

La Seguridad Social en la nueva Ley Concursal*

AURELIO DESDENTADO BONETE**

ELENA DESDENTADO DAROCA***

1. UN PANORAMA GENERAL

La nueva Ley Concursal¹ entrará en vigor el 1 de septiembre de 2004 y con ella se producirá un cambio notable

* Un estudio más amplio de las repercusiones de la Ley Concursal en la Seguridad Social puede consultarse en los comentarios de los autores al art. 91.4º y disposición adicional 16ª de la Ley Concursal en AA. VV. (V. GUILARTE, coord.), «Comentarios a la Ley Concursal» de próxima publicación por Lex Nova.

** Magistrado del Tribunal Supremo.

*** Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ En adelante, LC. Para la situación anterior a la reforma de la LC, *vid.* A. DESDENTADO BONETE, «Los privilegios de los créditos de Seguridad Social» en AA. VV. (B. RÍOS SALMERÓN, coord.), «Preferencias de créditos», CGPJ, Madrid, 2000, pp. 449-490 *vid.* A. DESDENTADO BONETE, «Los privilegios de los créditos de Seguridad Social» en AA. VV. (B. RÍOS SALMERÓN, coord.), «Preferencias de créditos», CGPJ, Madrid, 2000, pp. 449-490. Son básicos los trabajos de J.R. MÍNGUEZ BENAVENTE, «La preferencia de los créditos de la Seguridad Social. Análisis de la concurrencia con los restantes créditos privilegiados», Marcial Pons, Madrid, 1998, y J.L. LÓPEZ-TARAZONA ARENAS, «El privilegio de los créditos de la Seguridad Social, sus antecedentes y situación actual», en AA. VV., «Análisis de diversas cuestiones sobre el Pacto de Toledo», MTAS, 1997.

en la posición de los créditos de Seguridad Social en los procesos concursales, aunque también, de manera algo más limitada, en otros puntos del régimen jurídico de la Seguridad Social. En una primera aproximación podríamos distinguir entre los cambios en el marco estricto de la posición de los créditos de la Seguridad Social en el concurso y los cambios indirectos que afectan a determinadas regulaciones de la Seguridad Social que pueden tener conexión con la materia concursal.

En el ámbito de las modificaciones directas hay que hacer una distinción fundamental entre las que afectan a los aspectos procesales y las que se proyectan sobre materias de carácter sustantivo. En *el ámbito procesal* el punto más importante es el que se refiere a la fuerza atractiva del concurso sobre las pretensiones de Seguridad Social, con repercusiones importantes tanto sobre las ejecuciones administrativas en materia de Seguridad Social, como sobre el ejercicio de acciones ejecutivas de Seguridad Social en el proceso social. Pero no es la única modificación, porque habrá que tener en cuenta todo el régimen jurídico de la posición del crédito de Seguridad Social en el concurso, desde la consideración de estos créditos en los presupuestos que se tienen en cuenta para la declaración del concurso hasta su tratamiento procedimental en la fase común del concurso y en

el marco de las fases del convenio y la liquidación.

La modificación directa de carácter sustantivo se refiere al *régimen de la preferencia de los créditos de Seguridad Social*. Aquí nos encontramos ante un sistema dual, pues la Ley ha regulado el concurso como institución civil, mercantil y procesal, pero no ha abordado una reforma que alcance de forma global a todo el régimen de concurrencia y prelación de créditos. Esto se advierte con claridad en la disposición derogatoria única, en la que se derogan los arts. 1912 a 1920 y los apartados A y G del art. 1924 CC, pero se mantiene la vigencia de los arts. 1921 a 1925 CC, salvo las derogaciones parciales ya mencionadas en el art. 1924, con lo que continúa rigiendo todo el régimen civil de preferencias de los créditos. Esta norma se aclara a la vista de lo previsto en la disposición final primera, que modifica el art. 1921 CC para hacerle decir que «en caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal». Se establece así un doble sistema de preferencias del crédito: el concursal, regulado en la LC, y el extraconcursal, que se contiene en el CC. Para este último se prevé en la disposición final 31ª que en el plazo de seis meses el Gobierno presentará a las Cortes «un proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares». Esta dualidad explica que la disposición final 16ª haya modificado el art. 22 LGSS y que se mantenga la subsistencia del art. 121.2 LGSS, con su remisión al también modificado art. 32 ET. Estamos aquí en un *régimen extraconcursal de preferencias*, que ha quedado fuera del sistema de la LC, pero que ha sido afectado por ella. Junto a este sistema la LC introduce un *régimen concursal de preferencias dentro del concurso*, que es el que se regula en los arts. 89 a 92 LC, en especial en el art. 91.4, que es el precepto central en esta materia. En el ámbito sustantivo la LC mantiene la división entre los créditos de la Administración de la Seguridad Social, que se

mencionan en el apartado 4º del art. 91 LC, y los créditos de los beneficiarios de la Seguridad Social, que no aparecen relacionados de manera específica, planteando así el problema interpretativo más grave de la reforma.

Pero la reforma no se limita a estos puntos esenciales relativos a la posición –sustantiva y procesal– de los créditos de la Seguridad Social en el concurso. Hay además una serie de repercusiones indirectas que se recogen en la disposición adicional 16ª LC. Ya hemos visto que el art. 22 LGSS –convertido ahora en un precepto extraconcursal– ha sido modificado con ajustes limitados, aparte de la drástica reducción de su ámbito de aplicación y de la referencia a la concurrencia entre la ejecución administrativa y la concursal. También se ha modificado el art. 24 LGSS para adaptar la norma que permite a la TGSS las transacciones en los procesos concursales. Por último, se reforma también el art. 208 LGSS para ajustar la definición de la situación legal de desempleo a los cambios en las instituciones concursales.

2. LA FUERZA ATRACTIVA DEL CONCURSO SOBRE LAS PRETENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL TRATAMIENTO PROCESAL DE ESTAS PRETENSIONES EN EL CONCURSO

2.1. La fuerza atractiva del concurso sobre las pretensiones de Seguridad Social

Desde una perspectiva procesal el concurso puede definirse como el conjunto de actos destinados a satisfacer a la generalidad de los acreedores de un sujeto en crisis patrimonial grave². Es un proceso complejo en el que se combinan medidas cautelares, elementos

² A. DE LA OLIVA, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS MARTÍNEZ, «Derecho Procesal. Ejecución forzosa y procesos especiales», Ceura, Madrid, 2000, p. 516.

propios del proceso declarativo y de la ejecución, y en el que hay además la fuerte presencia de un elemento transaccional que se manifiesta en el convenio. La complejidad del concurso se pone de relieve también en sus distintas fases. Hay una fase común que comprende la declaración, el establecimiento de la administración concursal, la determinación de la masa activa y el reconocimiento y clasificación de los créditos. Y a esa fase siguen una fase de convenio y, en su caso, otra de liquidación, aparte de la calificación. Pero, esta estructura general, ya en sí misma bastante compleja, se complica como consecuencia de una serie de incidentes a través de los cuales hay que abordar la resolución de múltiples cuestiones conexas que van planteándose a lo largo del concurso desde la impugnación de la lista de acreedores a la resolución de las cuestiones laborales individuales³.

La finalidad fundamental del concurso es lograr en la medida de lo posible una satisfacción general de los acreedores ante una situación patrimonial del deudor que hace poco probable un pleno cumplimiento de sus obligaciones y más plausible una comunidad de pérdidas. Lo que caracteriza al concurso, es, por tanto, el establecimiento de un sistema coordinado de satisfacción de los acreedores que sustituye al sistema «anárquico» y «hobbesiano» de las ejecuciones separadas. La coordinación se produce a través de la garantía del principio de igualdad (*par conditio creditorum*), con las únicas excepciones que derivan del principio de jerarquía (privilegios y garantías reales aplicables a determinados bienes), frente a la prioridad temporal de las ejecuciones separadas. Esto explica la llamada fuerza atractiva del concurso sobre los procesos de contenido patrimonial que se dirijan contra el deudor, como vía para lograr un tra-

tamiento ordenado de las distintas pretensiones con respeto al principio de igual condición de los acreedores y a los privilegios legales.

La fuerza atractiva tiene una intensidad distinta para cada tipo de pretensiones. En los procesos declarativos la atracción es plena para los procesos civiles con contenido patrimonial que se encomiendan al juez del concurso y con menos intensidad para algunas pretensiones laborales (arts. 8.1 y 2, 50.1 y 51.1 LC). Pero esta regla no juega para las pretensiones declarativas en materia de Seguridad Social. Para los créditos de la Administración de la Seguridad Social la denominada autotutela declarativa de ésta determina que la deuda se declare mediante el correspondiente acto administrativo (p.e.: el acta de liquidación o la reclamación de deuda) y, por ello, no hay referencia a las pretensiones contencioso-administrativas en el art. 8 LC cuando éste relaciona las competencias del juez del concurso. Por su parte, el art. 50.2 LC se limita a prever que los jueces del orden contencioso-administrativo ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener transcendencia sobre el patrimonio del deudor citarían a la administración concursal y la tendrán como parte en la defensa de la masa. En cuanto a los juicios de este carácter pendientes al declararse el concurso, el art. 51 dispone que continuará su tramitación hasta dictarse sentencia. Es interesante tener en cuenta la regla del art. 87.2 LC, a tenor de la cual los créditos de Derecho Público recurridos en vía administrativa o jurisdiccional se reconocen como condicionales, de forma que gozan del reconocimiento y de la calificación que les corresponde con la reserva de que podrán anularse si el recurso prospera. Por su parte, el art. 53 LC aclara que las sentencias que se dicten en esos procesos –antes o después de la declaración del concurso– vinculan al juez de éste, el cual tendrá que dar a estas resoluciones el tratamiento concursal que corresponda.

