debe quedar a extramuros del privilegio general, ha sido una cuestión harto recurrente que ha generado no pocas y estériles discusiones jurídicas y técnicas que nunca han debido producirse. La cuestión que tenía centrado el debate era la discusión interpretativa sobre el significado y alcance del privilegio general reconocido en el apartado 4.º del artículo 91 y más concretamente dotar de sentido a la mención contenida en la norma acerca de que “*este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe*”. Se trataba que no trata dado que no se puede a estas alturas hablar en presente, de determinar cuál es la base de cálculo que ha de utilizarse para cuantificar el privilegio de que hablamos, tarea en la que necesariamente habrá de tenerse en cuenta también el inciso primero de la norma, esto es, si la base de cálculo del 50% ha de incluir “el conjunto de los créditos” reconocidos a favor del acreedor institucional de que se trate –en este caso créditos de la Hacienda, pero lo mismo cabe cuando es la Seguridad Social la acreedora– o por el contrario deberán excluirse aquellos que ya gocen del privilegio reconocido en el apartado 2.º artículo 91 amén de los que son o deben ser a todas luces créditos subordinados, como las sanciones, intereses, multas y recargos. Sorprendentemente la postura maximalista, esto es, introducir todo crédito tributario con independencia de la causa del mismo en el sumando para calcular el importe del privilegio general (50%) era un auténtico disparate, amén de aberración jurídico concursal. Rompía la filosofía, mala sin duda, de limitar los privilegios concursales. Y decimos mala no porque la limitación o reducción, –poda de privilegios– no es que sea necesaria y deseable, sino porque se amputó en escaso, máxime en créditos públicos. [Sobre este extremo ya nos hemos pronunciado quizás con excesiva vehemencia y rotundidad, vid. VEIGA COPO, 2006, pp. 94 y ss.]. Indudablemente las visiones hasta cierto punto antitéticas entre iusprivatistas y iuspublicistas, máxime tributaristas, han terminado por emponzoñar el debate hasta que los tribunales han limado toda arista de parte [Vid. entre otros LUQUE CORTELLA, pp. 117 y ss.,

sobre todo desde una óptica jurisprudencial, de cuyas sentencias algunas esgrimen una interpretación irrestrictamente gramatical]. Queda sentado y ratificado ahora por el Tribunal Supremo en tres sentencias en definitiva de 2009, las dos de 21 de enero y esta de 20 de septiembre, el perímetro real, tanto cuantitativo como cualitativo que debe tener el crédito tributario. Aborda esta última, además de referirse de nuevo a la cuantificación y cálculo del privilegio y el carácter inequívoco del recargo como crédito subordinado en el concurso, la cuestión de las retenciones tributarias.

Sin embargo, en los cinco años ya transcurridos el Legislador ha pretendido todo lo contrario. Tal y como consta en el primer inciso del artículo 91.4, el legislador ha concedido este privilegio, muy discutido doctrinalmente, sólo para los créditos que no gocen de privilegio especial (art. 90 –prendas e hipotecas, sobre todo las legales tácitas–) ni del privilegio general del 91.2. En este mismo sentido se ha pronunciado la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 19 de enero de 2006, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña en sus sentencias de 7 de abril de 2006 y 10 de abril de 2006, la Audiencia Provincial de Soria en su sentencia de 12 de mayo de 2006, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña en su sentencia de 16 de mayo de 2006, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en su sentencia de 16 de junio de 2006 y la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña en su sentencia de 26 de junio de 2006. Del mismo modo, todas las sentencias citadas, concluyen que para el caso de créditos por recargos, tanto tributarios como de Seguridad Social, aunque no sean una manifestación del *ius puniendi* del Estado que precise de las garantías de un procedimiento sancionador, sí son una sanción a los efectos del artículo 92. 4 Ley Concursal. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales no tienen recelo en tachar de “hipertrofia de privilegio” a esa pretensión desorbitante de la administración tributaria de pretender que aquellos créditos a los que de un modo u otro ya se les ha reconocido un privilegio vuelvan a recibir siquiera parcialmente de nuevo un trato o favor privilegiado reduplicado [así véase fundamentalmente la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, nº 2 de Madrid de 23 de junio de 2005, como también la de Barcelona de 27 de febrero de 2006. Concluyente la primera cuando asevera como “si el artículo 91.4 no hace referencia a la necesidad de deducir –además de los otros privilegios– el importe de los créditos subordinados para hallar la base a la que aplicar el 50 por 100, ello se debe, bien a un olvido involuntario, o bien –acaso con mayor probabilidad de acierto– a consideraciones de carácter sistemático derivada de que, no estando destinado el precepto a disciplinar el tratamiento de los créditos subordinados, no consideró necesaria esa específica matización, tal vez por reputarse sobreentendida en la propia naturaleza y finalidad de la subordinación crediticia”].

Es evidente que la propia dicción del artículo 91.4 cuando asevera en expresión escasamente afortunada, del “conjunto de los créditos” empleada por el inciso segundo del apartado 4.º induce a cierta confusión, que en todo caso debe

ser diluida desde una hermenéutica razonable y práctica de la norma, con sentido y prudencia jurídica, trascendiendo su mera literalidad (artículo 3.1 CC), y teniendo presente su ubicación sistemática dentro del propio artículo 91 con toda la filosofía que el mismo encierra pero a la vez abraza. El cómputo es selectivo, no holístico u omnicompreensivo, abarcativo únicamente del conjunto de las cantidades restantes y que no gocen de ningún otro privilegio, –caso de los créditos por retenciones– pues una interpretación distinta conduciría además al tratamiento injustificado de dotar de un doble privilegio a las sumas por retenciones, una primera *ex* apartado 2.º artículo 91 y una segunda al utilizarlas además para el cómputo del privilegio del apartado 4.º, así como los créditos que, en el proceso de verificación son relegados a la antítesis del privilegio, a la subordinación, que en modo alguno pueden entrar en el cómputo del privilegio general. Son cuantías perfectamente individualizadas y sobre todo, segregables.

