UNIVERSIDAD DE DEUSTO

FACULTAD DE DERECHO

3er Ciclo

LA PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(Análisis de la concurrencia con los restantes créditos privilegiados)

Tesis realizada por: **José Ramón Mínguez Benavente**

Tesis dirigida por el Doctor: **Fernando Manrique López**

El doctorando

El Director de la tesis

Bilbao, Marzo 1995

DEDICATORIA.:

A mi esposa Begoña
y a mis amigos Pablo Sesma y Ander Pérez

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

PARTE PRIMERA
LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CAPÍTULO 1º
LA NATURALEZA DE LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 11
1. INTRODUCCIÓN 13
2. ANTECEDENTES INMEDIATOS EN LA REGULACIÓN DEL PRIVILEGIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 15
2.1. El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974 15
2.2. Artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio 16
2.2.1 La redacción original 16
2.2.2 La modificación introducida por la Ley 4/1990, de 29 de junio 17
2.2.3 Constitucionalidad de las modificaciones introducidas mediante leyes de presupuestos 18
2.3. El Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo 25
2.4. El Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre 26
2.5. La nueva Ley General de la Seguridad Social, de 20 de Junio de 1994 . 27
3. LA PREFERENCIA OTORGADA POR LA NORMATIVA ACTUAL AL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 28
4. LA NATURALEZA REAL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO Y SU INCIDENCIA EN EL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 31
5. DETERMINACIÓN DE LA FECHA DEL NACIMIENTO DEL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 36
6. ASPECTOS PROCESALES DERIVADOS DE LA PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 42
6.1. Introducción 42
6.2. La tercería de mejor derecho en defensa del crédito de la Seguridad Social 43
6.3. Cancelación de las cargas registrales 44
7. CONCLUSIONES SOBRE LA NATURALEZA DEL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 46

CAPÍTULO 2º
FUNDAMENTO DEL PRIVILEGIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL 47
1. INTRODUCCIÓN 49
2. LA PROTECCIÓN SOCIAL 51
2.1. Origen histórico 51
2.2. El modelo español de Seguridad Social 53

2.3. Fundamento constitucional 54
2.4. Conclusiones 56
3. LAS FUENTES DE FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 59
4. CONCLUSIONES 61

CAPÍTULO 3º
LA RECLAMACIÓN DE LOS DÉBITOS A LA SEGURIDAD SOCIAL 65
1. INTRODUCCIÓN 67
2. LA RECAUDACIÓN EN PERÍODO VOLUNTARIO. 69
2.1. Recaudación de cuotas en plazo reglamentario. 70
2.2. Efectos de la falta de cotización en plazo reglamentario 75
2.2.1 Recargos 76
2.2.2 Reclamaciones de deuda 78
2.2.3 Actas de liquidación 80
2.2.4 Determinación de las deudas por cuotas 83
2.3. Recaudación de otros recursos. 85
3. LA RECAUDACIÓN EN VÍA EJECUTIVA. 87
3.1. Antecedentes normativos (Los conciertos de colaboración - La competencia de las Magistraturas de Trabajo - La creación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social) 88
3.2. La extinguida certificación de descubierto. 101
3.3. Iniciación de la vía de apremio 102
3.4. La providencia de apremio 104
3.5. Normas generales del procedimiento de apremio 106
3.6. Acumulación de títulos ejecutivos. 107

CAPÍTULO 4º
LA INCIDENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 109
1. INTRODUCCIÓN 111
2. DEUDAS SINGULARMENTE PRIVILEGIADAS 115
3. DEUDAS CON EMBARGO ANTERIOR AL PROCESO CONCURSAL 118
4. LAS RESTANTES DEUDAS ANTERIORES AL PROCESO CONCURSAL (SIN EMBARGO DE BIENES) 121
4.1. Cuestiones generales 121
4.2. Actuación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva en relación con estas deudas 122
5. DEUDAS POSTERIORES AL PROCESO (DEUDAS DE LA MASA) 124
6. CONCURRENCIA CON OTROS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE EJECUCIÓN 126
7. LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN 129
8. LA PERSONACIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES 131
8.1. Antecedentes normativos.- Regulación actual 131
8.2. Consideraciones generales 132
8.3. La personación en la suspensión de pagos 133

8.4. La personación en la quiebra 135
8.5. El derecho de separación de las cotizaciones de los trabajadores 136

PARTE SEGUNDA
LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS, ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS PREFERENCIAS

INTRODUCCIÓN 141

CAPÍTULO 1º
LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS EN LA NORMATIVA COMÚN 145
1. EN EL CÓDIGO CIVIL 147
1.1. Introducción 147
1.2. La preferencia singular 149
1.2.1 Sobre bienes muebles 149
1.2.1.1 El artículo 1922 150
1.2.1.2 El artículo 1926 155
1.2.2 Sobre bienes inmuebles 157
1.2.2.1 El artículo 1923 158
1.2.2.2 El artículo 1927 160
1.3. La preferencia general 163
2. EN EL DERECHO MERCANTIL 167
2.1. Cuestiones previas 167
2.2. La suspensión de pagos 170
2.3. La quiebra 172
2.3.1 La prelación de los créditos a satisfacer con el producto de los bienes muebles 174
2.3.2 La prelación de los créditos a satisfacer con el producto de los bienes inmuebles 179
2.4. El derecho de ejecución separada 180
2.5. El derecho de abstención 183

CAPÍTULO 2º
LOS CRÉDITOS SALARIALES 187
1. INTRODUCCIÓN 189
2. EL SUPERPRIVILEGIO DEL ART. 32.1 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 193
2.1. La prelación del superprivilegio. 194
2.2. La colisión del superprivilegio con otras situaciones reales. 195
2.3. Otras cuestiones suscitadas por el art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores. 196
2.4. Aspectos procesales derivados de la ejecución del "*superprivilegio*" salarial. (La cancelación de las cargas anteriores.) 197
3. EL PRIVILEGIO SALARIAL REFACCIONARIO. ART. 32.2 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 201
3.1. Fundamento. 201
3.2. Delimitación. 203

3.3. Los inmuebles como objeto de refacción. 207
4. EL PRIVILEGIO GENERAL ORDINARIO. ART. 32.3 del Estatuto de los Trabajadores. 213
4.1. El privilegio singular. 214
4.2. Las limitaciones del privilegio del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores 215
5. LA INCIDENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN EL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO SALARIAL 220
6. LAS INDEMNIZACIONES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONCEPTO LEGAL DEL SALARIO. SU CARÁCTER PREFERENCIAL 222
6.1. Introducción 222
6.2. La situación anterior a la reforma de la Ley 11/1994, de 19 de mayo . . 224
6.2.1 El concepto de salario en sentido amplio 228
6.2.2 El concepto de salario en sentido estricto 229
6.2.3 La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo 229
6.3. El privilegio actual de las indemnizaciones 232
6.3.1 Limitaciones al privilegio 232
6.3.2 Su incidencia en los procedimientos concursales 234
6.4. Conclusiones. 234
7. CONCLUSIONES SOBRE LA CONCURRENCIA DE LOS CRÉDITOS SALARIALES Y LOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 236

CAPÍTULO 3º
LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS 239
1. ORIGEN HISTÓRICO DEL CRÉDITO HIPOTECARIO 241
1.1. Introducción: *"El Pignus"*. 241
1.2. Concurrencia de hipotecas sobre un mismo objeto. 244
1.2.1 Origen. 244
1.2.2 Rango hipotecario. 245
1.2.3 Alteración del rango hipotecario. 246
1.2.4 El "Superfluum". 249
2. DISTINCIÓN ACTUAL ENTRE PRENDA E HIPOTECA 250
3. LA HIPOTECA INMOBILIARIA 252
3.1. Consideraciones previas. 252
3.2. El privilegio de la hipoteca inmobiliaria. 254
4. LA HIPOTECA MOBILIARIA Y LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO . . 258
4.1. Consideraciones previas. 258
4.1.1 Bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento 259
4.1.2 Constitución (Artículo 3º) 261
4.1.3 Limitaciones a las facultades dispositivas del deudor 261
4.1.4 Eficacia frente a terceros 262
4.2. El privilegio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. . 263
4.2.1 Problemática interpretativa 264
4.2.2 Orden de prelación 268
4.2.3 El embargo de bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento 270

4.2.4 Colisión entre la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento y la hipoteca inmobiliaria . . . 273
5. OTROS DERECHOS REALES DE GARANTÍA . . . 274
5.1. La prenda. . . . 274
5.2. Anticresis. . . . 277
5.2.1 Concepto. . . . 278
5.2.2 Problemática interpretativa. . . . 279
5.2.3 El privilegio de los créditos garantizados con anticresis. . . . 281
5.3. Fiducia. . . . 282
5.3.1 Clases de negocios fiduciarios. . . . 283
5.3.2 Naturaleza jurídica. . . . 284
5.3.3 La problemática preferencial. . . . 285

CAPÍTULO 4º
LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS . . . 291
1. ORIGEN HISTÓRICO DEL PRIVILEGIO TRIBUTARIO . . . 293
2. NORMATIVA APLICABLE . . . 294
2.1. Código Civil . . . 294
2.2. Ley General Tributaria (28 de diciembre de 1963) . . . 296
2.3. Ley General Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1.091/1988, de 23 de Septiembre) . . . 297
2.4. Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 1.684/1990, de 20 de diciembre) . . . 298
2.5. Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 1969 . . . 306
2.6. Legislación hipotecaria . . . 306
2.7. Código de Comercio (Real Decreto de 22 de Agosto de 1885) . . . 308
3. LA PRELACIÓN GENERAL . . . 310
4. LA HIPOTECA LEGAL TÁCITA . . . 317
5. EL DERECHO DE AFECCIÓN . . . 320
5.1. Ámbito de aplicación . . . 320
5.2. Titularidad del derecho . . . 321
5.3. Limitaciones al ejercicio del derecho de afección . . . 321
5.4. Concurrencia con otros acreedores privilegiados . . . 322
6. EL DERECHO DE RETENCIÓN . . . 324
6.1. Cuestiones teórico-doctrinales . . . 324
6.2. Conclusiones prácticas . . . 327
7. LAS GARANTÍAS CAUTELARES . . . 329
7.1. El párrafo 2 del artículo 74 de la Ley General Tributaria . . . 329
7.2. El artículo 76 de la Ley General Tributaria . . . 330
8. LA INCIDENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN LA EJECUCIÓN DEL CRÉDITO TRIBUTARIO . . . 333

CAPÍTULO 5º
LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO . . . 337
1. INTRODUCCIÓN . . . 339
2. NATURALEZA JURÍDICA . . . 343
2.1. El carácter constitutivo de la anotación . . . 343

2.2. Discusión sobre su carácter de derecho personal o derecho real 349
2.3. Conclusiones 358
3. LA PREFERENCIA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO . 363
3.1. Sobre los créditos nacidos con posterioridad 365
3.2. Sobre los créditos nacidos con anterioridad 369
3.3. Conclusión 373
4. LA NUEVA REGLA SEGUNDA DEL ARTÍCULO 175 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO 376

CAPÍTULO 6º
LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS EN EL DERECHO MARÍTIMO 381
1. INTRODUCCIÓN 383
2. EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1926 388
2.1. Los créditos privilegiados 388
2.2. Graduación de la preferencia 391
3. EL CONVENIO DE PRIVILEGIOS E HIPOTECAS MARÍTIMAS (Ginebra, 19 de Abril - 7 de Mayo de 1993) 393
3.1. Los privilegios marítimos 393
3.2. La prelación de los privilegios marítimos 395
4. EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES 397
4.1. Consideraciones previas 397
4.2. El embargo preventivo de buques en el convenio de 10 de Mayo de 1952 399
4.3. La anotación preventiva de embargo de buques 401
5. EL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL DERECHO MARÍTIMO 404
5.1. Cuestiones generales 404
5.2. Aspectos procesales del embargo de buques practicado por la Seguridad Social 407
6. CONCLUSIONES 409

CAPÍTULO 7º
OTROS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS 411
1. EL PRIVILEGIO OTORGADO POR EL ARTÍCULO 9º.-5ª DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL 413
1.1. Consideraciones generales 413
1.2. Naturaleza jurídica 414
1.3. Cuestiones sobre su preferencia 417
1.3.1 Concurrencia con los privilegios del Código Civil 417
1.3.2 Concurrencia con el privilegio del crédito salarial 418
1.3.3 Concurrencia con otros créditos privilegiados 419
1.3.4 La graduación en el Código de Comercio 419
2. LA PROTECCIÓN DE LOS ASEGURADOS EN LA LEY DEL SEGURO PRIVADO 421
2.1. Regulación actual 421
2.2. La adopción de medidas cautelares 422
2.3. La preferencia del crédito 423

2.4. El procedimiento de liquidación previsto en el Real Decreto-Ley 10/1984 425
2.4.1 Consideraciones generales 425
2.4.2 La incidencia del procedimiento en la ejecución del crédito de la Seguridad Social 426
3. LA RESERVA DE DOMINIO EN LA LEY DE VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES 428
3.1. ¿Titularidad dominical o derecho real de garantía? 428
3.2. Breve estudio de la Ley 50/1965 430
3.3. Conclusiones 436
4. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO (LEASING) 437

CONCLUSIONES 439

APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO 449

RESUMEN DE CITAS 463

INTRODUCCIÓN

La labor que he desarrollado desde el año 1989 al frente de la Unidad de Recaudación Ejecución 48/070 de la Tesorería General de la Seguridad Social en Vizcaya me ha permitido comprobar la tremenda complejidad que presenta la actual normativa reguladora de los distintos créditos privilegiados. Esta complejidad se produce tanto en los aspectos procesales derivados de la ejecución de un determinado crédito, como en la aplicación e interpretación de la normativa contenida en nuestro derecho positivo. Dentro de los aspectos procesales es habitual la controversia entre créditos privilegiados para resolver el mejor derecho de unos u otros para percibir con carácter preferente las cantidades obtenidas en la ejecución de los bienes de un deudor común a todos ellos; asimismo, la cancelación de las restantes cargas existentes en el correspondiente registro es una cuestión que históricamente ha resultado objeto de polémica, especialmente cuando se trata de cancelar las cargas anotadas o inscritas con anterioridad al crédito preferente que lleva a cabo la ejecución.

Inicialmente me había planteado basar el presente estudio en las experiencias prácticas obtenidas en el trabajo diario de la ejecución de los créditos de la Seguridad Social, centrándome en los aspectos procesales derivados de dicha ejecución, sin embargo, a medida que he ido profundizando en el análisis de los distintos privilegios, he comprobado que el verdadero origen del problema que presenta la ejecución viene determinado por la deficiente normativa reguladora de la graduación de dichos créditos privilegiados, así como la enorme dispersión de las disposiciones reguladoras de los privilegios. Esta cuestión me ha llevado a dedicar este estudio al análisis de la regulación contenida en el derecho positivo, con la intención de efectuar una visión generalizada de los principales créditos actualmente privilegiados por las diversas Leyes, Reales Decretos, Reglamentos y demás disposiciones legales, limitándome a desarrollar con carácter incidental los aspectos puramente procesales de la ejecución. En este sentido, la idea que he perseguido ha sido la de realizar un compendio de la legislación reguladora de los créditos privilegiados y efectuar su comparación con el crédito de la Seguridad Social.

En el ejercicio de esa labor comparativa entre el crédito de la Seguridad Social y los restantes créditos privilegiados he pretendido en todo momento mantener una perspectiva objetiva fundada en la actual regulación de los privilegios, evitando, en la medida de lo posible, efectuar valoraciones subjetivas en favor de determinadas posiciones que pudieran favorecer algún crédito

concreto y, en especial, el crédito de la Seguridad Social. Ahora bien, ese principio de objetividad en el estudio de la comparativa entre el crédito de la Seguridad Social y los restantes créditos privilegiados, no me ha impedido volcarme en la defensa del privilegio de la Seguridad Social, debido fundamentalmente a la ausencia de sensibilidad social que puede observarse en relación con dicho crédito. En la actualidad nadie discute la justificación y la necesidad del privilegio de diversos créditos, como es el caso de los créditos salariales o los créditos hipotecarios, por ejemplo; pero, además, van apareciendo continuamente otros créditos que igualmente son objeto del privilegio por parte de la correspondiente legislación (tal es el caso del privilegio contenido en la Ley reguladora de las Ventas a Plazos o en la Ley de Propiedad Horizontal), cuya fundamentación se produce de forma inmediata por parte del propio legislador y, posteriormente, por parte de la doctrina. Sin embargo, a pesar de su trascendental repercusión social, el crédito de la Seguridad Social continúa caracterizándose por su deficiente acogida entre los autores que han dedicado su estudio a la problemática de la concurrencia de acreedores. Del mismo modo, la experiencia práctica nos demuestra que los órganos jurisdiccionales se muestran habitualmente remisos a la hora de reconocer el privilegio de la Seguridad Social frente a otros acreedores, especialmente cuando se trata de dar aplicación a las cantidades sobrantes que pudieran resultar de una ejecución efectuada en un proceso judicial.

Esta ausencia de sensibilidad social en favor del ejercicio del privilegio de la Seguridad Social quizá pueda explicarse por un mal entendido criterio de la defensa de los intereses públicos, que, con escasa visión de la problemática, se muestran más favorables de resolver el litigio garantizando el créditos de acreedores privados en detrimento de los acreedores institucionales, quienes de alguna manera "*no van a quebrar por ello*". Con esto quiero decir que junto a las situaciones de necesidad que pueden ocasionarse a determinados acreedores privados, cuya defensa puede resultar lógicamente razonada, los intereses públicos a los que responde la recaudación de la Seguridad Social deberán ser objeto de una defensa que, probablemente, encuentre más justificación que la correspondiente a aquellos acreedores privados cuyo crédito no garantiza los intereses de toda la colectividad.

Por otro lado, quiero efectuar ahora una serie de consideraciones previas antes de profundizar en el estudio de la concurrencia de créditos. A.- En primer lugar, quiero llamar la atención sobre una cuestión terminológica que puede ayudar a tener una mayor comprensión de toda esta problemática: en mi opinión, aunque semánticamente sea prácticamente imposible

encontrar diferencias entre las palabras "*prioridad*", "*preferencia*", "*prelación*" y "*privilegio*", estoy convencido que su origen etimológico no puede responder a una idea común. En cualquier caso, no voy a efectuar una reflexión sobre dicho origen etimológico, pero sí quiero plantear una distinción que pudiera ser de utilidad para futuras modificaciones de la normativa reguladora de los privilegios. En este sentido, creo que las palabras citadas deberían equipararse a las siguientes ideas:

Prioridad — Facultad para poder realizar una determinada ejecución en detrimento de otros acreedores. La prioridad se determinará por la fecha del embargo, de la inscripción o, en su caso, de la anotación. Es decir, asimilo el término prioridad con la idea del mejor derecho a la ejecución.

Preferencia — Facultad que corresponde a un acreedor de percibir las cantidades obtenidas en una ejecución en detrimento de otros acreedores. Ahora asimilo el término preferencia con la idea del cobro. La preferencia no se resolverá por una cuestión procesal como la prioridad, sino por la aplicación del derecho sustantivo. De ahí que un acreedor pueda tener prioridad para ejecutar, pero no preferencia para el cobro. Piénsese, por ejemplo, en la ejecución llevada a cabo por un acreedor hipotecario inscrito en primer lugar con respecto a un acreedor salarial cuyo crédito por los últimos treinta días de trabajo ha nacido con posterioridad a la inscripción hipotecaria. En este caso el acreedor hipotecario gozará de prioridad para llevar a cabo la ejecución,pero la preferencia para el cobro le corresponde al crédito salarial.

Prelación — En mi opinión, el término prelación hace referencia a la clasificación conjunta de todos los acreedores implicados en un litigio planteado por la concurrencia de varios créditos. De esta forma, el grado de prelación de un determinado crédito estaría constituido por el orden que le corresponde dentro de la clasificación de todos los implicados.

Privilegio — Se trata de una expresión más genérica que las anteriores, pues su utilización puede alcanzar a otras cuestiones más allá de las derivadas de la graduación de créditos. En este sentido, el privilegio del crédito de la Seguridad Social no se limita al grado de prelación que pueda corresponderle en aplicación del artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, sino que abarcaría también el privilegio constituido por la existencia de un procedimiento

propio de recaudación de sus recursos. Igualmente, dentro del ámbito del derecho concursal, existen determinados créditos que gozan del privilegio de ejecución separada, o del ejercicio del derecho de abstención.

B.- En segundo lugar, quiero diferenciar desde un principio los denominados créditos singularmente privilegiados de los créditos privilegiados. Serán créditos singularmente privilegiados aquellos cuyo privilegio recaiga sobre uno o varios bienes determinados del deudor. Un crédito hipotecario es un crédito singularmente privilegiado en la medida en que su privilegio está basado en un bien concreto del deudor. Sin embargo, la legislación nos muestra algún error terminológico en este sentido, así, en el artículo 32.3º del Estatuto de los Trabajadores, se hace referencia a créditos singularmente privilegiados cuando, en realidad, dicha singularidad no existe en los créditos incluidos en el apartado 3º del citado artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

Por el contrario, serán créditos privilegiados o generalmente privilegiados (por anteponer la expresión a la de singularmente privilegiados) aquellos créditos cuyo privilegio descansa sobre la totalidad del patrimonio del deudor. Los créditos de la Seguridad Social se encontrarían en esta segunda clasificación.

El Código Civil, en caso de concurrencia entre acreedores singularmente privilegiados y acreedores generalmente privilegiados, resuelve la cuestión atribuyendo preferencia a los créditos que gocen de la misma con relación a determinados bienes del deudor, es decir, antepone los créditos singularmente privilegiados a los restantes. No obstante, como desarrollaré a lo largo de distintos capítulos, esta regla general encuentra diversas excepciones.

C.- En tercer lugar, es preciso distinguir la graduación de créditos vigente en la normativa común de la establecida en el Derecho mercantil. En el Derecho común, la graduación de créditos estará determinada por lo dispuesto en el Código Civil y en la normativa específica reguladora de otros privilegios (como es el caso del Estatuto de los Trabajadores, Ley General Tributaria, Ley General de la Seguridad Social, Ley Hipotecaria, etc.). Por su parte, el Derecho mercantil regula la graduación de créditos que debe presidir los procesos de quiebra (artículo 912 y siguientes del Código de Comercio), de forma que la normativa prevista en el Código de Comercio, en el citado artículo 912 y siguientes, resultará de aplicación únicamente en los casos de liquidación del patrimonio del deudor como consecuencia de la existencia previa de un proceso de quiebra.

Después de realizadas las anteriores consideraciones previas, voy a exponer a continuación el contenido del presente trabajo, que, como he dicho, pretende analizar la concurrencia de

créditos desde la perspectiva de la comparación del crédito de la Seguridad Social con los principales créditos privilegiados por el Derecho positivo.

En la primera parte analizo el privilegio otorgado por la normativa actual a los créditos de la Seguridad Social partiendo de la redacción establecida por el artículo 22 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994. Posteriormente, efectúo una serie de reflexiones en defensa del privilegio de los créditos de la Seguridad Social como instrumento protector de las necesidades sociales.

En el capítulo tercero de la primera parte desarrollo las cuestiones procedimentales que se derivan de la reclamación de los débitos a la Seguridad Social, a través del análisis del vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, haciendo hincapié en las reformas introducidas por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social y analizando la evolución experimentada por los órganos encargados de llevar a cabo la recaudación en vía de apremio, iniciada mediante los denominados "*conciertos de colaboración*" y que actualmente es realizada por las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Finalizo la primera parte con el estudio de la incidencia de los procedimientos concursales en la ejecución de los créditos de la Seguridad Social. En dicha incidencia hay que destacar las distintas posibilidades que se pueden plantear en relación con la continuidad o no de la ejecución realizada por las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social. En este sentido, el efecto fundamental de los procedimientos concursales consiste en la paralización del ejercicio de las acciones individuales; sin embargo, algunos acreedores, a pesar de haberse iniciado un procedimiento de ejecución universal, pueden continuar con su correspondiente ejecución, tal es el caso de los créditos salariales, los hipotecarios y los pignoraticios; pero, además, los procedimientos administrativos de apremio seguidos por la recaudación del Estado y por la recaudación de la Seguridad Social, también podrán continuar con su ejecución cuando la providencia de embargo dictada en dicho procedimiento administrativo sea anterior a la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos, o a la fecha del auto de la declaración en los supuestos de concurso de acreedores y de quiebras. En consecuencia, el privilegio del crédito de la Seguridad Social en los procedimientos concursales tendrá efecto sobre la graduación de créditos (artículo 912 y siguientes del Código de Comercio), sobre el derecho de ejecución separada (artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992, que desarrolla el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre) y sobre el ejercicio del derecho de

abstención previsto en los artículos 900 del Código de Comercio y 15 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

La segunda parte está destinada al estudio de las principales normas reguladoras de los distintos créditos privilegiados. En primer lugar, analizo la graduación establecida en el Código Civil y en el Código de Comercio, insistiendo en la idea a la que he hecho referencia anteriormente, es decir, la clasificación contenida en los artículos 912 y siguientes del Código de Comercio únicamente será aplicable a los procesos de quiebra. Ese primer capítulo lo titulo "*Los créditos privilegiados en la normativa común*" con la finalidad de distinguir la clasificación de créditos establecida con carácter general en los Códigos Civil y de Comercio de las preferencias establecidas con carácter particular para diversos acreedores cuyo privilegio es obtenido de una norma específica.

En el capítulo segundo analizo el privilegio de los créditos salariales, recogiendo las reformas introducidas en esta materia por la Ley 11/1994.

Es preciso destacar la progresiva importancia que durante los últimos años ha ido adquiriendo la protección de los créditos salariales, a los que en la actualidad hay que añadir la protección de las indemnizaciones por despido garantizadas a partir de la reforma de 1994 y que, anteriormente, habían dado lugar a una interesante controversia entre las Salas de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo. Este progresivo aumento de la protección de los créditos salariales determinó que los salarios garantizados en el apartado 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores gocen de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado con prenda o hipoteca.

El capítulo tercero está dedicado al estudio de la garantía real por excelencia: la hipoteca. En dicho capítulo distinguiré entre la hipoteca inmobiliaria y la mobiliaria, analizando también otros derechos reales de garantía que con el paso del tiempo han caído, en mayor o menor medida, en desuso (prenda, anticresis y fiducia).

En el capítulo cuarto analizo otro de los créditos privilegiados que pudieran denominarse "*históricos*", los créditos tributarios, pues su protección, al igual que la prenda y la hipoteca (pignus), se encuentra desde la época del Derecho Romano. En mi opinión, la regulación del privilegio de los créditos tributarios, contenida fundamentalmente en la Ley General Tributaria, constituye uno de los créditos cuya clasificación en orden a su prelación resulta más complicada de determinar con exactitud. Ello se debe, entre otros motivos, a los siguientes: 1.- La aparente derogación tácita que la Ley General Tributaria efectúa de la protección regulada en el Código

Civil (artículos 1.923.1º y 1.924.1º). 2.- Los términos absolutos de la preferencia otorgada por los artículos 73 y 75 de la Ley General Tributaria, unidos a las constantes modificaciones de la normativa fiscal, hacen cuestionarse la interpretación del principio de aplicación de la Ley posterior, especialmente si lo comparamos con otros créditos privilegiados también en términos absolutos, como es el caso de los créditos salariales garantizados en el apartado 1 y 2 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. 3.- La ausencia de remisión del privilegio tributario a la graduación establecida en el Código de Comercio, hace que, en mi opinión, en caso de quiebra, el grado de prelación que corresponde a los créditos tributarios sea el establecido en el apartado 3º del artículo 913 del Código de Comercio. Consecuentemente, en los procesos de quiebras, el crédito de la Seguridad Social deberá anteponerse a los créditos tributarios (en aplicación de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994).