Las mismas consideraciones pueden hacerse con alguna matización para las pre-

³ Sobre el ámbito del incidente concursal *vid.* F. CORDÓN MORENO, «Las normas procesales en el Proyecto de Ley Concursal y, en especial, el incidente concursal», *Actualidad Jurídica, Aranzadi*, nº 561 /2003.

tensiones declarativas deducidas por los beneficiarios de la Seguridad Social. Estas pretensiones no quedan incluidas en la competencia del juez del concurso, por lo que pueden iniciarse después de declarado aquél; las ya iniciadas no suspenden su tramitación, sino que continúan hasta la sentencia (arts. 8, 50 y 51 LC).

La situación es muy distinta para las pretensiones ejecutivas. Para ellas rige la regla del art. 55 LC, a tenor del cual «declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares..., ni seguirse apremios administrativos... contra el patrimonio del deudor». Las actuaciones de ejecución que se encuentren en tramitación quedan en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los correspondientes créditos, que, por tanto, entran en el orden de satisfacción del concurso. Pero por excepción, pueden continuarse los procedimientos administrativos en los que se hubiera dictado providencia de apremio antes de iniciarse el concurso. Esta regla incorpora el principio de prioridad temporal que ya contenía el art. 108. 3 RGRSS. Para los créditos de los beneficiarios hay que tener en cuenta que se tratará normalmente de ejecuciones laborales y que éstas pueden continuar, tras la declaración del concurso, si en las mismas se hubieran embargado ya bienes. Ahora bien, en ambos casos la continuidad de la ejecución administrativa o laboral se subordina a que «los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor».

Estas normas no rigen para la ejecución de garantías reales, que se regula por el art. 56 LC, previendo la paralización de la ejecución cuando ésta verse sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor. La paralización dura hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera iniciado la liquidación.

Las medidas cautelares de contenido patrimonial también entran en la fuerza atractiva del concurso (art. 8.4º LC).

2.2. Los créditos de Seguridad Social en el proceso concursal: declaración del concurso, reconocimiento de los créditos, convenio o liquidación

El crédito de Seguridad Social tiene que entrar, por tanto, en el concurso para lograr su satisfacción. Pero puede también provocar el concurso o actuar para que éste se declare. En relación con esta posición «activa» del crédito de Seguridad Social en el concurso hay que hacer referencia, en primer lugar, al presupuesto objetivo del concurso⁴, en la medida en que los créditos por las cuotas de la Seguridad Social y por otros conceptos de recaudación conjunta⁵ tienen un tratamiento privilegiado, pues conforme al art. 2.4.4º LC el incumplimiento generalizado de estas obligaciones por un período de tres meses permite declarar el concurso, sin necesidad de tener que probar la proyección general de la situación de insolvencia del deudor. Esto facilita notablemente la acción de la Administración de la Seguridad Social y además le permite con facilidad acceder al tratamiento que se deriva de la condición de solicitante del concurso (art. 91.6º LC). La solicitud del concurso habrá de atenerse a lo dispuesto en los arts. 3 y 7 LC, sin más especialidades que las que se derivan, en materia de representación y defensa, de la remisión que el art. 184 LC realiza a la LPL.

La entrada del crédito de Seguridad Social requiere la comunicación del mismo en el

⁴ En relación con el presupuesto subjetivo del concurso, baste aquí indicar que la Administración de la Seguridad Social está comprendida en la exclusión del art. 1.3 LC: la Seguridad Social no puede ser declarada en situación de concurso.

⁵ No los créditos de la Seguridad Social derivados de otros conceptos (*infra...*).

plazo de un mes desde la última publicación del auto de declaración del concurso (art. 85 en relación con el art. 21.1.5º LC), lo que ha de hacerse identificando al acreedor y al propio crédito en la forma que indica el art. 85. La falta de comunicación en plazo no impide que el crédito se reconozca, porque, como dice el art. 86, la administración concursal debe realizar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, tanto si se han comunicado expresamente⁶ como si resultaren de los libros o documentos del deudor⁷. En el art. 87 se contiene una norma especial a la que se ha aludido sobre el reconocimiento de los créditos públicos que deriven de actos administrativos recurridos. La comunicación extemporánea del crédito puede, sin embargo, determinar la exclusión definitiva de éste, si no se subsana, o su tratamiento como crédito subordinado en otro caso (art. 92.1º LC). El resultado del reconocimiento y clasificación de los créditos por la administración concursal se refleja en la lista de acreedores, que, referida a la fecha de solicitud del concurso, comprenderá «una relación de los incluidos y otra de los excluidos». La lista de acreedores acompaña al informe que la administración concursal tiene que presentar conforme al art. 74 LC; es objeto de notificación y puede impugnarse en el plazo

⁶ No se olvide que el deudor tiene que acompañar a la solicitud del concurso la relación de acreedores (art. 6 LC).

⁷ El reconocimiento de los créditos de la Administración de la Seguridad Social no planteará normalmente dificultades porque suelen estar reconocidos en resoluciones administrativas con fuerza ejecutiva a efectos del art. 86.2 LC. En los créditos de los beneficiarios el reconocimiento puede ser más problemático. Si el crédito está reconocido en sentencia o resolución administrativa, se incluirá aunque no se trate de resoluciones firmes. Pero si no tiene este reconocimiento debe acreditarse su existencia por cualquier otra vía, en especial en atención a «los libros o documentos del deudor», aunque estos tendrán que ser completados con la información que acredite que se ha causado la prestación y la responsabilidad del empleador.

de diez días y a través del incidente concursal⁸.

Con la resolución que proceda y la adaptación en su caso de la lista termina la fase común del concurso y se abren las de convenio o liquidación (art. 98 LC)⁹.

El convenio es una vía de terminación del concurso mediante un acuerdo entre los acreedores y el deudor común aprobado judicialmente, por el cual se establece una quita o espera en el pago de los créditos o una acumulación de ambas. El concurso no termina hasta el cumplimiento del convenio (art. 141 LC), pero cesan ya todos los efectos de la declaración del concurso que quedan sustituidos por lo que establece el convenio y cesa también la administración concursal (art. 133 LC). La propuesta de convenio se vota en la Junta de Acreedores¹⁰, en la que los créditos de Seguridad Social tienen la posición que deriva de su clasificación. El nuevo art. 24.2 LGSS¹¹ permite a la TGSS suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la LC, pero señala que su crédito no podrá someterse a condiciones más favorables para el deudor que las convenidas para el resto de

⁸ La impugnación plantea un problema de concurrencia de acciones declarativas en los supuestos en que el crédito de Seguridad Social –normalmente, el crédito del beneficiario– no esté reconocido por sentencia o resolución administrativa. El beneficiario iniciará un pleito ante el orden social para lograr el reconocimiento de su derecho a la prestación, pero mientras tanto tendrá que incluir su crédito –todavía no reconocido formalmente– en el concurso, planteando en su caso el incidente concursal. Las sentencias que resuelvan los dos litigios pueden no ser coincidentes.

⁹ Puede haberse presentado antes una propuesta anticipada de convenio (art. 104 LC), pero para aprobarse este convenio de tramitación anticipada tiene que haberse fijado de forma definitiva la lista de acreedores bien por falta de impugnaciones o por haberse formulado éstas después de terminado el plazo para la revocación de las adhesiones a la propuesta (art. 109 LC).

¹⁰ Salvo que se haya aprobado una propuesta anticipada por adhesiones (art. 109 LC).

¹¹ En la redacción de la disp. ad. 16ª LC.

los acreedores, lo que plantea delicados problemas de interpretación, porque el convenio no se suscribe como un contrato entre dos partes, sino que es un mecanismo de regulación colectiva que se aprueba por una votación mayoritaria¹². El convenio se aprueba por sentencia, tras la tramitación de las oposiciones que hubieran podido suscitarse en los términos previstos por los arts. 128 a 131 LC. En cuanto a los efectos del convenio sobre el crédito de Seguridad Social, éstos dependerán de que se haya ejercitado el derecho de abstención. Si hay abstención, el crédito de Seguridad Social quedará fuera del convenio y podrá satisfacerse mediante una ejecución extraconcursal, administrativa o judicial. Si se acepta el convenio o si éste resulta aplicable, aunque no se haya aceptado, el abono del crédito de Seguridad Social se ajustará a lo dispuesto en él. El cumplimiento del convenio determina la terminación del concurso (art. 176.1.2º LC) El concurso puede reabrirse en caso de incumplimiento del convenio y en este supuesto se pasa a la liquidación (art. 143 LC).

La fase de liquidación se abre cuando se solicita por el deudor, cuando no hay propuesta de convenio, ésta no se aprueba o aprobada se anula y cuando el convenio aprobado no se cumple. Se parte de un plan que ha de elaborar la administración concursal, que, sin embargo, puede no aprobarse, aplicándose entonces las reglas supletorias del art. 149 LC, en las que hay una preferencia por la transmisión en conjunto de los establecimientos empresariales. Con el producto de la liquidación se procede al pago de los acreedores en la forma que deriva de la clasificación de los créditos. El pago de la totalidad de los créditos o la comprobación de la inexis-

tencia de bienes con los que satisfacer a los acreedores determina la conclusión del concurso.