Sin duda, el Tribunal Supremo en estas tres primeras pero trascendentales sentencias, viene a romper con ese interesado subterfugio al que algunos trataron de asirse con descaro y sonrojo, y a dar razón a buena parte de la doctrina que vehemente y con valentía mantenían en sus justos parámetros lo que siempre ha dicho y no querido decir ni tampoco pretendido el citado artículo. Y es que en definitiva, ha costado el digerimiento de una progresiva y paulatina pérdida de preferencia del crédito tributario. Adviértase que el 91. 4º no es exclusivo y blindado para el crédito tributario, lo es para todo crédito público vehiculado a través de ese aserto “... y demás de derecho público...”. [Advierte en este punto con acierto, GARCÍA GÓMEZ, p. 382 como esto supone dar cobijo a otro tipo de créditos que no responden esencialmente a los fines constitucionales que amparan la exacción de tributos (el deber de contribuir), y donde se incluyen prestaciones con distintos perfiles jurídicos, como los precios públicos, cuya razón de ser tiene que ver con la prestación de servicios o actividades administrativas realizadas en concurrencia con el sector privado].

De otra parte también ha de dilucidarse la base sobre la que se ha de aplicar el porcentaje del cincuenta por ciento que establece el artículo 91. 4º de la norma concursal, si tiene un sentido holístico y, por tanto, omnicompreensivo de toda la cuota tributaria o sólo tamaña reducción se circunscribe a determinadas obligaciones tributarias [señala GARCÍA GÓMEZ, cit., p. 381, como este cómputo del crédito a efectos de saber que tanto por ciento es privilegiado, es sin duda una de las claves de la reforma concursal, de acuerdo con los objetivos de reforzar al *par condicio creditorum* en detrimento de los privilegios tradicionales]. Saber, además, distinguir entre nacimiento y devengo de un crédito y exigibilidad del mismo, algo que lejos de ser difuso es, o debe ser lo suficientemente claro de cara a resituar donde realmente le corresponde a aquellos créditos que aún exigiéndose en un momento potconcursal nacieron antes de la declaración del concurso. Razón que además ha de aplicarse a las sanciones, pese a la subordinación de las mismas.

Una de las cuestiones medulares cuando no nuclear sin duda, es la de diseccionar acertadamente hasta dónde llega y hasta dónde no el privilegio tribu-

tario, es decir, si éste alcanza toda deuda u obligación tributaria, sean obligaciones principales, sean de ingresar a cuenta, o si además incluye lo que se conoce como *tributos parásitos* así como toda obligación accesoria, las sanciones tributarias pecuniarias, o incluye únicamente la cuota tributaria. Ahora bien, la limitación hasta el cincuenta por ciento de su importe significa al menos plantearnos una serie no menos importante de interrogantes, ¿qué pasa cuando coexisten y coinciden varios créditos de distintas Haciendas?, ¿el límite es global para todos o cada Hacienda tiene su límite individualizado?, ¿han de prorratearse necesariamente los créditos entre las diversas Haciendas? ¿y si esto es así quién debe hacerlo y, sobre todo, cómo debe verificarse tal prorrateo?

Parece más acertado que la aplicación del porcentaje del 50 % a los créditos hacendísticos se lleve a cabo por separado para cada una de las Haciendas, sean locales, autonómicas o la estatal. Lo que el artículo 91.4º hace es atribuir únicamente la condición de privilegiado a la mitad del importe del conjunto de los créditos tributarios y de la Seguridad Social lo que supone someter simultáneamente al mismo crédito a un tratamiento completamente diferenciado, como ordinario en una parte y privilegiado en otra, pero no dice ni cómo ni por quién, ni menos distingue entre créditos. De otra parte, el artículo menciona la Hacienda Pública como también hace la Ley Tributaria, que sigue atribuyendo la prelación a los créditos de la Hacienda Pública. ¿Significa entonces que el privilegio es estatal o por el contrario también autonómico y en su caso local? ¿Acaso no existen varias Haciendas Públicas y no sólo la estatal? Es cierto que la ley tributaria adolece del grave defecto de no detallar en una disposición qué preceptos tienen carácter básico y por tanto de aplicación al Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales. No obstante entendemos que la referencia a la Hacienda Pública lo es a la Hacienda en sentido subjetivo; esto es, al propio Estado y demás entes públicos en tanto desarrollan semejante actividad. El propio artículo 91.4º de la Ley Concursal atribuye un privilegio general a los créditos “tributarios y de Derecho Público” con carácter general, por lo que afectará a todos los acreedores tributarios [GARCÍA NOVOA, p. 333; vid. también LUQUE CORTELLA, cit., p. 105, para quien es insostenible identificar la Hacienda Pública exclusivamente con la estatal extendiéndose también a los demás niveles de la Administración]. Por tanto, el carácter privilegiado ha de predicarse de los créditos tributarios del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, a quienes, por otra parte, refiere la Ley General Tributaria de modo expreso *otros privilegios*, como la hipoteca legal tácita.

El derecho de prelación de la Hacienda Pública requiere además una anotación de embargo en el registro, de modo que tal anotación es necesaria para que el privilegio que concede la ley no se vea postergado ante otros derechos inscritos con anterioridad en el Registro [ARRANZ DE ANDRÉS, p. 79].

Acierta de plano y pleno la sentencia de 20 de septiembre de 2009 al interpretar correctamente el artículo 91.4, excluyendo de la base del cálculo los créditos con privilegio especial y las retenciones lo que se justifica por su específico

rango privilegiado conforme el tenor también de los artículos 155 y 156 así como los subordinados al no haber razón alguna que justifique el incremento de la cuantía del privilegio general lo que sin duda perjudicaría a los acreedores ordinarios. Resultan por consiguiente privilegiados hasta el 50 % de su importe todos los créditos que puedan ser calificados de públicos y no sólo los tributarios o de la Seguridad Social sino cualquiera que resulte a favor del Estado o de sus distintas administraciones públicas. No es muy convincente aquella postura doctrinal que aboga por extender el límite del cincuenta por ciento a todos los créditos de la Hacienda, es decir a un solo cómputo de modo que ha de prorratearse entre todos, y sí lo es en cambio, aquella postura que parte de entender ese límite para cada una de las administraciones. Así las cosas el porcentaje habrá de calcularse por separado para cada una de las Haciendas Públicas. [Conforme TEJERIZO, p. 472 y se basa precisamente en que el artículo 91 no lo dice expresamente, es lo que debe desprenderse del cálculo separado, éste sí expresamente ordenado, de los créditos tributarios y de los de la Seguridad Social].