El capítulo quinto lo destino al estudio de una garantía puramente registral, la anotación preventiva de embargo. En dicho capítulo, al analizar la naturaleza jurídica de la anotación preventiva, destaco dos cuestiones que han sido objeto de profundos debates doctrinales: el carácter constitutivo de la anotación preventiva de embargo y la discusión sobre su naturaleza personal o real. Respecto a la primera cuestión, distinguiré entre el embargo propiamente dicho, que evidentemente no necesita la existencia de su anotación, y la anotación preventiva del mismo, que otorgará al embargo la preferencia correspondiente. En relación con la segunda cuestión, defenderé las teorías que consideran los efectos reales de la anotación preventiva de embargo frente a aquellas otras que, con menor fundamento, consideran exclusivamente la eficacia personal de la anotación preventiva.

En el capítulo sexto analizo los créditos privilegiados en el Derecho Marítimo, cuyo carácter internacional y su gran incidencia económica hace que la protección establecida en dicho campo del derecho sea especialmente minuciosa y se constituya, en muchos casos, como precursora en la protección de determinadas situaciones. En el Derecho Marítimo, el buque constituye el centro de trabajo (artículo 1.5º del Estatuto de los Trabajadores), pero, además, será objeto habitual de distintas garantías crediticias, cuestión que aconseja el establecimiento de unos mecanismos de protección más fortalecidos para evitar la facilidad de su desplazamiento a otros países, defraudando con ello las expectativas de cobro de los acreedores.

Por último, en el capítulo séptimo recogeré la protección otorgada en otras normas a algunos créditos privilegiados. Dentro de éstos, por la importancia práctica que ha adquirido durante los últimos tiempos, hay que destacar el privilegio otorgado en la Ley de Ventas a Plazos

de Bienes Muebles de 1965.

En definitiva, el objeto del presente trabajo está constituido por el análisis del privilegio de los créditos de la Seguridad Social y su comparativa con los principales acreedores privilegiados por la dispersa normativa reguladora de los mismos existente en la actualidad. Asimismo, la finalidad perseguida consiste en resaltar la necesidad del privilegio de la Seguridad Social y, fundamentalmente, proporcionar un estudio unificado de todas las disposiciones legales dedicadas a la protección de los créditos privilegiados, caracterizada, como he dicho anteriormente, por la tremenda dispersión existente en la actualidad.

PARTE PRIMERA

LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CAPÍTULO 1º

LA NATURALEZA DE LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN 13
2. ANTECEDENTES INMEDIATOS EN LA REGULACIÓN DEL PRIVILEGIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 15
   2.1. El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974 15
   2.2. Artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio 16
      2.2.1 La redacción original 16
      2.2.2 La modificación introducida por la Ley 4/1990, de 29 de junio 17
      2.2.3 Constitucionalidad de las modificaciones introducidas mediante leyes de presupuestos 18
   2.3. El Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo 25
   2.4. El Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre 26
   2.5. La nueva Ley General de la Seguridad Social, de 20 de Junio de 1994 . 27
3. LA PREFERENCIA OTORGADA POR LA NORMATIVA ACTUAL AL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 28
4. LA NATURALEZA REAL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO Y SU INCIDENCIA EN EL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 31
5. DETERMINACIÓN DE LA FECHA DEL NACIMIENTO DEL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 36
6. ASPECTOS PROCESALES DERIVADOS DE LA PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 42
   6.1. Introducción 42
   6.2. La tercería de mejor derecho en defensa del crédito de la Seguridad Social 43
   6.3. Cancelación de las cargas registrales 44
7. CONCLUSIONES SOBRE LA NATURALEZA DEL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 46

1. INTRODUCCIÓN.

La primera consideración que voy a efectuar en torno a los créditos de la Seguridad Social es la relativa a su naturaleza, distinguiendo para su estudio los siguientes apartados:

En el apartado segundo efectuaré un breve recorrido histórico por los antecedentes inmediatos que han regulado el privilegio de los créditos de la Seguridad Social, desde el contemplado en el artículo 58 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, hasta el actual artículo 22 del nuevo Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Asimismo, dentro de este segundo apartado, dedico una parte a la controvertida constitucionalidad de las modificaciones introducidas mediante Leyes de Presupuestos; toda vez que la reforma más importante producida en relación con el privilegio de los créditos de la Seguridad Social se efectuó a través de la modificación del artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio, introducida por la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990.

En el apartado tercero analizo la protección otorgada en la actualidad a los créditos de la Seguridad Social en el citado artículo 22 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El apartado cuarto lo dedico a la incidencia de los efectos reales de las anotaciones preventivas de embargo en el privilegio del crédito de la Seguridad Social. En este sentido, considero que los efectos reales que deben atribuirse en la actualidad a las anotaciones preventivas de embargo con respecto a los créditos nacidos con posterioridad, pueden ocasionar que los créditos de la Seguridad Social obtengan una mejora de su privilegio mediante la correspondiente anotación preventiva del embargo. No obstante, sobre la anotación preventiva de embargo y su naturaleza jurídica, volveré en el capítulo 5º de la segunda parte.

En el apartado quinto realizo un estudio sobre el nacimiento del crédito de la Seguridad Social, sobre cuya fecha pueden aportarse distintas soluciones.

El apartado sexto lo he centrado en el análisis de un problema práctico de compleja solución: el ejercicio de la defensa del privilegio de la Seguridad Social mediante la presentación de la correspondiente tercería de mejor derecho y, en su caso, la cancelación de las cargas registrales.

Por último, en el apartado séptimo, efectuaré de manera telegráfica una serie de conclusiones acerca del privilegio de los créditos de la Seguridad Social, con la finalidad de realizar un breve esquema de las ideas recogidas.

2. ANTECEDENTES INMEDIATOS EN LA REGULACIÓN DEL PRIVILEGIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Partiendo de lo establecido en materia de prelación de créditos por el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, voy a efectuar un breve recorrido por la normativa que ha regulado dicho privilegio hasta la aparición del vigente artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Sin que, al menos en esta materia, haya sido modificado por la reciente Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

2.1. El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974.

El Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establecía en el artículo 58 el privilegio correspondiente a las cotizaciones a la Seguridad Social:

> **Artículo 58.:** ***Prelación de créditos***
> Las cotizaciones a la Seguridad Social gozarán de la prelación establecida en el apartado segundo, inciso E), del artículo 1.924 del Código Civil y en el inciso D), del apartado primero del artículo 913 del Código de Comercio.

Como puede observarse, la Ley General de la Seguridad Social de 1974 únicamente otorgaba privilegio a las cotizaciones, sin hacer ninguna referencia a los restantes créditos de la Seguridad Social. Tampoco hacía ninguna referencia a los recargos e intereses que pudieran aplicarse a las cotizaciones. Pero, además, a diferencia del actual privilegio regulado en el nuevo Texto Refundido de 20 de junio de 1994, la remisión efectuada al Código Civil era al apartado 2º, inciso E), del artículo 1.924.

En consecuencia, la preferencia regulada en el Texto de 30 de mayo de 1974 fue notablemente inferior a la establecida en la actualidad.

2.2. Artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio.

La Ley 40/1980, de 5 de julio, sobre inspección y recaudación de la Seguridad Social, ha sido hasta la aparición del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social una norma esencial en esta materia, a pesar de la controversia suscitada por la disposición adicional del Real Decreto Ley 10/1981, de 19 de junio, también sobre inspección y recaudación de la Seguridad Social (disposición adicional que fue anulada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de mayo de 1982).

El privilegio del crédito de la Seguridad Social fue contemplado en el artículo decimoquinto de la citada Ley 40/1980; pero es conveniente puntualizar que la redacción original de dicho artículo fue posteriormente modificada por la disposición adicional novena uno de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990. Esta modificación introducida mediante Ley de Presupuestos obliga a reflexionar sobre el controvertido problema de la constitucionalidad de las modificaciones introducidas a través de las leyes de presupuestos.

En todo caso, con la intención de recoger la evolución histórica experimentada por el privilegio del crédito de la Seguridad Social, voy a distinguir la redacción original del artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de la redacción introducida tras la modificación efectuada por la Ley 4/1990; haciendo un comentario sobre la constitucionalidad de la citada modificación mediante Ley de Presupuestos.

2.2.1 La redacción original.

El artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio, en su redacción original estableció lo siguiente:

> **Art. 15.**
>
> Los débitos a la Seguridad Social gozarán de la preferencia reconocida en el apartado segundo, inciso E), del artículo mil novecientos veinticuatro del Código Civil, y en el inciso D) del apartado primero del artículo novecientos trece del Código de Comercio.

Consecuentemente, la única modificación que se recoge en este artículo de la Ley 40/1980 respecto al artículo 58 del Texto Refundido de 1974 es que, en la Ley 40/1980, el privilegio se

extiende a los débitos de la Seguridad Social y no sólo a las cotizaciones, como hacía la Ley de 30 de mayo de 1974. Es decir, el privilegio otorgado por el artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, en su redacción original, comprendía la totalidad de los débitos a la Seguridad Social, incluyendo, por tanto, recargos e intereses, además de los restantes débitos que no sólo sean cotizaciones.

También modifica una cuestión terminológica, pues la Ley de 1974 hacía referencia a la *"prelación"* y, por su parte, la Ley 40/1980 se refiere a la *"preferencia"*.

2.2.2 La modificación introducida por la Ley 4/1990, de 29 de junio.

La reforma fundamental del privilegio de los créditos de la Seguridad Social se produjo con la modificación introducida por la Disposición Adicional Novena, Uno, de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990, que estableció la nueva redacción del artículo decimoquinto de la Ley 40/1980:

> **Artículo decimoquinto.**
>
> 1. Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso , los recargos o intereses que sobre aquéllos procedan, gozarán, respecto de la totalidad de los mismos, de igual orden de preferencia que los créditos a que se refiere el apartado 1° del artículo 1924 del Código Civil,y letra D) del apartado 1° del artículo 913 del Código de Comercio.
>
> Los demás créditos de la Seguridad Social gozarán del mismo orden de preferencia establecido en el apartado 2°, letra E), del artículo 1924 del Código Civil y en el apartado 1°, letra D), del artículo 913 del Código de Comercio.
>
> 2. El cumplimiento de todos los débitos a la Seguridad Social, que tengan el carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto no sean frutos, rentas o cualquier otro producto de sus bienes muebles o inmuebles, podrá exigirse por el procedimiento administrativo de apremio seguido para la ejecución forzosa de los débitos de la Seguridad Social, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Esta modificación afectó sustancialmente al privilegio del crédito de la Seguridad Social, ampliando notablemente el grado de prelación que ostentaba con anterioridad. En este sentido, la situación puede resumirse del siguiente modo:

1.- Definitivamente, el privilegio alcanza no sólo a las cotizaciones sino a la totalidad de los créditos de la Seguridad Social. Si bien, a partir de esta reforma, se otorgarán a dichos créditos distintos grados de prelación.

2.- Los créditos incluidos en el párrafo primero del apartado 1 del artículo decimoquinto,

es decir, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquéllos procedan, verán mejorada su situación en la prelación establecida por el artículo 1.924 del Código Civil; toda vez que pasarán de estar protegidos por la preferencia reconocida en el apartado segundo, inciso E), de dicho artículo, a la que se refiere el apartado 1º del mismo.

3.- Los restantes créditos de la Seguridad Social continuarán con el privilegio establecido en el apartado 2º, letra E), del artículo 1.924 del Código Civil.

4.- Asimismo, el modificado artículo decimoquinto puntualiza que la preferencia de los créditos de la Seguridad Social será por la totalidad de los mismos, es decir, sin limitación temporal alguna, a diferencia de lo que ocurre con otros créditos privilegiados, como es el caso de los créditos salariales o determinados créditos tributarios.

2.2.3 Constitucionalidad de las modificaciones introducidas mediante leyes de presupuestos.

Un problema fundamental que se podía plantear en la importante reforma del privilegio de la Seguridad Social, consistía en determinar el verdadero alcance de la modificación que se había introducido mediante una Ley de Presupuestos.

La problemática que se suscita en torno a las Leyes de Presupuestos se puede observar desde una doble perspectiva, por un lado está la de determinar si estas Leyes pueden introducir disposiciones que excedan de las previsiones de ingresos y autorizaciones de gastos, y por otra la de determinar si las modificaciones tienen una vigencia anual o por el contrario tienen vocación de permanencia.

A.- Carácter material o formal.

Tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido discutiendo el carácter material o formal de las Leyes de Presupuestos, discusión que hoy está sin duda alguna superada acerca del carácter material de dichas Leyes, si bien están diferenciadas de las demás atendiendo al proceso de elaboración de las mismas.

Las posturas que sostenían el carácter formal de las Leyes de Presupuestos defendían que no era posible incluir en las mismas cualquier cuestión que directa o indirectamente tuviese repercusión en el gasto público, pues se sustraía así al pleno conocimiento del legislador,

entendiendo que la facultad otorgada al Gobierno por el artículo 134 de la Constitución Española para la elaboración de los Presupuestos Generales no puede exceder de sus límites, ya que en caso contrario se estaría lesionando el principio de la división de poderes. Consecuentemente, estas posturas defendían que el artículo 134.2 de la C.E. delimitaría el contenido, no sólo necesario, sino además exclusivo y excluyente, de la Ley de Presupuestos.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha resuelto definitivamente esta cuestión en diversas Sentencias (Sentencia 27/1981, de 20 de julio; S. 84/1982, de 23 de diciembre; S. 63/1986, de 21 de mayo; y fundamentalmente la S. 65/1987, de 21 de mayo)[1], pudiendo establecerse las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Constitución Española, la aprobación, mediante ley, de los Presupuestos del Estado corresponde a la Cortes Generales; consecuentemente, sostener que la elaboración de estas leyes podría suponer una merma del poder legislativo, conduciría a despreciar la tarea de examen, enmienda y aprobación que sobre las mismas ejercen las Cortes Generales.

SEGUNDO.- La especificidad de esta competencia se traduce en la reserva al Gobierno de su elaboración, tal y como establece el artículo 134.1 de la Constitución.

TERCERO.- Las previsiones del artículo 134.2 de la Constitución Española configuran un contenido mínimo, necesario e indisponible, pero tal contenido no tiene un carácter exclusivo y excluyente.

CUARTO.- Las leyes de Presupuestos se han ido configurando progresivamente, no sólo como un conjunto de previsiones contables, sino como un vehículo de dirección y orientación de la política económica, que corresponde al Gobierno.

QUINTO.- La obligación de incluir en los Presupuestos Generales del Estado la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal no impide que, junto a la configuración de las correspondientes partidas, la ley que aprueba dichos Presupuestos establezca otras disposiciones de carácter general en materias propias de la ley ordinaria que guarden directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan.

SEXTO.- La única exclusión expresa respecto al contenido de la Ley de Presupuestos

(1) Sentencia ampliamente comentada por MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE; "Leyes de Presupuestos, protección complementaria de la Seguridad Social, incompatibilidades", Revista Española de Dº del trabajo, nº 31, 1983, págs. 431 y ss.

es la prevista en el apartado 7º del artículo 134, referente a la creación de tributos.

SÉPTIMO.- No puede descartarse la posibilidad de que la inclusión injustificada de materias no relacionadas con la disciplina presupuestaria suponga una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional; por lo que será necesario examinar si se encuentran relacionadas directamente bien con las previsiones de ingresos y habilitaciones de gasto, bien con los criterios de política general en que las previsiones presupuestarias se sustentan.

En cualquier caso, la problemática queda definitivamente resuelta según dispone el preámbulo de la Ley 41/1994, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995, según el cual:

> **PREÁMBULO.**
>
> La doctrina del Tribunal Constitucional en una ya abundante jurisprudencia, cuya más reciente expresión se halla en las sentencias números 178/1994, de 16 de junio, y 195/1994, de 28 de junio, ha definido los límites que impone la Constitución Española, en su artículo 134, a las Leyes anuales de Presupuestos.
>
> Así, la Ley de Presupuestos posee un contenido mínimo, necesario e indisponible, constituido,por la previsión anual de la totalidad de los gastos e ingresos del sector público y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado. A dicha materia puede unirse, eventualmente, la regulación de otras cuestiones, siempre que éstas tengan relación directa con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos que integran los Presupuestos o con los criterios de política económica en que se sustentan y, además, sean complemento necesario tanto para la mayor inteligencia, como para la mejor y más eficaz ejecución de los propios Presupuestos y, en general, de la política económica del Gobierno de la Nación. Este contenido eventual, en cualquier caso, no ha de afectar a normas de derecho codificado.
>
> Junto a aquellos contenidos, la Ley de Presupuestos puede incluir modificaciones en los elementos de los tributos del Estado, cuando una Ley tributaria sustantiva así lo prevea
>
> El contenido de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1995, en consonancia con el mandato constitucional recogido en esta doctrina, se ha reducido considerablemente, como ya sucediera en el año precedente incorporándose a otra Ley la regulación de materias, que aún siendo instrumento eficaz para el cumplimiento de los objetivos de la política del Gobierno, su inclusión en la Ley anual de Presupuestos pudiera ser discutida.

B.- Vigencia temporal de las modificaciones.

Resuelta por el Tribunal Constitucional la cuestión del carácter material de las Leyes de Presupuestos, resulta más problemático decidir la vigencia de las modificaciones introducidas por

estas Leyes.

Son varios los autores[2] que han criticado que las leyes de Presupuestos, normas coyunturales que por naturaleza nacen con vocación de temporalidad para el ejercicio económico sobre el que se proyecta el Presupuesto, no parecen ser el instrumento idóneo para regular materias que razonablemente precisan una regulación de vigencia mucho más dilatada.

No obstante, como señala FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ[3]: *"[...] el riesgo de precarización inherente a unas medidas cuya aplicabilidad, cabría entender, decae con la de la propia Ley de Presupuestos que las incorpora, se ha conjurado en algunos casos, ora por la vía de su recepción y desarrollo reglamentarios, que han imprimido una mayor consistencia temporal a las materias reguladas -tal ha ocurrido con los sistemas de selección de personal y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias, o con la gestión recaudatoria de la Seguridad Social*[4]*-, ora mediante la inserción de las novedades sustantivas pertinentes en un texto legal ya en vigor, completando o dando nueva redacción a alguno/s de sus preceptos, garantizándose de este modo la permanencia de aquéllas frente a la mutabilidad de la ley presupuestaria innovante -así, en materia de desempleo, régimen de las Mutuas de Accidente de Trabajo, o valor de las actas de los controladores laborales-"*. Preceptos a los que, lógicamente, habría que añadir el artículo decimoquinto de la ley 40/1980, modificado por la disposición adicional novena, uno, de la ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990.

El artículo 134.2 de la Constitución Española determina taxativamente que los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual; la Ley que los contiene es una Ley esencialmente temporal y la razón de ser del principio de anualidad y de su expresa inclusión en el texto constitucional no es otra que el equilibrio de los poderes legislativo y ejecutivo, y el postulado del control de aquél sobre éste, (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 17 de Octubre de 1989).

Esta misma Sentencia cita la línea argumental seguida, sobre la distribución de poderes,

---

(2) CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO; "Novedades laborales y de Seguridad Social de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1993", Revista de trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros, nº120, págs. 71 y ss.

(3) CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO; "Novedades Laborales..." (obra citada en la NPP nº 2, pág. 21); págs. 76 y 77.

(4) *Tras sucesivas modificaciones de la Ley 40/1980, de 5 de julio, sobre Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado 1988 (art. 26), 1989 (disp. adic. décima), 1990 (disp. adic. novena) y 1991 (disp. adic. décima), se aprobó el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social por Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre. En su desarrollo se ha dictado la Orden Ministerial de 8 de abril de 1992.*

por el Tribunal Constitucional en el fundamento 6º de la Sentencia 134/1987, de 21 de Julio, al referirse a la utilización fraudulenta de las restricciones y limitaciones parlamentarias mediante la reiteración sistemática de una disposición temporal que se convierte así y de hecho en permanente por su reiteración en Leyes Presupuestarias sucesivas, mecanismo éste que a la larga implica una forma de sustraer al debate parlamentario ordinario una norma incluida sistemáticamente en el procedimiento de elaboración más restringido de una Ley de Presupuesto.

Sin embargo, con posterioridad a esta Sentencia del Tribunal Constitucional, la exposición de motivos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1988, de 23 de diciembre de 1987, estableció lo siguiente:

> **Exposición de Motivos.** Como importante novedad sistemática de la Ley desaparece la distinción que venía realizándose en las anteriores Leyes de Presupuestos entre el articulado de la ley al que se entendía dotado de vigencia anual y el conjunto de las disposiciones adicionales al que, salvo que específicamente se indicara una vigencia anual, se le presumía una vigencia indefinida con la consecuencia inmediata de la inflación de las disposiciones adicionales conforme se ampliaba el ámbito de la ley al amparo de la doctrina que iba dictando el Tribunal Constitucional.
>
> Es precisamente esta doctrina, concretada en la Sentencia de 21 de mayo de 1987 (R.T. Const. 65), según la cual la Ley de Presupuestos puede contener todas aquellas materias que se encuentran directamente relacionadas -bien con las previsiones de ingresos y habilitaciones de gasto, bien con los criterios de política general en que las previsiones presupuestarias se sustentan-, la que se encuentra en el origen de la idea de que aquellos artículos de la ley en los que se regulen dichas materias tienen vocación de permanencia. De esta forma, y partiendo de la consideración de la Ley de Presupuestos como una disposición legal ordinaria, se viene a entender que todos los artículos de la ley en los que no se incluya, por razón de su naturaleza, una mención expresa acerca del carácter anual de su vigencia están dotados de vigencia indefinida.

El propio legislador presupuestario mantuvo este criterio en la leyes de Presupuestos para los años 1989 y 1991:

> **Exposición de Motivos.** La consideración de la Ley de Presupuestos no sólo como una norma que refleja la totalidad de los ingresos y gastos del sector público estatal durante el período de un año, sino también como un instrumento de política económica, ha facultado al legislador presupuestario para regular, con vigencia indefinida, todas las cuestiones conexas en que se sustenta el planteamiento económico del Gobierno.
>
> La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991 mantiene la consideración de la Ley de Presupuestos no sólo como norma que refleja la totalidad de los ingresos y gastos del sector público estatal con carácter anual, sino también como instrumento de política económica en la que se contienen aquellas cuestiones que inciden en la política económica del Gobierno. En este sentido, se mantienen los criterios de vigencia ya establecidos en leyes anteriores.

Por otro lado, como señala el Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco D. PABLO SESMA DE LUIS[5], *"[...] dado el carácter de disposición legal ordinaria de la Ley de Presupuestos, los preceptos en los que no se haga una mención expresa acerca del carácter anual de su vigencia están dotados de vigencia indefinida, [...] la conclusión reseñada no queda desvirtuada en atención a las peculiaridades que previstas en la Constitución, concurren en la elaboración y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado de cada año, en el sentido de que dichas peculiaridades pueden servir de mecanismo de introducción por parte del poder Ejecutivo en la legislación ordinaria de disposiciones que quedan parcialmente sustraídas al control del Poder Legislativo, con la consiguiente merma en la función propia de esta último y con el simultáneo desequilibrio en favor de aquel, toda vez que la interpretación restrictiva respecto a las disposiciones insertadas en los Presupuestos Generales aplicables a cualquier anualidad diferentes a las previsiones de ingresos y autorización de gastos, y afectantes a criterios de política general, conduce [...] a despreciar la tarea de examen, enmienda y aprobación que sobre los Presupuestos ejercen las Cortes Generales conforme a lo dispuesto por los arts. 66.2 y 134.1 de la Constitución, aunque su elaboración corresponda al Gobierno."*

De lo expuesto se deducen las dificultades que surgen para pronunciarse sobre la vigencia de las modificaciones introducidas por las Leyes presupuestarias. A mi juicio, resulta un tanto forzada la interpretación de la doctrina constitucional que se recoge en la exposición de motivos de la Ley de Presupuestos para el año 1988, cuando establece que *"aquellos artículos de la Ley que regulen materias que se encuentran directamente relacionadas bien con las previsiones de ingresos y habilitaciones de gasto, bien con los criterios de política general en que las previsiones presupuestarias se sustentan, tienen vocación de permanencia"*. Mas bien da la impresión de que por parte del Ejecutivo se han pretendido amparar una serie de modificaciones realizadas a través de Leyes de Presupuestos y cuya vigencia podría resultar dudosa.

En cualquier caso, en tanto no se pronuncie el Tribunal Constitucional sobre lo dispuesto en la citada exposición de motivos, considero que, efectivamente, dado el carácter de disposición legal ordinaria de la Ley de Presupuestos, los preceptos en los que no se haga una mención expresa acerca del carácter anual de su vigencia están dotados de vigencia indefinida.

C.- Conclusiones.

(5) D. PABLO SESMA DE LUIS formuló voto particular a la Sentencia de esa Sala de 4 de Diciembre de 1990.

Con independencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca del contenido de las Leyes de Presupuestos, considero que la intención de los redactores del Texto Constitucional nunca pudo incluir la posibilidad de regular un sinfín de materias a través de las Leyes de Presupuestos; cuando el artículo 134 atribuye su elaboración al Gobierno no parece que quiera incluir también la elaboración de otras normas que guarden relación con las materias propias de estas leyes.

En mi opinión, esta proliferación de normas que han sido creadas o modificadas mediante su inclusión en las Leyes de Presupuestos se debe, entre otras razones, al riesgo que puede suponer para un sistema democrático la aparición de una mayoría absoluta; la identidad ideológica y de partido que ha existido entre el Gobierno y la mayoría de los miembros de las Cortes Generales puede dar lugar a una relajación de las formas constitucionalmente previstas para ejercitar la potestad legislativa.

Asimismo, resulta muy cuestionable que sean las propias Leyes de Presupuestos en sus exposiciones de motivos las que determinen la viabilidad de regular, con vigencia indefinida, todas las cuestiones conexas en que se sustenta el planteamiento económico del Gobierno, si bien, amparan esta posibilidad en la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias analizadas.

Pero, además del riesgo político que supone la total identificación de los Poderes ejecutivo y legislativo, llegando a la confusión en la elaboración de las leyes, existe también un evidente riesgo de carácter técnico, pues, como señala FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ[6]: *"[...] las frecuentes incursiones de las leyes presupuestarias en ámbitos materiales que se sitúan claramente extramuros de la rama o sector del ordenamiento jurídico al que, en buena dogmática, corresponde la adscripción de tales normas, obliga a los operadores del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a desviar su atención de la ya de por sí abundante legislación específica, para rastrear las modificaciones introducidas en unos cuerpos legislativos de extensa y compleja factura, no suficientemente conocidos por -y que a menudo pasan desapercibidos para- quien no es especialista en Derecho Financiero; dispersión que se acentúa por la asistematicidad de buena parte de las novedades que el legislador introduce aprovechando tan peculiar continente normativo, incorporadas las más de ellas -algunas de enorme trascendencia-, no en el articulado principal, sino, aluvionalmente, en el confuso piélago de disposiciones adicionales y derogatorias*

(6) CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO; "Novedades Laborales..." (obra citada en la NPP nº 2, pág. 21); pág. 76.

que, amén de los anexos, cierran cada año el documento presupuestario". Evidentemente, estas consideraciones pueden ser ampliadas a cualquier otra rama del derecho.