Dentro del concurso la tramitación de numerosas controversias que pueden surgir al hilo de su desarrollo general se realiza a través del denominado incidente concursal, que se concibe como el aplicable para sustanciar todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan específicamente prevista otra forma de tramitación (art. 192.1 LC). Se mencionan expresamente como objeto del incidente, entre otras, las cuestiones relativas al reconocimiento de los créditos, la impugnación de la lista de acreedores, la oposición a la aprobación del convenio, la solicitud de declaración del incumplimiento del convenio y la impugnación de la declaración de la conclusión del concurso. La LC prevé también, junto a este incidente concursal general, otro incidente laboral destinado a tramitar las acciones a que se refiere el art. 64.8 LC. Quedan, por tanto, fuera de este incidente laboral y dentro del incidente general o del procedimiento especial correspondiente, las cuestiones que puedan plantearse en materia de Seguridad Social¹³. Lo mismo sucede en materia de recursos. Los que puedan plantearse en materia de Seguridad Social dentro del concurso seguirán las reglas del sistema civil de recursos (reposición, apelación, casación y extraordinario de infracción procesal en los términos del art. 197.1 LC) y no el sistema laboral del art. 197.7 LC, que se aplica sólo para la impugnación de las sentencias dictadas en el incidente laboral y del auto dictado por el Juez del Concurso en los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión y extinción colectiva de las relaciones laborales.

¹² Vid. nuestro comentario a la disp. ad. 16ª LC en AA. VV., «Comentarios a la Ley Concursal», cit.. Allí sostenemos que el precepto del art. 24.2 LGSS debe interpretarse como una autorización a la TGSS para votar o adherirse a un convenio que reúna las condiciones de trato no peyorativo mencionadas.

¹³ F. HERRERO ALARCÓN y J. A. REVILLA GONZÁLEZ, «Las acciones laborales ante el Juez Concursal» en AA. VV., «Memento de Procedimiento Laboral», de próxima publicación en Ediciones Francis y Taylor.

3. EL TRATAMIENTO SUSTANTIVO DE LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL CONCURSO: LOS PRIVILEGIOS

3.1. Los créditos de la Administración de la Seguridad Social

3.1.1. *La clasificación general y las reglas comunes*

La posición material de un crédito en el concurso depende no sólo de su reconocimiento, sino de su clasificación. La clasificación está ligada al tratamiento sustantivo del crédito en el concurso. Determina, en primer lugar, si el crédito entra en el concurso (créditos concursales) o queda fuera de él (créditos extraconcursoales o deudas contra la masa) y fija también su orden de preferencia en el pago y, en su caso, su posición política dentro de la Junta General a efectos del convenio (derecho de participación, de voto, de abstención...). Hay, como se ha visto, dos tipos de créditos de Seguridad Social: los créditos de la Administración de la Seguridad Social y los créditos de los beneficiarios de la Seguridad Social. En este epígrafe nos referiremos a los primeros que, a su vez, siguen la clasificación de los créditos concursales y pueden ser créditos ordinarios, créditos con privilegio especial, créditos con privilegio general, y los créditos subalternos. El privilegio general se aplica, por el total de su importe, a las cantidades correspondientes a retenciones de Seguridad Social debidas por el concursado y comprende también el importe normal de los créditos de la Seguridad Social hasta el 50% del total del crédito. El otro 50% será, en principio, un crédito ordinario. Pero también pueden existir privilegios especiales, si se ha recurrido a algunas de las garantías enumeradas en el art. 90 LC, y puede tratarse de créditos subordinados si se da alguna de las condiciones del art. 92 LC, singularmente la comunicación tardía o tratarse de créditos correspondientes a intereses y recargos que antes, sin razón, estaban privilegiados.

Al regular el privilegio general, tanto el número 2º como el 4º del art. 91 LC se refieren a la Seguridad Social. Se trata de créditos de la Seguridad Social y, por ello, cabe preguntarse qué hay que entender por Seguridad Social a estos efectos, aclarando que, aunque la expresión se utiliza para definir el privilegio general, resulta también aplicable a los restantes (ordinarios, especiales y subordinados) y, desde luego, a las deudas de la masa. La Seguridad Social es una institución¹⁴, que cumple una función pública de protección social y que jurídicamente actúa a través de un patrimonio único (art. 80 LGSS)¹⁵ y de diversas entidades gestoras, servicios comunes y entidades privadas que colaboran en la gestión. Los créditos a los que se concede el privilegio son, salvo los que se mencionarán más adelante, créditos del patrimonio de la Seguridad Social y no de los organismos gestores o colaboradores de ésta. Pero hay un organismo, la Tesorería General de la Seguridad Social, que mantiene una posición especial, ya que es el titular del patrimonio de la Seguridad Social (art. 81 LGSS), sin perjuicio de las adscripciones que correspondan a los restantes organismos gestores y colaboradores (art. 12, art. 23 y concordantes del RD 1221/1992). Es también el encargado de la recaudación de los recursos del Sistema (art. 18 LGSS). La TGSS es, por tanto, la encargada del cobro de los créditos y la beneficiaria directa de los eventuales privilegios, en cuanto titular del patrimonio único, aunque en realidad actúa también en nombre de los restantes gestores de la Seguridad Social –beneficiarios indirectos de los privilegios–, a los que tiene que transferir los recursos precisos para su funcionamiento de acuerdo con los presupuestos o con los conve-

¹⁴ M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, «Instituciones de Seguridad Social», Civitas, Madrid, 2002, pp. 19 y 20.

¹⁵ M. F. MIJARES GARCÍA PELAYO, «El patrimonio único de la Seguridad Social», Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 66/1994.

nios de asociación vigentes en el caso de las Mutuas¹⁶.

Mención especial merecen los capitales coste de renta y cantidades asimiladas que, según el art. 4.1 d) RGRSS, deben ingresar en la TGSS las Mutuas de Accidentes de Trabajo y empresarios declarados responsables por resolución administrativa del abono de una prestación de la Seguridad Social. La función de este ingreso es atender al pago por parte de la TGSS de la prestación, con lo cual el verdadero destinatario de este ingreso es el beneficiario de esa prestación. No obstante, si se trata de una prestación que la Seguridad Social tiene la obligación de anticipar o de garantizar en caso de insolvencia del responsable¹⁷, la TGSS acabará asumiendo la titularidad del crédito por el mecanismo de la subrogación que prevé el art. 126.3 LGSS. Pero si no hay anticipo ni garantía de la insolvencia, se produce una situación ciertamente anómala, pues figura como crédito de la Seguridad Social un crédito que es en rea-

lidad de un particular y que la TGSS sólo estaba encargada de recaudar en una ejecución administrativa. Lo paradójico de la situación se advierte si se examina el caso en el que la responsabilidad de la Mutua o del empresario haya sido declarada mediante sentencia. En ese caso el responsable tiene que ingresar también el capital coste de renta en la TGSS como consecuencia de una ejecución judicial (art. 286 LPL), pero ya no se tratará de un crédito de la Administración de la Seguridad Social, sino del crédito de un beneficiario.

En la LC no hay una determinación de lo que debe entenderse por crédito de la Seguridad Social a los efectos que ahora nos interesan. En la regulación anterior del art. 22 LGSS se distinguía entre los privilegios de los créditos por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, por una parte, y los privilegios de los demás recursos, por otra¹⁸. Ahora, el art. 91 LC, que otorga el privilegio general a los créditos de la Seguridad Social, sólo contiene dos menciones. La primera se refiere a las cantidades correspondientes a retenciones de Seguridad Social debidas por el concursado, que como veremos comprende un determinado crédito por cuotas; la segunda mención es la del art. 91.4º LC que se refiere a los créditos de la Seguridad Social.

El problema consiste en determinar cuáles son esos créditos, lo que no afecta sólo al régimen del art. 91.4º LC (créditos con privilegio general), sino también a los créditos de Seguridad Social con privilegio especial y a los ordinarios o subalternos. Hay que aclarar que nos referimos ahora a los créditos de Seguridad Social de los que es titular la Administración y no a los que corresponden a los beneficiarios, y que pueden existir créditos de la Administración de la Seguridad Social que no sean créditos de Seguridad Social¹⁹. Esta es

¹⁶ Hay, sin embargo, algunos créditos de cuya cobranza se encarga la TGSS que requieren algunas precisiones. En primer lugar, están las denominadas exacciones de recaudación conjunta, que, según el art. 4.2 RGRSS son las cuotas de desempleo, del Fondo de Garantía Salarial y las de formación profesional. Las cuotas de desempleo no son propiamente una exacción externa al Sistema, sino un recurso afectado a una prestación normal de la Seguridad Social, que debe seguir el régimen general, aunque la gestora del recurso es el INEM. Las cuotas al Fondo de Garantía Salarial y las de formación profesional sí son exacciones externas de recaudación conjunta (disp. ad. 21ª LGSS). Es dudoso que estas exacciones estén comprendidas dentro de la noción de créditos de la Seguridad Social (*infra* 3.2.2.), pero en todo caso la TGSS será, mientras se mantenga la recaudación conjunta, el gestor del crédito a efectos del concurso, aunque los acreedores reales serán el propio Fondo de Garantía Salarial y los destinatarios de la cuota de formación profesional (disp. ad. 16ª de la Ley 49/1998).