Ahora bien ¿a qué créditos ha de aplicarse el porcentaje establecido en el artículo 91.4º de la Ley? Dada la ambigüedad de la Ley Concursal en este aspecto así como una manifiesta inconcreción muchas han sido las posturas mantenidas hasta el momento tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Hay quien mantuvo la exclusión de esta aplicación del límite de algunos créditos tributarios si bien en ningún momento se explica la *ratio* de semejante elusión. Algunos con más acierto excluían de este límite del 50 % los créditos que gocen de privilegio sea éste especial sea general. Para qué una doble calificación o clasificación? Otras voces en cambio, únicamente lo preconizan de los créditos subordinados. Pero las variables son muchas, otros además señalaban que el límite se calculará sobre la totalidad de los créditos hacendísticos, cuando no, se calculará únicamente sobre aquellos créditos tributarios que no reciban calificación legal, o lo que es lo mismo, excluyendo a los privilegiados y a los subordinados. De este modo la reducción del 50 % se aplicaría únicamente a aquellos créditos tributarios que, o bien no estén tutelados por una causa de preferencia negocial, como una hipoteca legal tácita, o bien que no gocen de privilegio general, como por ejemplo las retenciones tributarias del apartado 2º del artículo 91, o bien de aquellos créditos que tampoco puedan calificarse como subordinados, intereses de demora, sanciones y recargos. Por tanto la reducción opera en todos aquellos otros créditos tributarios que de un modo u otro no encajen en las calificaciones anteriores. Pero también se ha postulado el cálculo primero del 50 % de todos los créditos tributarios deduciendo después la cantidad precisada en el importe de los créditos cuyo privilegio está declarado expresamente en la norma concursal [es la postura que mantiene TEJERIZO, p. 475-477 con un claro ejemplo gráfico, defendiendo que la cifra así obtenida será el importe de los créditos tributarios que no tuvieran una calificación legal previa (como privilegiados o subordinados) por lo que tendrán la consideración de ordinarios].

Por tanto y a efectos de claridad cuantificadora gozarán de privilegio general conforme al dictado del artículo 91.4º Ley Concursal, esto es en un 50 % de su valor, siendo el restante 50 % ordinario, aquellos créditos que no tengan privilegio especial o causa de preferencia de origen negocial, que no tengan la consideración de retenciones tributarias (a los que la ley atribuye privilegio general ex artículo 91.2º), ni que tampoco tengan la consideración legal, o en su caso convencional (cuestión rarísima), de subordinados. Este ha sido hasta el presente el sentir unánime de los procedimientos jurisprudenciales de los Juzgados de lo Mercantil, hasta llegar finalmente al Supremo. Por su parte, la Administración tributaria ha entendido, cuando no construido, su propia tesis interpretativa del artículo 91. 4º, manteniendo, que el 50 % del privilegio se calculaba sobre el importe total de los créditos que detentase o esgrimiese la Hacienda Pública. Cualesquiera que fueren esos créditos al margen de la clasificación especificada y regulada en la norma concursal. Toda vez que se determina la cuota privilegiada del 50 % se procedía por la Hacienda a computar por su importe total los correspondientes a causas de preferencia negocial o privilegio especial, las retenciones también con privilegio general pero del 100 % conforme al apartado 2º y, por último los subordinados. De este modo se agregaba artificiosa y artificialmente el sumatorio créditos a los que en realidad correspondía otra clasificación, pero que, en todo caso, servía para acrecer el resultado del privilegio del artículo 91.4º, y ulteriormente se pretendía situar en la lista de acreedores cada crédito donde le correspondía. La Hacienda busca que se contemple en el privilegio la totalidad de los créditos que ostenta la misma, no sólo los créditos que se ciñen estrictamente a la noción de “créditos tributarios”. Mas, ¿sabemos, doctrina y prácticos del derecho, lo que en realidad es crédito tributario?, ¿somos capaces de acotarlo, depurarlo y diferenciarlo de deuda tributaria y del resto de créditos de la Hacienda Pública? ¿Cómo vamos a incluir en la base del cálculo del privilegio del 50 % del 91.4º aquellos créditos que ya tienen otro privilegio mejor y especial o general en un 100 por cien como es el caso de las retenciones?

3. Calificación de los recargos por deudas tributarias y de la Seguridad Social

Otro de los caballos de batalla que, con contumacia y cierta arrogancia, han jalonado el devenir concursal hasta el presente ha sido la cuestión, por llamarle cuestión, del recargo público [Vid. ORDIZ FUERTES, pp. 321 y ss.]

Amén de la distinción tanto dogmática y práctica de la diferente tipología de recargos, éstos han de considerarse o ser partícipes al menos de su condición de sanción por falta de cumplimiento. Y esta falta más o menos tempestiva o total graduará la intensidad del recargo como su tipo. No han faltado autores que han asimilado el recargo al interés, cuestión que no es intrascendental