Otros autores, con sutiles apreciaciones, se han mostrado contrarios a la intromisión de las Leyes de Presupuestos en la esfera del Poder Legislativo: CESAR ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA[7] las ha denominado *"leyes ómnibus"*, expresión que después ha sido utilizada por MANUEL ALONSO OLEA y Mª E. CASAS BAAMONDE; LUIS ENRIQUE DE LA VILLA y otros[8] hablan de *"un vademecum del que nada escapa y todo lo regula"*; J.M. ALMANSA PASTOR[9] las ha calificado, habida cuenta la abundante regulación que estas leyes *"todo-terreno"* han asumido en materias relativas a Seguridad Social, *"normas extravagantes"*, que *"lejos de aclarar la ordenación, introducen un cierto grado de confusión normativa"*.

En definitiva, considero que las Leyes de Presupuestos deberían limitarse en el futuro a regular las materias que constitucionalmente tienen atribuidas por el artículo 134.2 de la C.E., dejando para el debate legislativo la elaboración del resto de las cuestiones, a pesar de que, como ha dejado sentado el Tribunal Constitucional, la regulación de materias distintas de la previsión de ingresos y las habilitaciones de gastos no se encuentran excluidas del ámbito del artículo 134.2 de la C.E.; evitándose la *"utilización"* de la Ley de Presupuestos como vehículo de regulación de cuestiones que tienen su ámbito propio en otras parcelas del ordenamiento. En este sentido, la Ley de Presupuestos para el año 1995 ya se ha preocupado de limitar su contenido, incorporando en la Ley 42/1994 la regulación de materias que aún siendo instrumento eficaz para el cumplimiento de los objetivos de la política del Gobierno, su inclusión en la Ley anual de Presupuestos pudiera se discutida.

2.3. El Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo.

El Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social[10], establecía en su artículo 29

(7) ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, CÉSAR; "Trabajo y Seguridad Social en la ley de Presupuestos para 1985".

(8) VILLA, LUIS ENRIQUE DE LA; GARCÍA BECEDAS, GABRIEL y GARCÍA PERROTE, IGNACIO; "Instituciones de Derecho del Trabajo. Ordenamiento y defensa de los derechos laborales", 2ª ed. revisada, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pág. 360.

(9) ALMANSA PASTOR, JOSÉ MANUEL; "Derecho de la Seguridad Social", 7ª edición, Tecnos, 1991, pág. 102.

(10) Actualmente derogado por el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre.

el derecho de prelación correspondiente a los créditos de la Seguridad Social. Dicho artículo se basaba en la redacción original del artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio, debido a que, como he desarrollado anteriormente, la modificación del citado artículo decimoquinto de la ley 40/1980 se efectuó mediante la Ley 4/1990, de 29 de junio; evidentemente, con posterioridad al Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo.

El artículo 29 del Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, decía lo siguiente:

> Art. 29. ***Derechos de prelación.***- De conformidad con lo dispuesto en el artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio, los créditos de la Seguridad Social gozan de la preferencia reconocida en el apartado segundo, letra E), del artículo 1.924 del Código Civil, y en el letra D) del apartado primero del artículo 913 del Código de Comercio.

2.4. El Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre.

El vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre[11], recogió la modificación introducida en el artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, en su nueva redacción dada por la disposición adicional novena, uno, de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990.

El citado Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, establece en su artículo 29 lo siguiente:

> Art. 29. De conformidad con lo dispuesto en el artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio, en la nueva redacción dada al mismo por la disposición adicional novena de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre tales créditos procedan gozan, respecto de la totalidad de los mismos, sin limitación temporal alguna, de igual preferencia que los créditos a que se refieren el apartado primero del artículo 1.924 del Código Civil, y la letra D) del apartado primero del artículo 913 del Código de Comercio.
>
> Los demás créditos de la Seguridad Social gozan del mismo orden de preferencia establecido en el apartado segundo, letra E), del artículo 1.924 del Código Civil, y en el apartado primero, letra D), del artículo 913 del Código de Comercio.

(11) Dicho Reglamento está pendiente de modificación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. (Confrontar, entre otros, los artículos 32.5 y 36.2 de la Ley General de la Seguridad Social en su nueva redacción dada por la citada Ley 42/1994.)

2.5. La nueva Ley General de la Seguridad Social, de 20 de Junio de 1994.

Después de la evolución histórica experimentada en el privilegio del crédito de la Seguridad Social, en cuya consolidación resultó fundamental la reforma introducida en el artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, establece en el artículo 22 el actual grado de prelación que corresponde a dichos créditos:

> Art. 22. *Prelación de créditos.*
>
> Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquéllos procedan, gozarán, respecto de la totalidad de los mismos, de igual orden de preferencia que los créditos a que se refiere el apartado 1 del artículo 1.924 del Código Civil y el párrafo d) del apartado 1º del artículo 913 del Código de Comercio.
>
> Los demás créditos de la Seguridad Social gozarán del mismo orden de preferencia establecido en el apartado 2º, E), del artículo 1924 del Código Civil y en el apartado 1º, párrafo D), del artículo 913 del Código de Comercio.

Hay que destacar que las reformas introducidas por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no han afectado al grado de prelación regulado en el citado artículo 22.

3. LA PREFERENCIA OTORGADA POR LA NORMATIVA ACTUAL AL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Como he desarrollado en al apartado anterior, la actual preferencia del crédito de la Seguridad Social está determinada por lo dispuesto en el artículo 22 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que tiene su origen en el artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio, en su última redacción dada por la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990.

En la actual normativa se pueden distinguir con claridad dos grupos:

PRIMERO .- Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquellos procedan.

SEGUNDO .- Los demás créditos de la Seguridad Social.

A.- Dentro del primer grupo se incluyen las cuotas de la Seguridad Social propiamente dichas, que comprenden tanto la aportación de los trabajadores como la aportación empresarial, y los conceptos de recaudación conjunta que se componen de las cuotas de Desempleo, Formación Profesional y Fondo de Garantía Salarial y cuantos conceptos se recauden, o se determine en el futuro que se recauden por la Tesorería General de la Seguridad Social para Entidades u Organismos ajenos al Sistema de la Seguridad Social, en tanto se liquiden o ingresen conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social.

Asimismo, como ha quedado expuesto, dentro de este primer grupo están incluidos los recargos e intereses que sobre aquellos procedan.

B.- En cuanto a los débitos que deben figurar en el segundo grupo son los comprendidos en el artículo 4º del vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de Octubre[12], Reglamento que ha sustituido al que estaba regulado en el Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, siendo preciso significar en este punto que la nueva redacción del citado Reglamento General de Recaudación no ha modificado sustancialmente al artículo 4º, por tanto los recursos del Sistema

(12) El vigente Reglamento, al parecer, deberá ser sustituido por un nuevo procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en la nueva redacción de la Ley General de la Seguridad Social (ver artº 33.5 y 36.2, entre otros), introducida por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

de la Seguridad Social están integrados por los mismos conceptos en los dos Reales Decretos.

En consecuencia, los débitos incluidos en este segundo grupo son los siguientes:

a) Aportaciones que deben efectuarse a favor de la Seguridad Social en virtud de los conciertos que tengan por objeto la dispensación de prestaciones sanitarias, farmacéuticas, asistenciales u otros ingresos de Derecho Público del Sistema de Seguridad Social.

b) 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 y por las Empresas que colaboren voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social.

c) 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.

d) Los reintegros de prestaciones indebidamente percibidas, así declaradas por la Entidad Gestora mediante resolución definitiva de la misma.

e) Los reintegros de los créditos laborales concedidos a los trabajadores y demás préstamos que tengan el carácter de inversión social.

f) El importe a que asciendan las aportaciones en concepto de descuentos de los laboratorios farmacéuticos a la Seguridad Social y, en su caso, el importe de las sanciones económicas previstas en la disposición específica aplicable.

g) Los premios de cobranza o de gestión que se deriven de la recaudación de cuotas para Organismos y Entidades ajenos a la Seguridad Social.

h) El importe de las sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social.

i) Las aportaciones por ayudas equivalentes a jubilaciones anticipadas.

j) El importe de los recargos e intereses que procedan sobre conceptos enumerados anteriormente, no estando incluidos dentro de este segundo grupo los recargos e intereses que figuraban dentro del primero.

k) Cualesquiera otros ingresos de la Seguridad Social, distintos de los especificados en los apartados anteriores, que tengan el carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto no sean frutos, rentas o cualquier otro producto de sus bienes muebles o inmuebles, aplicándose a estos últimos los modos de adquisición que

correspondan según las reglas del Derecho Privado.

Esta distinción entre la naturaleza de los débitos de la Seguridad Social cobra especial importancia para estudiar la preferencia en el cobro de los mismos, debido a la diferencia establecida en el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Del análisis del actual artículo 22 de la Ley de 20 de junio de 1994 se pueden establecer algunas conclusiones que ya he adelantado al comentar la última redacción del artículo decimoquinto de la Ley 40/1980:

PRIMERO .- El privilegio otorgado por el artículo 22 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social alcanza a la totalidad de los créditos de la Seguridad Social, y no sólo a las cotizaciones como inicialmente se contempló en la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974.

Ahora bien, los garantiza de forma distinta: por un lado, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquéllos proceden, y por otro, los restantes créditos de la Seguridad Social.

SEGUNDO .- La actual regulación del privilegio de los créditos de la Seguridad Social no sólo ha beneficiado el grado de prelación establecido en el artículo 1.924 del Código Civil, con respecto a la protección inicialmente contemplada en el Texto de 1974, sino que, además, establece la preferencia sin limitación temporal alguna, a diferencia de lo que ocurre con otros créditos privilegiados, como es el caso de los que citaba anteriormente, es decir, los créditos salariales o determinados créditos tributarios.

4. LA NATURALEZA REAL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO Y SU INCIDENCIA EN EL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Como señala ANA MARÍA BAYÓN MARINÉ[13] en su estudio sobre la anotación preventiva del embargo, son tres las teorías doctrinales en torno a la naturaleza de la anotación, como más adelante expondré al hablar de la misma, unos autores sostienen que la anotación preventiva del embargo tiene carácter de derecho personal, otros defienden el carácter intermedio, y, por último, existen autores que mantienen la naturaleza de derecho real de la anotación preventiva del embargo.

Los efectos que con relación a la preferencia de los créditos de la Seguridad Social producirá el sumarse a una u otra de estas teorías son trascendentales, debido a que si consideramos la naturaleza de derecho real de la anotación, los créditos de la Seguridad Social, al igual que cualquier otro que se inscriba en el registro, tendrán mayor rango preferencial que aquellos créditos privilegiados que otorgan su preferencia limitándola con respecto a los créditos garantizados previamente con algún derecho real, como es el caso de los créditos salariales garantizados en el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980.

A pesar de que en la parte segunda analizaré con profundidad todos estas cuestiones, resulta conveniente realizar una primera introducción sobre esta situación.

El Consejo de Estado[14] en el dictamen elaborado sobre la prelación de créditos con ocasión de la consulta formulada por el Ministro de Economía y Hacienda sobre el orden de prelación de créditos que ha de guardarse en los procedimientos liquidatorios llevados a cabo por la Comisión liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA), concluye diciendo que, en cuanto a los créditos a satisfacer con el producto de los bienes inmuebles, el orden será el siguiente:

a) Los correspondientes a salarios de los últimos treinta días de trabajo con la limitación del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores.

b) Los acreedores con derecho real, en los términos y por el orden establecido en la

(13) BAYÓN MARINÉ, ANA MARÍA: "La anotación preventiva de Embargo en el procedimiento Ejecutivo". Master de Derecho Registral: Enero-Junio 1991; Madrid 1991; págs. 47 y ss.

(14) "Dictamen del Consejo de Estado sobre prelación de créditos"; Madrid 23 de enero de 1992.

Ley Hipotecaria[15].

c) Los derivados de salarios comprendidos en el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores.

d) Los créditos, en concurrencia, de la Hacienda, estatal, autonómica y local, y los créditos por cuotas de la Seguridad Social (y conceptos equiparados).

e) Los demás créditos de la Seguridad Social.

f) Los contenidos en los números 2º y siguientes del artículo 913, en relación con el artículo 914.2º del Código de Comercio, por el orden establecido en los mismos.

Sin ánimo de profundizar ahora sobre las conclusiones del Dictamen del Consejo de Estado sobre la prelación de los créditos, que, como digo, lo realizaré en la parte segunda, sí se puede intuir la transcendencia existente en la consideración de la naturaleza de derecho real de la anotación preventiva, pues supondría una mejora en el orden de prelación correspondiente a los créditos de la Seguridad Social desde el momento en que por parte del Organismo encargado de la ejecución (las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Tesorería de la Seguridad Social) se dicte mandamiento al Registrador de la Propiedad para que efectúe la anotación preventiva, pasando a ser preferentes respecto a los créditos salariales garantizados en el modificado artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual:

> **Art. 32.3.** Los créditos por salarios no protegidos en los números anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

En consecuencia, las tesis mantenidas por distintos autores[16] acerca de la naturaleza real

(15) La referencia a la Ley Hipotecaria se encuentra actualmente superada por la modificación del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

(16) PUIG BRUTAU, JOSÉ; "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix".
REZA; "Efecto real Absoluto de las anotaciones de embargo", Revista crítica de Derecho Inmobiliario.
ROCA SASTRE, RAMÓN Mª; "Derecho Hipotecario", 5ª Edición, Barcelona, 1954.
RAMOS FOLQUÉS, RAFAEL; "La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y registro; sus efectos después de la reforma de 1944", Revista de Derecho Privado, 1951. Nº 412 y 413.
GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL; "El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo, hacia una

(continúa...)

de la anotación, otorgaría una nueva preferencia a los créditos de la Seguridad Social que vendría a completar la recogida en el citado artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social. En este sentido, puede hablarse de una triple preferencia de los créditos de la Seguridad Social:

PRIMERO: La que le corresponde a los créditos por cuotas y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquellos procedan. (Párrafo 1º del artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social.)

SEGUNDO: La que corresponde a los restantes créditos de la Seguridad Social. (Párrafo 2º del artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social.)

TERCERO: La otorgada por la anotación preventiva de embargo de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1923.4 del Código Civil.

Ahora bien, la verdadera controversia interpretativa se produce con ocasión de la lectura de los artículos 1923.4 y 1927.2 del Código Civil, existiendo autores que mantienen una antinomia entre los mismos[17], mientras que otros autores entienden que ambos artículos se complementan. Insisto, una vez más, que esta problemática la desarrollaré al hablar en la parte segunda de la anotación preventiva del embargo; no obstante, es conveniente matizar aquí que siempre que consideremos la eficacia real *"erga omnes"* de la anotación, cualquier crédito preventivamente anotado gozará de preferencia con respecto a los posteriores, siendo ésta, a mi juicio, la interpretación lógica que debe realizarse de los citados artículos del Código Civil, interpretación que debe completarse con el tenor literal del artículo 1923.4 de dicho Código:

> **Art. 1923.** Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de prelación:
> 4. Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargo, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores.

En este sentido, es necesario tener presente que la anotación preventiva de embargo goza

(16)(...continuación)
interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español" (VII Congreso Internacional de Derecho Registral).

(17) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL; entre otros, en el trabajo mencionado en la nota número 16 al pie de la página 32.

de preferencia con respecto a los créditos nacidos con posterioridad, pero no respecto a los créditos privilegiados nacidos con anterioridad, aún no anotados o anotados con posterioridad. Dejando siempre a salvo la preferencia de los denominados créditos superprivilegiados, como son los del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, que gozarán de preferencia respecto a la anotación preventiva de embargo aunque hayan nacido con posterioridad a la misma.

Por último, distinguiendo a favor de quién se encuentre practicada la anotación, la situación de los créditos de la Seguridad Social en relación con la anotación preventiva de embargo será la siguiente:

A) ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO A FAVOR DE LA TESORERÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Cuando como consecuencia del mandamiento realizado por el Recaudador Ejecutivo de la Seguridad Social se efectúe anotación preventiva de embargo a favor de la Tesorería de la Seguridad Social, el crédito de la Seguridad Social será preferente, con relación al inmueble objeto del embargo, a todos los créditos nacidos con posterioridad, a excepción de los garantizados por los número 1º y 2º del artículo 1923 del Código Civil y de los que, en otras disposiciones legales, tengan concedida preferencia incluso sobre los garantizados con derecho real, como es el caso de los denominados créditos superprivilegiados del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores[18].

B) ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO A FAVOR DE OTROS ACREEDORES.

Cuando la anotación preventiva del embargo se encuentre garantizando el crédito de otro acreedor, será preferente al de la Seguridad Social siempre que el nacimiento del crédito de ésta sea posterior a la fecha de la anotación. Si por el contrario, el nacimiento del crédito de la Seguridad Social, aún no anotado o anotado con posterioridad, se ha producido con antelación a la fecha de la anotación preventiva de embargo, habrá que estar al juego de las preferencias de conformidad con el derecho sustantivo, verificando si se trata de un acreedor privilegiado o no, para comprobar quién ostenta el mejor derecho, siendo éste de la Seguridad Social siempre que el otro acreedor no tenga un mayor rango preferencial. Es decir, siempre que la anotación preventiva de embargo corresponda a un acreedor ordinario, el crédito de la Seguridad Social será preferente al garantizado con anotación preventiva cuando dicho crédito de la Seguridad Social haya nacido con anterioridad a la fecha de la anotación, aunque no se haya anotado el de la

(18) Confrontar el apartado 3 del capítulo 5 de la segunda parte: "La preferencia de la anotación preventiva de embargo".

Seguridad Social o se haya anotado con posterioridad a la otra anotación preventiva de embargo. Preferencia que deberá ser defendida a través del correspondiente juicio de tercería, al que haré referencia a continuación.

5. DETERMINACIÓN DE LA FECHA DEL NACIMIENTO DEL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Son varias las interpretaciones que se pueden realizar en la determinación de la fecha del nacimiento del crédito de la Seguridad Social, produciendo distintos efectos según se opte por una u otra.

Esta determinación de la fecha del nacimiento no afecta exclusivamente a la concurrencia con otros acreedores en orden a la resolución de la problemática de las preferencias, sino que también podría incidir en la concurrencia con los procedimientos concursales de ejecución universal, debido a que el efecto fundamental de las ejecuciones universales es la paralización del ejercicio de las acciones individuales tendentes al cobro de las deudas, con la excepción establecida en el artículo 9 *"in fine"* de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922:

> **Art. 9.** Desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos, todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores, mientras ésta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado. **Todo lo cual se entenderá sin menoscabo del derecho de los acreedores privilegiados y de dominio al cobro de sus créditos.**

Sin embargo, como desarrollaré en el capítulo cuarto de esta primera parte, la problemática de la concurrencia entre el procedimiento administrativo de apremio de la Seguridad Social y los procedimientos concursales o de ejecución universal supone la comparación de los *"momentos homogéneos"*[19], comparación que determinará quién tiene prioridad para continuar con la tramitación del procedimiento. Y, en este sentido, el momento que debe considerarse para determinar si el procedimiento administrativo de apremio tiene prioridad en la ejecución, no es el del nacimiento del crédito de la Seguridad Social, sino el de la fecha en que se adoptó la providencia de embargo, pues así lo establece el apartado 2.1 del artículo 117 de la Orden de 8 de Abril de 1992, que desarrolla el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre:

(19) Esta expresión es acertadamente utilizada por SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS Y TORRES FERNÁNDEZ JUAN JOSÉ; "La hacienda frente a las quiebras y suspensiones de pagos", Colección Diálogos de Derecho (Instituto de empresa), Madrid 1992, pág. 53.

> **Art. 117.** ***Carácter, concurrencia, suspensión y anulación de procedimiento de apremio.***
>
> 2.1 En los casos de concurrencia de procedimientos administrativos de apremio entre sí o entre éstos y procedimientos concursales o de ejecución universal, judiciales o no judiciales, la preferencia para continuar la tramitación del procedimiento se determinará por la prioridad en el tiempo de los mismos.
>
> Salvo que otra cosa se disponga por resolución de los órganos judiciales competentes en materia de conflictos jurisdiccionales, para fijar la prioridad en el tiempo se aplicarán las siguientes reglas:
>
> a) En los procedimientos administrativos de apremio seguidos por los órganos de recaudación ejecutiva de la Administración de la Seguridad Social así como por los de otras Administraciones Públicas, la prioridad en el tiempo se determinará por la fecha en que se adoptó la providencia de embargo.
>
> b) En los procedimientos concursales o de ejecución universal, se atenderá a la fecha de la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos; a la fecha de auto de declaración en los supuestos de concurso de acreedores y de quiebras; y a la de la resolución que inicie el procedimiento de ejecución universal en los demás casos.

En mi opinión, la Orden de 8 de Abril de 1992 debería haberse referido en este apartado a la prioridad y no a la preferencia, ya que el término preferencia debe reservarse para determinar el mejor derecho y no para delimitar las cuestiones procesales de la prioridad en la ejecución.

Como anteriormente he dicho, sobre esta cuestión de la concurrencia con los procedimientos concursales o de ejecución universal, volveré en el capítulo cuarto, centrándome ahora en la determinación del nacimiento del crédito de la Seguridad Social; determinación que resulta imprescindible puntualizar con carácter previo para que, posteriormente, pueda ser analizado el crédito de la Seguridad Social en relación con los restantes acreedores privilegiados.

Podría hablarse de muchos momentos en los que se produce el nacimiento del crédito: el momento de la expedición de la Reclamación de deuda a la que se refiere el artículo 30 de la Ley General de la Seguridad Social, en su nueva redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre; la fecha de la Providencia de apremio prevista en el también modificado artículo 33 de la Ley General de la Seguridad Social; la fecha de expedición de la Providencia de embargo de bienes a la que se refiere el artículo 110 del vigente Reglamento General de Recaudación; la fecha de la diligencia de embargo del bien concreto sobre el que se pretenda hacer valer la preferencia, etc. Pero considero que son dos los que presentan mayores dudas en la citada determinación, el de la finalización del plazo reglamentario del ingreso en período voluntario, y el de la fecha concreta a la que corresponde el descubierto.

El privilegio que el derecho sustantivo otorga a los créditos de la Seguridad Social se

realiza por la necesidad de garantizar con una mayor protección la efectividad del Sistema, protegiendo las situaciones de necesidad que se deriven con posterioridad a la inclusión en el mismo. Y estas situaciones de necesidad no pueden verse defraudadas en el futuro por la posibilidad de quiebra de la caja única del Sistema de la Seguridad Social, cuestión que en definitiva supone la introducción de una especial protección en el cobro de los distintos recursos de la Seguridad Social. Otras teorías sobre la filosofía del sistema apuntan, no alejándose de la realidad, que en definitiva se trata en muchos casos de un salario diferido.

De todo lo que acabo de exponer, se deduce con facilidad que la protección del crédito de la Seguridad Social no es una cuestión procesal, que se obtiene como consecuencia de una determinada actuación dentro del procedimiento, sino que la preferencia la obtiene directamente de su propia filosofía reflejada en la protección que el derecho sustantivo le otorga. Al mismo tiempo, debo significar que la preferencia que la normativa confiere a la Seguridad Social lo hace con independencia de cual sea el momento en el que se encuentre la reclamación de la deuda, a diferencia de otros acreedores que adquieren su privilegio como consecuencia de una actuación en fase de ejecución, tal es el caso de las anotaciones preventivas de embargo realizadas en el Registro de la Propiedad o los créditos hipotecarios, que obtienen su rango preferencial desde el momento en que son inscritos en el Registro.

En consecuencia, descarto la posible interpretación sobre el nacimiento del crédito derivada de una actuación dentro del proceso, como puede ser la expedición de la reclamación de deuda que constituye junto a las actas de liquidación de cuotas, cuando unas y otras no hubieran sido impugnadas o, en su caso, las resoluciones administrativas que las mismas originen, si no fueren satisfechas, el título ejecutivo para seguir la vía de apremio y que, según lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en su nueva redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, tendrán la misma fuerza ejecutiva que la sentencias judiciales. Asimismo, descarto la fecha de expedición de la providencia de apremio, y la de la providencia dictada por el Recaudador ordenando el embargo de bienes del deudor, como momento que suponga el nacimiento del crédito privilegiado, rechazando por el mismo motivo la fecha del embargo sobre un bien concreto como momento que dé lugar a su nacimiento.

En mi opinión, la fecha del nacimiento del crédito privilegiado de la Seguridad Social solamente se puede producir en dos ocasiones:

A.- <u>En la fecha que expire el plazo reglamentario del correspondiente ingreso en período voluntario</u>.

Todos los recursos del Sistema de la Seguridad Social tienen un plazo reglamentario de ingreso[20] a cuya finalización se entiende que se ha generado un descubierto por la falta de pago del mismo. Esto significa que en el abono de las cotizaciones del Régimen General, por poner el ejemplo más generalizado, finalizado el mes posterior al del devengo se producirá el nacimiento del descubierto y por consiguiente nacerá también la preferencia del crédito otorgada en el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social, siempre con independencia de cuándo se realice la reclamación de la deuda por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social. En el régimen especial de trabajadores autónomos, en el que el devengo de la cuotas tendrá lugar por períodos mensuales que coincidirán con los meses naturales, su importe se liquidará e ingresará dentro del mismo mes al que aquellos correspondan; consecuentemente, en este régimen el nacimiento del crédito de la Seguridad Social se producirá a la finalización de dicho mes.

Este mismo argumento puede desarrollarse para el nacimiento de todos y cada uno de los distintos créditos del Sistema de la Seguridad Social, considerando que el nacimiento del crédito se produce cuando finalice el correspondiente plazo reglamentario de ingreso.

Sin embargo, descarto que el nacimiento del crédito de la Seguridad Social se produzca con la finalización del plazo reglamentario de ingreso por las razones que a continuación voy a exponer.

B.- <u>En la misma fecha a la que corresponde el descubierto</u>.

Anteriormente he descartado que el nacimiento del crédito de la Seguridad Social se produzca dentro de una fase del procedimiento de apremio,pero aún se puede llegar más lejos, considerando que el crédito no se origina a la finalización del correspondiente plazo de ingreso, sino en el mismo momento en el que se origina la actividad que da lugar a la cotización. Ello es así porque el plazo de ingreso es el período que al administrado le corresponde para hacer frente a sus obligaciones con la Seguridad Social y su utilización o no producirá los correspondientes efectos administrativos con los oportunos recargos. Sin embargo, el período al que se refiere la obligación es un dato que permanece invariable desde que existe la actividad o la situación que genera la misma.

En este sentido, se puede definir el crédito como el derecho que uno tiene a recibir de otro alguna cosa (generalmente dinero). Y ¿desde cuándo tiene derecho la Seguridad Social a percibir

(20) Más adelante, en el capítulo 3° (páginas 70 y ss.), volveré sobre la delimitación del plazo reglamentario de ingreso de los recursos del Sistema de la Seguridad Social, para lo cual hay que estar a lo dispuesto en el artículo 71 del Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre.

la cotización? A mi juicio, desde el mismo momento que existe la obligación de cotizar, con independencia de cuál sea el plazo reglamentario de su ingreso. Continuando con el ejemplo del régimen general, si el período trabajado es el mes de enero, con independencia de que la cotización en plazo reglamentario se efectúe el mes de febrero, la preferencia del crédito, en su caso, corresponderá al mes de enero.

Hay que resaltar que el privilegio que se establece en el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social es sobre los "*créditos*" de la Seguridad Social y no sobre la "*deuda*" de la Seguridad Social. He definido el crédito como el derecho que uno tiene a percibir de otro alguna cosa, mientras que la deuda consiste en la obligación generada que uno tiene de pagar o reintegrar algo a otro, generalmente dinero; existiendo una sutil diferencia, pues puede existir un crédito sin que haya sido originada aún la obligación de pagar, es decir: la deuda.

De estas dos posibilidades yo me inclino por considerar que el nacimiento del crédito privilegiado de la Seguridad Social se produce en el inicio mismo en que se origina la obligación, con independencia de cuándo pueda efectuarse el ingreso por parte del sujeto responsable.