¹⁷ Sobre el anticipo *vid.* M. J. HERNÁNDEZ MARTÍN, «La responsabilidad de las prestaciones de la Seguridad Social», en AA. VV. (A. Desdentado Bonete, coord.), «Seguridad Social. Manual de Formación», CGPJ, Madrid, 2002, pp. 600-606.

¹⁸ La misma distinción se contiene en la nueva redacción del art. 22 LGSS, que contiene la disp. ad. 16ª LC.

¹⁹ Estos créditos siguen el régimen común de los arts. 89, 90, 91 y 92 LC, pero no están comprendidos en

la clase que ahora nos interesa: *los créditos de Seguridad Social de los que es titular la Administración de la Seguridad Social*. La línea de delimitación ha de tener en cuenta dos preceptos. El primero es el art. 86 LGSS. En él encontramos una distinción fundamental que diferencia tres tipos de recursos de la Seguridad Social: 1º) recursos de Derecho Público afectados a la financiación de la modalidad no contributiva de la Seguridad Social, 2º) recursos de Derecho Público afectados a la financiación de la modalidad contributiva de Seguridad Social y 3º) recursos de Derecho Privado.

Los recursos destinados a la financiación de la Seguridad Social no contributiva están constituidos por las aportaciones del Estado y, para la asistencia sanitaria transferida a las Comunidades Autónomas, por los que se prevén en las normas de financiación autonómica²⁰. Se trata de recursos que no entran dentro de los créditos de la Seguridad Social a

efectos del concurso, porque son consignaciones presupuestarias o transferencias entre entes públicos, que están excluidos del concurso por el art. 1.3 LC. Por el contrario, los recursos destinados a la financiación de la modalidad contributiva pueden tener la consideración de créditos de la Seguridad Social, aunque con dos precisiones. La primera es que no todos los recursos que enumera el art. 86.1 LGSS tendrán esta consideración y ello por diversas razones. En primer lugar, habrá que eliminar los de carácter privado²¹, pues el privilegio general sólo afecta a créditos de Derecho Público, entendiendo por tales los que están sometidos a un régimen de este carácter, sin comprender los créditos de Derecho Privado, como se deduce claramente de la referencia inicial del art. 91.4º LC, que menciona los créditos tributarios y de Derecho Público y como se desprende también de la propia naturaleza del privilegio que recae sobre créditos de naturaleza pública²². De esta forma, hay que excluir los créditos que derivan de «los frutos, rentas intereses y cualquier otro producto» de los recursos patrimoniales de la Seguridad Social [art. 86.1.d) LGSS]. En segundo lugar, también hay que eliminar los créditos derivados de la imposición de sanciones administrativas [art. 86.1.c) LGSS], que tienen la consideración de créditos subordinados en virtud del art. 92.4º

el privilegio general, como créditos de Seguridad Social. Podrán estarlo por otro concepto (p. e.: los créditos a favor de la Seguridad Social derivados de una responsabilidad extracontractual).

²⁰ *Vid.* art. 86.2 LGSS en relación con el art. 82 de la LGS, ambos en la redacción de la Ley 21/2001. El art. 10 de la Ley 16/2003, sobre cohesión y calidad del Sistema Nacional de la Salud, dispone que las prestaciones que establece esta Ley son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas. Dentro de los recursos de la asistencia sanitaria hay algunos de origen privado que no quedarán incluidos en el privilegio general. Entre ellos están los ingresos que se relacionan en la disp. ad. 22ª LGSS (ingresos por la asistencia prestada a usuarios que no tienen la condición de beneficiarios, venta de materiales de deshecho de los centros sanitarios, ingresos por servicios de naturaleza no asistencial, ingresos procedentes de convenios, ayudas y donaciones para la realización de actividades investigadoras y docentes y en general todos los procedentes de atenciones o servicios sanitarios que no constituyen prestaciones de la Seguridad Social). El nº 3 de esta disposición establece el destino de estos recursos y el nº 4 prevé que «serán reclamados por el Instituto Nacional de la Salud (hoy por el organismo gestor que proceda) en nombre y por cuenta de la Administración General del Estado para su ingreso en el Tesoro».

²¹ Para la distinción entre recursos de Derecho Público y recursos de Derecho Privado *vid.* J. MARTÍN QUERALT y C. LOZANO SERRANO, «Curso de Derecho Financiero y Tributario», Tecnos, Madrid, 1994, p. 50. La distinción afecta al régimen jurídico aplicable, pues en relación con los primeros rigen las prerrogativas propias de la posición de supremacía de los entes públicos, mientras que en los segundos priman los principios del ordenamiento privado que regulan relaciones entre iguales. Por su objeto los recursos públicos se refieren a los tributos, monopolios y deuda pública, y los privados a los ingresos derivados de la explotación de los bienes patrimoniales incluidos los derivados de explotaciones mercantiles e industriales realizadas por entes públicos.

²² El privilegio del Estado se justifica únicamente como medio para proteger el interés público. Para sus defensores, este privilegio es necesario para el correcto desempeño de las funciones públicas.

LC. Más problemática resulta la calificación de las cantidades recaudadas en concepto de recargos, que en este contexto alude a los recargos de mora o de apremio (arts. 27 y 28 LGSS) y no al recargo de prestaciones del art. 123 LGSS. Es dudosa la calificación del recargo, que, por una parte, opera como un interés de mora de carácter resarcitorio, pero en la medida en que excede el interés legal aplicable puede considerarse también como una sanción indirecta²³. En cualquier caso hay que excluirlo, porque –«medida disuasoria» o interés por mora– entra dentro del ámbito de los créditos subordinados por la vía del nº 3º (intereses) o por la del nº 4 (sanciones). Por último, hay que eliminar las aportaciones del Estado que son transferencias que proceden de consignaciones presupuestarias, que tendrán su origen en ingresos tributarios y que por su naturaleza quedan al margen del privilegio y del concurso. De esta forma, los créditos de Seguridad Social se identificarían con los créditos por cuotas [art. 86.1. b) LGSS]. Las cuotas son las aportaciones que están obligados a realizar los sujetos incluidos directamente en el campo de aplicación de forma directa o a través de otros sujetos con los que mantienen una relación de servicios. Las cuotas quedan comprendidas en el privilegio en todas sus modalidades y en los distintos regímenes, incluidas las primas de accidentes de trabajo, que tienen consideración de cuotas (art. 17 LGSS) y se incorporan al patrimonio de la Seguridad Social, aunque se abonen en el marco de una relación de cobertura establecida con una Mutua de Accidentes de Trabajo y con destino a ésta (art. 68.4 LGSS)²⁴. A las cuotas se asimilan, con

²³ Vid., sin embargo, la STC 164/1995 que considera que la parte del recargo que supera el interés legal no es una sanción administrativa. Dice esta sentencia en conclusión polémica que «la figura aquí examinada cumple, aparte un cometido resarcitorio, una función eminentemente disuasoria, lo que no es bastante para conducirla al campo de las sanciones dada la ausencia de finalidad represiva».

²⁴ A las cuotas se asimilan con toda probabilidad las aportaciones de las empresas colaboradoras a los Servi-

alguna duda, las exacciones de recaudación conjunta (art. 4.2 RGRSS), a las que ya se ha hecho referencia.

La segunda precisión consiste en que hay créditos de la Seguridad Social que no están enumerados en el art. 86 LGSS, por lo que hay que recurrir al art. 4.1 RGRSS. En este precepto, aparte de los que ya han sido examinados, se relacionan los siguientes recursos: 1) las aportaciones que, por cualquier concepto, deban efectuarse a favor de la Seguridad Social en virtud de norma o concierto que tenga por objeto la dispensación de atenciones o servicios que constituyan prestaciones de la Seguridad Social, 2) las aportaciones para el sostenimiento de los Servicios Comunes y Sociales de la Seguridad Social y de contribución a los demás gastos generales y a la satisfacción de las exigencias de la solidaridad nacional, a efectuar por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, 3) los capitales coste de renta y otras cantidades que deban ingresar las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y las empresas declaradas responsables de prestaciones por resolución administrativa, 4) los reintegros de prestaciones indebidamente percibidas, 5) los reintegros de los préstamos que tengan el carácter de inversión social, 6) el importe a que asciendan las aportaciones en concepto de descuentos, general y complementario, de la industria farmacéutica a la Seguridad Social y, en su caso, el importe de las sanciones económicas previstas en el correspondiente Convenio, 7) los premios de cobranza o de gestión que se deriven de la recaudación de cuotas u otros conceptos para Organismos y Entidades ajenos a la Seguridad Social, 8) las aportaciones por ayudas equivalentes a jubilaciones anticipadas o

cios Comunes [arts. 4.1.c) y 88 RGRSS] y las aportaciones por ayudas a la jubilación anticipada cuando se recauden conjuntamente con las cuotas (art. 100 RGRSS).

para ayudas previas a las jubilaciones ordinarias, cuando no se recauden conjuntamente con las cuotas, y 9) cualesquiera otros ingresos de Seguridad Social distintos de los especificados en los apartados anteriores, que tengan el carácter de ingresos de Derecho Público, siempre que no sean objeto de recaudación conjunta con las cotizaciones.

Hay algunos de estos recursos que suscitan dudas en cuanto a su carácter de Derecho Público. No puede entrarse aquí en un análisis detallado, pero cabe formular algunas observaciones. Los reintegros de préstamos afectan más bien a un negocio jurídico privado de las gestoras²⁵ y en cuanto a los premios de cobranza habrá que estar al sentido de cada regla de establecimiento. Los descuentos de la industria farmacéutica difícilmente pueden considerarse como créditos de Derecho Público y, desde luego, el importe de las sanciones económicas previstas en el convenio no queda comprendido en el privilegio general y será un crédito subordinado. Los capitales coste de renta e ingresos asimilados ya se ha visto que plantean problemas específicos de calificación cuando la gestora pública no asume el pago de la prestación subrogándose en la posición del beneficiario frente al responsable.