pero que, amén de ser igualmente subordinados, sí suben un peldaño en la escala graduatoria de la clasificación de créditos, lo que hipotéticamente les permitiría en el caso de cobrar en la liquidación, hacerlo antes que las sanciones. No ha de olvidarse empero, que los recargos ejecutivos y el de apremio sustituyen los intereses moratorios a partir del inicio del periodo ejecutivo, lo que, en cierto sentido, cumplen análogas funciones. Es de resaltar por tanto, que cuando un recargo no tiene una función sancionadora es porque desarrolla un papel similar a los intereses, que también son créditos subordinados conforme al artículo 92.3 sin que tal previsión deba entenderse referida a los postconcursoales, pues éstos se encuentran sometidos al régimen del artículo 59 de la normativa concursal. Enjaezados por un confusionismo terminológico pero también doctrinal, sea éste propio, sea ajeno como es el de los iusprivatistas cuando con respeto nos asomamos al ámbito tributario, pronto triunfa la desazón y cierta desesperanza cuando se comprueba la falta de unidad tanto conceptual como terminológica. Agencias y Abogacía del Estado han interpretado en terreno propio los resquicios ambiguos y amplios que ha dejado entreabierto la propia norma concursal. Pero la unidad de criterio también ha estado ausente entre concursalitas, máxime en sede de cómputo de privilegio general, –nada hay que decir respecto a las causas de preferencia negocial, sean prendas, hipotecas o anticresis, voluntarias o legales, pues o se contratan o no se contratan, y por tanto existe el derecho preferencial o no–, yendo más allá de lo que implícitamente decía la norma (artículo 91.4º Ley Concursal) pero también de lo que explícitamente no decía la norma, caso de los recargos que al no mentarlos, han interpretado de soslayo que los mismos tenían cabida dentro del privilegio general y, por tanto incidía en el cómputo del crédito a efectos de su colocación en la lista de acreedores que culmina la verificación de créditos y radiografía fidedigna de la masa pasiva. Se valían, todo hay que decirlo, de la zozobra tanto doctrinal como jurisprudencial que ha vacilado, rectificado, cuando no inventado elementos y caracteres que configuran la naturaleza enrevesada de los recargos tributarios. Las voces más críticas, pero también en cierto sentido disconformes sobre todo desde la atalaya tributaria, han bramado ante lo que han juzgado como descenso a los infiernos del crédito tributario, en este caso, del crédito público.

Despejada ya toda duda que se había venido infiriendo a la clasificación de estos créditos, es lícito y obligado recordar como normalmente la jurisprudencia de instancia no ha vacilado en afirmar y atribuir al recargo el carácter subordinado. Como botón de muestra, respecto a la calificación que han de tener los recargos, la sentencia del JM n.º 4 de Madrid de fecha 21 de abril de 2005 que manifiesta que “los recargos (ya sean de apremio ya de demora) de los créditos institucionales son, efectivamente, ingresos de carácter público (con la calificación de recurso de la Seguridad Social, según el artículo 86 de la LGSS y el artículo 1.1 del Reglamento General de Recaudación de la SS - RD 1415/2004 de 11 de junio), pero no debe olvidarse que su finalidad está más próxima, en

unos casos, al resarcimiento por retraso, asemejándose así a los intereses; y en otros, cuando alcanzan porcentajes tan elevados que desbordan el carácter indemnizatorio, se asimilan a una auténtica penalización. En cualquier caso, se trata de una prestación accesoria al crédito principal (tal distinción se advierte en los arts. 25, 27 y 30 de la LGSS y en el artículo 10 del Reglamento General de Recaudación de la SS - RD 1415/2004 de 11 de Junio, donde los recargos son consecuencia de la no realización en plazo del ingreso por la cuota) ”.

Es cierto que a la hora de proceder a la verificación de créditos y su ubicación en la lista, la pauta ha sido romper la unión accesorio-principal, de modo que si a priori pensásemos que lo accesorio merecía el mismo tratamiento que lo principal, esto ha quedado en entredicho concursalmente; al contrario, la distinción entre principal e intereses es tajante, siendo éstos clasificados como subordinados (artículo 92.3 LC). Por lo que si se entiende que el recargo cumple una función similar al interés su clasificación en el concurso debería ser la misma. Y cuando cumpla una finalidad equiparable a la penalizadora o sancionatoria (tanto por su elevado porcentaje como por su compatibilidad con el interés moratorio) también sería de aplicación la clasificación como subordinado (artículo 92.4).

La exposición de motivos de la Ley Concursal es clara al señalar de modo expreso (punto V) que la categoría de créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social. Además, el artículo 86 de la LGSS distingue, al enumerar los recursos generales para la financiación de la Seguridad Social, entre cuotas, por un lado, y “cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga”, por lo que la equiparación de estos últimos conceptos proviene del propio texto de la ley.

En efecto, ni siquiera cuando se trata de indagar y hallar la tipología de los recargos, pero sobre todo, la naturaleza jurídica del recargo tributario a efectos de su justa y recta calificación en el concurso como crédito que es accesorio del principal tributario, se puede apreciar puntos de encuentro y convergencia entre los tributaristas, pero también en la propia y específica jurisprudencia, incluida la del Constitucional que, al enfrentarse al embrujo del recargo, hallan esa necesaria unicidad conceptual. Sobran tipologías y empeños en rebautizar los conceptos y los tipos. Ni siquiera hay consenso ni puentes de entendimiento, salvo asimilaciones forzosas a efectos prácticos. Para mayor abundamiento, la norma concursal ha guardado un absoluto silencio respecto al recargo, con lo que ha dado pábulo, inconscientemente o no, a interpretaciones extensivas e irrestrictas que han querido ver lo que simplemente no se podía ni debía ver.

Y es que la orientación conceptual y la configuración de los elementos configuradores del recargo basculan entre causas de indemnización, resarcimiento, punitivas, coercitivas, estimuladoras, intereses y sanciones. La confronta-

ción y pulso concursal que ha esgrimido durante este tiempo la Agencia tributaria preservando el valor del recargo, así como el afán y empeño, primero de contrarreformar y, después, de reinterpretar a su antojo las ciertamente ambiguas y amplias normas, han terminado por solidificar una interpretación contraria a sus pretensiones. Reformas y contrarreformas, obstinaciones varias y alguna que otra chapuza jurídica han terminado por jalonar pero también sentar cierta cordura interpretativa así como una armónica y única dirección, labor sensata ésta que ha llevado a cabo el Tribunal Supremo, en una primera sentencia de 21 de enero de 2009, acompaña ese mismo día de otra para el ámbito del crédito de la seguridad social, y de una segunda, más reciente en el tiempo de 20 de septiembre de 2009 sobre créditos por retenciones por renta física. Así al demediado afán por interpretar donde no había realmente nada que interpretar sino utilizar a beneficio propio y mera conveniencia lo que la Ley no había dicho ni regulado, han seguido reformas legislativas que resituían el crédito público así como la labor de inspección de la Administración Pública ante una práctica en el proceso de verificación de créditos tan anómala como irregular (véase la nueva redacción conferida al artículo 87.2 en sede de reconocimiento de crédito público para albergar y dar cabida a la siempre controvertida y extemporánea labor de comprobación e inspección de la administración) [Vid. sobre esta labor de inspección y sobre todo sobre la potestad certificante en anteriores trabajos, VEIGA COPO, 2009; id. “Sobre el reconocimiento”, pp. 395 y ss.; id., “Créditos públicos”, pp. 645 y ss.].