En todo caso, dado el volumen habitual y la naturaleza continuada de los débitos a la Seguridad Social, esta posible controversia acerca del nacimiento del crédito en uno u otro de los dos supuestos que he recogido, generalmente no tendrá una especial importancia (pues si se discute la preferencia del crédito de la Seguridad Social, la incidencia puede ser que dicha preferencia lo sea por 100 o por 105), pudiendo quedar resumido a un problema más teórico que práctico. No obstante, esta incidencia si puede resultar trascendente si alguien pretende considerar que el citado nacimiento del crédito se produce en una fase del procedimiento, de ahí la rotundidad con la que rechazo esa posibilidad.

Adicionalmente, existen supuestos que todavía dificultan más la delimitación del nacimiento del crédito de la seguridad Social, entre éstos me parece interesante resaltar los descubiertos originados como consecuencia de las Actas de liquidación, pues en estos casos la obligación de cotizar existe antes de que dichas Actas son levantadas por la Inspección de Trabajo, pudiendo existir una importante diferencia temporal entre el nacimiento de la obligación y el plazo reglamentario para ingresar las cantidades reclamadas por esas Actas de liquidación.

Por último, es probable que realizando una comparación con otro tipo de créditos pueda aclarar algo más esta cuestión:

El crédito hipotecario nace en el momento de su escrituración, ganando la preferencia que

le corresponde en la fecha de su inscripción en el Registro. Sin embargo, la obligación de pagar que en dicho crédito hipotecario se establece, no se origina hasta que no vence el plazo estipulado, o lo que es lo mismo, el crédito hipotecario ha nacido con anterioridad al plazo de su ingreso.

En relación con el crédito tributario, FERNANDO SAINZ DE BUJANDA[21] dice lo siguiente: *"Al ser el lado activo de la obligación tributaria, el crédito nace «ex lege» al realizarse el hecho imponible (art. 28 de la Ley General Tributaria). No es posible concebir, en efecto, una relación de obligación en la que no surjan simultáneamente el lado activo y el lado pasivo: a partir del momento en que un sujeto está obligado, lo está frente a otro, que ostenta el derecho de crédito. Pero el nacimiento del derecho del crédito no supone siempre su vencimiento; ambos momentos corresponden al de nacimiento y exigibilidad de la obligación tributaria. Luego en todos aquellos tributos sujetos a liquidación administrativa, el crédito, ya nacido, no es exigible hasta que la liquidación se notifique reglamentariamente al sujeto pasivo (art. 126, apartado 1, de la Ley General Tributaria)"*[22].

En definitiva, se pude concluir diciendo que el crédito de la Seguridad Social nace en el momento que se genera la obligación de cotizar, con independencia de que ésta sea exigible en los correspondientes plazos de ingreso.

(21) SAINZ DE BUJANDA, FERNANDO; "Lecciones de Derecho Financiero"; Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (Sección de publicaciones); Madrid 1979; pág. 239.

(22) Sobre la delimitación del nacimiento del crédito tributario, existe en nuestro país una polémica entablada entre SAINZ DE BUJANDA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, que reproduce la controversia entre la tesis declarativa, articulada fundamentalmente en diversos trabajos de GIANINI, y la tesis constitutiva, en sus varias modalidades, mantenida, desde perspectivas diferentes, por ALLORIO, CARNELUTTI, BERLIRI, etc.

6. ASPECTOS PROCESALES DERIVADOS DE LA PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

6.1. Introducción.

El reconocimiento del carácter preferencial de los créditos de la Seguridad Social, a través de lo establecido en el artículo 22 de la nueva Ley General de la Seguridad Social, quedaría vacío de contenido si el mismo no pudiera hacerse valer en el correspondiente procedimiento de ejecución. Quiero decir con esto que una cosa es la preferencia establecida en el derecho sustantivo y, otra distinta, el ejercicio procesal que deba realizarse para conseguir la eficacia de dicha preferencia.

No obstante, a pesar del reconocimiento legal de la preferencia de los créditos de la Seguridad Social, esta preferencia no puede hacerse valer directamente por el Órgano administrativo encargado de llevar a cabo su ejecución. Es decir, la Tesorería General de la Seguridad Social no podrá declarar su mejor derecho con respecto a otros acreedores por la simple aplicación de lo dispuesto en la Ley, sino que resultará necesario que un Órgano judicial así lo declare, con aplicación de lo dispuesto en el derecho positivo. Ni tan siquiera en los supuestos previstos en el artículo 35 de la Ley General de la Seguridad Social puede decirse que la competencia para resolver la tercería corresponda a la Tesorería General de la Seguridad Social, pues, en ese caso, lo que se resolverá será una reclamación previa a la vía judicial: "*Corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social la resolución de las tercerías que se susciten en el procedimiento de apremio, y su interposición ante dicho órgano será requisito previo para que pueda ejercitarse ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria.*"

En todo caso, puede suceder que cuando la ejecución se está llevando a cabo por la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de la correspondiente Unidad de Recaudación Ejecutiva, si el acreedor que pretende hacer valer su preferencia no interpone la oportuna tercería dentro de plazo, éste acreedor pierde su derecho por no haberlo ejercitado en su momento; pero esto no significará el reconocimiento de la preferencia del crédito de la Seguridad Social, sino simplemente que el otro acreedor no ha ejercitado en plazo sus acciones.

El problema del ejercicio del derecho de preferencia en un proceso de ejecución puede plantearse, como es lógico, desde una doble dirección: 1.- Es posible que la ejecución la esté

realizando la Tesorería de la Seguridad Social y que acuda a su procedimiento otro acreedor que considere tener un crédito preferente al de la Seguridad Social. 2.- El supuesto contrario se plantea cuando la Tesorería de la Seguridad Social acude a otro proceso de ejecución para defender el privilegio de su crédito.

Con la intención de realizar una exposición comprensible de la problemática que se deriva de la ejecución, voy a centrarme ahora únicamente en el análisis del ejercicio de la preferencia del crédito de la Seguridad Social en los supuestos de ejecuciones de bienes inmuebles, apartándome de la casuística que se puede derivar de los bienes muebles, y dejando para el capítulo cuarto de esta primera parte el estudio de la concurrencia de procedimientos administrativos entre sí o entre éstos y procedimientos concursales o de ejecución universal.

6.2. La tercería de mejor derecho en defensa del crédito de la Seguridad Social.

Centrándome, como he dicho, en la ejecución de los bienes inmuebles, el problema se suele plantear con la existencia de anotaciones preventivas de embargo practicadas con anterioridad a la anotación en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, pero que, sin embargo, han sido anotadas con posterioridad al nacimiento del crédito de la Seguridad Social. En este sentido, hay que tener presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.923.4 del Código Civil, las anotaciones preventivas de embargo gozan de preferencia con respecto a los créditos nacidos con posterioridad, pero, según el abundante criterio jurisprudencial, no gozarán de tal preferencia con respecto a los créditos preferentes nacidos con anterioridad, aunque éstos no se hayan anotado o se hayan anotado con posterioridad a dicha anotación[23].

En consecuencia, el problema se plantea cuando sobre un inmueble que pretende ser ejecutado por la Tesorería General de la Seguridad Social existen gravámenes anteriores a la anotación del crédito de la Seguridad Social, pero que, sin embargo, se presume que no son preferentes a dicho crédito de la Seguridad Social.

En estos casos, la respuesta no puede consistir en que el mismo órgano encargado de la ejecución (Unidad de Recaudación Ejecutiva) declare su mejor derecho y efectúe el anuncio de la oportuna enajenación de los bienes embargados sin hacer constar las cargas anteriores que ha considerado no preferentes; especialmente, si consideramos lo establecido en el artículo 1.512 de

(23) Confrontar el apartado 3 del capítulo 5 de la segunda parte: "La preferencia de la anotación preventiva de embargo".

la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su nueva redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, según el cual quedarán subsistentes no sólo las cargas y gravámenes preferentes sino también las simplemente anteriores.

La única solución lógica que puede resolver esta cuestión será, en mi opinión, la resolución previa de la correspondiente tercería de mejor derecho. Es decir, cuando el órgano encargado de la ejecución del crédito de la Seguridad Social vaya a efectuar la enajenación de un inmueble sobre el que existan cargas anteriores que considere no preferentes a dicho crédito, deberá interponer la oportuna tercería de mejor derecho ante la jurisdicción civil de conformidad con lo establecido en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil[24]. Una vez declarado el mejor derecho del crédito de la Seguridad Social y, consecuentemente, reconocida la preferencia de su crédito por parte del órgano judicial, la solución debería pasar por la enajenación de los bienes inmuebles embargados descontando las cargas anteriores sobre las que se ha reconocido ese mejor derecho, adjudicando los inmuebles libres de cargas (dejando siempre a salvo la existencia de otras cargas sobre las que no se haya reconocido la preferencia).

La interpretación contraria en defensa de la aplicación absolutamente literal del artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conduce al absurdo de que el acreedor que ha sido vencido en el proceso de tercería pierda su interés en continuar con una ejecución cuyo beneficio debe ser puesto a disposición del acreedor al que se le ha reconocido el mejor derecho; del mismo modo, el interés de la ejecución de un inmueble con cargas anteriores resultará disminuido o, incluso desaparecerá, impidiendo con ello que el acreedor al que se le ha reconocido el mejor derecho pueda obtener un beneficio de esa ejecución.

En definitiva, si no se posibilita la enajenación en pública subasta, libre de cargas, de los inmuebles sobre los que se ha reconocido previamente por la jurisdicción competente el mejor derecho en favor del crédito de la Seguridad Social, sucederá que ninguno de los acreedores llevará a cabo la ejecución, resultando beneficiado únicamente el propio deudor.

6.3. Cancelación de las cargas registrales.

La cancelación de la cargas anotadas con posterioridad al crédito de la Seguridad Social, en la actualidad no debe presentar ningún problema, por aplicación de lo dispuesto en la nueva

(24) Excepcionalmente, la tercería podrá ser interpuesta ante la Jurisdicción social en aplicación del artículo 272.1 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral.

regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario[25].

Sin embargo, el problema se plantea con la cancelación de las cargas anteriores y no preferentes al crédito que se ejecuta. Como he dicho en el apartado anterior, a mi juicio, la única solución lógica y posible consistirá en admitir la cancelación de las cargas anteriores cuando previamente se haya obtenido en la jurisdicción competente el reconocimiento del mejor derecho.

El problema de la cancelación de las cargas anteriores que ahora planteo es el mismo que se viene originando regularmente en los supuestos de ejecución de los créditos "*superprivilegiados*" del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, a los que me referiré en el capítulo 2º de la segunda parte[26].

(25) Confrontar el apartado 4 del capítulo 5 de la segunda parte: "La nueva regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario".

(26) Confrontar el apartado 1.4 del capítulo 2º de la segunda parte: "Aspectos procesales derivados de la ejecución del superprivilegio salarial (la cancelación de las cargas anteriores)".

7. CONCLUSIONES SOBRE LA NATURALEZA DEL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

PRIMERO: Los créditos de la Seguridad Social, en la actualidad, gozan de la preferencia establecida en el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, distinguiendo, por un lado, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, y, por otro lado, los demás créditos de la Seguridad Social.

SEGUNDO: La anotación preventiva de embargo practicada en favor de la Tesorería de la Seguridad Social, puede otorgar un mayor rango preferencial a los créditos de la misma (reforzando su posición), en el supuesto de que consideremos la naturaleza real de las anotaciones preventivas de embargo.

TERCERO: El nacimiento del crédito de la Seguridad Social se produce desde el momento mismo en que nace la obligación de cotizar, es decir, en la misma fecha a la que corresponde el descubierto y con independencia de que posteriormente dicha cotización sea exigible en los correspondientes plazos de ingreso; pues una cosa es el nacimiento del crédito y otra el plazo de ingreso del mismo.

CUARTO: En el supuesto de existir cargas o gravámenes anteriores, pero no preferentes al crédito de la Seguridad Social, la preferencia establecida en el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social deberá ser defendida a través de la correspondiente tercería de mejor derecho presentada en la jurisdicción civil o, en su caso, en la jurisdicción social[27].

(27) La interposición ante la jurisdicción social se reservará, excepcionalmente, para aquellos supuestos en los que se estén ejecutando créditos de los trabajadores no preferentes a los de la Seguridad Social, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 272.1 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral.

CAPÍTULO 2º

FUNDAMENTO DEL PRIVILEGIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN 49
2. LA PROTECCIÓN SOCIAL 51
   2.1. Origen histórico 51
   2.2. El modelo español de Seguridad Social 53
   2.3. Fundamento constitucional 54
   2.4. Conclusiones 56
3. LAS FUENTES DE FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 59
4. CONCLUSIONES 61

1. INTRODUCCIÓN.

En el presente capítulo voy a realizar una serie de reflexiones en torno al fundamento del privilegio del crédito de la Seguridad Social, pretendiendo argumentar la necesidad de su protección como medida que garantice el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, tal y como se establece en el artículo 41 de la Constitución española.

Aunque pudiera parecer demagógico, lo cierto es que el Sistema público de la Seguridad Social lo integramos todos los ciudadanos y, en este sentido, todos debemos estar interesados en un verdadero fortalecimiento de los mecanismos de financiación de dicho Sistema, acabando de una vez por todas con determinadas conductas sociales que hacen bandera de posiciones extremadamente liberales, demostrando con ello un inexistente sentimiento de solidaridad. Podría decirse que durante años ha estado "*mal visto*" cotizar regularmente a la Seguridad Social.

Con la finalidad de resaltar la necesidad del mantenimiento del Sistema público de Seguridad Social, voy a comenzar recogiendo esquemáticamente los principios inspiradores de los modernos sistemas de Seguridad Social, haciendo referencia al modelo creado en la Alemania de BISMARCK a partir del año 1883, al modelo británico creado a partir de los informes de BEVERIDGE de 1942 y, por último, haciendo referencia al modelo de protección social instaurado en Nueva Zelanda desde 1938.

Posteriormente, una vez expuestos los citados principios inspiradores de los modernos sistemas de protección social, analizaré el modelo de Seguridad Social existente en España, que, como desarrollaré, se encuentra a mitad de camino entre los sistemas alemán e inglés.

A continuación haré referencia al fundamento constitucional de la protección de las necesidades sociales, previsto en el artículo 41 de la Constitución, y a la regulación establecida al respecto por el reciente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994.

Con el análisis de la perspectiva actual de los mecanismos de protección social he pretendido sensibilizar al lector sobre la necesidad de realizar los máximos esfuerzos para mantener un régimen público y solidario de protección de las necesidades sociales, evitando con ello caer en fórmulas absolutamente privadas y retrógadas de protección. En este sentido, debemos estar orgullosos de los niveles de protección social alcanzados en Europa en busca del Estado del

bienestar, en contraposición a las posiciones insolidarias existentes en modelos como el de los Estados Unidos y que, en la actualidad, están dando lugar a un profundo debate en torno a su reforma.

Dentro de estas perspectivas actuales me centraré en las recomendaciones efectuadas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, por un lado, y en los acuerdos políticos de Toledo, por otro, dentro de los ámbitos internacional y nacional respectivamente.

Asimismo, voy a efectuar un breve análisis de las fuentes de financiación del Sistema de la Seguridad Social, según las cuales, en España se sigue un sistema de reparto integrado por dos modalidades, una contributiva, que se financia con las cotizaciones de empresarios y trabajadores (además de otros recursos regulados en el artículo 86.1 de la Ley General de la Seguridad Social), y otra modalidad no contributiva, que se financia con cargo a las aportaciones del Estado.

Por último, efectuaré una serie de conclusiones en torno al fundamento del privilegio del crédito de la Seguridad Social, haciendo hincapié en la importancia de la existencia de un procedimiento administrativo propio de reclamación de las deudas de la Seguridad Social, y resaltando la necesidad de potenciar el privilegio otorgado por el derecho sustantivo a los créditos de la Seguridad Social.

2. LA PROTECCIÓN SOCIAL.

2.1. Origen histórico.

La protección de las necesidades sociales a través de los modernos sistemas de Seguridad Social ha evolucionado durante el último siglo partiendo de dos modelos que inicialmente resultaban contrapuestos y que, por el contrario, el paso del tiempo se ha encargado de hacerlos confluir. No obstante, su concepción inicial nos permite comprender la verdadera evolución experimentada en la protección social gestionada por el Estado.

Entre estos sistemas de protección social hay que diferenciar los dos modelos europeos fundamentales: 1.- El basado en los seguros sociales, creado en la alemania de BISMARCK a partir del año 1883. 2.- El surgido en Inglaterra a partir de los informes de BEVERIDGE de 1942.

El origen histórico de uno y otro de estos sistemas tuvieron una fundamentación socio-política totalmente diferente, pero, siguiendo los rasgos característicos recogidos por JOSÉ MANUEL ALMANSA PASTOR[28], las diferencias entre ambos pueden resumirse en los siguientes puntos:

PRIMERO.- SUJETOS PROTEGIDOS.

El modelo de BISMARCK considera como sujetos protegidos únicamente a los trabajadores, reconociéndoles un derecho a la protección en la medida que con su actividad laboral han aportado un esfuerzo útil a la sociedad. Como dice el citado ALMANSA PASTOR, el derecho a la Seguridad Social es entonces un derecho derivado del trabajo y de las relaciones laborales.

El modelo de BEVERIDGE, por el contrario, protege a los individuos en cuanto miembros de una colectividad, con independencia de su actividad profesional. El derecho a la Seguridad Social aparece entonces como un derecho del ciudadano.

SEGUNDO.- LA PROTECCIÓN.

El modelo de BISMARCK persigue garantizar el salario de los trabajadores ante la posible pérdida del mismo. Las prestaciones entonces se conciben como remuneración indirecta del trabajo, es decir, como un salario diferido.

El modelo de BEVERIDGE pretende liberar al hombre de las situaciones de necesidad,

(28) ALMANSA PASTOR, JOSÉ MANUEL: "Derecho de la..." (obra citada en la NPP nº 9, pág. 25); pág. 77.

garantizando un nivel de subsistencia uniforme e independiente de los ingresos profesionales; sin perjuicio de la existencia de un nivel secundario que atienda a la situación profesional. Las prestaciones entonces adoptan un carácter asistencial independiente del salario.

TERCERO.- FINANCIACIÓN.

El modelo de BISMARCK mantiene el sistema de los seguros sociales, fundamentalmente, a través de las cotizaciones de empresarios y trabajadores.

Por el contrario, el modelo de BEVERIDGE, basado en la idea de la solidaridad general, se financia mediante impuestos comunes junto con otros de origen profesional. De esta manera, las prestaciones efectúan una función de redistribución de la renta al repartir su carga entre toda la población y entre todos los grupos profesionales. En consecuencia, la financiación se desvincula del salario y se consideran exacciones de carácter tributario.

CUARTO.- GESTIÓN.

El modelo alemán, heredado de los seguros privados, permite la pluralidad de organismos, tantos como riesgos protegidos. La gestión entonces queda organizada como empresa de seguros con los principios de éstos.

El modelo inglés confía la gestión al Estado, apareciendo entonces el sistema y la gestión como un servicio público. Frente a la heterogeneidad y desconexión de los seguros sociales se recomienda la unificación y homogeneidad en un compacto seguro.

Al margen de los modelos de protección social europeos que acabo de exponer, hay que destacar el sistema de Seguridad Social de Nueva Zelanda que, como dice ALMANSA PASTOR[29], constituye, sin duda, el más completo de los conocidos, y donde quizá se vislumbre el ideal de la Seguridad Social. Instaurado en 1938, los rasgos característicos de este sistema son los recogidos por el citado ALMANSA PASTOR:

> a) El sistema protege a *todos los ciudadanos* en cuanto miembros de la colectividad y en igualdad de condiciones, sin discriminación alguna.
>
> b) Se protegen *todas las necesidades sociales* provenientes de enfermedad, vejez, invalidez, muerte, desempleo y cualquier otra que pueda presentarse. Y se protegen, además, en la medida que requieran para otorgar un nivel de vida suficiente, según estimaciones objetivas. He aquí el punto neurálgico del que depende el sistema, porque si el nivel vital se sitúa en las necesidades primarias, tan sólo supera a la beneficencia tradicional en la obligatoriedad de la prestación; mientras que si el nivel vital abarca

(29) ALMANSA PASTOR, JOSÉ MANUEL: "Derecho de la..." (obra citada en la NPP nº 9, pág. 25); pág. 77.

necesidades superiores, corporeíza el arquetipo modélico de seguridad social.

c) La *financiación*, por último, grava sobre los presupuestos generales, materializando una redistribución solidaria a través de elevados impuestos sobre la renta.

2.2. El modelo español de Seguridad Social.

La protección social en España ha ido evolucionando a partir de los dos modelos europeos citados anteriormente, partiendo de una protección muy cercana al sistema Bismarckiano de seguros sociales e intentando alcanzar un modelo de protección de corte universalista más próximo a las ideas recogidas en los informes de BEVERIDGE.

Sin embargo, los continuos avances experimentados en busca del controvertido Estado del bienestar hace aflorar el verdadero problema de los modernos sistemas de Seguridad Social: su financiación. Creo que la gran mayoría de los ciudadanos, si se les pregunta sobre el grado de protección social que debe ser dispensado por el Estado, respondería diciendo que el Estado debe proteger la totalidad de las situaciones de necesidad que se les presenten a sus habitantes. Ahora bien, la protección que el Estado pueda aportar a través de la Seguridad Social, evidentemente, estará limitada por sus disponibilidades económicas y, como es lógico, los recursos no son ilimitados. En consecuencia, la protección actual otorgada por el Sistema Español de Seguridad Social se verá limitada únicamente por su liquidez económica, cuestión ésta que determinará los distintos recortes que deban realizarse en el grado máximo de protección por todos deseado.

En este sentido, la protección inicialmente planteada en el Sistema Español de Seguridad Social, basada fundamentalmente en el modelo de los seguros sociales, con una gran vinculación al carácter salarial de la misma, ha evolucionado hacia una protección más universalista, apareciendo situaciones de necesidad protegidas con independencia de la condición profesional del interesado.

Así, las prestaciones no contributivas establecidas en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, han constituido un paso importante en busca de esa tendencia universalizadora de la protección. Igualmente, la tendencia hacia el mantenimiento de la asistencia sanitaria generalizada suponen otro importante paso en defensa del citado Estado del bienestar.

2.3. Fundamento constitucional.

El artículo 41 de la Constitución española dice lo siguiente:

> **Artículo 41.:**
> Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidades, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Sin entrar ahora en valoraciones profundas del texto constitucional[30], hay que distinguir la doble protección prevista en el mismo; lo que se ha llamado los dos niveles de protección: Un nivel básico, contenido en la primera parte del artículo 41 cuya protección corresponde a los poderes públicos del Estado, y un segundo nivel complementario de protección que descansará en la iniciativa privada voluntaria[31].

Centrándome exclusivamente en el nivel básico de protección previsto en el texto constitucional, resulta evidente que el mantenimiento del Sistema de la Seguridad Social es función de los poderes públicos. Además, como señala CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ[32], "*El modelo constitucional de seguridad social que diseña el artículo 41 C. se sitúa abiertamente -la utilización del término «ciudadano» como parámetro subjetivo de referencia así lo evidencia- en una óptica de deslaboralización del sistema, esto es, de consolidación del proceso histórico de diferenciación jurídica de la seguridad social respecto del originario tronco común jurídico-laboral. La idea-programa de la seguridad social incluye así como objetivo constitucional la protección de la población en su conjunto, y no sólo la asalariada o, incluso, la activa*".

En cumplimiento del mandato constitucional, la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, establece lo siguiente:

---

(30) Acerca del análisis del derecho a la Seguridad Social en la Constitución puede verse:
PALOMEQUE LÓPEZ, CARLOS; "Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución ", en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución (ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979); Madrid 1980; págs. 301 y ss.
ALONSO OLEA, MANUEL; "La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo", en II Coloquio sobre relaciones laborales, Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza; Jaca 28.09.78 a 01.10.78. (Ponencia multicopiada.)

(31) Confrontar:
GARCÍA BECEDAS, GABRIEL; "La Seguridad Social complementaria en España", en III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Generalitat Valenciana; Valencia 1993; págs. 17 - 46.

(32) PALOMEQUE LÓPEZ, CARLOS; "Los derechos a la..." (obra citada en la NPP nº 30, pág. 54); pág. 325.

Artículo 1.: *Derecho de los españoles a la Seguridad Social.*

El derecho de los españoles a la Seguridad Social, establecido en el artículo 41 de la Constitución, se ajustará a lo dispuesto en la presente Ley.

Artículo 2.: *Fines de la Seguridad Social.*

El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por realizar una actividad profesional o por cumplir los requisitos exigidos en la modalidad no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley.

Artículo 3.: *Irrenunciabilidad de los derechos de la Seguridad Social.*

Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente Ley.

Artículo 7.: *Extension del campo de aplicación.*

1. Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, todos los españoles, cualesquiera que sean su sexo, estado civil, profesión, que residan y ejerzan normalmente su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

a) Trabajadores por cuenta ajena en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.

b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de Empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente.

c) Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado.

d) Estudiantes.

e) Funcionarios públicos, civiles y militares.

2. A efectos de los dispuesto en el número anterior no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo.

3. Asimismo, estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional.

4. El gobierno, en el marco de los sistemas de protección social pública, podrá establecer medidas de protección social en favor de los españoles no residentes en España, de acuerdo con las características de los países de residencia.

5. Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, que residan y se encuentren legalmente en territorio español, se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el presente artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o a cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida.

6. No obstante lo dispuesto en los números anteriores del presente artículo, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y oídos los Sindicatos más representativos o el Colegio Oficial competente, podrá, a instancia de los interesados, excluir del campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social correspondiente, a las

> personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida.

Como consecuencia del análisis de la regulación actual del Sistema de la Seguridad Social, se puede finalizar este apartado diciendo que existen dos niveles constitucionales de protección: el nivel básico y el complementario. Asimismo, existirán dos tipo de prestaciones: Las prestaciones contributivas y las no contributivas. Las prestaciones de carácter contributivo se financiarán, fundamentalmente, con las cotizaciones efectuadas por empresarios y trabajadores; mientras que las prestaciones de carácter no contributivo serán financiadas a cargo de las aportaciones del Estado.

2.4. Conclusiones.

La tendencia hacia el Estado del bienestar al que anteriormente he hecho referencia, a supuesto un notable encarecimiento del presupuesto de la Seguridad Social, debido a la inclusión de las prestaciones universales y al establecimiento de prestaciones no contributivas como las establecidas en la Ley 26/1990. Sin embargo, en mi opinión, el modelo europeo de protección social es un logro histórico que necesariamente debe ser mantenido, especialmente si consideramos la crisis por la que actualmente atraviesan los Sistemas de Seguridad Social basados en la protección privada como el existente en Estados Unidos. En este sentido, el modelo europeo debería servir de referencia a los futuros Sistemas de Seguridad Social que progresivamente se vayan implantando en los países denominados del tercer mundo a medida que éstos vayan obteniendo las estructuras y medios necesarios para ocuparse de la protección social. Actualmente existen países de América Latina que están debatiendo su modelo de Seguridad Social y que, al parecer, se inclinan por un sistema más preocupado por la cobertura de las necesidades sociales, al estilo del vigente en el entorno europeo.

No obstante, la cobertura de las necesidades sociales por parte del Estado tiene la limitación económica citada anteriormente. Limitación que en la actualidad se ve agravada por los motivos sociológicos por todos conocidos: descenso de la natalidad, aumento del desempleo, crisis económica, etc. Además, el futuro incierto del actual modelo de Seguridad Social en España verá su punto de máximo riesgo a partir del año 2020, que es cuando empezarán a jubilarse los nacidos en la década de los años sesenta (los hijos del "*boom de los 60*").