3.1.2. *El privilegio general: ámbito, orden de la preferencia y derecho de abstención*

El privilegio consiste en una facultad que se concede a determinados acreedores para cobrar con preferencia a otros sobre un bien o sobre todos los bienes del deudor²⁶, lo que

supone, por una parte, una situación de conflicto entre los acreedores en orden al cobro de sus créditos ante la insuficiencia del patrimonio del deudor y, por otra, la admisión de un sistema de preferencias como excepción al principio de *par conditio creditorum*. Estas preferencias se han articulado en nuestro Derecho mediante la combinación de dos criterios de distribución: los créditos amparados por una garantía real (hipoteca, prenda, anticresis...) y los créditos amparados por un privilegio en sentido estricto²⁷. Esta división se mantiene en la LC, a través de la distinción entre el privilegio especial del art. 90 y el privilegio general del art. 91 frente a los que existen los créditos ordinarios sin privilegio y otra serie de créditos –los subordinados– que tienen un tratamiento inferior en el marco del concurso (art. 92).

El art. 91 LC concede el privilegio general a dos créditos de la Seguridad Social. El primero, recogido en el número 1 de este artículo, beneficia a las cantidades correspondientes a *retenciones de Seguridad Social debidas por el concursado* en cumplimiento de una obligación legal²⁸. Estas cantidades son créditos por cuotas y, por tanto, créditos de la Seguridad Social en sentido amplio. Es un concepto que surge en el procedimiento de recaudación. La cuota es el resultado de aplicar un tipo de cotización a una base, pero en los regímenes de trabajadores por cuenta ajena hay dos aportaciones –la del empresario y la del trabajador– que se determinan aplicando a la misma base dos fracciones del tipo. El empresario está obligado al pago de su fracción, pero debe también –como un sustituto

²⁵ Las inversiones de la Seguridad Social se regularon por el D 2382/1963, modificado por el D 1177/1972, en el que se fija un reparto proporcional de los fondos destinados a la inversión, en virtud del cual deben destinarse a inversiones sociales un máximo del 40%.

²⁶ A. GULLON BALLESTEROS, Comentario al art. 921 del CC, en AA. VV. «Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales», T. XXIV, Edersa, Madrid, 1984, p. 681.

²⁷ A. DE COSSIO, «Instituciones de Derecho Civil 2», V. 1, Alianza, Madrid, 1975, pp.334 y 335.

²⁸ Para los antecedentes *vid. supra* 2.2. Era entonces un supuesto de separación de la masa activa absolutamente atípico, que introdujo la Secretaría en la versión de 5 septiembre 2001. *Vid.* también M. PÉREZ PÉREZ, «La gestión recaudatoria de la Seguridad Social a la luz de la reforma del régimen concursal de las empresas», *Temas Laborales*, nº 66/2002, pp. 355-356.

del contribuyente– descontar la fracción de cuota del trabajador en el momento de abonarle su retribución mensual e ingresar su importe al practicar la liquidación del mes²⁹. Desde el momento en que practica ese descuento el empresario se convierte en deudor frente a la TGSS de la fracción de cuota del trabajador, porque éste ya ha pagado y si aquél no ingresara la fracción de cuota podría incurrir en apropiación indebida. La particularidad de este crédito consiste en que goza del privilegio general en todo su importe, sin aplicación de la limitación del número 4 del art. 91 LC.

El segundo grupo de créditos incluido en el art. 91.4º LC es el que se refiere genéricamente a los *créditos de la Seguridad Social*. Ya hemos determinado cuáles son esos créditos. Pero hay que introducir algunas precisiones adicionales. En primer lugar, hay que excluir los créditos de la Seguridad Social que tengan reconocido un beneficio especial, conforme al art. 90 LC, es decir, los créditos con garantía específica sobre un determinado bien, y los créditos por retenciones del art. 91.2º LC. En segundo lugar, los créditos de Seguridad Social incluidos en el privilegio general del nº 4 del art. 91 LC tienen además un límite cuantitativo: la cantidad incluida en el privilegio no puede superar el 50% del conjunto de los créditos de la Seguridad Social. En el conjunto entran únicamente los créditos con privilegio general sin incluir los especiales, los subordinados ni las retenciones³⁰. Hay que insistir en que se trata de un límite.

Por otra parte, como indica su nombre, el privilegio del art. 91 LC es un privilegio general en el sentido de que la preferencia recae, en principio, sobre la totalidad del patrimonio del deudor (art. 88.2 LC). El contenido del privilegio viene determinado por

la preferencia que concede y por el derecho de abstención. La preferencia se contiene en el art. 156 LC, relativo al pago de los créditos con privilegio general en la liquidación del concurso. Dice el precepto citado que «deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos al privilegio especial o del remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago del privilegio general, por el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso a prorrata dentro de cada número». Esto supone que la preferencia de los créditos de la Seguridad Social cede, de forma total, ante las deudas de la masa y, de forma específica, en el importe garantizado por el bien sobre el que recae el privilegio especial en los créditos que gozan de este privilegio. Dentro del conjunto de bienes con privilegio general, la preferencia se encuentra en el segundo y el cuarto grado. Las retenciones van por detrás de los créditos por salarios y asimilados y los demás créditos de la Seguridad Social quedan en un nivel inferior a los salarios, las retenciones y los créditos por trabajo personal no dependiente o por cesión de la explotación de los derechos de autor. Preceden, sin embargo, estos créditos a los derivados de responsabilidad extracontractual y a los créditos del acreedor que solicitó la declaración del concurso y se encuentran al mismo nivel que los créditos tributarios –con el mismo límite del 50%– con los que se abonarán a prorrata en caso de concurrencia. Se ha dicho que esto supone un tratamiento peyorativo con respecto al régimen anterior contenido en el art. 22 LGSS, en especial si se tiene en cuenta que la preferencia afecta sólo al 50% de los créditos y que una parte no desdeñable de éstos descende a la categoría de créditos subordinados³¹. Pero ello no obsta a que, en atención

²⁹ Art. 104 LGSS, art. 9 RGRSS y art. 22 RGCL.

³⁰ Esta es la interpretación que parece más lógica, pues en otro caso se amplía la preferencia.

³¹ M. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 359. Este autor considera que la solución adoptada tiene cierta racionalidad, al limitar el importe protegido por la preferencia y al relegar a una posición secundaria a los créditos que tie-

al objetivo de la «poda de privilegios» y a las tendencias existentes en orden a la limitación de los privilegios de los créditos públicos, el resultado final de la reforma sea en realidad modesto, manteniendo un tratamiento de los créditos difícil de justificar³².

El privilegio general permite además a la Tesorería General ejercitar el derecho de abstención en los términos del art. 123 LC y con los efectos del art. 134 de la misma Ley. Como acreedor privilegiado y con el alcance de este privilegio, la Seguridad Social no quedará vinculada por el contenido del convenio, salvo que hubiera votado a favor de la propuesta o hubiera firmado o se hubiera adherido a ésta. Desde el momento de la aprobación del convenio y conforme al art. 133 LC cesa la prohibición de iniciar ejecuciones o la suspensión de éstas conforme al art. 55 LC y el crédito privilegiado podrá realizarse por esta vía independiente, continuando o reabriendo la ejecución administrativa. Naturalmente, esto no impide que los créditos ordinarios y subordinados de la Seguridad Social queden afectados por el convenio.

nen un carácter accesorio (intereses y sanciones). No obstante, el aumento del porcentaje preferente desde el inicial 10% establecido en el Anteproyecto al 50% del Proyecto de Ley ha sido muy criticado por la doctrina mercantil. En la actualidad se cuestiona el privilegio de los créditos públicos (*vid.* nota siguiente).

³² *Vid.* en este sentido las críticas de A. ROJO («La reforma del Derecho concursal español») y J. M. GARRIDO, «La graduación de los créditos», en AA. VV. (A. ROJO, director), «La reforma de la legislación concursal», Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 126, 127, 234 y 235. En general, se afirma que los privilegios de los créditos públicos hacen recaer un peso desproporcionado de la crisis del deudor sobre los acreedores privados cuando los acreedores públicos cuentan con más medios (recaudación ejecutiva, información, medios de control...) para la defensa de sus intereses y tienden a propagar las crisis como consecuencia del denominado «efecto dominó».

3.1.3. La posición de los créditos con privilegio especial y de los créditos ordinarios y subalternos

El art. 20 LGSS y el art. 31 RGRSS prevén que, como garantía de los créditos de la Seguridad Social, en los casos de aplazamiento y fraccionamiento de pago y en otros supuestos podrán constituirse a favor de la Tesorería determinadas garantías, entre ellas, la hipoteca, inmobiliaria o mobiliaria, y la prenda con o sin desplazamiento. En este caso los créditos garantizados tendrán la consideración de *créditos con privilegio especial* conforme al art. 90 LC con las consecuencias que de ello se derivan. La primera es la preferencia que recoge el art. 155 LC, a tenor del cual « el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva». La preferencia, aunque con la limitación derivada de la especialidad del bien objeto de su satisfacción, es la más fuerte en el nuevo sistema, pues no sólo prevalece sobre el privilegio general³³, sino también sobre las deudas de la masa, pues las deducciones para su pago tienen que hacerse sobre bienes o derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154.3 LC)³⁴. No obstante, de los arts. 56 y 155 se derivan algunas limitaciones, que se refieren, en primer lugar, al periodo de espera que se impone a la realización de la garantía real en la que consiste el privilegio especial, pues cuando aquélla recaiga sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o a una unidad productiva no podrá iniciarse la ejecución o reanudarse la ya iniciada hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte a la

³³ El art. 156 LC precisa que el pago de éstos ha de realizarse con cargo a bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase.