Empieza a vislumbrarse –una objetiva clasificación del crédito tributario, desmembrando las distintas partes de un todo que lo integran y que no deben formar un único capítulo o conjunción de intereses de cara a su delimitación en la masa pasiva y, sobre todo, en el arduo y complejo en ocasiones proceso de verificación de los créditos.

4. La retención: naturaleza y efectos

Objeto central de esta sentencia de 20 de septiembre de 2009 es la situación clasificatoria de las retenciones tributarias en el reconocimiento de créditos. Escudriñar cuál es la auténtica posición de la Hacienda Pública respecto de los créditos por retenciones, incluso por cuotas repercutidas, en el proceso concursal. [De naturaleza dudosa califica GARRIDO, p. 1645, este privilegio, dado que las retenciones se practican en teoría para asegurar que los créditos de la Hacienda y la Seguridad Social contra los trabajadores sean satisfechos]. No cabe duda que el principal obligado no es el empresario o empleador, este coadyuva o es un obligado meramente subsidiario de esta obligación que pesa y grava al trabajador. Las retenciones, a fin de cuentas, satisfacen una deuda ajena aunque en nombre propio. Esa es la función que el retenedor viene a desarrollar. No obstante, el legislador de 2003 tuvo especial empeño en diferenciar

y propiciar a las retenciones un tratamiento diverso y de mayor entidad que al resto de créditos tributarios y de la seguridad social. [Señala LUQUE CORTELLA, p. 113 como tal vez ha pesado el doble efecto negativo que origina la falta de ingreso de las retenciones en las arcas públicas: de un lado, no se produce el ingreso de las cantidades por estar inmerso en concurso la persona obligado a efectuarlo, el retenedor; y de otro, dichas cantidades se consideran efectivamente ingresadas cuando presenta la liquidación del impuesto el tercero que ha sufrido la retención previa].

Y las líneas fronterizas son difusas y no en pocos casos generan ciertas dudas, pues si el momento del nacimiento y el de la exigibilidad o devengo marcan sin duda una diferenciación nuclear de cara a calificar de una u otra manera estos créditos, ¿qué sucede por ejemplo con aquellas retenciones por salarios que han de practicarse y que corresponde a los últimos treinta días antes de que se declare el concurso?, salarios del último mes que como todos sabemos entró a última hora por la puerta trasera del artículo 84 de créditos contra la masa, aún sin serlo, pero sí un viejo rescoldo del artículo 32 del Estatuto de los trabajadores. No criticamos la finalidad perseguida, asistencial y si cabe, humanitaria, asegurar al menos el salario del último mes, pero sí los medios, las formas en que se hizo esta recalificación del crédito, pero ¿y las retenciones de IRPF que se practican sobre este salario, es crédito contra la masa, o es crédito ordinario? Una cosa es no acogerse a las tesis que propugnan la abogacía del estado o la agencia tributaria, que no es otra que clasificar el crédito por retención por el IRPF teniendo en cuenta el momento en que procede el ingreso, con lo que de paso se abre la puerta a discriminaciones y disfuncionalidades como es el caso cuando sobre el sujeto obligado puede haber distintos regímenes fiscales, como sin duda acontece con el IVA con lo que los plazos de ingreso varían según el sujeto obligado. Si la regla general es el ingreso en los veinte primeros días de abril, julio, octubre y enero, determinados retenedores en función del volumen de las operaciones

Pero antes hemos de disociar la auténtica naturaleza de la retención de lo que puede denominarse como crédito tributario en líneas de principio. Sólo así se puede arrojar cierta claridad al título jurídico por el que estas cantidades se hallan en un patrimonio insuficiente e insolvente. Con las retenciones no es el contribuyente el obligado al pago, sino un tercero que actúa como pagador es quien recauda la deuda y la ingresa. Y ese tercero, pagador y retenedor está ahora concursado. Qué posición ocupa y cómo se sitúa en el concurso respecto de estos créditos la Hacienda, es la respuesta que el artículo 91. 2 pretende dar rompiendo con un práctica anterior que toleraba una *separatio ex iure domino*. Incluso doctrinalmente se ha asimilado a esta retención, o este privilegio público, los ingresos a cuenta que deben realizarse cuando el pagador satisface rentas en especie sujetas al IRPF [conforme entre otros, TEJERIZO, p. 468; LUQUE CORTELLA, p. 114].

La premisa inicial para solucionar no es otra que a efectos concursales la retención tributaria ya no tiene en la actualidad y tras la reforma concursal la natu-

raleza de depósito a favor de la Hacienda Pública sujeta al derecho de separación *ex iure domini* de que gozaba en abrogado derecho de quiebras. Sirva de corolario la STS de 5 julio 2000 en interpretación y aplicación del artículo 96.5 del Reglamento General de Recaudación. Así lo venía reconociendo también los pronunciamientos del tribunal Económico Administrativo Central que, en resolución de 24 de abril de 1997 atribuía a la Administración un derecho de separación en los casos de retenciones no ingresadas, postulando que estas cantidades retenidas estaban en administración o custodia del concursado retenedor. La norma concursal de 2003 pudo haber seguido manteniendo esta situación fáctica legal, pero ha optado ponderando probablemente los inconvenientes y la extrema fungibilidad e irregularidad de este bien, dinero, por otorgarle legalmente una causa de preferencia y no parapetarse en el artificio de mantener una suerte de depósito por esas cantidades retenidas. Y al hacerlo ha disociado tal vez involuntariamente distintas categorías de créditos tributarios, propiciando tratamientos por tanto diferenciados. El privilegio del artículo 91. 2 concursal no conoce ni límite cuantitativo alguno ni tampoco proyecta hacia atrás una extensión máxima de tiempo sobre el que se puede proyectar la sombra del privilegio. Ha primado en suma, la idea de que estas cantidades no son propiedad del concursado, sino de a quién se les ha retenido o detraído para ingresar ante el órgano preceptivo. [Contundente AGUILAR RUBIO, p. 115 cuando señala como se ha cambiado la conceptualización de estas cantidades retenidas que ahora se consideran, no como depósito reivindicable, sino como deuda, y por tanto como un crédito a favor de la Hacienda Pública con carácter privilegiado; véase una análisis anterior en el tiempo de VARONA ALABERN, pp. 2215 y ss.]