El Banco Mundial ha realizado durante el año 1994 una serie de recomendaciones a los países industrializados, entre los que se encuentra España, para reducir los gastos sociales y evitar estrangular el crecimiento. Ahora bien, como he dicho anteriormente, el modelo europeo de protección social, dentro de sus disponibilidades económicas, debería hacer los máximos esfuerzos para mantener el compromiso social que históricamente se ha conseguido, eludiendo las tendencias absolutamente liberales de países como Estados Unidos. Estas propuestas del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional fueron recogidas en España con muchas reservas, así, la práctica totalidad de los partidos políticos españoles se enfrentaron a las ideas propugnadas por dichos organismos internacionales. En este sentido, el coordinador general de Izquierda Unidad, JULIO ANGUITA, manifestó que "*/.../ el F.M.I. es un «trust» donde la filosofía fundamental es volver al capitalismo más puro y salvaje*". Por su parte, el presidente de la Generalitat de Cataluña, JORDI PUJOL, consideró muy duras las medidas propuestas por el F.M.I., y dijo que "*/.../ están hechas desde detrás de la mesa, sin tener en cuenta que las actuaciones han de ser económicamente correctas, políticamente posibles y socialmente sensibles*".

Con posterioridad a las recomendaciones del Banco Mundial, los componentes de la ponencia sobre la Seguridad Social, integrada por los cuatro primeros partidos españoles (P.S.O.E., P.P., I.U. y C.I.U.) han suscrito, tras un año de trabajos, el acuerdo político de Toledo, comprometiendo a Gobiernos futuros con un modelo solidario y de reparto. Evitando de esta forma la implantación de un sistema de capitalización, evidentemente, menos solidario.

No voy a profundizar en el estudio de las conclusiones del acuerdo de Toledo porque, a pesar del interés que puede suscitar su comentario, escaparía a la intención del presente trabajo. Limitándome, en consecuencia, a recoger telegráficamente las recomendaciones allí elaboradas, que actualmente serán debatidas por sus respectivos grupos parlamentarios, y que determinarán el futuro del modelo de protección de las necesidades sociales en España:

Pacto de Toledo entre PSOE, PP, IU y CIU.

1.- Las pensiones contributivas se financiarán por cuotas. Las asistenciales y la sanidad estarán a cargo de la imposición general.
2.- Se creará un fondo de equilibrio para evitar problemas de financiación en años de crisis, a través de títulos públicos adquiridos en los mercados oficiales.
3.- Las bases de cotización equivaldrán siempre al salario real, con un único tope máximo.
4.- A igual aportación, se recibirá la misma prestación.
5.- Mejora de los mecanismos de recaudación.
6.- Se unificarán todos los regímenes actuales en dos: trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena.
7.- Mayor integración orgánica de la afiliación, recaudación y gestión de prestaciones.

8.- Avanzar en la reducción de cotizaciones siempre que lo permita el equilibrio financiero del sistema y el déficit público.
9.- Nuevo sistema de cálculo que ofrezca mayor proporcionalidad entre la pensión y el esfuerzo de cotización realizado durante la vida laboral. Mantenimiento de una prestación máxima.
10.- Facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa más allá de los 65 años, sin recibir pensión ni cotizar.
11.- Garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante revalorizaciones anuales en función de la inflación.
12.- Reforzamiento del principio de solidaridad en la media en que la situación financiera lo permita: elevar la edad máxima para recibir pensión de orfandad y mejora de las prestaciones de viudedad en los casos de menores ingresos.
13.- Mejora del control de la invalidez y la incapacidad laboral.
14.- Los sistemas privados de pensiones serán incentivados, siempre con carácter complementario al sistema público.
15.- Seguimiento periódico de las magnitudes que intervienen en el equilibrio financiero del sistema.

En definitiva, la perspectiva actual del Sistema de Seguridad Social se inclina definitivamente hacia el modelo mixto de protección previsto en el artículo 41 de la Constitución española, donde las pensiones contributivas se financiarán por las cotizaciones de empresas y trabajadores; estando a cargo de la imposición general las prestaciones asistenciales y la sanidad. Del mismo modo, la Seguridad Social complementaria será potenciada mediante sistemas privados de protección de las necesidades, recogiendo la creciente preocupación existente en favor de este tipo de protección complementaria[33].

(33) GARCÍA BECEDAS, GABRIEL: "La Seguridad Social..." (obra citada en la NPP nº 31, pág. 54); pág. 325.

3. LAS FUENTES DE FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Los recursos para la financiación de la Seguridad Social vendrán determinados, básicamente, por la adopción del modelo creado en la alemania de BISMARCK o, por el contrario, por el modelo basado en los informes de BEVERIDGE.

En líneas generales[34], el sistema alemán estaba basado en la estructura del seguro privado con la introducción de la cotización obligatoria a cargo del empresario y del trabajador, que sirviera para hacer frente a los riesgos cubiertos junto con una muy reducida aportación estatal. El informe BEVERIDGE de 1942 propuso un nuevo método para la financiación de la Seguridad Social basado en una financiación pública para la cobertura de la salud y de las prestaciones familiares que tendrá carácter universal para todos los ciudadanos, mientras que las prestaciones de sustitución de rentas se financiarán mediante cotizaciones a cargo de los trabajadores y empresas como medio principal de obtención de fondos. Sin embargo, como he recogido en el apartado anterior, estos modelos diferenciados han ido confluyendo a través de los últimos tiempos hasta alcanzar los actuales sistemas mixtos de financiación.

En el sistema español de la Seguridad Social, los recursos y sistemas de financiación están constituidos por un sistema mixto, regulado en los artículos 86 y siguientes del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994.

> **Artículo 86.:** *Recursos generales.*
>
> 1. Los recursos para la financiación de la Seguridad Social estarán constituidos por:
>
> a) Las aportaciones progresivas del Estado, que se consignarán con carácter permanente en sus Presupuestos Generales, y las que se acuerden para atenciones especiales o resulten precisas por exigencia de la coyuntura.
>
> b) Las cuotas de las personas obligadas.
>
> c) Las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga.
>
> d) Los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales.
>
> e) Cualesquiera otros ingresos, sin perjuicio de lo previsto en la Disposición Adicional Vigesimosegunda de esta Ley.
>
> 2. La acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, se

(34) Temario del Centro de Estudios Financieros para las oposiciones al Cuerpo Técnico de la Administración de la Seguridad Social.

financiará mediante la aplicación del conjunto de recursos que se citan en el número anterior, sin perjuicio de las aportaciones finalistas que al efecto se prevean en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Las pensiones de invalidez y jubilación y las asignaciones económicas por hijo a cargo, en sus modalidades no contributivas, así como las asignaciones económicas por minusvalía a que se refiere el número 2 del artículo 185 del la presente Ley, se financiarán con cargo a las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social.

Artículo 87.: *Sistema financiero.*

1. El sistema financiero de todos los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social será el de reparto, para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos, sin perjuicio de la excepción prevista en el número 3 de este artículo.

2. En la Tesorería General se constituirá un fondo de estabilización único para todo el sistema de la Seguridad Social, que tendrá por finalidad atender las necesidades originadas por desviaciones entre ingresos y gastos.

3. En materia de accidentes de trabajo se adoptará el sistema de financiación que sus características exijan, pudiendo establecerse, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y con carácter obligatorio, un régimen de reaseguro o cualquier otro sistema de compensación de resultados, así como el sistema financiero de capitalización de las pensiones causadas por invalidez permanente o muerte, con sujeción al cual las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y, en su caso, la Empresas responsables deberán constituir, en la Tesorería General, los correspondientes capitales.

4. Las materias a que se refiere el presente artículo serán reguladas por los Reglamentos a que alude el apartado a) del número 2 del artículo 5 de la presente Ley.

Artículo 88.: *Inversiones.*

Las reservas de estabilización que no hayan de destinarse de modo inmediato al cumplimiento de las obligaciones reglamentarias serán invertidas de forma que se coordinen las finalidades de carácter social con la obtención del grado de liquidez, rentabilidad y seguridad técnicamente preciso.

Del análisis de estos artículos se desprende que el modelo de financiación de la Seguridad Social española está constituido por un sistema de reparto integrado por las dos modalidades comentadas con aterioridad, una contributiva, que se financiará mediante la aplicación del conjunto de recursos que se citan en el apartado 1 del artículo 86, y otra no contributiva, que se financiará con cargo a las aportaciones del Estado. En cualquier caso, en materia de financiación habrá que tener en cuenta las perspectivas actuales recogidas en el acuerdo político de Toledo, al que he hecho referencia en el apartado anterior.

4. CONCLUSIONES.

Atendiendo a todo lo expuesto, el fundamento del privilegio del crédito de la Seguridad Social viene determinado por la necesidad de mantener el Sistema público de protección de las necesidades sociales. Dicho sistema, basado en un principio de solidaridad para hacer frente a las situaciones de necesidad, no puede verse defraudado por la debilidad económica del mismo originada por la existencia de un gran volumen de morosidad.

En el presente capítulo he pretendido hacer una exposición esquemática de las dificultades por las que actualmente atraviesa el Sistema de la Seguridad Social y que están dando lugar a continuos debates, tanto nacionales como internacionales, en busca de nuevas medidas que permitan la continuidad del nivel de protección alcanzado. Sin embargo, las distintas fórmulas que vayan apareciendo en defensa del mantenimiento del Sistema público de Seguridad Social no servirían de nada si no se acompañan de instrumentos que permitan hacer efectiva la recaudación de los recursos de dicho Sistema. En este sentido, hay dos cuestiones que resultan fundamentales para lograr esa efectividad recaudatoria: por un lado, la existencia de un Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social que permita llevar a cabo un procedimiento propio y específico de reclamación de deudas. Y, por otro lado, el privilegio otorgado a los créditos de la Seguridad Social por la normativa específica.

En relación con la primera cuestión, resulta evidente que el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social ha dotado de una mayor agilidad a la Tesorería General de la Seguridad Social para poder efectuar la reclamación de las deudas en un plazo relativamente breve. De todos es sabido que en aquellos momentos en los que los sujetos responsables del pago de las cotizaciones sociales atraviesan por dificultades de tesorería, el impago de las cuotas de la Seguridad Social se constituye en uno de los recursos utilizados con mayor prontitud por los mismos. De ahí la importancia de la existencia de un procedimiento administrativo de apremio lo suficientemente ágil como para acudir al problema de la generación de la deuda con la necesaria inmediatez.

Asimismo, hay que destacar que actualmente las reclamaciones efectuadas por la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de sus Unidades de Recaudación Ejecutiva, constituyen uno de los primeros títulos ejecutivos que se originan cuando se inicia una determinada situación de morosidad. Normalmente la generación de deudas no se centra en un único acreedor, sino que,

por el contrario, habitualmente son varios los acreedores que coinciden en la ejecución del patrimonio del deudor y, en estos casos, la posición del crédito de la Seguridad Social se ha visto notablemente fortalecida por la creación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva y por la existencia de un procedimiento administrativo de apremio propio, constituyendo una evidente mejora respecto a la gestión recaudatoria existente con anterioridad mediante los denominados conciertos de colaboración.

Junto a la necesidad de un procedimiento propio de recaudación que garantice con suficiente amplitud la reclamación de los descubiertos a la Seguridad Social, se hace necesario dotar a los créditos de ésta del privilegio que permita afrontar con garantías los supuestos de concurrencia con otros acreedores, pues, como he dicho anteriormente, de nada serviría la búsqueda de continuas fórmulas para el mantenimiento del Sistema público de Seguridad Social. Especialmente, si tenemos en cuenta la importancia de las cotizaciones en un sistema contributivo de financiación como el existente en España.

La preferencia de los créditos en favor el Fisco es una cuestión que ha sido reconocida desde los orígenes del Derecho. Sin embargo, la protección de los créditos que garanticen el mantenimiento del Sistema público de Seguridad Social es una cuestión de este siglo, debido a la reciente aparición de los modernos sistemas de protección de las necesidades sociales. No obstante, a medida que se ha ido consolidando el actual Sistema de la Seguridad Social, el fundamento del privilegio de sus créditos ha cobrado mayor importancia, sin llegar aún a equipararse con el privilegio de los créditos salariales. Ahora bien, en mi opinión, la justificación del privilegio de los créditos de la Seguridad Social es aún mayor que la de los créditos tributarios, pues, si el privilegio de éstos se fundamenta en la necesidad del Estado de mantener los servicios esenciales de su comunidad, con mayor justificación el Estado deberá proteger el mantenimiento del Sistema encargado de proteger las necesidades sociales previstas en el Sistema de la Seguridad Social. En este sentido, considero que el privilegio de los créditos de la Seguridad Social debería gozar de mayor sensibilidad entre la población, acercándose al otorgado a los créditos salariales, ya que en un sistema contributivo puede decirse que, en gran medida, las prestaciones sociales son una especie de salario diferido. Debiendo considerarse la obligatoriedad del Estado en el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos previsto en el artículo 41 de la Constitución.

En consecuencia, quiero defender ahora la mayor justificación existente en la actualidad en el privilegio de los créditos de la Seguridad Social respecto a los créditos tributarios

históricamente protegidos.

Asimismo, la protección de los asegurados en la Ley del Seguro Privado[35] ha sido argumentada significando su necesidad, debido a que las entidades de seguros venden seguridad en forma de promesa de una prestación, y aún es mucho más necesario si el seguro que practican es el de vida, pues ocurrirfa que muchas personas que durante bastantes años han estado realizando un sacrificio para mantener una operación de previsión, al final podrían verse defraudados, cuando sus circunstancias posiblemente no les permitirían reparar el descalabro[36]. Pues bien, si respecto a los seguros privados se puede decir que no deben truncar las expectativas creadas en los asegurados, ¿Qué se puede decir respecto de un Sistema público de protección que, además, es obligatorio? Evidentemente, el fundamento del privilegio de los créditos de la Seguridad Social está infinitamente más justificado que el de los asegurados protegidos por la Ley del Seguro Privado, debido a que las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social tienen una serie de características ausentes en el seguro privado: 1.- El Sistema público, por definición, protege a los más necesitados. 2.- La inclusión en el Sistema de la Seguridad Social es obligatoria. 3.- El mantenimiento del régimen público de Seguridad Social corresponde a los poderes públicos.

Por último, quiero hacer hincapié en una cuestión fundamental para reforzar el mantenimiento del Sistema público de la Seguridad Social: el control del fraude. Bajo ningún concepto se puede permitir que mientras haya un gran número de ciudadanos que soporte regularmente con sus cotizaciones sociales el Sistema público de Seguridad Social, exista otro volumen de sujetos obligados que, incidiendo en situaciones de morosidad, se beneficie del mantenimiento del Sistema por aquéllos que efectuaron sus cotizaciones. Máxime cuando la protección de los sujetos que puntualmente han realizado sus cotizaciones se puede ver amenazada por la falta de liquidez del Sistema. La única medida que cabe plantear en estas situaciones es el endurecimiento de la persecución de las conductas de morosidad, y esto debe efectuarse, entre otros modos, a través del privilegio de los créditos de la Seguridad Social.

(35) Confrontar el capítulo 7°, de la segunda parte (pág. 411): "Otros créditos privilegiados".

(36) CAÑO ESCUDERO, FERNANDO DEL y CAÑO PALOP, J. RAMÓN DEL: "Comentarios al Reglamento de ordenación del Seguro Privado"; Madrid 1987; pág. 306.

CAPÍTULO 3°

LA RECLAMACIÓN DE LOS DÉBITOS A LA SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN 67
2. LA RECAUDACIÓN EN PERÍODO VOLUNTARIO. 69
   2.1. Recaudación de cuotas en plazo reglamentario. 70
   2.2. Efectos de la falta de cotización en plazo reglamentario 75
      2.2.1 Recargos 76
      2.2.2 Reclamaciones de deuda 78
      2.2.3 Actas de liquidación 80
      2.2.4 Determinación de las deudas por cuotas 83
   2.3. Recaudación de otros recursos. 85
3. LA RECAUDACIÓN EN VÍA EJECUTIVA. 87
   3.1. Antecedentes normativos (Los conciertos de colaboración - La competencia de las Magistraturas de Trabajo - La creación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social) 88
   3.2. La extinguida certificación de descubierto. 101
   3.3. Iniciación de la vía de apremio 102
   3.4. La providencia de apremio 104
   3.5. Normas generales del procedimiento de apremio 106
   3.6. Acumulación de títulos ejecutivos. 107

1. INTRODUCCIÓN.

La defensa del crédito de la Seguridad Social se efectúa generalmente dentro del procedimiento administrativo de apremio regulado, en la actualidad, en el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social[37], desarrollado por la Orden Ministerial de 8 de abril de 1992.

No obstante, es preciso hacer una serie de matizaciones en torno al procedimiento de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social para alcanzar una mayor comprensión de la problemática que posteriormente se presenta al considerar la preferencia de los créditos de la Seguridad Social. Básicamente se pueden distinguir dos períodos dentro de esta recaudación: la recaudación en período voluntario y la recaudación en vía de apremio. A su vez, la recaudación en período voluntario puede dividirse en dos períodos; el reglamentario de ingreso y el comprendido desde el día del vencimiento del respectivo plazo reglamentario de ingreso hasta la iniciación de la recaudación en vía de apremio.

En el presente capítulo realizaré un análisis del vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, así como de la evolución experimentada por los distintos organismos de recaudación ejecutiva que, en definitiva, son los encargados de velar por la defensa de los créditos de la Seguridad Social. Al mismo tiempo, considerando la actual redacción del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, es importante recordar que el origen de esta disposición tiene su causa en la aparición del Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, que aprobó el anterior Reglamento de Recaudación, desarrollado posteriormente por la Orden de 23 de octubre de 1986. Este Real Decreto 716/1986 recogía en su exposición de motivos un doble objetivo, regular el procedimiento de recaudación de los débitos a la Seguridad Social en vía de apremio y facilitar y preparar el proceso de unificación con el procedimiento de recaudación de los recursos del Estado. Sin embargo, con posterioridad al Real Decreto 716/1986 se produjo la modificación del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Estado, aprobado por el Real Decreto

(37) El vigente Reglamento deberá ser modificado por un nuevo procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en la nueva redacción de la Ley General de la Seguridad Social introducida por la Ley 42/1994 de 30 de diciembre (ver arts. 33.5 y 36.2, entre otros).

1.684/1990, de 20 de diciembre, y, sorprendentemente, en vez de intentar la unificación de ambos Reglamentos de Recaudación, se efectuó la comentada modificación del Real Decreto 716/1986, de 7 marzo, por el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, sin realizar la unificación pretendida por el Reglamento del año 1986.

Las modificaciones efectuadas tanto en el Reglamento de Recaudación de Hacienda como en el de la Seguridad Social, responden al necesario criterio de refundición de los continuos cambios operados durante los últimos años, fundamentalmente a través de las leyes de presupuestos, cuestión ésta que ya he comentado en el capítulo primero. Ahora bien, la agilidad demostrada en la modificación de ambos Reglamentos puede dar la sensación de una extraña competitividad entre Ministerios, dejando a un lado la idea que debería haber presidido la modificación, idea que no podía ser otra que el criterio unificador intentado por el Real Decreto 716/1986. En cualquier caso, las nuevas reformas efectuadas con posterioridad a la publicación del Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, y, en especial, la entrada en vigor del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, modificado posteriormente por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, hacen necesaria una nueva modificación del vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

2. LA RECAUDACIÓN EN PERÍODO VOLUNTARIO.

Antes de profundizar en el estudio de este período de recaudación, quiero insistir en la distinción que existe dentro del período voluntario de ingreso entre el plazo reglamentario y el período voluntario propiamente dicho:

1.- Plazo reglamentario. Que, según lo dispuesto en el artículo 25 de la nueva Ley General de la Seguridad Social , será el siguiente:

> Artículo 25.-: *Plazo reglamentario de ingreso.*
> Las deudas con la Seguridad Social deberán satisfacerse dentro de los plazos reglamentarios establecidos en las normas reguladoras de los distintos recursos objeto de las mismas. Si dichas deudas se pagasen fuera del plazo reglamentario, se abonarán con el recargo de mora o de apremio fijados en la presente Ley.

Asimismo, lo dispuesto en el artículo 25 deberá ser completado por lo establecido en el artículo 64 del todavía vigente Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, debido a que la Ley General de la Seguridad Social no especifica el plazo reglamentario de ingreso de los recursos de la Seguridad Social distintos a cuotas:

> Artículo 64.-: *Tiempo de pago en plazo reglamentario.*
> 1. Se considera plazo reglamentario para que los obligados al pago hagan efectivas sus deudas a la Seguridad Social el plazo fijado para su cumplimiento en las disposiciones específicas aplicables a los distintos recursos de financiación de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, o, en su caso, en el presente Real Decreto, y en sus normas de aplicación y desarrollo.
> 2. En aquellos supuestos que no esté establecido plazo para el ingreso de algún recurso de la Seguridad Social, éste se efectuará en un plazo que concluirá el último día del mes siguiente a aquel en que se notifique su liquidación.

2.- Dentro del período voluntario se comprende también todo el tiempo transcurrido desde el día de vencimiento del respectivo plazo reglamentario hasta la iniciación de la recaudación en vía ejecutiva de conformidad con lo establecido en el artículo 33.1 de la Ley General de la Seguridad Social, en su nueva redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre:

> Artículo 33.-: *Procedimiento de apremio y título ejecutivo.*
> 1. Transcurridos los plazos fijados, en sus respectivos casos, en los artículos 30

> y 31 de esta Ley, sin que se hubiere satisfecho la deuda y con independencia del recurso contencioso-administrativo que los interesados puedan formular, se pasará automáticamente a la vía de apremio con aplicación del correspondiente recargo del 20 ó del 35 por 100.
>
> La exacción de cuotas en dicha vía ejecutiva se efectuará mediante el procedimiento administrativo de apremio seguido por la Tesorería General de la Seguridad Social.

En consecuencia, la recaudación en período voluntario se inicia con el plazo reglamentario de ingreso y finaliza en el momento que, de conformidad con el citado artículo 33.1, se inicie la vía de apremio. Por tanto, los recargos de mora a los que voy a referirme, así como al ingreso de las correspondientes Reclamaciones administrativas de la deuda o Actas de liquidación, se entienden comprendidos dentro del período voluntario. Pero, en realidad, ¿cuál es la diferencia existente entre período voluntario y recaudación en vía de apremio?, pues bien, la verdadera diferencia radica en que durante el período voluntario de ingreso, aunque existan recargos sobre la cotización o exista una reclamación administrativa, el ingreso se efectuará siempre por voluntad del obligado al pago, sin que puedan practicarse contra su patrimonio medidas coercitivas; sin embargo, en la recaudación en vía ejecutiva podrán utilizarse por parte del órgano encargado de la ejecución las medidas coercitivas que correspondan, ordenándose, mediante la expedición de la providencia de apremio, la ejecución forzosa sobre bienes y derechos del deudor, según lo establecido en el artículo 34 de la Ley General de la Seguridad Social, en su nueva redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre..

2.1. Recaudación de cuotas en plazo reglamentario.

Para delimitar el plazo reglamentario de ingreso de los recursos del Sistema de la Seguridad Social, además de los artículos citados anteriormente, el artículo 71 del Reglamento de Recaudación dice lo siguiente:

> Artículo 71.º: *Plazo reglamentario de su ingreso.* Las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos que se recauden conjuntamente con aquéllas se ingresarán dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo, salvo que se establezca otro plazo por las normas que regulan cada uno de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social.

Ahora bien, es preciso acudir a la Orden de 8 de abril de 1992[38], que desarrolla el Reglamento de Recaudación, para poder comprobar las especialidades que regulan los distintos regímenes que integran el Sistema. El artículo 71 de dicha Orden de desarrollo comienza con una redacción similar a la contenida en el Reglamento, para proceder a continuación a recoger las siguiente peculiaridades:

A.- EN EL RÉGIMEN GENERAL; Se recogen las peculiaridades relativas a la cotización correspondiente a los artistas y los profesionales taurinos; ambos regímenes habían sido integrados en el régimen general por el Real Decreto 2.621/1986, de 24 de diciembre, junto a los regímenes especiales de trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol y representantes de comercio.

B.- EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS; en el que el devengo de las cuotas tendrá lugar por períodos mensuales que coincidirán con los meses naturales, su importe se liquidará e ingresará dentro del mismo mes al que aquéllas correspondan. En este régimen están incluidos desde la publicación del citado Real Decreto 2.621/1986, los escritores de libros.

C.- EN EL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO; en el ingreso de las cuotas empresariales por jornadas teóricas[39], así como en las cuotas debidas por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

D.- EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR; en el sistema de concierto de pólizas colectivas por años naturales y en el sistema de descuentos sobre el producto de la pesca.

E.- EN EL SEGURO ESCOLAR; la cantidad que, como parte de la cuota, deben abonar los alumnos se hará efectiva en el momento mismo de pagar la matrícula correspondiente.

F.- EN LAS SITUACIONES DE CONVENIOS ESPECIALES; el plazo reglamentario de ingreso de las cuotas correspondientes será el establecido en las normas reguladoras del tipo de convenio especial de que se trate. Si de dichas normas no resultare plazo alguno al respecto, se estará al establecido con carácter general en el párrafo inicial de este artículo.

G.- EN LAS CUOTAS CORRESPONDIENTES A SALARIOS DE TRAMITACIÓN; que deban abonarse como consecuencia de procesos por despido o extinción del contrato de trabajo por

(38) En adelante Orden de desarrollo.

(39) La Disposición Derogatoria Única de la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995, suprime la cotización empresarial al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social por jornadas teóricas.

causas objetivas, será el de los quince días siguientes al de la firmeza de la sentencia a que se refieren los artículo 275 y siguientes del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral.

H.- EN LOS INGRESOS DE LAS CUOTAS POR INCREMENTOS DE SALARIOS, MODIFICACIONES O MEJORAS DE LAS BASES, CONCEPTOS Y TIPOS DE COTIZACIÓN QUE DEBAN APLICARSE CON CARÁCTER RETROACTIVO; el plazo reglamentario finalizará, salvo que en dichas normas o actos se fije otro plazo, el último día del mes siguiente al de la publicación, en el Boletín Oficial correspondiente, de las normas que los establezcan, al de agotamiento del plazo de opción, al de la notificación del acta de conciliación o de la sentencia judicial o al de la celebración o expedición del título.

I.- EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS; el plazo reglamentario de ingreso finalizará el último día del mes siguiente a aquel en que deban abonarse, en todo o en parte, dichos incrementos en los términos estipulados en el convenio.

J.- EN LAS LIQUIDACIONES COMPLEMENTARIAS; las liquidaciones complementarias de cuotas que se abonen por medio de documentos de cotización emitidos en forma mecanizada por la Tesorería General de la Seguridad Social y remitidos a los sujetos responsables del pago deberán ser satisfechas dentro del mes siguiente al de la recepción de las mismas.

K.- EN LAS SITUACIONES EXCEPCIONALES; en que los tres últimos días del plazo reglamentario fueran inhábiles o durante los cuales concurra, en general, una causa de fuerza mayor que impida a todos los obligados al pago realizar éste dentro del plazo reglamentario establecido, el Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social podrá ampliar dicho plazo reglamentario hasta el primer día hábil del mes siguiente, comunicándolo previamente a las Entidades colaboradoras.

Consecuentemente, puede resumirse que el plazo reglamentario de ingreso será el correspondiente al mes natural siguiente al del devengo, con las peculiaridades recogidas en el artículo 71 de la Orden de desarrollo.