³⁴ Al contrario que en el Anteproyecto de 1983 y la Propuesta de 1995, en la Ley Concursal no existe un superprivilegio salarial que pueda satisfacerse a cargo de bienes afectos, cuando el resto es insuficiente. La garantía real se encuentra, pues, en el nivel más alto de la graduación.

garantía o hasta que transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación, y, en segundo lugar, a la posibilidad de que se ejercite dentro del plazo que se deriva del art. 56 la opción del art. 155.2 LC consistente en la atención del pago inmediato con cargo a la masa sin realización de los bienes afectos. La segunda consecuencia del privilegio especial consiste en el derecho de abstención en los términos ya examinados para el privilegio general.

Los *créditos ordinarios* de la Seguridad Social se definen negativamente como los que no se encuentran calificados como privilegiados, ni como subordinados (art. 89.3 LC). Son créditos que no tienen ninguna preferencia y se abonan de acuerdo con las normas del art. 157 LC: el pago se efectúa con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, satisfaciéndose a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte de éstos que no hubiere sido satisfecha con cargo a los bienes o derechos afectados. Los créditos ordinarios no tienen derecho de abstención y, por tanto, quedan vinculados por el convenio y ello aunque no hubieran sido reconocidos (art. 134.1 LC). Tienen, sin embargo, derecho de asistencia a la Junta y de voto en ella (arts. 118 y 122 LC) y para instrumentar estos derechos el art. 24.2º LGSS –en la redacción de la disposición final 16ª LC– modera para la TGSS, como ya se ha visto, la prohibición de realizar transacciones, autorizándola a suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal³⁵.

En cuanto a los *créditos subordinados*, se definen por su incorporación a una lista de créditos que contiene seis criterios de calificación: la comunicación tardía, la calificación

contractual, el versar sobre intereses o sobre sanciones y la vinculación personal del titular y la concurrencia de mala fe en caso de créditos afectados por rescisión concursal³⁶. A efectos de Seguridad Social, los grupos más importantes son los intereses y las sanciones, en los que hay que incluir los recargos. Estos plantean un problema nada fácil de calificación, porque, como ya se ha dicho, el recargo incorpora a la función resarcitoria propia del interés una función disuasoria próxima a la sanción, por lo que caben dos opciones: 1ª) afirmar la prevalencia de una función u otra a efectos de la inclusión de todo el recargo en el grado 3º o en el 4º, 2ª) dividir el recargo en dos partes, una correspondiente al interés que se incluiría en el apartado 3º y otra correspondiente a la sanción que estaría en el 4º. Los créditos subordinados tienen un *status* inferior al resto de los créditos tanto en orden a su abono, como en lo que afecta a su posición política en el sistema de decisiones del concurso. Los créditos subordinados no se abonan hasta que no hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios y se realiza siguiendo el orden de graduación del art. 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 158 LC). En el plano político tienen derecho a asistencia a la Junta (art. 118 LC), pero carecen de derecho al voto (art. 122.1.1º LC), lo que no impide que la Seguridad Social pueda ejercitar el derecho al voto que le corresponda por otros créditos (art.122.2 LC), con lo que su posición en la Junta puede ser compleja: abstención por unos créditos, voto por otros y sin él por los créditos subalternos. Los créditos subordinados quedan afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los créditos ordinarios, pero se precisa que «los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto a estos últimos» (art. 134.2 LC), con lo que su situación se agrava.

³⁵ Vid. el comentario a esta disposición final; en especial sobre el último inciso del párrafo 2º del nuevo art. 24 LGSS. Cfr. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 365- 367.

³⁶ Sobre la clasificación *vid.* J.M. GARRIDO, «La graduación de créditos...», *cit.* p. 240 – 243.

3.1.4. Los créditos de la Administración de la Seguridad Social como deudas de la masa

La noción de deudas de la masa surge en el concurso en el que se distingue entre una masa pasiva integrada por las deudas del concursado y unas deudas de la masa, cuya característica es su «prededucibilidad» de esa masa pasiva antes de la satisfacción de los acreedores concursales. Esta distinción aparece en el art. 84 LC que diferencia entre créditos concursales y créditos contra la masa, que son los que se relacionan en el número 2 del art. 84, cuya característica común, salvo alguna excepción, como la del apartado 1º, es la de ser créditos vinculados por el propio funcionamiento del concurso o a la gestión del patrimonio del concursado. Dentro de la lista del art. 84.2. LC las deudas de la Administración como deudas contra la masa se relacionan en el apartado 5º que se refiere a los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, pues aunque el precepto incluye expresamente los créditos laborales a ellos se unen necesariamente los de Seguridad Social por cuotas en la medida en que la obligación de abonar éstas surge como consecuencia del simple desarrollo de una actividad incluida en el campo de aplicación de la Seguridad Social de conformidad con los arts. 15³⁷, 103 y 106 LGSS³⁸ y preceptos concordantes de los regímenes especiales³⁹, con

lo que, en realidad, la continuidad de las obligaciones de Seguridad Social se liga a las decisiones generales sobre el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 44 LC); materia en la que la regla general es la continuidad salvo que, como excepción, se acuerde el cese o suspensión de actividades conforme al art. 44. 4 en relación con los arts. 64 y 65 LC. Las cuotas pueden referirse tanto a los trabajadores al servicio del deudor, como a las de éste mismo en cuanto trabajador por cuenta propia si continuase desarrollando su actividad. Lo decisivo será que el período de devengo sea posterior a la declaración del concurso. Por otra parte, hay que aclarar que, aunque la partida más importante de deudas contra la masa en materia de Seguridad Social serán las cuotas, los créditos de este carácter no se limitarán a este concepto, pues se extenderán, en principio, a todos los susceptibles de ser calificados como créditos de la Seguridad Social, según los criterios ya examinados y que se devenguen después de la declaración del concurso. Un concepto típico será el de los capitales coste de renta [art. 4.1.d) RGRSS] que el deudor debe ingresar en la Tesorería por la responsabilidad en materia de prestaciones. Se trata de un concepto que plantea problemas de calificación, dado que los incumplimientos determinantes de la responsabilidad pueden ser anteriores a la declaración del concurso y su declaración administrativa posterior. El criterio más lógico es atender para su calificación como crédito contra la masa o como crédito concursal a la fecha del hecho causante de la prestación correspondiente, aunque en algunos supuestos el art. 84 LC parece seguir el criterio formal de la declaración, como en el caso de los alimentos o las indemnizaciones.

³⁷ «La obligación de cotizar nacerá desde el momento de la iniciación de la actividad correspondiente».

³⁸ «La obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo» y «se mantendrá por todo el período en el que el trabajador esté en alta o preste sus servicios».

³⁹ PÉREZ PÉREZ (*op. cit.*, pp. 355 y 356) considera que la calificación de las obligaciones de Seguridad Social pueden derivarse también del apartado nº 9 del actual texto (antiguo 10º), que se refiere a las obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado. Pero las obligacio-

nes de Seguridad Social nacen de los supuestos de hecho ordenados por la Ley sin que sea necesario un acto de reconocimiento o asunción por parte de los interesados. El supuesto del art. 5º es suficiente, por tanto, para la calificación.

Los créditos contra la masa son prededucibles y se abonan «antes de proceder al abono de los créditos concursales» (art. 154.1 LC). En principio, su pago no queda afectado por el concurso, pues han de satisfacerse «de forma inmediata» a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea el estado del concurso». Sin embargo, hay limitaciones importantes que restringen este principio general. En primer lugar, el segundo inciso del nº 2 del art. 154 LC, después de indicar que «las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso»⁴⁰, establece que «no podrán iniciarse ejecuciones»⁴¹ para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos», lo que supone que la satisfacción no es tan inmediata. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el nº 3 del art. 154 LC prevé que las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se harán sobre los bienes y derechos no afectos al pago de los créditos con privilegio especial y si el importe de esos bienes y derechos

⁴⁰ Esta regla plantea problemas importantes, pues parece ampliar la competencia del juez mercantil a todas las acciones sociales declarativas sobre deudas de la masa, pues la calificación y el pago apuntan al conocimiento sobre el ejercicio de acciones de condena, lo que amplía esa competencia muy por encima de la que fija el art. 8.2º LC. En relación con los créditos de la Administración de la Seguridad Social, las consecuencias son menos graves por las facultades de autotutela declarativa de los organismos gestores, pero esas consecuencias pueden ser más inquietantes para los créditos de los beneficiarios y los créditos laborales en general. La solución consiste en entender que esta reserva de competencia tiene que moverse dentro de la atribución general del art. 8.1 LC.

⁴¹ También resulta cuestionable determinar de qué ejecuciones se trata y, en concreto, si pueden seguirse ejecuciones administrativas para el cobro de las deudas de Seguridad Social contra la masa o si han de seguirse ante el juez mercantil de conformidad con el art. 8.3º LC. Esta última posición es la que se impone a la vista de la prohibición general del art. 55 LC y del propio tenor literal del art. 8.3º en relación con el art. 154. 2 LC.

resulta insuficiente, «lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos». De esta forma, en la práctica, el crédito con privilegio especial prevalece sobre el crédito contra la masa⁴².