Hasta cierto punto se mantenía una suerte de ficción practica y efectiva entre un *sui generis* depósito y una *separatio ex iure domino*. En efecto, se partía del presupuesto de que esas cantidades perfectamente individualizadas y determinadas permanecían en el patrimonio del deudor insolvente, pero que no era titularidad ni propiedad del concursado o fallido, por lo que tanto la Hacienda como la Seguridad Social podían hacer valer su mejor derecho y reivindicar las cantidades dinerarias. Este era además el sentido del artículo 96.5 del Reglamento de Recaudación por el que se establecía que los obligados a practicar las retenciones en nombre ajeno tenían dichas cantidades en concepto de depósito, lo que daba pie a la posibilidad de reivindicarlas por su *verus dominus*. Ni estábamos ante un contrato de depósito con independencia de que se postule o predique su carácter real o consensual, ni hoy, puede hablarse de ese hipotético pero efectivo en aquel momento, derecho a la reintegración o *separatio*. En este último ámbito, la *separatio* exige una perfecta identificación de los bienes a separar, incompatible con un bien como el dinero, habida cuenta de su especial y a la vez específica ultra-fungibilidad, que le lleva lógicamente a confundirse con el patrimonio del retenedor. Depósito irregular en todo caso.

Inviabile hoy esa confusión sesgada y vetado todo acceso al artículo 80 concursal que regula la *separatio*, la retención se configura como un crédito, genui-

no y auténtico, a favor de la Hacienda Pública con el reconocimiento del privilegio general previsto en el artículo 91-2.º Ley concursal. Descartadas por lo tanto las reglas aplicables al depósito y por lo tanto el derecho del acreedor a reclamar las sumas en cualquier instante (artículos 1766 y 306 de los Códigos Civil y de Comercio respectivamente), sólo resta perfilar la naturaleza crediticia de las retenciones.

Así las cosas, la jurisprudencia (SSTS, Sala 3.ª, 13-11-99, 7-11-97, 12-2-2001, 9-10-2003) ha venido señalando que la obligación de retener a cuenta del IRPF parte de las retribuciones abonadas a trabajadores e ingresarla en la Hacienda Pública, constituye un **deber fiscal** de carácter autónomo impuesto al pagador sobre el que pesan dos obligaciones, una la de retener en concepto de pago a cuenta la cantidad que proceda, y otra la de ingresar su importe, todo lo cual se corresponde con la regulación legal hoy vigente contenida en el artículo 101 del Real Decreto Legislativo 3/2004 de 5 marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en los artículos 72, 76 y 106 del Real Decreto 1775/2004, de 30 julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Cabe señalar además por lo que respecta a la segunda de tales obligaciones, la de proceder al ingreso a cuenta –a la sazón núcleo de esta sentencia de 20 de septiembre–, que su nacimiento o devengo tiene lugar, por su naturaleza *ex lege*, cuando se realiza el hecho imponible mismo, sin perjuicio de que su exigibilidad se relegue a un momento posterior conforme a las condiciones y plazos que se establezcan reglamentariamente (STS, Sala 3.ª, de 3-12-99). Así se asevera en el fundamento sexto de la sentencia en la que no se duda del carácter de crédito concursal de la retención, dado que son créditos por retenciones correspondientes a rentas o salarios abonados con anterioridad a la declaración del concurso, con independencia del momento de conclusión del plazo para el ingreso. (Entiéndase la noción de cómputo y abono, amén de ingreso efectivo ulterior que puede inducir a ciertos equívocos). No puede olvidarse, que las retenciones del IRPF son conforme al dictado del artículo 23.1 LGT una obligación de realizar un pago a cuenta. En efecto, mediante el pago de retenciones, el empresario cumple un deber tributario autónomo al principal del trabajador, quien en el plazo establecido al efecto deberá autoliquidar lo que corresponda deduciendo lo que el empresario le retuvo. Estamos ante dos obligaciones autónomas. Y no ha de confundirse la retención con la mera obligación de retener que tiene el empresario por el simple hecho de pagar al trabajador, y que forma parte de las denominadas por el artículo 24 LGT «obligaciones entre particulares resultantes del tributo». Y es respecto a esta última sobre la que el artículo 76 RIRPF señala que «con carácter general, la obligación de retener nacerá en el momento en que se satisfagan o abonen las rentas correspondientes». Algo que no ha de confundirse, como se hace con levedad, con lo que sucede con la obligación de ingreso a favor de la Administración tributaria de lo retenido, sobre cuyo devengo, el sujeto obligado a retener y practicar ingresos a

cuenta deberá presentar, en los primeros veinte días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero, declaración de las cantidades retenidas y de los ingresos a cuenta que correspondan por el trimestre natural inmediato anterior, e ingresar su importe en el Tesoro Público.

Esto supone que las declaraciones trimestrales por las que el sujeto pagador procede a liquidar las cantidades retenidas y a realizar los ingresos a cuenta en el Tesoro Público, conforme dispone el artículo 106 del Real Decreto 1775/2004, dentro de los primeros veinte días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero, no es sino expresión del cumplimiento de una obligación exigible periódicamente pero que ya ha nacido con anterioridad en el momento en que se practica cada una de las retenciones que siguen al abono de la respectiva nómina. Y es que, el nacimiento de la obligación tributaria principal que corresponde al contribuyente por renta tiene lugar con la realización del hecho imponible, que coincide con el momento del devengo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 LGT. Según el artículo 6.1 LIRPF 2004 constituye el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente, precepto que inescindiblemente ha de leerse con el artículo 12 de la misma norma y del que resulta que hecho imponible es la obtención de renta por el contribuyente durante el periodo impositivo anual («El IRPF se devengará el 31 de diciembre de cada año [...]»).