Dentro del plazo reglamentario de ingreso para efectuar las cotizaciones a la Seguridad Social, las posibilidades prácticas a realizar por el sujeto responsable del pago son básicamente cuatro:

1.- Pago Total

2.- Ingreso exclusivo de las aportaciones de los trabajadores.

3.- Presentación de los documentos de cotización en la correspondiente Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma, sin ingreso de las cuotas.

4.- No realizar ingreso alguno y, además, no presentar la documentación correspondiente.

Evidentemente, la obligación del sujeto responsable es efectuar el pago en su totalidad (supuesto 1); no obstante, la normativa de recaudación del Sistema de la Seguridad Social contempla la posibilidad de realizar, exclusivamente, la aportación de los trabajadores, correspondiendo a las cantidades no satisfechas la aplicación del recargo de mora o de apremio que se determina según el momento de su ingreso (supuesto 2).

Sin embargo, el supuesto que he recogido en el punto 3, es decir, la simple presentación de documentación sin ingreso de cuotas, podría suponer que, retenidas a los trabajadores en sus nóminas las aportaciones que a éstos les corresponden, si posteriormente no son ingresadas por el sujeto responsable del pago, estemos en presencia de un presunto delito de apropiación indebida, así lo ha considerado el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 30 de octubre de 1971, señalando que se comete el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal cuando los empresarios, habiendo retraído, al tiempo de realizar el pago de los jornales o salarios de los obreros, la parte de los mismos correspondiente a su cuota de cotización a la Seguridad Social, no le dan el destino que constituyó el único objeto de la retención y se apropia de ella, destinando dichas sumas a sus propias necesidades o a su propio beneficio[40]. A la calificación jurídico-penal de la apropiación empresarial de la cuota obrera como delito de apropiación indebida dedica una parte de su obra ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ[41], existiendo otros autores[42] que han profundizado igualmente en esta problemática[43].

---

(40) Ver Sentencia de 17 de febrero de 1977; 15 de diciembre de 1978; 20 de junio de 1980; 25 de marzo de 1981; 28 de septiembre de 1982; 28 de abril de 1983; 15 de diciembre de 1983; 7 de julio de 1984; 24 de febrero de 1986; 9 de junio de 1986; 9 de octubre de 1986, etc.
Véase también la Sentencia de 24 de diciembre de 1986, referida a la retención empresarial de cuotas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, conducta que recibe el mismo tratamiento jurídico penal que la retención empresarial de cuotas de la Seguridad Social.

(41) VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO DE; "Delitos contra la Seguridad Social", Barcelona 1991. Pág. 117 y ss.

(42) DELGADO LÓPEZ; "La doctrina del Tribunal Supremo sobre la falta de ingreso de las cuotas obreras de la Seguridad Social retenidas por el empresario, ¿es apropiación indebida?". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1985. Pág. 238.
MORILLAS CUEVA, LORENZO; "El problema de la calificación jurídico-penal del incumplimiento empresarial en materia de altas y cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social". Anuario de la Escuela Social de Granada, VIII y IX, 1979-1980.

Por tanto, la simple presentación de la documentación sin ingreso de cuotas puede ser causante de un ilícito penal, pero la problemática de índole penal que en su caso se origine es independiente de la repercusión administrativa que produce la presentación de documentación, como veremos a continuación.

La cuarta posibilidad existente en el plazo reglamentario consiste en no hacer nada, es decir, no sólo no ingresar las cuotas correspondientes, sino, además, no presentar la documentación recaudatoria.

Este cuarto supuesto constituirá, con independencia de la posible responsabilidad penal (de idéntico contenido que el anteriormente contemplado), una infracción administrativa, calificable y sancionable como falta grave, en los términos y por el procedimiento establecido en la Ley 8/1988, de 7 de abril, y demás disposiciones de aplicación y desarrollo.

La obligatoriedad de presentar esta documentación viene recogida en el artículo 26.1 de la Ley General de la Seguridad Social:

> **Artículo 26.-:** *Presentación de los documentos de cotización y compensación.*
>
> 1. Los sujetos responsables del pago deberán efectuarlo con sujeción a las formalidades que, en cada caso, se impongan, debiendo presentar, ineludiblemente, los documentos de cotización debidamente cumplimentados dentro del plazo reglamentario, aunque no ingresen las cuotas correspondientes. Dicha presentación o su falta producirán los efectos señalados en la presente Ley y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo.

A excepción del pago total, que supone el cumplimiento de la obligación de cotizar, los restantes supuestos producen un doble efecto: 1.- Sobre los recargos a aplicar por falta de ingreso en plazo reglamentario. 2.- Sobre la deducción y compensación en los documentos de cotización.

La aplicación de los recargos que correspondan la voy a analizar dentro del siguiente apartado, aquí únicamente voy a hacer referencia al segundo de los efectos.

La posibilidad de descontar en los documentos de cotización las bonificaciones, reducciones y otras deducciones que tengan reconocidas los sujetos responsables del pago, así como la compensación de las cantidades abonadas como consecuencia de la colaboración obligatoria en la gestión de la Seguridad Social, solamente existirá en el supuesto previsto en el citado artículo 26 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción introducida por la Ley

---

(43)(...continuación)

(43) Igualmente habrá que considerar lo dispuesto en el proyecto de la Ley Orgánica por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

42/1994, de 30 de diciembre, que en su apartado 2 dice lo siguiente:

> **Artículo 26.-:** *Presentación de los documentos de cotización y compensación.*
>
> 2. La presentación de los documentos de cotización en plazo reglamentario permitirá a los sujetos responsables compensar su crédito por las prestaciones abonadas como consecuencia de su colaboración obligatoria con la Seguridad Social y su deuda por la cuotas debidas en el mismo período a que se refieren los documentos de cotización, cualquiera que sea el momento del pago de tales cuotas
>
> Fuera del supuesto regulado en este número, los sujetos responsables del pago de cuotas no podrán compensar sus créditos frente a la Seguridad Social por prestaciones satisfechas en régimen de pago delegado o por cualquier otro concepto con el importe de aquellas cuotas, cualquiera que sea el momento del pago de las mismas y hayan sido o no reclamadas en período voluntario o en vía de apremio, sin perjuicio del derecho de los sujetos responsables para solicitar el pago de sus respectivos créditos frente a la Tesorería General de la Seguridad Social o a la Entidad gestora correspondiente.

No obstante, cuando se efectúe exclusivamente el ingreso en plazo de la aportación de los trabajadores, simultáneamente se presentará la documentación correspondiente a las aportaciones que no se ingresan, lo que permitirá la compensación de créditos a la que estoy haciendo referencia.

En consecuencia con todo lo expuesto, el artículo 74 del Real Decreto 1.517/1991 ha quedado modificado por la actual redacción del artículo 26 del nuevo Texto Refundido de 20 de junio de 1994, con la nueva redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

2.2. Efectos de la falta de cotización en plazo reglamentario.

El todavía vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, establecía en el artículo 65 (hoy tácitamente derogado) los efectos generales producidos por la realización de los ingresos fuera del plazo reglamentario. Asimismo, en los artículos 66 y siguientes establecía los distintos recargos que pudieran corresponder a los recursos del Sistema de la Seguridad Social no ingresados en plazo reglamentario. Estableciéndose también, por dicho Reglamento de Recaudación, los Requerimientos de cuotas y las Actas de liquidación como documentos administrativos de reclamación de deudas.

Posteriormente, la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, modificó, en la Disposición Adicional Duodécima, los recargos anteriormente establecidos.

El Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con la intención de elaborar un nuevo Texto Refundido en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, los textos legales específicos de Seguridad Social y protección por desempleo, y atendiendo a las autorizaciones previstas en las Leyes 26/1990, de 20 de diciembre, 22/1992, de 30 de junio y 22/1993, de 29 de diciembre, aprobó el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Sin embargo, a pesar del intento de sistematización del nuevo Texto Refundido, solamente 6 meses después ha sido profundamente reformada en la materia que ahora estoy analizando por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

En definitiva, los efectos de la falta de cotización en plazo reglamentario se regirán por lo dispuesto en la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, en su nueva redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

2.2.1 Recargos.

La nueva redacción del artículo 27 de la Ley General de la Seguridad Social establece los recargos de mora y de apremio aplicables a las cuotas:

> **Artículo 27.-:** *Recargos de mora y de apremio aplicables a las cuotas.*
>
> 1. Transcurrido el plazo reglamentario establecido para el pago de las cuotas a la Seguridad Social sin ingreso de las mismas, se devengarán automáticamente los siguientes recargos:
>
> 1.1 Cuando los sujetos responsables del pago hubieran presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario:
>
> a) Recargo de mora del 5 por 100 de la deuda, si abonaren las cuotas debidas dentro de los dos meses naturales siguientes al del vencimiento del plazo reglamentario.
>
> b) Recargo de mora del 20 por 100, si abonaren las cuotas debidas después del vencimiento del plazo a que se refiere el apartado a) precedente y antes de iniciarse la vía de apremio.
>
> c) Recargo de apremio del 20 por 100, si abonaren las cuotas debidas después de iniciarse la vía de apremio.
>
> 1.2 Cuando los sujetos responsables del pago no hubieren presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario:
>
> a) Recargo de mora del 20 por 100, si abonaren las cuotas debidas antes de iniciarse la vía de apremio.
>
> b) Recargo de apremio del 35 por 100, si abonaren las cuotas debidas después de iniciarse la vía de apremio.
>
> 2. Cuando el origen o causa de la mora sea imputable a error de la Administración, sin que la misma actúe en calidad de empresario, no se aplicará recargo alguno por mora, independientemente de la obligación de resarcir al trabajador de los

prejuicios que dicha mora hubiera podido ocasionarles.

Como puede observarse, el apartado primero diferencia dos supuestos: cuando hubieran presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario, aun sin ingreso de cuotas, y cuando no hubieran presentado la correspondiente documentación.

En los apartados b) y c) del apartado primero se aplica el mismo recargo del 20 por 100, que en un caso será de mora y en otro de apremio. Diferenciándose uno y otro por la posibilidad de proceder ejecutivamente contra el patrimonio del deudor en el supuesto del apremio.

El apartado 1.2 ha venido a clarificar la confusa redacción que había establecido la Ley 22/1993 en esta materia; a partir de ahora quedan perfectamente delimitados los recargos de mora del 20 por 100 y de apremio del 35 por 100.

A continuación, el artículo 28, en su nueva redacción, determina los recargos de mora y apremio aplicables a las deudas que no sean cuotas:

> **Artículo 28.-:** *Recargos de mora y apremio aplicables a las deudas que no sean por cuotas.*
>
> 1. Las deudas con la Seguridad Social que tengan el carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto esté constituido por recursos distintos a cuotas, recargos o, en su caso, intereses sobre unas y otros, se incrementarán con un recargo de mora del 20 por 100 cuando se paguen fuera del plazo reglamentario que tengan establecido.
>
> 2. Si la deuda fuere satisfecha después de iniciada la vía de apremio, el recargo de esta naturaleza aplicable será asimismo del 20 por 100.

Ahora bien, en mi opinión, puede existir una contradicción entre el artículo 28 y el artículo 30.3 de la citada Ley General de la Seguridad Social, en su nueva redacción dada por la Ley 42/1994; toda vez que el apartado 3 del artículo 30 dice que "*en las deudas cuyo objeto sean recursos de la Seguridad Social distintos a cuotas, si, vencido el plazo reglamentario establecido, no se hubiere efectuado su pago en la cuantía fijada en la reclamación de la deuda por la Tesorería General no impugnada, se incidirá automáticamente en la situación de apremio con aplicación de recargo establecido en el artículo 28 de la presente Ley*". Sin embargo, el apartado 1 del artículo 28 dice que estas deudas se incrementarán con un recargo de mora del 20 por 100 cuando se paguen fuera del plazo reglamentario que tengan establecido. En consecuencia, si vencido el plazo reglamentario inciden automáticamente en apremio ¿cómo puede existir un recargo de mora? La única posibilidad podría venir por la vía del recurso ordinario que, una vez resuelto, permita el ingreso con recargo de mora, pero no parece que esta sea la intención prevista

en el apartado 1 del artículo 28.

2.2.2 Reclamaciones de deuda.

El artículo 30 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción introducida por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, establece lo siguiente:

> **Artículo 30.-:** *Reclamación de deudas.*
>
> 1. Vencido el plazo reglamentario sin ingreso de las cuotas debidas, la Tesorería General de la Seguridad Social reclamará al sujeto responsable el importe de dichas cuotas, incrementando su importe con los recargos que procedan conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 27 de la presente Ley, en los siguientes supuestos:
>
> a) Falta total de cotización respecto de los trabajadores dados de alta y figurados en los documentos de cotización presentados en plazo reglamentario.
>
> b) Falta de pago de cualquiera de las aportaciones que integran las cuotas cuando se hubieren presentado en plazo reglamentario los documentos de cotización.
>
> c) Diferencias en las cuotas debidas por trabajadores dados de alta o en los recargos aplicables a las mismas por errores en las liquidaciones practicadas en los documentos de cotización presentados en plazo reglamentario, siempre que tales diferencias resulten directamente de dichos documentos.
>
> d) Deudas por cuotas relativas a trabajadores dados de alta incluidos en los Regímenes Especiales de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y Empleados de Hogar, por cuotas fijas del Régimen Especial Agrario y del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, así como las relativas al Seguro Escolar y cualquier otra cuota fija que se establezca.
>
> e) Todas aquellas deudas por cuotas cuya liquidación no corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
>
> 2. Los importes que figuren en las reclamaciones de deudas por cuotas, impugnadas o no, deberán ser hechos efectivos hasta el último día hábil del mes siguiente al de su notificación, incidiéndose automáticamente, en caso de impago, en la situación de apremio.
>
> 3. En las deudas cuyo objeto sean recursos de la Seguridad Social distintos a cuotas, si, vencido el plazo reglamentario establecido, no se hubiere efectuado su pago en la cuantía fijada en la reclamación de la deuda por la Tesorería General no impugnada, se incidirá automáticamente en la situación de apremio con aplicación del recargo establecido en el artículo 28 de la presente Ley.
>
> 4. Si, frente a las reclamaciones de deudas a que se refieren los números anteriores, se formulare recurso ordinario, su interposición no suspenderá el procedimiento recaudatorio, salvo que se garantice con aval suficiente o se consigne el importe de la deuda, incluido, en su caso, el recargo de mora en que se hubiere incurrido, en cuyo supuesto el importe de la deuda fijada en la resolución administrativa recaída deberá pagarse dentro de los quince días siguientes a aquél en que se notifique dicha resolución, incidiéndose automáticamente, en otro caso, en la situación de apremio.

Del análisis del presente artículo se extraen una serie de modificaciones y novedades de

gran importancia para la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, que pueden resumirse en los siguientes puntos:

PRIMERO.- Se vuelve al sistema de la reclamación de deuda aunque haya existido presentación de documentos o incluso ingreso de la aportación de los trabajadores, al estilo de las históricas Notificaciones de descubierto reguladas por el antiguo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social (Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo); denominándose ahora Reclamaciones de deudas.

SEGUNDO.- No se incluyen en este artículo, ni con la denominación actual de Reclamaciones de deuda, los denominados Requerimientos de cuotas, cuya expedición procedía básicamente cuando había falta de cotización por la totalidad de las aportaciones sin que el sujeto responsable hubiese presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario. En la actualidad, los antiguos Requerimientos de cuotas serán reclamados mediante Acta de liquidación, de conformidad con el artículo 31 de la Ley General de la Seguridad Social.

TERCERO.- Quizás la novedad más importante que aporta la nueva redacción de la Ley General de la Seguridad Social consista en la automaticidad de la vía de apremio prevista en el apartado 2 del citado artículo 30. De esta forma se suprime la expedición de la Certificación de descubierto como documento administrativo que daba lugar al inicio de la vía de apremio. A partir de la modificación, el inicio del procedimiento de apremio se producirá, como más adelante desarrollaré, por el simple transcurso de los plazos, sin necesidad de expedir un nuevo documento de reclamación de la deuda, a excepción de la Providencia de apremio para proceder contra el patrimonio del deudor.

CUARTO.- Anteriormente he comentado la posible contradicción existente entre el artículo 28 y el apartado 3 del artículo 30; me remito por tanto a lo expuesto en el apartado anterior.

QUINTO.- En el apartado cuarto se modifica el sistema de impugnación existente hasta la actualidad, estableciéndose el recurso ordinario, en clara adaptación a la Ley Orgánica 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992[44].

---

(44) La Ley 30/1992, de 26 de Noviembre (B.O.E. nº 285) presenta un importante problema interpretativo: La Disposición adicional sexta especifica en su apartado 2 que los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social se regirán por lo dispuesto en su normativa específica. Sin embargo, la disposición adicional tercera establece que:

Reglamentariamente en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se llevará a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos

(continúa...)

Del mismo modo, la interposición del recurso no suspenderá el procedimiento recaudatorio, salvo que se garantice con aval suficiente o se consigne el importe de la deuda, a diferencia de lo que ocurría anteriormente con la impugnación de los Requerimientos de cuotas.

2.2.3 Actas de liquidación.

El citado artículo 31 de la Ley General de la Seguridad Social, en su nueva redacción, dice lo siguiente:

> **Artículo 31.-:** *Actas de liquidación de cuotas.*
> 1. Procederá la expedición de actas de liquidación en las deudas por cuotas

---

(44)(...continuación)

> *procedimientos administrativos, cualquiera que sea su rango, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca.*

A su vez, la Disposición transitoria segunda determina el régimen transitorio de los procedimientos.

> *1. A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior. 2. Los procedimientos iniciados durante el plazo de adecuación contemplado en la disposición adicional tercera se regirán por lo dispuesto en la normativa anterior que les sea de aplicación, salvo que con anterioridad a la expiración de tal plazo haya entrado en vigor la normativa de adecuación correspondiente, en cuyo caso, los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor, se regularán por la citada normativa. 3. A los procedimientos iniciados con posterioridad al término del plazo de seis meses a que se refiere la disposición adicional tercera, les será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en la presente Ley.*

A la vista de todo lo expuesto, la pregunta es obligada: ¿Deberá adaptarse el Reglamento de Recaudación del Sistema de la Seguridad Social a la nueva Ley 30/1992? En mi opinión, resulta evidente que esta adaptación deberá realizarse, entendiendo que la excepción contenida en la Disposición Adicional Sexta debería referirse exclusivamente a la impugnación de los actos de gestión recaudatoria (demostrándose ahora lo contrario), pero no a la totalidad de las disposiciones contenidas en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, pues tal interpretación supondría dejar la gestión recaudatoria del Sistema de la Seguridad Social aislada del resto de los procedimientos administrativos, cuestión que evidentemente no tiene ningún sentido, especialmente si consideramos la tendencia unificadora pretendida por la Ley 30/1992.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 14/1993, de 4 de Agosto, ha modificado la Disposición Adicional Tercera y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, modificación que es justificada en su Exposición de Motivos:

> *Ante la imposibilidad de recurrir al procedimiento legal ordinario, debido a la celebración de las recientes elecciones generales, unida a lo que antecede, se justifica la extraordinaria y urgente necesidad de ampliar mediante Real Decreto-Ley los plazos establecidos en la Ley 30/1992, para, de este modo, culminar el proceso de adecuación con todas las garantías necesarias, teniendo en cuenta además la reciente reestructuración de Departamentos ministeriales aprobada mediante Real Decreto 1.173/1993, de 13 de julio.*

En consecuencia, la redacción actual ha quedado del siguiente modo:

> ***Disposición Adicional Tercera.-** Reglamentariamente, en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se llevará a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, cualquiera que sea su rango, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca.*
> ***Apartado 3 de la Disposición Transitoria Segunda.-** A los procedimientos iniciados con posterioridad al término del plazo a que se refiere la disposición adicional tercera les será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en la presente Ley.*

originadas por:

a) Falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes del sistema de la Seguridad Social.

c) Falta de cotización por trabajadores dados de alta, cuando el sujeto responsable no haya presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario, así como por trabajadores no figurados en tales documentos aunque éstos se presenten dentro de dicho plazo reglamentario.

Las actas de liquidación de cuotas se levantarán por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, notificándose en todos los casos por la Tesorería General de la Seguridad Social, que, asimismo, notificará las actas que figuren en el documento único a que se refiere el número 5 del presente artículo.

2. En la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social existirá una unidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el ejercicio de las funciones descritas en el número anterior, y las específicas que le encomiende la Tesorería General de la Seguridad Social en el ámbito de la gestión recaudatoria y en el de las competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Dicha Unidad coordinará las actuaciones que en esta materia y en su respectivo ámbito territorial realicen los funcionarios de la inspección de Trabajo y Seguridad Social no integrados en la Unidad.

A cada unidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se adscribirán los funcionarios de la inspección de Trabajo y Seguridad Social que se considere necesario por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dependiendo en todo lo relacionado con el ejercicio de sus funciones inspectoras de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con quien se relacionarán directamente.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social podrán desarrollar la totalidad de los cometidos que dicho Cuerpo tiene encomendados, según lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.

3. Los interesados podrán formular, ante el respectivo Director provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, recurso ordinario frente a las actas de liquidación notificadas, de las que se dará traslado a los trabajadores afectados, quienes podrán interponer dicho recurso respecto del período de tiempo o la base de cotización a que la liquidación se contrae e improcedencia de la liquidación.

4. Los importes de los descubiertos figurados en las actas de liquidación, objeto o no de recurso ordinario,deberán ser hechos efectivos hasta el último día del mes siguiente al de su notificación, incidiéndose automáticamente en otro caso en la situación de apremio.

Si contra el acta de liquidación se formulare recurso ordinario, se estará a lo dispuesto en el número 4 del artículo anterior.

5. Las actas de infracción por infracciones graves tipificadas en el artículo 14.1, apartados 2.4 y 5 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, que conlleven la expedición de actas de liquidación que se refieran a los mismos hechos, se formalizarán en un documento único, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ajustándose el procedimiento sancionador y liquidatorio a los trámites previstos en esta Ley y en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Las sanciones que procedan por las infracciones a que se refiere el presente apartado se reducirán automáticamente al 50 por 100 de su cuantía cuando el sujeto infractor de su conformidad a la liquidación practicada y cumpla sus obligaciones en el plazo que se fije al efecto.

La competencia para resolver estos expedientes unificados corresponderá a los

> jefes de las unidades de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social.
>
> Contra dichas resoluciones cabra recurso ordinario ante el Director provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, en los términos contemplados en el apartado 3 de este artículo.
>
> 6. Los importes de las sanciones y de las liquidaciones figurados en el documento único a que se refiere el número anterior deberán ser hechos efectivos hasta el último día del mes siguiente al de la notificación de la resolución que imponga la sanción y confirme la liquidación iniciándose automáticamente en defecto de pago la vía de apremio.
>
> Si contra dicha resolución se formulará recurso ordinario ante el Director provincial de la Tesorería, se estará a lo dispuesto en el número 4 del artículo anterior.

Igual que he hecho en el apartado anterior, voy a resumir una serie de comentarios en los siguientes puntos:

PRIMERO.- En el apartado b) se recogen los antiguos Requerimientos de cuotas que, a partir de ahora, serán reclamados mediante Actas de liquidación.

SEGUNDO.- Las Actas de liquidación serán levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, notificándose en todos los casos por la Tesorería General de la Seguridad Social. De esta forma se modifica lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento General de Recaudación, según el cual, la remisión a la Tesorería General de la Seguridad Social se producía una vez que las mismas no fueran satisfechas en plazo o cuando fuera desestimada la correspondiente impugnación.

TERCERO.- No obstante, la Disposición Adicional Vigésimo Quinta introducida por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, determina la aplicación gradual de lo dispuesto en el número 1, letra b), y en el número 5 del artículo 31.

En consecuencia, hasta que por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se asuma en todo o en parte la expedición de actas de liquidación, en los supuestos de antiguos Requerimiento de cuotas, la reclamación de la cuotas debidas en dichos supuestos se efectuará por la Tesorería General de la Seguridad Social en la forma establecida en esta Ley para las reclamaciones de deuda. Es decir, hasta que no se asuma por la Inspección de trabajo y Seguridad Social, la Tesorería continuará reclamando las deudas que daban lugar a la expedición de los Requerimientos de cuotas, pero, temporalmente, con la denominación de Reclamaciones de deuda y no Actas de liquidación.

CUARTO.- La novedad más importante prevista en el artículo 31 consiste en la integración de una Unidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la Tesorería de la Seguridad Social, para el ejercicio de las funciones descritas en el apartado 1 (expedición de las

Actas de Liquidación), y para el ejercicio de las funciones específicas que le encomiende la propia Tesorería en el ámbito de la gestión recaudatoria y en el de las competencias de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.

QUINTO.- Al igual que en las Reclamaciones de deuda, los interesados podrán formular, ante el respectivo Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, recurso ordinario frente a las Actas de liquidación notificadas. De esta forma, la revisión de las Actas de liquidación pasa a ser competencia del Director Provincial de la Tesorería a través del correspondiente recurso ordinario.

SEXTO.- Asimismo, el inicio de la vía de apremio se producirá de forma automática por el simple transcurso de los plazos, sin necesidad de la expedición de la certificación de descubierto.

SÉPTIMO.- Se crea el denominado documento único, que comprenderá las Actas de infracción por infracciones graves tipificadas en el artículo 14.1 apartados 2, 4 y 5 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, que conlleven la expedición de actas de liquidación que se refieran a los mismo hechos. De esta forma se acaba con la necesaria duplicidad existente hasta ahora, que obligaba a levantar, en su caso, dos Actas por los mismos hechos, una de infracción y otra de liquidación.

OCTAVO.- Los documentos únicos serán levantados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero, a partir de ahora, serán notificados por la Tesorería General de la Seguridad Social.

La competencia para resolver estos expedientes corresponderá a los Jefes de las Unidades de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social integrados en las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social. Sin embargo, contra dichas resoluciones cabrá recurso ordinario ante el Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social.

NOVENO.- Igual que sucede con las Reclamaciones de deuda y con las Actas de Liquidación, el inicio de la vía de apremio como consecuencia de un Documento único, se producirá de forma automática por el transcurso de los plazos, sin necesidad de la expedición de la antigua certificación de descubierto.

2.2.4 Determinación de las deudas por cuotas.

La Ley 42/1994 , de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden

social, ha modificado la redacción original del artículo 32 de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, sustituyendo lo relativo a la expedición de la certificación de descubierto, que, como he dicho anteriormente, con la nueva redacción introducida en la Ley General de la Seguridad Social desaparece como título ejecutivo para iniciar la vía administrativa de apremio.

La redacción actual del artículo 32 está dedicada a la determinación de las deudas por cuotas:

> **Artículo 32.-:** *Determinación de las deudas por cuotas.*
>
> 1. Las reclamaciones de deudas por cuotas, en los supuestos a que se refieren los apartados a), b), c) y e) del número 1 del artículo 30, se extenderán en función de las bases declaradas por el sujeto responsable y, ni no existiese declaración, se tomará como base de cotización la media, entre la base mínima y máxima correspondiente al último grupo de cotización conocido en que estuviese encuadrada la categoría de los trabajadores a que se refiere la reclamación.
>
> 2. Las actas de liquidación se extenderán en base a la remuneración total que tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior en razón del trabajo que realice por cuenta ajena y que deba integrar la base de cotización en los términos establecidos en la Ley o en las normas de desarrollo.
>
> Cuando la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se vea en la imposibilidad de conocer el importe de las remuneraciones percibidas por el trabajador, se estimará como base de cotización la media entre la base mínima y máxima correspondiente al último grupo de cotización conocido en que estuviese encuadrada la categoría de los trabajadores a que se refiera el acta de liquidación.