3.2. Los créditos de los beneficiarios de la Seguridad Social en el concurso, ¿un olvido del legislador?

3.2.1. El problema y las distintas interpretaciones

Los créditos de Seguridad Social son de dos clases: los créditos de la Administración de la Seguridad Social y los créditos de los beneficiarios. También se ha señalado que los dos tipos de créditos tenían reconocida por la LGSS una posición preferente en los procedimientos concursales. Sin embargo, en la LC ha desaparecido cualquier mención expresa de los créditos de los beneficiarios de la Seguridad Social en la regulación de los distintos privilegios. No están, obviamente, en el art. 90 LC, pero tampoco en el art. 91 de la misma Ley, donde sin duda deberían estar y, aunque el art. 121. 2 LGSS no ha sido derogado, se trata de una norma que rige sólo fuera del concurso.

Ante esta situación se abren varias vías interpretativas. La primera consiste en afirmar que los créditos de los beneficiarios no ostentan ningún privilegio en el concurso. Esta conclusión se funda en el criterio estricto que domina la creación de privilegios y que se recoge ahora en el art. 89.2 LC: «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocida en esta Ley»⁴³, por lo que si los créditos de los benefi-

⁴² M. PÉREZ PÉREZ (*op. cit.*, p. 372) dice que la garantía del pago inmediato queda deteriorada y la regla del pago al vencimiento es meramente teórica.

⁴³ La norma, sin duda vinculada al principio de unidad de regulación, resulta algo ingenua en su proyección de futuro, pues el principio de modernidad determina que cualquier ley posterior pueda establecer un

ciarios no son créditos con privilegio especial ni general, serán necesariamente créditos ordinarios de acuerdo con la definición residual del art. 89.3 LC. Esta conclusión sorprende, pero podría explicarse por un «olvido» del legislador. Este ha pensado que los créditos de los beneficiarios por prestaciones de la Seguridad Social son créditos contra la Seguridad Social o, más exactamente, contra sus organismos gestores, de acuerdo con el principio de que la Seguridad Social tiene una garantía pública que deriva del art. 41 CE. Así, sucede, desde luego, en la mayoría de los casos, incluso en aquellos en los se aprecia una responsabilidad empresarial en el pago de la prestación conforme al art. 126.2 LGSS, porque aun en esos casos funcionan los mecanismos específicos de garantía pública⁴⁴ y el crédito del beneficiario se convierte en crédito de la Administración de la Seguridad Social. Pero no sucede en todos los casos, pues hay supuestos en los que no juegan estos mecanismos⁴⁵ y la gestora, aunque asuma el crédito a efectos de la recaudación [art. 4.1.d) RGRSS]⁴⁶, no paga la prestación al beneficia-

privilegio, aunque no se trate nominalmente de una ley concursal. Pero hacia el pasado resulta claro que no subsiste en el concurso ningún privilegio que no haya sido recogido en la LC y ello aunque la norma que hubiera establecido ese privilegio no hubiese sido incluida en la disposición derogatoria de la LC. Por ello, el art. 121.2 LGSS como el 32 ET continúa vigente, pero sólo para la concurrencia de créditos que se produzca fuera del concurso.

⁴⁴ Sobre estos mecanismos *vid.* A. DESDENTADO BONETE, «La acción protectora de la Seguridad Social. Régimen jurídico, garantías y responsabilidades en materia de prestaciones», en AA. VV., «Derecho de la Seguridad Social», Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 344 y 345.

⁴⁵ A. DESDENTADO BONETE, *op. cit.*, p. 345, y M.J. HERNÁNDEZ VITORIA, *op. cit.*, pp. 604-606.

⁴⁶ También puede ocurrir que la prestación del beneficiario y la responsabilidad del empresario se hayan reconocido por sentencia. En ese caso el crédito del beneficiario se convierte en crédito de la Seguridad Social si ésta asume el pago de la prestación a su costa y se subroga en la posición del beneficiario frente al empresario conforme al art. 126.3 LGSS. Pero si no es así, el crédito debe hacerse valer por el beneficiario en la ejecución. Si ésta es singular, el crédito tendrá el privile-

rio, que tendrá que hacer valer el crédito contra el empresario responsable y si lo hace fuera del concurso tendrá el privilegio del art. 121.2 LGSS, pero si tiene que hacerlo en el concurso, el crédito tendrá la consideración de ordinario.

Esta solución es poco satisfactoria, por lo que podría considerarse otra consistente en asimilar el crédito del beneficiario al crédito de la Seguridad Social y entender que se trata de un crédito con privilegio general incluido en el apartado 4º del art. 91 LC. Desde una perspectiva de interpretación literal, esta solución tiene bastante consistencia, porque el precepto citado se refiere a «los créditos de la Seguridad Social» y es claro que el crédito del beneficiario lo es al menos en cuanto a su contenido, que está constituido por una prestación de Seguridad Social. Por otra parte, el resultado al que conduce esta solución es menos absurdo que el de la anterior, porque al menos reconoce al beneficiario un privilegio.

Pero también pueden formularse objeciones importantes a esta segunda solución, pues el privilegio del apartado 4º del art. 91 LC es un privilegio concedido a créditos de carácter público y el crédito del beneficiario no lo es. Esta caracterización subjetiva es esencial en la configuración del privilegio, como se desprende del contexto de su regulación (la referencia al crédito de la Seguridad Social se encuadra sistemáticamente en la norma dedicada a los «créditos tributarios y los de Derecho Público») y de un elemento fundamental de su regulación –el límite del

gio del art. 121.2 LGSS, pero en el concurso este privilegio ya no se aplica. El problema también existe para la entidad gestora en caso de subrogación, porque ésta tiene que actuar en el marco de una ejecución judicial y el art. 4.1.d) RGRSS sólo rige en la ejecución administrativa. Así que si la gestora, como subrogada del beneficiario, tiene que ejecutar el crédito frente al empresario en el concurso, se encontrará en la misma situación en que estaría éste, es decir, sin la preferencia del art. 121.2 LGSS.

50%– que no tiene sentido respecto a los beneficiarios. La solución más correcta, por tanto, es incluir los créditos de los beneficiarios en el apartado 1º del art. 91 LC, que se refiere al privilegio general de los créditos por salarios sin privilegio especial, las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral⁴⁷. La inclusión se justifica porque no cabe entender que la LC haya querido excluir del privilegio las prestaciones de la Seguridad Social que han de abonarse en régimen de responsabilidad empresarial. Esta premisa es clara, porque no tendría sentido en relación con el fundamento último de los privilegios sociales, proteger las rentas salariales y no proteger las prestaciones de la Seguridad Social que son sustitutivas de éstas y que reflejan una situación más necesitada de cobertura por parte de sus beneficiarios, como también sería absurdo proteger los créditos de Seguridad Social fuera del concurso y no hacerlo dentro de él o dar cobertura a las indemnizaciones y a los recargos, que otorgan una protección complementaria en relación con la que proporciona la Seguridad Social, y excluir de esa cobertura a las prestaciones de ésta que constituyen la forma de protección fundamental en términos de eficacia social⁴⁸, como también carece de racionalidad

⁴⁷ Se trata del recargo del art. 123 LGSS en relación con el art. 42.3 LPRL. El nombre correcto no es el que emplea la LC con referencia al incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, sino el recargo de las prestaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que utiliza el art. 123 LGSS. Sobre la naturaleza sancionadora o indemnizatoria del recargo existe una amplia controversia, cuyo estado actual en la doctrina científica y en la jurisprudencia puede verse en A. DESDENTADO BONETE, «El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate», *Revista de Derecho Social*, nº 21/2003.

⁴⁸ Sobre el carácter complementario de la protección otorgada a través de las indemnizaciones civiles a cargo del empresario y del recargo *vid.* A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Las medidas comple-

mentarias de la protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil y el recargo de prestaciones», en AA. VV., «Cien años de Seguridad Social», Muprespa /La Fraternidad, Madrid, 2000, p. 639 y ss, y «La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad», *Tribuna Social*, mayo 2001. Es cierto que esa protección complementaria se limita a las prestaciones derivadas de las contingencias profesionales, pero ello no desvirtúa el argumento, porque esa falta de protección complementaria lo que hace es agudizar la situación de necesidad que el privilegio tiene que proteger.

mentarias de la protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil y el recargo de prestaciones», en AA. VV., «Cien años de Seguridad Social», Muprespa /La Fraternidad, Madrid, 2000, p. 639 y ss, y «La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad», *Tribuna Social*, mayo 2001. Es cierto que esa protección complementaria se limita a las prestaciones derivadas de las contingencias profesionales, pero ello no desvirtúa el argumento, porque esa falta de protección complementaria lo que hace es agudizar la situación de necesidad que el privilegio tiene que proteger.

⁴⁹ La complejidad es evidente. El art. 126 LGSS remite a una regulación reglamentaria que no se ha dictado desde 1972, en que se encomendó esta tarea al Gobierno por la Ley 24/1972. La disposición transitoria del D 1645/1966 remitió *provisionalmente* a la aplicación de las normas derogadas de la Ley Articulada de la Seguridad Social de 21 abril de 1966 y en esa situación provisional continuamos. Quizá es exigir demasiado que el legislador concursal de 2003 conozca este laberinto. El «desbocamiento» de las leyes del que habla el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA («Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas», Civitas, Madrid, 1999) ha llegado a tal punto que ni el propio legislador puede controlar sus criaturas.