Como bien señala la fundamentación de la sentencia, la obligación del retenedor es una obligación tributaria (artículo 58 LGT) autónoma respecto de la obligación tributaria principal y tiene un carácter bifronte, pues comporta en sí misma («en todo caso») la obligación de ingresar en el Tesoro el importe de lo retenido o de lo que debe retenerse si la retención no se verifica. La obligación del retenedor, en sus dos aspectos de retención e ingreso en el Tesoro, nace en el momento del abono de las rentas o salarios con independencia de que la retención se realice o no y del momento en que proceda efectuar el ingreso. No es admisible ni tampoco tolerable la argucia de pretender como se ha venido haciendo hasta el momento disociar la obligación de retener de la obligación de ingresar lo retenido en el Tesoro, pues estamos simplemente ante dos aspectos de la misma obligación tributaria sujetos a un régimen conjunto.

Llevado lo anterior al ámbito concursal forzoso será concluir que únicamente las retenciones practicadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso pueden ser tenidas como créditos contra la masa en la medida en que traen causa en el ejercicio de la actividad empresarial del concursado desarrollado tras dicho momento y encuentran acomodo en el n.º 5 del artículo 84.2 LCon.

Idéntico posicionamiento cabe postular de la calificación de los créditos tributarios por IVA. El hecho de que se declararan o se debieran declarar-liquidar con posterioridad al concurso no convierte esos créditos concursales en créditos contra la masa. El IVA ya estaba devengado y las retenciones ya estaban efectuadas con anterioridad. [Muy crítica con el silencio del legislador concur-

sal respecto a las cantidades repercutidas por IVA, que en ningún caso pertenecen al deudor y participan de idéntica naturaleza que las retenciones, vid., AGUILAR RUBIO, cit., p. 116] Los créditos correspondientes ya existían aunque sólo fueran exigibles con posterioridad. No se han generado por la actividad de la concursada tras la declaración del concurso sino que se han generado por su actividad empresarial con anterioridad, por más que debieran ser declarados-liquidados con posterioridad a la declaración del concurso. No convence la argucia de la administración tributaria que sostiene, subsidiariamente, la posibilidad real de llegar a distinguirse entre la parte devengada antes y la devengada después de la declaración del concurso, parapetándose para ello, en que se trata de un mero cómputo que no es material y físicamente imposible sino que la misma puede hacerse.

En el IVA, hay que partir de la distinción entre la figura del contribuyente y la del llamado sustituto del contribuyente que tienen deberes distintos. Así, según el artículo 36.2 LGT es contribuyente el sujeto pasivo que realiza el hecho imponible y es sustituto (artículo 36.3 LGT) el sujeto pasivo que, por imposición de la ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma. En el IVA, el contribuyente es el destinatario del bien o del servicio cuya entrega o prestación constituye el hecho imponible. Su obligación es de devengo inmediato con carácter general, según se deduce del artículo 75 de la Ley 28/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Si bien es verdad, que la obligación de liquidación y pago por el sustituto del contribuyente –la entidad sujeta a concurso– a la administración tributaria se devenga en los términos previstos en el artículo 71 del Reglamento del IVA.

Por otra parte, tal conclusión es la que mejor se aviene con los principios que inspiran la regulación de los créditos contra la masa cuyo común denominador (a salvo del n.º 1 de la norma) es la mera temporalidad en el nacimiento de esos créditos: su extraconcursalidad se justifica en la medida en que posibiliten el desarrollo del proceso en el que se habrán de satisfacer de forma colectiva a los acreedores concursales así como la continuación de la actividad económica del deudor en el caso de optar por la solución de convenio, para lo cual la propia Ley atiende al momento de nacimiento del crédito no al de su exigibilidad, y así repárese en que ambos momentos pueden aparecer disociados e incluso distantes en el tiempo en casos como el de las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo (n.º 5 artículo 84.2) o el de las obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado (n.º 10 artículo 84.2), a pesar de lo cual si su nacimiento fuera previo a la declaración del concurso serán en todo caso créditos concursales y no contra la masa”.

No hemos de llamarnos a equívocos que en buena medida la controversia que se ha venido suscitando se debe a la torpeza y carácter “irregular” que de la potestad certificante se ha venido abusando y realizando en el proceso concur-

sal. [Vid. entre otros nuestros trabajos, VEIGA COPO, “Créditos públicos”, pp. 645 y ss. y VEIGA COPO, “Sobre el reconocimiento de créditos”, pp. 395 y ss.]

En efecto, amén de las distintas potestades que ostenta la administración tributaria, la que certifica, no pocas veces no sólo se ha hecho extemporáneamente, sino que al albur de un subjetivo proceso investigador y de inspección, se han insinuado créditos que luego han sido rectificadas al alza o con certificaciones modificativas que alteran muy a su favor el crédito tributario. Insinuaciones por cifras irrisorias y que luego se ajustaban siempre al alza y nunca en detrimento propio toda vez que concluía la inspección más ad hoc que ajustada a un previo plan de inspección como es la pauta. Ha consagrado en cierto modo esta vía la reforma 3/2009, 27 de marzo, cuando ha dado una nueva redacción más extensiva y protectora en el apartado 2 del artículo 87 de la norma concursal, y que sitúa en el prontuario de supuestos especiales de reconocimiento. [Sobre el impacto de esta reforma en el crédito tributario, véase el trabajo de AGUILAR RUBIO, pp. 117 y ss.]. En efecto, los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía. Se trataba en suma de evitar la subordinación por esta vía, la comunicación tardía del crédito, por lo que ahora el legislador le brinda un paraguas tan tuitivo como excesivo para que toda vez que concluya las labores de comprobación y liquidación y gozando de esa protección contingente no se vea perjudicada la administración tributaria en este caso, de su propia dilación y falta de diligencia a la hora de comunicar y saber realmente qué cuantías ha de comunicar al concurso.