En la redacción de este artículo cabe destacar la modificación experimentada en la forma de calcular las bases de cotización estimadas. Anteriormente, cuando no existiese declaración de la base de cotización por parte del sujeto responsable del pago, la Administración de la Seguridad Social debía comprobar si existía alguna declaración en los doce meses anteriores y, únicamente, cuando no existía esa declaración se procedía a la estimación de las bases, tomando como base los valores medios de los salarios según la actividad o actividades de la empresa, los grupos y las categorías profesionales de los trabajadores.

En la actualidad, la situación se ha simplificado notablemente, pues en el apartado primero del artículo 32 simplemente se dice que cuando no existiese declaración, se tomará como base de cotización la media, entre la base mínima y máxima correspondiente al último grupo de cotización conocido en que estuviese encuadrada la categoría de los trabajadores a que se refiere la reclamación. En consecuencia, no será necesaria la comprobación de los últimos doce meses de cotización y, además, la fórmula de estimación ha sido simplificada con la remisión a la media del

grupo de cotización. Ahora bien, no hay que olvidar que, en la mayoría de los casos, esta medida favorecerá a la Administración de la Seguridad Social, debido a la tendencia de los responsables de las cotizaciones a buscar la mínima cotización, especialmente en aquellas empresas que presentan una morosidad habitual.

Asimismo, en el apartado segundo del artículo 32, en relación con las Actas de liquidación se dice que procederá su estimación cuando la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se vea en la imposibilidad de conocer el importe de las remuneraciones percibidas por el trabajador, sin hacer referencia a las cotizaciones efectuadas durante los doce meses anteriores.

La duda podría surgir si con posterioridad a la notificación de la Reclamación de la deuda o del Acta de liquidación, levantadas en bases estimadas, se acreditasen por el sujeto responsable del pago unas bases distintas de las que figuran en el documento de reclamación; en este caso ¿podrán ser modificadas? Como respuesta podrían argumentarse las dos posibilidades, una amparada en el tenor literal de la norma, y otra en un criterio lógico de reclamación en base a las remuneraciones totales, aún conocidas con posterioridad a dicha reclamación.

2.3. Recaudación de otros recursos.

El capítulo V del título II del Reglamento de Recaudación está dedicado a la recaudación de otros recursos del Sistema de la Seguridad Social distintos de las cuotas. Dicho capítulo está dividido en las ocho secciones que a continuación relaciono:

1.- Aportaciones para el sostenimiento de los Servicios Comunes y Sociales de la Seguridad Social.
2.- Capitales coste de pensiones y otras prestaciones.
3.- Descuentos de los laboratorios farmacéuticos.
4.- Sanciones y recargos de prestaciones.
5.- Otras aportaciones (por ayudas equivalentes a jubilaciones anticipadas y por integración de Entidades de previsión social sustitutorias).
6.- Recaudación de reintegros de préstamos y de otras prestaciones indebidamente percibidas.
7.- Normas sobre recaudación de otros recursos de la Seguridad Social.
8.- Recaudación para Entidades y Organismos ajenos al Sistema de la Seguridad Social.

No voy a profundizar en el estudio de la recaudación de estos recursos del Sistema de la Seguridad Social, a pesar de que existen una serie de cuestiones cuyo comentario podría haber resultado de especial interés en el análisis de dichos recursos, pues supondría apartarse del objetivo inicialmente perseguido en el presente trabajo. Entre esas cuestiones, simplemente quiero esbozar lo siguiente: 1.- En relación con la recaudación de los capitales coste de pensiones y otras prestaciones, se presenta un problema práctico con la impugnación de las resoluciones de la Entidad Gestora, debiendo distinguirse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 del Real Decreto 1.517/1991, la impugnación en vía administrativa mediante reclamación previa a la vía judicial y la formulación de demanda ante el Juzgado de lo Social.

2.- En lo relativo a la recaudación de las sanciones previstas en los artículos 12 y siguientes de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, hay que estar a lo establecido en el artículo 90 del Reglamento de Recaudación, pero, fundamentalmente, a las modificaciones introducidas en el artículo 31 de la Ley General de la Seguridad Social, en su nueva redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, donde se dispone la formalización de un documento único para las actas de infracción por infracciones graves tipificadas en el artículo 14.1, apartados 2, 4 y 5 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, que conlleven la expedición de actas de liquidación que se refieran a los mismos hechos.

3. LA RECAUDACIÓN EN VÍA EJECUTIVA.

Tradicionalmente, el sistema español de Seguridad Social ha carecido de un organismo propio dedicado a la recaudación en vía de apremio de las deudas de Seguridad Social; utilizando terminología empresarial, la gestión de sus impagados debía encargarla a instituciones ajenas al Sistema. Sin embargo, las reformas experimentadas con la publicación de la Ley 40/1980, de 5 de julio y con el Real Decreto-Ley 10/1981, de 19 de junio (normas que dieron lugar a la aparición del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social) han supuesto que, en la actualidad, la recaudación en vía de apremio de estos descubiertos corresponda a las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social; consecuentemente, la defensa del crédito de la Seguridad Social le corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social, fundamentalmente a través de la actuación de estas Unidades de Recaudación Ejecutiva y de sus propios servicios jurídicos.

Ahora bien, la aparición de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social se produjo en el Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, aunque su verdadera creación se encuentra en el Real Decreto 1.328/1986, de 9 de mayo, sin embargo, no entraron en funcionamiento hasta los primeros meses del año 1988, manteniéndose durante un tiempo la vigencia de los conciertos de colaboración entre la Tesorería de la Seguridad Social y las Magistraturas de Trabajo o con los servicios de recaudación del Ministerio de Hacienda, que históricamente se habían encargado de la recaudación en vía de apremio. Desde al año 1988 hasta el uno de enero de 1990, existió una doble persecución de la deuda, las certificaciones de descubierto anteriores al año 1988 continuaban reclamándose por las Magistraturas de Trabajo, denominadas después Juzgados de lo Social (Especiales de Ejecuciones Gubernativas) y las posteriores al año 1988, comenzaron a reclamarse por las recién creadas Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social[45].

Este traspaso de competencias en materia de recaudación ejecutiva provocó, inicialmente, un ligero desconcierto entre los sujetos responsables del pago que se encontraban con la necesidad de acudir a oficinas diferentes para liquidar sus descubiertos con la Seguridad Social. Problemática

(45) El concierto de colaboración con el Ministerio de Hacienda se había extinguido con anterioridad como consecuencia de lo establecido en la Disposición Adicional primera de la Orden de 11 de marzo de 1987, sobre implantación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social.

que finalizó con la Disposición transitoria de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral que estableció que los Juzgados de lo Social reintegrarían a la Tesorería General de la Seguridad Social, a partir del 1 de enero de 1990, las certificaciones por débitos a la Seguridad Social y, en su caso, las actas de liquidación de cuotas, cualquiera que sea el estado en que las mismas se encontraran, a efectos de que se iniciara o continuara su ejecución por la Tesorería General de la Seguridad Social, añadiendo a continuación que los actos y trámites realizados por las Magistraturas de Trabajo en los procedimientos ejecutivos promovidos en relación con las certificaciones y actas de liquidación que se devolvieran serían válidos en los nuevos procedimientos administrativos que se iniciaran o continuaran.

Voy a dedicar el presente apartado al estudio del mencionado traspaso de competencias en materia de recaudación ejecutiva del sistema de la Seguridad Social, analizando la normativa que ha regulado los procedimientos para la exacción por vía de apremio y recogiendo alguno de los problemas prácticos que dicho cambio ha ocasionado. Insistiendo, una vez más, que la defensa del crédito de la Seguridad Social deberá realizarse desde el órgano que tenga encomendada esta función recaudatoria, en especial cuando tenga que hacer valer la preferencia del crédito que el derecho sustantivo otorga a la Seguridad Social, defensa que, en la actualidad, corresponde realizar a la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez que han quedado extinguidos los anteriores conciertos de colaboración con los Juzgados de lo Social y con los servicios de recaudación del Ministerio de Hacienda.

3.1. Antecedentes normativos (Los conciertos de colaboración - La competencia de las Magistraturas de Trabajo - La creación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social).

Para comprender la actual situación normativa en materia de recaudación ejecutiva resulta imprescindible hacer un repaso de los antecedentes inmediatos en la regulación de la ejecución por vía de apremio de los descubiertos de la Seguridad Social. El análisis de estos antecedentes lo voy a realizar de forma esquemática con la intención de no provocar un aluvión de fechas y disposiciones que dificulten su comprensión. Siguiendo un orden cronológico, estas disposiciones pueden clasificarse del siguiente modo:

1.- LEY DE 15 DE JULIO DE 1952.

Atribuye a la Magistratura de Trabajo la competencia única para tramitar y resolver las ejecuciones por la vía de apremio de los débitos siguientes:

a) Cotización para los Seguros Sociales Unificados, recargo de mora reglamentarios y errores en las liquidaciones de las Empresas sobre régimen de administración delegada.

b) Cuotas para las mutualidades Laborales con sus recargos de mora, como así los descubiertos derivados del Crédito laboral y prestaciones de las mismas Mutualidades.

c) Descubiertos por primas del Seguro de Accidentes de Trabajo y a favor del fondo de garantía.

d) Multas impuestas por las Delegaciones de Trabajo en razón a infracciones de la legislación y de Seguridad Social.

2.- ORDEN DE 7 DE JULIO DE 1960.

Aplica lo dispuesto en el Decreto 1.137/1960, de 2 de junio y regula el procedimiento para la exacción por vía de apremio de los descubiertos por cuotas de Seguridad Social.

En su artículo primero recuerda que la competencia en dicho procedimiento le corresponde a la Magistratura de Trabajo de conformidad con lo dispuesto en la Ley de 15 de junio de 1952.

Esta Orden ha tenido una extraordinaria importancia práctica, toda vez que el procedimiento seguido por las Magistraturas de Trabajo para la exacción de los descubiertos por cuotas de Seguridad Social se ha regido por esta disposición desde su publicación hasta que el 1 de enero de 1990 reintegraron a la Tesorería General de la Seguridad Social las certificaciones pendientes.

Especialmente interesante resulta la regulación de los aplazamientos del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social cuando éstas se encuentren en vía de apremio, es decir, lo que en la práctica se denominaron por la Magistraturas de Trabajo: *"facilidades de pago"*.

Pretender que todos los sujetos responsables del pago de los descubiertos efectúen la liquidación de los mismos con la celeridad establecida en la Orden de 7 de julio de 1960 hubiera supuesto un auténtico descalabro de la actividad empresarial, que se hubiese acrecentado especialmente durante la profunda crisis de finales de los años setenta. Resultaba absolutamente necesario arbitrar la posibilidad de que un sujeto responsable que, por dificultades transitorias de tesorería, originara un descubierto en la cotización a la Seguridad Social, tuviera la posibilidad de acceder a una dilación en el pago de la deuda. Y así se contempló en los artículos 34 al 38 de la

citada Orden de 7 de julio:

N) Pago aplazado del descubierto.

Artículo 34.: 1. Desde el momento en que se practique el embargo o se admita la fianza sustitutiva y hasta el momento de la celebración de la subasta, el deudor podrá solicitar el pago aplazado del descubierto.

2. La solicitud habrá de formularse, bien por escrito o mediante comparecencia en la Magistratura y deberá ir acompañada de los siguientes documentos:

a) Propuesta concreta de la forma y condiciones en que se desea realizar el pago.

b) Memoria justificativa de las circunstancias especiales o de carácter excepcional que fundamentan la pretensión del solicitante.

c) Ofrecimiento de bienes suficientes para cubrir todas las responsabilidades a que afecta el descubierto sustituible por fianza adecuada.

3. A la documentación expresada en el párrafo anterior unirá el deudor los documentos complementarios que en cada caso se precisen, como prueba de las alegaciones.

Artículo 35.: 1. Formulada en tiempo y forma la solicitud de pago aplazado, el Magistrado Instructor oficiará al Organismo acreedor para que se persone en la Magistratura y, en plazo de cinco días, a la vista de la solicitud de pago aplazado y documentación complementaria, manifieste verbalmente o de oficio lo que convenga a su derecho.

2. La no comparecencia o silencio se considerará como conformidad con la propuesta del deudor.

3. Evacuado el expresado trámite, se dictará providencia acordando discrecionalmente acceder o denegar la pretensión del deudor:

a) En el primer caso se procederá al embargo de los bienes ofertados o a la recepción y depósito derivado de la fianza.

b) Si se desestima la propuesta, se notificará así al deudor y se pasará seguidamente al trámite de subasta.

4. Contra la providencia de la Magistratura no se dará recurso.

Artículo 36.: 1. Salvo circunstancias especiales, que apreciará discrecionalmente la Magistratura, el aplazamiento se concederá por el plazo no superior a un año, fraccionándose el pago al prudente juicio del Magistrado.

2. Cuando el importe del débito exceda de 100.000 pesetas y esté garantizado suficientemente, podrá el Magistrado conceder un aplazamiento hasta de dos años.

3. En circunstancias muy excepcionales, en que quede fehacientemente demostrado el quebranto que en otro caso se producirá a los trabajadores de una Empresa deudora, podrá acordarse aplazamiento de pago hasta tres años, fraccionable por trimestres o semestres, siempre y cuando exista garantía especialmente reforzada para afianzar el descubierto.

4. En ningún caso puede concederse pago aplazado para el abono de las cuotas de Seguridad Social correspondientes a los trabajadores, conforme dispone el artículo 7º del Decreto 1.137/1960, de 2 de junio.

Artículo 37.: 1. Cuando la Magistratura acceda a la concesión del pago aplazado, fijará en su resolución las condiciones para verificarlo, con determinación en todo caso del número de plazos y cuantía que se ha de satisfacer en cada uno de ellos, y al notificarla al deudor le hará saber:

a) Que quedan suspendidos los trámites de ejecución.

b) Que deberá consignar el primer plazo dentro de las cuarenta y ocho horas

siguientes a la notificación.

c) Que si dejare de cumplir la obligación contraída en las circunstancias establecidas, se reanudarán de oficio y sin previa notificación las actuaciones por la totalidad del resto que quedare por satisfacer, quedando incurso en el número 3º del artículo 30 de esta Orden, a los efectos del pago de costas.

2. También se reanudarán de oficio las actuaciones, dejando sin efecto el beneficio del pago aplazado, en cualquier momento en que la Magistratura tenga conocimiento de circunstancias de créditos vencidos en ejecución contra la Empresa deudora a favor de tercero, o cuando, tratándose de Sociedades mercantiles, sus últimos balances arrojen un pasivo excesivo.

3. Para restablecer el beneficio del pago aplazado, dejado sin efecto por incumplimiento de las condiciones establecidas, será requisito indispensable que, al solicitarlo, la Empresa morosa abone en el acto la totalidad de los plazos no satisfechos. Si no se justifica que el impago fue originado por causas verdaderamente atendibles, el Magistrado podrá acordar que, además, se ingrese una cantidad de hasta el 50 por 100 de la suma total de los débitos del descubierto.

Artículo 38.: 1. Siempre que se formule por el deudor la solicitud de pago aplazado y la Magistratura lo conceda, el Secretario acreditará por diligencia en los autos una tasación provisional de costas incluyendo en ella los presupuestos necesarios para reintegro y suplido de papel, gastos de correo y derechos de Magistratura. Estas costas se satisfarán en los mismos plazos y proporciones alícuotas que el principal.

2. Los justificantes de pago de los plazos se harán en tal caso determinando con toda precisión el importe de la cantidad recibida a cuenta del principal y, por separado, lo que se reciba a cuenta de cada uno de los diversos conceptos de la tasación de costas.

Al amparo de esta normativa las Magistraturas de Trabajo fueron concediendo facilidades en el pago de los descubiertos, facilidades que formalmente concedidas otorgaban la posibilidad de que el sujeto responsable del pago se hallase al corriente con la Seguridad Social a todos los efectos (posibles bonificaciones y reducciones, posibilidad de contratar al amparo de la Ley de Contratos del Estado, etc.).

No obstante, ésta posibilidad de facilitar el pago de los descubiertos según lo dispuesto en los artículos 34 a 38 de la reiterada Orden de 7 de julio de 1960, fue derogada por la Orden de 4 de julio de 1983 (previamente el Real Decreto 666/1983, de 25 de marzo, había regulado la concesión de aplazamientos extraordinarios), consecuentemente, a partir de esa fecha la concesión de una dilación en el pago de los descubiertos de Seguridad Social debió efectuarse de conformidad con lo dispuesto por el Real Decreto 666/1983 y no al amparo de la Orden de 7 de julio de 1960, resultando de dudosa legalidad los beneficios obtenidos a partir de entonces por gran cantidad de empresas en materia de contrataciones bonificadas y en contrataciones administrativas sujetas a los requisitos de la Ley de Contratos del Estado.

No discuto la posibilidad de que, a partir del 4 de julio de 1983, las Magistraturas de Trabajo pudieran llegar a acuerdos de no ejecución con los sujetos responsables de los

descubiertos, pero lo que, a mi juicio, resulta trascendental es que desde esa fecha únicamente podía considerarse al corriente con las obligaciones de Seguridad Social a aquellas personas que tuviesen concedido un aplazamiento de fecha anterior o se les concediera al amparo de la nueva regulación, además de los sujetos obligados que no presentaran descubierto alguno, como es lógico.

Para finalizar con este inciso sobre los aplazamientos es preciso significar que la Orden de 20 de enero de 1981 había regulado los aplazamientos ordinarios y que, en la actualidad, la normativa que regula el aplazamiento, tanto ordinario como extraordinario, es el vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, así como la propia Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994 (artículo 20), con las modificaciones introducidas por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

3.- LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 30 DE MAYO DE 1974

Establecía en el artículo 16 lo siguiente:

> **Artículo 16.:** *Competencia de la Entidades Gestoras*. La recaudación de las cuotas de la Seguridad Social corresponde a sus Entidades Gestoras, tanto en el período voluntario como en vía ejecutiva y de apremio, y se llevará a cabo de acuerdo con lo que se establece en la presente sección.

No obstante, a pesar de lo dispuesto en el artículo 16, el artículo 19 señalaba que la exacción de los descubiertos en vía de apremio sería exigido a través de las Magistraturas de Trabajo:

> **Artículo 19.:** *Recaudación en vía ejecutiva*. 1. El cumplimiento de la obligación de cotizar será exigido, si a ello hubiera lugar, por vía de apremio, a través de las Magistraturas de Trabajo, y de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo, en la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido, y en las normas complementarias dictadas para el desarrollo de ésta.
>
> 2. Las certificaciones de descubierto y actas firmes de liquidación constituyen el título ejecutivo que inicia el procedimiento de apremio.
>
> 3. La recaudación en vía ejecutiva se realizará de forma unificada para las distintas Entidades Gestoras.
>
> 4. Las costas y gastos que origine la recaudación en vía ejecutiva serán siempre a cargo del deudor.
>
> 5. En el procedimiento de apremio no se admitirán más oposiciones en vía jurisdiccional que las específicamente previstas en el texto refundido de procedimiento

laboral.

4.- REAL DECRETO LEGISLATIVO 1.568/1980, DE 13 DE JUNIO: TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL.

En el artículo 1.6. atribuía a los órganos jurisdiccionales del orden social las ejecuciones en vía de apremio derivadas del incumplimiento de las obligaciones respecto a la Seguridad Social.

Asimismo, en los artículos 126 y siguientes regulaba la oposición a la ejecución en materia de Seguridad Social.

> **Artículo 126.:** Las Magistraturas de Trabajo harán efectivas en vía de apremio las obligaciones a favor de la Seguridad Social, en los términos establecidos por la Ley.
>
> En el ejercicio de esta función el magistrado podrá enjuiciar la legalidad de la exacción reclamada y su cuantía.

5.- LEY 40/1980, DE 5 DE JULIO, DE INSPECCIÓN Y RECAUDACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Esta Ley aclaró la posible dificultad interpretativa de los artículos 16 y 19 de la Ley General de la Seguridad Social cuando estableció en el artículo noveno lo siguiente:

> **Artículo noveno.:** La gestión recaudatoria, tanto voluntaria como ejecutiva, será realizada bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, por la Tesorería General de la Seguridad Social, sin perjuicio de que ésta pueda concertar los servicios que el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social considere convenientes, con la Administración Estatal, Institucional, Autónoma y Local y en especial con el Ministerio de Hacienda o las Magistraturas de Trabajo.

Ahora bien, este artículo fue derogado por la Disposición Final Primera del Real Decreto-Ley 10/1981, de 19 de junio.

Al mismo tiempo, La Ley 40/1980 estableció en su Disposición Transitoria Segunda que *"[...] hasta tanto no se disponga lo contrario, subsistirá la competencia de las Magistraturas de Trabajo para reclamar en vía de apremio los débitos a la Seguridad Social"*.

6.- REAL DECRETO-LEY 10/1981, DE 19 DE JUNIO, SOBRE INSPECCIÓN Y RECAUDACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

> **Artículo primero.:** La Tesorería General de la Seguridad Social, como Caja única del Sistema Nacional de Seguridad Social, llevará a efecto la gestión recaudatoria, tanto voluntaria como ejecutiva, bajo la dirección, vigilancia y tutela del Estado. A tal efecto, podrá concertar los servicios que considere convenientes con la Administración estatal, institucional, autónoma, local, Magistratura de Trabajo o Entidades particulares habilitadas al efecto y, en especial, con los Servicios del Ministerio de Hacienda.

La Disposición Transitoria establece lo siguiente:

> **Disposición Transitoria.:** Las habilitaciones que se otorguen a las Entidades particulares en relación con los conciertos a que se refiere el artículo primero de este Real Decreto-Ley tendrán, en todo caso, carácter temporal. Los conciertos con tales Entidades habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros.
>
> La facultad de concertar los servicios de recaudación, concedida por el artículo primero a la Tesorería General de la Seguridad Social, subsistirá hasta tanto se organice un sistema de recaudación unificado para el Estado y la Seguridad Social.

7.- REAL DECRETO 1.724/1981, DE 3 DE AGOSTO: NORMAS APLICABLES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONCIERTOS PARA LA RECAUDACIÓN DE LAS CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN VÍA EJECUTIVA.

En su exposición de motivos dice lo siguiente:

> La conveniencia de que por razones de eficacia se proceda a aplicar lo previsto sobre recaudación de cuotas de la Seguridad Social en vía ejecutiva, conforme a los dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 10/1981, de 19 de junio, y en consideración a una mayor seguridad jurídica, resulta oportuno fijar las normas, ya establecidas, a las que deberá someterse la actuación de las Entidades públicas en el ejercicio de las funciones recaudatorias que hayan de llevar a cabo como consecuencia de los conciertos que a los indicados efectos celebren con la Tesorería General de la Seguridad Social.

8.- REAL DECRETO 716/1986, DE 7 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO GENERAL DE RECAUDACIÓN DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Este Real Decreto supuso una auténtica innovación en materia de recaudación de la Seguridad Social, pues regula por vez primera el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, hoy derogado y sustituido por el Real Decreto

1.517/1991, de 11 de octubre.

Como anteriormente he expuesto, la Disposición transitoria del Real Decreto-Ley 10/1981 dice que la facultad de concertar los servicios de recaudación, por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, subsistirá hasta tanto se organice un sistema de recaudación unificado para el Estado y la Seguridad Social. Sin embargo, el Real Decreto 716/1986 se quedó exclusivamente en un intento de unificación, persiguiendo, según su exposición de motivos, un doble objetivo: regular el procedimiento de recaudación de los débitos a la Seguridad Social en vía de apremio y facilitar y preparar el proceso de unificación con el procedimiento de recaudación del Estado. Unificación que tampoco se produjo con la modificación del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social de octubre de 1991, a pesar de que, como he dicho al hablar de la recaudación en período voluntario, bien se podían haber aprovechado las modificaciones de los Reglamentos de Recaudación del Estado y de la Seguridad Social para haber efectuado la pretendida unificación.

En definitiva, este Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, aprobó el procedimiento de recaudación de los débitos a la Seguridad Social, tanto en vía voluntaria como en vía de apremio.

El artículo 2, en concreto su apartado 2.1., atribuye a la Tesorería General de la Seguridad Social la competencia exclusiva:

> **Artículo 2.:** *Competencia material.*
>
> 1. La gestión recaudatoria de las cuotas y demás recursos de financiación del Sistema de la Seguridad Social a que se refiere el artículo 4º del presente Real Decreto es de competencia exclusiva de la Tesorería General de la Seguridad Social, que la ejercerá bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y con sujeción a las normas contenidas en la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974; Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social; Real Decreto-Ley 10/1981, de 19 de junio, sobre Inspección y Recaudación de la Seguridad Social; el presente Real Decreto y demás disposiciones complementarias, sin perjuicio de lo que con carácter de especialidad esté establecido o se establezca por Ley o en ejecución de ella.
>
> 2. Sin perjuicio de lo establecido en el número anterior, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá concertar los Servicios recaudatorios que considere convenientes con las Administraciones o Entidades particulares habilitadas al efecto y, en especial, con los Servicios del Ministerio de Hacienda. Los Conciertos con Entidades particulares habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros y las habilitaciones que surjan de los mismos tendrán, en todo caso, carácter temporal.

El artículo 7 define los Colaboradores de la Gestión Recaudatoria:

Artículo 7.: *Colaboradores.*

1. Son colaboradores de los órganos de recaudación de la Tesorería General de la Seguridad Social, las Entidades financieras, las Oficinas de Correos y otros Órganos o Agentes autorizados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para actuar como oficinas recaudadoras.

2. Asimismo, serán colaboradores en la gestión recaudatoria de la Tesorería General, las Administraciones o Entidades particulares habilitados al efecto y, en especial los Servicios Recaudatorios del Ministerio de Economía y Hacienda, a los que, en virtud de concierto o por disposiciones especiales, se les atribuyan funciones recaudatorias en al ámbito de la Seguridad Social.

3. Las autorizaciones y los conciertos para colaborar en la gestión recaudatoria en ningún caso atribuirán el carácter de órganos de recaudación de la Seguridad Social a las Entidades, Órganos, Administraciones, Servicios, Oficinas o Agentes autorizados.

Un aspecto del Real Decreto 716/1986 que es importante resaltar es el contenido en la Disposición adicional cuarta y en la Disposición transitoria primera y segunda, estableciendo que los procedimientos que se sigan como consecuencia de los conciertos celebrados se ajustarán a lo dispuesto en las respectivas normas específicas, manteniéndose, en consecuencia, la vigencia de la Orden de 7 de julio de 1960 y la aplicación de la Ley de Procedimiento Laboral (artículos 126 y ss.) para aquellos expedientes que continúen tramitándose por las Magistraturas de Trabajo.

Disposición Adicional Cuarta.:

1. Los procedimientos de apremio para la ejecución forzosa de los débitos a la Seguridad Social que se sigan como consecuencia de los conciertos celebrados con otras Administraciones o Entidades para la gestión recaudatoria en vía ejecutiva de tales débitos se ajustarán a lo dispuesto en las respectivas normas específicas que, a efectos del ejercicio de tal gestión, estén vigentes para los mismos.

2. Las reclamaciones o recursos que puedan formularse contra los actos de gestión recaudatoria en los procedimientos de apremio para la exacción de deudas a la Seguridad Social seguidos en virtud de los conciertos vigentes, se substanciarán conforme a la legislación específica aplicable a la naturaleza de la pretensión objeto de la impugnación de que se trate, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de este Real Decreto.