⁵⁰ Claro que cabría cuestionar la constitucionalidad de esta situación, como se hace en el voto particular a la STS 1-2-2000 (RJ 1416), pero de momento las normas sobre responsabilidad con sus vacíos de cobertura pública siguen aplicándose.

necesidad de protección la situación del beneficiario no es comparable con la de la Administración y además para el beneficiario el límite de la protección no puede estar en el importe total de la deuda acumulada, como sucede en el art. 91.4º LC, sino en un tope de renta garantizada que debería ser el mismo que rige para las rentas salariales.

3.2.2. *La protección del beneficiario por la vía del art. 91.1º LC*

El privilegio del crédito del beneficiario debe ser el del apartado 1º del art. 91 LC. Pero la delimitación de la regla aplicable dentro de este grupo plantea un problema adicional, porque hay en realidad dos supuestos: uno, relativo a los salarios y a las indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo sobre los que opera un límite en la base de cálculo del triple del salario mínimo interprofesional multiplicado por los días de salario pendientes de pago o por los días de cálculo de la indemnización por extinción⁵¹ y otro, relativo a las indemnizaciones y recargos por accidentes de trabajo, que no tienen tope. La asimilación es dudosa porque, en principio, la similitud es mayor con el recargo de prestaciones⁵², que

actúa simplemente como un incremento de la prestación de la Seguridad Social⁵³. Pero mientras que el recargo no tiene ninguna limitación, los salarios sí que están limitados por el importe del triple del salario mínimo interprofesional. Este tope debería ser también aplicable a las prestaciones de Seguridad Social en la medida en que éstas son sustitutivas del salario, por lo que parece en principio más razonable la asimilación a éstos de las prestaciones a efectos del privilegio. No obstante, debe prevalecer la asimilación al recargo no sólo por el peso de la mayor proximidad conceptual (el recargo es el incremento de una prestación), sino por la lógica del devengo. En efecto, los salarios entran en el privilegio en función de los días de salario devengados y no abonados con anterioridad a la declaración del concurso, mientras que las prestaciones tienen un tratamiento más complejo. Así las pensiones entran en el privilegio por los valores del capital coste de renta⁵⁴, a los que ya no tiene sentido aplicar el tope del salario mínimo interprofesional, porque cubren un periodo de percepción futuro en el que ese tope no estará vigente. Las prestaciones consistentes en cantidades a tanto alzado están constituidas por valores fijados directamente por la Ley (lesiones permanentes no invalidantes, auxilio por defunción) o mediante conexiones con la base reguladora (incapacidad parcial y muerte) en las que se pierde la función de sustitución del salario, aparte de que no se devengan por días. En estos dos tipos de prestaciones –pensiones vitalicias e indemnizaciones– la asimilación con el recargo es más clara. Entran en el privilegio en su importe total siempre que se hayan devengado antes de la declaración del concurso,

⁵¹ El modelo de cálculo es la indemnización por despido de 45 días por cada año de servicio. Pero hay módulos inferiores de 20 días.

⁵² En caso de accidente de trabajo funcionan tres vías de reparación: 1ª) las prestaciones de la Seguridad Social, que operan como un seguro público obligatorio de la responsabilidad del empresario, 2ª) el recargo de prestaciones, que aumenta las anteriores en un porcentaje (del 30 al 50%) para penalizar la culpa del empresario en la producción del accidente, cuando éste se ha producido como consecuencia de la infracción de una medida de seguridad y 3ª) la responsabilidad civil adicional que, según la última jurisprudencia, cubre la diferencia entre el importe total del daño y las prestaciones de la Seguridad Social, sin deducir el recargo (STS 2-10-2000, RJ 9673). Pero hay divergencias de criterio en relación con la concurrencia de estas distintas vías de reparación. *Vid.* sobre ello los trabajos citados de A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, y la STS 1-2-2000 (RJ 1416).

⁵³ De un 30% a un 50% del importe de la prestación. Normalmente, ésta se fija, a su vez, en un porcentaje aplicado a una base que se determina en función del salario del accidentado.

⁵⁴ *Vid.* art. 89 RGRSS en relación con el art. 78 del RD 2064/1995. El capital coste se aplica sólo a las pensiones. Para el resto de las prestaciones –cantidades a tanto alzado o prestaciones periódicas que no son pensiones– se toma el importe total de la prestación reconocida.

entendiéndose producido el devengo en el momento del nacimiento del derecho, que suele coincidir con el hecho causante de la prestación. El caso de las prestaciones periódicas que no tienen la condición de pensiones por no ser vitalicias –prestaciones por desempleo, incapacidad temporal y asignaciones familiares– la situación es distinta, pues se van devengando por días, con lo que deberían asimilarse a los salarios y sería fácil aplicar el tope del triple del SMI. Por otra parte, hay que tener en cuenta que las prestaciones que se calculan sobre bases de cotización ya tienen un tope incorporado, pues su base de cálculo está limitada por el tope máximo de cotización aplicable en cada momento a las bases de cotización⁵⁵.

Un problema adicional se relaciona con la exigencia de que las prestaciones se hayan devengado antes de la declaración del concurso. También aquí la solución es compleja, pues mientras que las pensiones –por su transformación en capitales coste⁵⁶– y las indemnizaciones a tanto alzado se han de entender normalmente devengadas en el momento del hecho causante, no sucede lo mismo con las prestaciones periódicas que no son pensiones que se devengan día a día, aunque su reconocimiento se realice de una sola vez con una condena de futuro condicionada a la subsistencia de la situación protegida dentro de sus límites temporales.

El orden de preferencia será en cualquier caso el que deriva de su inclusión en el apartado 1º del art. 91 LC, con lo que las prestaciones se pagarán en la forma prevista en el art. 156 LC y los créditos tendrán el derecho de abstención con los efectos ya examinados (*supra* 3.1.4.).

3.2.3. *El crédito del beneficiario como crédito contra la masa*

Menos problemas suscita la posición del crédito del beneficiario como deuda contra la masa. Su inclusión en el art. 84.1.5º LC no plantea, en principio, ninguna duda en la medida en que se tratará de créditos vinculados a responsabilidades derivadas de hechos causantes producidos después de la declaración del concurso que han de ligarse al mantenimiento del ejercicio empresarial del deudor. Algún problema puede, sin embargo, surgir en relación con la determinación de la posición temporal de estos créditos cuando, aunque se refieren a prestaciones causadas con posterioridad a la iniciación del concurso respondan a incumplimientos anteriores. Es cierto que como tal surge con el hecho causante de la prestación y no con el incumplimiento, pero no se trata de un crédito generado por la continuidad del ejercicio empresarial después del concurso, aunque nazca después de iniciado éste. Estos créditos seguirán para su abono las reglas del art. 154 LC.

⁵⁵ Ciertamente este tope es en la actualidad muy superior al SMI. Este es para 2003 de 451,20 € al mes, lo que multiplicado por tres da un tope mensual de 1.353,6 € mensuales, mientras que el tope máximo de las bases de cotización es de 2.652 €. Pero la dispersión del cómputo de la base reguladora de las pensiones en un largo periodo de tiempo reduce la diferencia.

⁵⁶ *Vid.* en este sentido el art. 286.1 LPL, a tenor del cual «en los procesos seguidos por prestaciones de pago periódico de la Seguridad Social, una vez sea firme la sentencia condenatoria a la constitución de capital, se remitirá por el Juzgado copia certificada a la entidad gestora o servicio común competente».

RESUMEN: El artículo aborda un estudio de las repercusiones de la Ley Concursal en la Seguridad Social. Para ello se distinguen dos planos fundamentales: el procesal y el sustantivo. En el procesal, la consecuencia más importante se relaciona con la denominada fuerza atractiva del concurso. Esa atracción, a diferencia de lo que ocurre en materia laboral, va a quedar limitada a la ejecución y a las medidas cautelares de carácter patrimonial. En este sentido tanto los procedimientos administrativos de declaración de obligaciones en materia de Seguridad Social como los procesos judiciales de este carácter podrán continuar iniciándose después de la declaración del concurso, aunque la ejecución deberá realizarse dentro de éste. La segunda parte del trabajo se dedica al tratamiento sustantivo de los créditos de la Seguridad Social en el concurso y, en concreto, a la clasificación de estos créditos y del régimen de privilegios. La Ley concede un privilegio general, que se extiende a las retenciones por todo su importe y a los créditos de la Administración de la Seguridad Social hasta un 50%, con lo que se ha moderado el propósito reformista inicial que tendía a una reducción drástica de los privilegios públicos. Pero los créditos de la Administración de la Seguridad Social podrán también calificarse como créditos con privilegio especial y como créditos ordinarios o subordinados. Con todo, el problema más importante que plantea la reforma es el relativo al tratamiento de los beneficiarios de la Seguridad Social en el concurso. No se han incluido estos créditos en el privilegio general y esto constituye un olvido que puede tener consecuencias graves en los supuestos de responsabilidad empresarial no cubiertos por el anticipo de las gestoras, si no se supera mediante una interpretación integradora que incluya estos créditos en el nº 1 del art. 91 LC. El trabajo examina también la calificación de los créditos de Seguridad Social como deudas de la masa. Fuera del concurso los créditos de la Seguridad Social mantienen los privilegios de los arts. 22 y 121 de la LGSS.