En los antecedentes de la sentencia, se planteaba, en primer lugar, si los créditos por IVA y retenciones del IRPF correspondientes a noviembre de 2004 incluidos en la certificación de la AEAT (certificación de 7 de marzo de 2005, obrante en autos), cuyo vencimiento es posterior al auto de declaración de concurso deben ser considerados como créditos contra la masa o créditos concursales. A todas luces trataba la administración tributaria de asirse como fuera a la cobertura con fórceps de los créditos contra la masa. Así, según el artículo 84.2.10 norma concursal, tendrán la consideración de créditos contra la masa los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso. El argumento se completaba con una sesgada al menos interpretación favorecedora del artículo 1090 CC que señala que las obligaciones derivadas de la Ley se regirán por los preceptos de la Ley que las hubiere establecido, en este caso, la Ley del IVA y la Ley del IRPF, cuya norma general es la LGT. Olvidando la subordinación de éstas a la norma concursal en caso de abrirse un procedimiento de insolvencia claro está.

En circunstancias normales, o en este caso, no concursales, el criterio que rige el sistema impositivo es el del devengo, es decir, que el IVA se genera por cada servicio que se presta, y el IRPF se genera por cada día que transcurre y desde ese momento esta devengado con indiferencia de que posteriormente para su pago o ingreso, se disponga, de 20 días, del 1 al 20 de cada mensualidad siguiente en grandes empresas, o del 1 al 20 del mes siguiente al trimestre natural en pequeñas y medianas empresas.

No convencen los débiles argumentos más técnicos que jurídicos que esgrimen en casación la administración tributaria y que a buena fe tras esta sentencia así como otras del Supremo, acabará abandonando. De un lado, apela a que el tratamiento del crédito tributario, era más benigno, sin duda más proclive a los intereses de la Hacienda en los estadios anteriores del *iter* legislativo de la norma concursal en los que se mantuvo ese derecho de separación con que tradicionalmente se venía tratando en las viejas quiebras a los créditos por retenciones. No es menos cierto que la obligación tributaria de ingresar las retenciones es una obligación exigente, aunque a juicio de la administración tributaria mayor incluso que la obligación general de ingreso del resto de deudas tributarias como así ha esgrimido en la fundamentación de la casación. Es cierto que la normativa general tributaria esgrime sanciones muy superiores por el incumplimiento de una y otra obligación porque los retenedores se convierten en auténticos gestores del caudal público por lo que ha de exigírseles una mayor diligencia y, por tanto, ha de tener una mayor consideración el crédito derivado de retenciones que el derivado del resto del crédito tributario.

Esgrimen por otra parte, que la Ley concursal para favorecer el mantenimiento y viabilidad de las empresas concursadas ha rebajado este privilegio, considerando los créditos por retenciones y pagos a cuenta como créditos integrantes de la masa pasiva pero con un privilegio se está diluyendo haciendo prácticamente igual el crédito de retenciones al resto del crédito tributario, algo no querido por la Ley que se ha cuidado de diferenciar el crédito del artículo 91.2 y 4 Ley Concursal. Recurren y martillean una y otra vez en la interpretación del *iter* legislativa pero no *lege data*.

Acompaña además la fundamentación toda una batería de enmiendas frustradas o rechazadas que apuntalan única y exclusivamente los intereses de parte, en este caso, de la Administración, para lo que aducen e interpretan a su albur determinados pronunciamientos jurisprudenciales y del propio tribunal constitucional. Se esgrimen además resolución del TEAC de 22 de mayo de 2003 según la cual el recargo de apremio no tiene carácter sancionador, por lo que no existe vulneración alguna del procedimiento sancionador y su devengo se produce de forma inmediata por mandato de la Ley según el artículo 127 LGT y el artículo 98 RGR, por lo que su liquidación resulta obligada para la Administración tributaria, sujeta en su actuar al imperio de la ley, una vez iniciado el periodo ejecutivo de forma automática por el mero transcurso del plazo de ingreso en voluntaria.

5. Bibliografía

- AGUILAR RUBIO, *Crédito tributario y concurso de acreedores*, RCP monografía 10/2009, Madrid, 2009.
- ARRANZ DE ANDRÉS, “La incidencia de la reforma concursal en el ámbito tributario. Análisis del proyecto de ley de 23 de julio de 2002”, *Nueva Fiscalidad*, 2002, n° 7, pp. 108 y ss.
- GARCÍA GÓMEZ, “Algunas cuestiones controvertidas sobre la calificación de los créditos tributarios. (Comentario STS 21.1.2009)”, *ADCo*, 2009-3, n° 18, pp. 371 y ss.
- GARCÍA NOVOA, “Elementos de cuantificación de la obligación tributaria. Garantías de la deuda tributaria”, en *La nueva Ley General Tributaria*, (CALVO ORTEGA (Dir.)), Madrid, 2004, p. 322.
- GARRIDO, “Artículo 91. Privilegio general”, *Comentarios de la Ley Concursal*, [ROJO/BELTRÁN (Dir.)], I, Madrid, 2004, pp. 1645.
- LUQUE CORTELLA, *La Hacienda pública y el crédito tributario en los procesos concursales*, Madrid, 2008.
- ORDIZ FUERTES, “¿Cómo se clasifican los recargos tributarios en la Ley Concursal?”, *RCP*, 2005, n° 3, pp. 321 y ss.
- TEJERIZO, “El privilegio general del crédito tributario en caso de concurso de acreedores”, *ADCo*, 2005, n° 5, pp. 465 y ss.
- VARONA ALABERN, “¿Conceden las cantidades retenidas y repercutidas un derecho de separación *ex iure domini*, en los procesos concursales? Análisis crítico de la sentencia del TS de 5 de julio de 2000”, *JT*, 2000, II, pp. 2215 y ss.
- VEIGA COPO, “Créditos públicos comunicados oportunamente y rectificadas al alza fuera de plazo”, *ADCo*, 2008, n° 14, pp. 645 y ss.
- “Sobre el reconocimiento de créditos de la Agencia Tributaria”, *ADCo*, 2008, n° 15, pp. 395 y ss.
- *La verificación de créditos en el concurso*, Cizur Menor, 2009.
- *Los privilegios concursales*, 2ª ed., Granada, 2006.