Disposición Transitoria Primera.:

Los conciertos sobre gestión recaudatoria de los recursos del Sistema de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta en período voluntario celebrados con las Administraciones, Órganos o Entidades a que se refiere el número 1 del artículo 7 de este Real Decreto mantendrán su vigencia en los términos estipulados en los mismos hasta que por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se establezcan las normas a que han de ajustarse tales conciertos.

Disposición Transitoria Segunda.:

1. En los procedimientos de apremio para la ejecución forzosa de los débitos a la Seguridad Social seguidos ante las Magistraturas de Trabajo como consecuencia del concierto sobre gestión recaudatoria en vía ejecutiva de las deudas a la Seguridad Social

> celebrado con la Tesorería General de la Seguridad Social, las Magistraturas de Trabajo ajustarán su actuación a lo establecido en las respectivas normas específicas que, a efectos del ejercicio de tal gestión, están vigentes para las mismas.
>
> 2. Las reclamaciones o recursos que puedan formularse contra los actos de gestión recaudatoria en el procedimiento de apremio seguido ante las Magistraturas de Trabajo para la ejecución forzosa de las deudas de la Seguridad Social, en virtud del concierto actualmente vigente, se substanciarán conforme a su legislación específica.

9.- ORDEN DE 23 DE OCTUBRE DE 1986.

Desarrolla el Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

10.- REAL DECRETO 1.328/1986, DE 9 DE MARZO, SOBRE ORGANIZACIÓN DE LA RECAUDACIÓN EN VÍA EJECUTIVA EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Dice en su exposición de motivos que el cumplimiento del mandato legislativo, establecido por la Ley 40/1980 y el Real Decreto Legislativo 10/1981, implica el establecimiento de un procedimiento que facilite la realización rápida y eficaz de los créditos de la Seguridad Social que no hayan sido satisfechos en período voluntario, lo que requiere disponer también de estructuras orgánicas idóneas y de medios personales y materiales adecuados para que la Tesorería General de la Seguridad Social pueda llevar a cabo de modo directo la recaudación ejecutiva de los débitos a la Seguridad Social.

En la Disposición transitoria segunda establece lo siguiente:

> **Disposición Transitoria Segunda.:**
>
> Los recaudadores de Hacienda y los Recaudadores de Zona continuarán asumiendo y tramitando los expedientes ejecutivos por valores de la Seguridad Social que les sean cargados en tanto esté vigente el actual concierto para la recaudación ejecutiva de los débitos a la Seguridad Social.

11.- ORDEN DE 11 DE MARZO DE 1987, SOBRE IMPLANTACIÓN DE LAS UNIDADES DE RECAUDACIÓN EJECUTIVA DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La organización de la recaudación ejecutiva mediante unidades especializadas servidas por personal dependiente de la Tesorería General forma parte del programa de reforma de su gestión recaudatoria, centrado en la implantación de una red de Administraciones en las que, a medida de su entrada en funcionamiento, se ubicarán e integrarán orgánicamente las Unidades de Recaudación

Ejecutiva creadas por el Real Decreto 1.328/1986 (Exposición de motivos).

En la Disposición adicional primera se contempla la data especial de los expedientes de apremio cargados a los servicios de Recaudación de Hacienda:

> **Disposición Adicional Primera.:**
>
> 1. Se faculta al Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social para autorizar que los Recaudadores de Hacienda o de Zona realicen, en la fecha de efectos de la rescisión del concierto, una data especial sobre los valores cargados a dichos Recaudadores y cuyo expediente respectivo no estuviere ultimado en tal fecha.
>
> 2. Asimismo, podrán ser objeto de data especial los valores de la Seguridad Social cargados a los Recaudadores de Hacienda o de Zona, cuando en la demarcación territorial que a éstos corresponda se pongan en funcionamiento las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social y se halle o quede vacante el cargo de Recaudador de Hacienda o de Zona.

12.- LEY 7/1989, DE 12 DE ABRIL, DE BASES DEL PROCEDIMIENTO LABORAL.

Esta norma supuso el final de la competencia que, en materia de recaudación ejecutiva de los descubiertos de Seguridad Social, tenían atribuidas los Juzgados de los Social como consecuencia de los correspondientes conciertos de colaboración.

Establece la Disposición Transitoria lo siguiente:

> **Disposición Transitoria.:** *Procedimientos ejecutivos.*
>
> 1. Los Juzgados de los Social reintegrarán a la Tesorería General de la Seguridad Social, a partir del 1 de enero de 1990, las certificaciones de descubierto por débitos a la Seguridad Social y, en su caso, las actas de liquidación de cuotas, cualquiera que sea el estado en que las mismas se encuentren, a efectos de que se inicie o continúe su ejecución por la Tesorería General de la Seguridad Social o por otros órganos de carácter administrativo.
>
> 2. Los actos y trámites realizados por las Magistraturas de Trabajo en los procedimientos ejecutivos promovidos en relación con las certificaciones y actas de liquidación que se devuelvan serán válidos en los nuevos procedimientos administrativos que se inicien o continúen.

13.- REAL DECRETO 391/1989, DE 21 DE ABRIL, ESTABLECE LA CUANTÍA DEL COMPLEMENTO DE DESTINO DE LOS MIEMBROS DEL PODER JUDICIAL Y DEL MINISTERIO FISCAL.

En la Disposición transitoria cuarta, apartado 2, dispone que, a partir de 1 de enero de 1990, no se devengarán ni percibirán premios de cobranza por la recaudación en vía de apremio de los débitos a la Seguridad Social, de conformidad con la Disposición transitoria quinta, en

relación con el artículo 38 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989 y con la Disposición transitoria de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral.

14.- REAL DECRETO LEGISLATIVO 521/1990, DE 27 DE ABRIL, TEXTO ARTICULADO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL.

Esta Ley atribuye a los Órganos jurisdiccionales del orden social las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo.

No obstante, el artículo 3º excluye de esta competencia las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta.

15.- REAL DECRETO 1.517/1991, DE 11 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO GENERAL DE RECAUDACIÓN DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Como anteriormente he comentado, este Real Decreto 1.517/1991 deroga el anterior Reglamento General de Recaudación del Sistema de la Seguridad Social, si bien, en su Disposición transitoria quinta, estableció un complejo sistema de adaptación de la norma, manteniendo la vigencia del Real Decreto 716/1986 para los procedimientos ya iniciados.

La Disposición Transitoria Segunda establece lo siguiente:

> **Disposición Transitoria Segunda.:**
>
> 1. Los procedimientos para la ejecución de los débitos a la Seguridad Social promovidos por certificaciones de descubierto y, en su caso, por actas de liquidación, reintegrados a la Tesorería General de la Seguridad Social por los Juzgados de lo Social, conforme a lo previsto en la disposición transitoria de la Ley 7/1989, de 2 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral, se iniciarán o continuarán por dicha Tesorería General o por otros colaboradores de la misma de carácter administrativo, por el procedimiento establecido en este Real Decreto y demás disposiciones complementarias.
>
> 2. Los actos y trámites realizados por las Magistraturas de Trabajo y, en su caso, por los Juzgados de lo Social en los procedimientos promovidos ante ellos, en relación con las certificaciones de descubiertos y actas de liquidación devueltas, serán válidos en los nuevos procedimientos administrativos que se inicien o continúen.

Asimismo, éste Real Decreto 1.517/1991 atribuye la competencia material de la gestión recaudatoria del Sistema de la Seguridad Social a la Tesorería General de la Seguridad Social,

dejando la puerta abierta[46] a la posibilidad de concertar los servicios recaudatorios que considere convenientes con las Administraciones o Entidades particulares habilitadas al efecto y, en especial, con los Servicios del Ministerio de Economía y Hacienda. Los Conciertos con Entidades particulares habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros y las habilitaciones que surjan de los mismos tendrán, en todo caso, carácter temporal (art. 2).

En mi opinión, esta posibilidad de efectuar conciertos de colaboración debería haber quedado definitivamente apartada tras la creación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social, creadas como órganos específicos de recaudación en vía de apremio de los descubiertos contemplados por el artículo 4 del propio Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

Por último, hay que destacar que el vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social deberá ser objeto de modificación de conformidad con lo dispuesto en la nueva redacción de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, en su nueva redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (ver artº 33.5 y 36.2, entre otros).

16.- ORDEN DE 8 DE ABRIL DE 1992, POR LA QUE SE DESARROLLA EL REAL DECRETO 1.517/1991, DE 11 DE OCTUBRE.

En desarrollo de la citada Disposición transitoria quinta del Real Decreto 1.517/1991, la Orden, en su Disposición Transitoria Tercera establece lo siguiente:

> **Disposición Transitoria Tercera.:**
>
> La aplicación del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, a los procedimientos de apremio iniciados con anterioridad al 26 de octubre de 1991 no será obstáculo para que en la composición de las Mesas de las subastas que deban celebrarse conforme a las normas del mismo y en las sustituciones de sus componentes puedan aplicarse las normas contenidas al respecto en el Reglamento General aprobado por el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre.
>
> Asimismo cuando se produzca acumulación de certificaciones en expediente ya providenciado de apremio con posterioridad al 26 de octubre de 1991, previa justificación en el mismo por providencia del Recaudador ejecutivo de la Seguridad Social, se continuará ya el procedimiento de apremio conforme a la regulación contenida en el Reglamento General aprobado por el citado Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre y en esta Orden.

(46) Cuestión que resulta un tanto sorprendente después de comprobar la experiencia de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la propia Tesorería General de la Seguridad Social.

Lógicamente, esta Orden deroga la de 23 de octubre de 1986, que desarrollaba el Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo.

17.- REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1994, DE 20 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, constituye el texto vigente en la actualidad en esta materia, sin que en relación con la competencia de la gestión recaudatoria haya sido modificado por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

En consecuencia, la competencia actual de la gestión recaudatoria de los recursos del Sistema de la Seguridad Social viene determinada por lo dispuesto en el artículo 18 de dicha Ley General de 20 de junio de 1994.

> Artículo 18.: *Competencia.*
>
> 1. La Tesorería General de la Seguridad Social, como caja única del sistema de la Seguridad Social, llevará a efecto la gestión recaudatoria de los recursos de ésta, tanto voluntaria como ejecutiva, bajo la dirección, vigilancia y tutela del Estado.
>
> 2. Para realizar la función recaudatoria, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá concertar los servicios que considere convenientes con las Administraciones estatal, institucional, autónoma, local o entidades particulares habilitadas al efecto y, en especial, con los servicios del Ministerio de Economía y Hacienda.
>
> 3. Las habilitaciones que se otorguen a las entidades particulares a que se refiere el apartado anterior tendrán, en todo caso, carácter temporal. Los conciertos con tales entidades habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros.

3.2. La extinguida certificación de descubierto.

Después de una evolución histórica en la que, inicialmente, tanto las certificaciones de descubierto como las actas firmes de liquidación constituyeron el título ejecutivo que iniciaba el procedimiento de apremio (artículo 19.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974), posteriormente, la certificación de descubierto se constituyó en el título ejecutivo único y suficiente para iniciar, sin necesidad de ninguna otra exigencia o autorización, la vía administrativa de apremio (artículo 98 del Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social).

En este sentido, el apartado 1 del artículo 33 de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, estableció, en su redacción original lo siguiente:

> **Artículo 33.:** *Iniciación de la vía ejecutiva.*
>
> 1. La exacción de cuotas de la Seguridad Social no ingresadas en período voluntario por el empresario deudor o sujeto responsable del pago se efectuará mediante procedimiento administrativo de apremio promovido por la Tesorería General de la Seguridad Social, que expedirá las correspondientes certificaciones de descubierto.
>
> Dichas certificaciones, acreditativas de la deuda a la Seguridad Social, constituyen el título ejecutivo para iniciar, sin otra exigencia ni autorización, la vía administrativa de apremio, y tendrán la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los deudores.

En consecuencia, hasta la modificación introducida por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, el inicio de la vía de apremio se producía con la expedición de la certificación de descubierto, pues constituían el título ejecutivo para iniciar dicha vía de apremio.

Asimismo, el párrafo segundo del citado apartado 1 del artículo 33 decía "*sin otra exigencia ni autorización*". Esta referencia también se encontraba recogida en el artículo 98 del Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, y suprimió la necesaria autorización de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social para expedir la providencia de apremio, autorización que se contemplaba en el artículo 102 del anterior Reglamento de Recaudación (Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo) y que había sido suprimida por la Disposición Adicional Décima de la Ley de Presupuestos General del Estado para el año 1991.

Las certificaciones de descubierto han tenido la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los deudores. Resultando conveniente recordar aquí lo dispuesto en el artículo 123 del Real Decreto 1.517/1991 en relación con la anotación preventiva de embargo: "*Los mandamientos que, a estos efectos, expidan los recaudadores ejecutivos de la Seguridad Social tendrán la misma virtualidad que si emanasen de la autoridad judicial*", cuestión que ha dejado definitivamente aclarados algunos problemas interpretativos que habían producido los mandamientos de los recaudadores ejecutivos de la Seguridad Social, especialmente en lo relativo a la prórroga de las anotaciones de embargo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria y en el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario.

3.3. Iniciación de la vía de apremio.

A partir de la modificación introducida por la citada Ley 42/1994, de 30 de diciembre,

el inicio de la vía de apremio se producirá de conformidad con lo establecido en la nueva redacción del artículo 33 de la Ley General de la Seguridad Social:

> **Artículo 33.-:** *Procedimiento de apremio y título ejecutivo.*
>
> 1. Transcurridos los plazos fijados, en sus respectivos casos, en los artículos 30 y 31 de esta Ley, sin que se hubiere satisfecho la deuda y con independencia del recurso contencioso-administrativo que los interesados puedan formular, se pasará automáticamente a la vía de apremio con aplicación del correspondiente recargo del 20 o del 35 por 100.
>
> La exacción de cuotas en dicha vía ejecutiva se efectuará mediante el procedimiento administrativo de apremio seguido por la Tesorería General de la Seguridad Social.
>
> 2. El cumplimiento de las demás deudas con la Seguridad Social, que tengan el carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto no sean frutos, rentas o cualquier otro producto de sus bienes muebles o inmuebles, se exigirá asimismo por el procedimiento administrativo de apremio seguido por la Tesorería General de la Seguridad Social.
>
> 3. Las reclamaciones de deudas por cuotas de la Seguridad Social y por los demás recursos de la misma a que se refiere el número 2 de este artículo, así como las actas de liquidación de cuotas, cuando unas y otras no hubieran sido impugnadas o, en su caso, las resoluciones administrativas que las mismas originen, si no fueran satisfechas, constituyen el título ejecutivo para seguir la vía administrativa de apremio por la Tesorería General de la Seguridad Social y tendrán la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los deudores.
>
> 4. Las costas y gastos que origine la recaudación en vía ejecutiva serán siempre a cargo del sujeto responsable del pago.
>
> 5. El Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, aprobará el oportuno procedimiento para la cobranza de los débitos a la Seguridad Social en vía de apremio.

Del análisis del presente artículo 33 se pueden extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- El inicio de la vía de apremio se produce de forma automática por el transcurso de los plazos, sin necesidad de la expedición de la "*histórica*" certificación de descubierto.

SEGUNDO.- El citado inicio de la vía de apremio se producirá con independencia del recurso contencioso-administrativo que los interesados pudieran formular. De donde se desprenden dos cosas: 1.- Que la interposición del recurso contencioso-administrativo no paraliza el procedimiento de recaudación. 2.- Que contra el recurso ordinario previsto en el artículo 30.4 y 31.4 no cabe, como sucedía anteriormente, la reclamación económico-administrativa ante el correspondiente tribunal, sino que, directamente, deberá recurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. De esta forma se simplifica la tortuosa vía de las reclamaciones, pero, al mismo tiempo, se elimina una posibilidad de recurso que tenía el administrado antes de iniciar el largo

camino del contencioso-administrativo.

TERCERO.- A partir de la actual redacción del artículo 33 de la Ley General de la Seguridad Social, el título ejecutivo para seguir la vía administrativa de apremio estará constituido por las Reclamaciones de deuda y las Actas de Liquidación o, en su caso, por las resoluciones administrativas que se dicten contra la impugnación de las mismas. Asimismo, constituyen título ejecutivo las resoluciones confirmatorias de las actas figuradas en los documentos únicos previstos en el artículo 31.5.

Como anteriormente se decía de las certificaciones de descubierto, los actuales títulos ejecutivos tendrán la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los deudores. Consecuentemente, me remito a lo que he dicho en el apartado 3.2 con respecto a la fuerza ejecutiva de las extinguidas certificaciones de descubierto.

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 33, deberá procederse a la elaboración de un nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, que sustituya al vigente, aprobado por el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, y que recoja todas las modificaciones introducidas en la actualidad.

Entre tanto se produce la publicación del nuevo Reglamento de Recaudación, el vigente Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, continuará siendo de aplicación en todo lo que no contradiga a las modificaciones introducidas con posterioridad.

3.4. La providencia de apremio.

La nueva redacción del artículo 34 de la Ley General de la Seguridad Social establece lo siguiente:

> **Artículo 34.-:** *Providencia de apremio, oposición a la misma, notificación de embargo e impugnaciones al procedimiento de apremio.*
>
> 1. La ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en el número 3 del artículo anterior, se despachará mediante providencia de apremio, expedida por el órgano de la Tesorería General de la Seguridad Social que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y que será notificada al deudor identificando la deuda pendiente y requiriéndole para que efectúe su pago con el recargo correspondiente.
>
> Si el deudor no efectuare el pago en el plazo que reglamentariamente se establezca, se procederá al embargo de sus bienes, advirtiéndose así en la providencia de apremio.
>
> Las personas contra las que se hubiere iniciado procedimiento ejecutivo por

deudas a la Seguridad Social podrán formular oposición al apremio decretado dentro de los quince días siguientes al de su notificación.

2. Contra la providencia de apremio sólo serán admisibles los siguientes motivos de oposición debidamente justificados:

a) Pago.

b) Prescripción.

c) Error material o aritmético en la determinación de la deuda.

d) Condonación, aplazamiento de la deuda o suspensión del procedimiento.

e) Falta de notificación de la reclamación de la deuda, del acta de liquidación o de las resoluciones que las mismas originen.

Si se formulare impugnación por los motivos indicados en este número, el procedimiento de apremio únicamente se suspenderá, sin necesidad de la presentación de la garantía, hasta la resolución de la oposición.

3. La ejecución contra el patrimonio del deudor se efectuará mediante el embargo y la realización del valor o, en su caso, la adjudicación de bienes del deudor en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda incrementado con una cantidad a cuenta para costas del procedimiento, que en ningún supuesto podrá superar el 3 por 100 del citado importe.

Si el cumplimiento de la deuda con la Seguridad Social estuviere garantizado mediante aval, prenda, hipoteca o cualquiera otra garantía personal o real, se procederá en primer lugar a ejecutarla, lo que se realizará en todo caso por los órganos de recaudación de la Administración de la Seguridad Social a través del procedimiento administrativo de apremio.

4. Si los interesados formularen recurso ordinario en vía administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa, el procedimiento de apremio no se suspenderá si no se realiza el pago de la deuda perseguida, se garantiza con aval suficiente o se consigna su importe, incluidos el recargo de apremio y el 3 por 100 a efectos, este último, de cantidad a cuenta de las costas reglamentariamente establecidas, a disposición de la Tesorería General de la Seguridad Social.

5. Lo dispuesto en los números precedentes se entiende sin perjuicio de lo especialmente previsto en el artículo 35 de esta Ley y en los artículos 122 y siguientes de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Del análisis de la nueva redacción del artículo 34 se pueden extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- La actual ejecución, al igual que sucedía anteriormente, se despachará mediante providencia de apremio; pero, ahora, en base a los nuevos títulos ejecutivos y no en base a las certificaciones de descubierto.

SEGUNDO.- Anteriormente, el plazo para realizar el pago después de notificada la providencia de apremio era de 24 horas. Sin embargo, todo hace presumir que el plazo que reglamentariamente se determine para hacer frente al pago de las deudas reclamadas, se hará coincidir con el establecido para formular oposición al apremio, es decir, los quince días siguientes al de su notificación.

TERCERO.- Se modifican ligeramente los motivos de oposición al apremio existentes en la redacción original de la Ley General de la Seguridad Social, introduciéndose algunos supuestos que aunque no estuvieran anteriormente previstos en el artículo 34, su aplicación era lógica atendiendo al restante contexto normativo. Tal es el caso de la condonación o la suspensión del procedimiento que, actualmente, se incluyen específicamente como motivos de oposición al apremio.

En cualquier caso, el procedimiento de apremio únicamente se suspenderá, sin la necesidad de presentación de garantía, por los motivos de oposición al apremio indicados en el apartado 2 del citado artículo 34.

En el supuesto de formularse recurso ordinario por motivos distintos de los anteriormente citados, el procedimiento de apremio no se suspenderá si no se realiza el pago de la deuda perseguida o se garantiza suficientemente la misma.

3.5. Normas generales del procedimiento de apremio.

El procedimiento de recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social se encuentra regulado en la actualidad por el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación. No obstante, este Reglamento, como he dicho anteriormente, deberá ser modificado de conformidad con lo dispuesto en la nueva redacción de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, introducida por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

En el artículo 102 del citado Real Decreto 1.517/1991, se determina el carácter del procedimiento de apremio, según el cual dicho procedimiento será exclusivamente administrativo, siendo competente para entender del mismo y resolver todas sus incidencias la Tesorería General de la Seguridad Social, en su condición de titular de la función recaudatoria en el Sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que pueda continuar concertando los servicios de la recaudación ejecutiva que considere convenientes, dejando con ello, como he dicho anteriormente, una puerta abierta a futuros conciertos que en la actualidad carecerían de fundamento debido a la existencia de las Unidades de Recaudación Ejecutiva. Si bien, en el artículo 102.2, limita las competencias que puedan asumir los organismos concertados:

Artículo 102.: ***Carácter del procedimiento.***

> 2. [...] En los conciertos que puedan celebrarse, la competencia para dictar la providencia de apremio para declarar incobrables los débitos a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta y el término del procedimiento de apremio y, para la resolución de las reclamaciones en tercerías que se susciten en el mismo corresponderá a la respectiva Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La terminación del procedimiento de apremio se encuentra regulada en el artículo 104 del Real Decreto 1.517/1991:

> **Artículo 104.:** *Terminación del procedimiento.*
> El procedimiento de apremio termina:
> a) Cuando resulte totalmente solventado el débito perseguido.
> b) Con el acuerdo sobre insolvencia total o parcial de deudor.
> c) Con la concesión de aplazamiento o fraccionamiento de los débitos.
> d) Con el acuerdo de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de haber quedado extinguido el débito por cualquier otra causa legal.

3.6. Acumulación de títulos ejecutivos.

En la tramitación de los expedientes de apremio por parte de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social surge el problema de la acumulación de títulos ejecutivos, acumulación que incide directamente en el litigio que puede originarse con otros acreedores.

El apartado 1.1 del artículo 126 de la Orden de 8 de Abril de 1992 establece lo siguiente:

> **Artículo 126.:** 1.1 El expediente de apremio comprenderá cuantos débitos tenga el interesado en una misma Unidad de Recaudación Ejecutiva al iniciarse el expediente y a él se irán acumulando, en su caso, los sucesivos vencimientos no satisfechos en período voluntario, preceptivamente apremiados.

El problema fundamental se desarrolla cuando hay que hacer valer la preferencia del crédito de la Seguridad Social preventivamente anotado en el Registro de la Propiedad gravando un bien concreto del deudor. En este caso, el crédito de la Seguridad Social gozaría del rango otorgado por el artículo 1923.4º del Código Civil, en relación con el artículo 44 de la Ley Hipotecaria (ver apartado 4 del capítulo 1º de esta parte primera; páginas 31 y ss.).

Supongamos que el expediente de apremio se inicia con una deuda por importe de un millón de pesetas y que da lugar a una anotación preventiva de embargo, por dicha cuantía, en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, gravando un bien inmueble del deudor.

Posteriormente, en la tramitación del expediente de apremio se liquida, como consecuencia de distintos embargos en metálico, la cantidad de seiscientas mil pesetas, subsistiendo el citado expediente por cuantía, ahora, de cuatrocientas mil pesetas, pero garantizado por la anotación preventiva de embargo inicial por importe de un millón de pesetas.

¿Qué sucederá entonces si al expediente originario se han acumulado nuevos títulos ejecutivos por un nuevo importe de dos millones de pesetas? Evidentemente, si se pretende ejecutar la anotación preventiva por importe de un millón de pesetas, ésta sólo garantizará los débitos que continúen subsistentes de los que inicialmente dieron lugar a su anotación, pues los restantes títulos ejecutivos han sido liquidados, quedando los nuevos títulos ejecutivos (por importe de dos millones de pesetas) a resultas del análisis que pueda surgir en torno a su preferencia con respecto a los restantes acreedores, pero sin que puedan beneficiarse por el privilegio de una anotación preventiva de embargo que fue practicada con anterioridad al nacimiento de dichos títulos ejecutivos.

Sin embargo, en relación con los embargos sobre bienes muebles que se hayan practicado en la tramitación de un expediente de apremio y que no hayan sido anotados preventivamente (pues la anotación no es constitutiva), la acumulación de los títulos ejecutivos si cumple su función, debido a que el embargo se hace por expediente y no por cuantía, de forma que siempre que subsista el expediente de apremio permanecerá el embargo, aunque hayan sido liquidados los primeros títulos ejecutivos que dieron lugar al embargo.

Para finalizar el presente capítulo, quiero hacer constar que no es intención de este estudio profundizar en el análisis del vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, análisis que quizá en un futuro realice debido a mi especial interés por esta materia, considerando, en su caso, la probable reforma del presente Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre.

CAPÍTULO 4º

LA INCIDENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN 111
2. DEUDAS SINGULARMENTE PRIVILEGIADAS 115
3. DEUDAS CON EMBARGO ANTERIOR AL PROCESO CONCURSAL 118
4. LAS RESTANTES DEUDAS ANTERIORES AL PROCESO CONCURSAL (SIN EMBARGO DE BIENES) 121
   4.1. Cuestiones generales 121
   4.2. Actuación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva en relación con estas deudas 122
5. DEUDAS POSTERIORES AL PROCESO (DEUDAS DE LA MASA) 124
6. CONCURRENCIA CON OTROS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE EJECUCIÓN 126
7. LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN 129
8. LA PERSONACIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES 131
   8.1. Antecedentes normativos.- Regulación actual 131
   8.2. Consideraciones generales 132
   8.3. La personación en la suspensión de pagos 133
   8.4. La personación en la quiebra 135
   8.5. El derecho de separación de las cotizaciones de los trabajadores 136

1. INTRODUCCIÓN.

La efectividad del procedimiento administrativo de apremio regulado en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social puede verse disminuida por la concurrencia con otros procedimientos de ejecución del patrimonio del deudor que resulten prioritarios al de la Seguridad Social. En estos supuestos de concurrencia de procedimientos no se discute el grado de prelación entre créditos, sino la prioridad para continuar con la ejecución de un determinado proceso.

Dicha concurrencia puede producirse con cualquier procedimiento de ejecución, pero, debido a su eficacia suspensiva, interesa ahora analizar la concurrencia con los procedimientos concursales de ejecución universal o con los restantes procedimientos administrativos.

Especialmente interesante resulta el análisis de la concurrencia con los procedimientos concursales, cuyo efecto fundamental consiste en la paralización del ejercicio de las acciones individuales de los acreedores para someterse al principio de la igualdad de trato "*par conditio creditorum*". Sin embargo, en ocasiones, dicho principio puede verse superado por la posibilidad que corresponde a determinados deudores de ejercitar el privilegio de ejecución separada. Es decir, a pesar de la existencia de un proceso de Suspensión de Pagos o Quiebra, por ejemplo, existen acreedores que podrían continuar con la ejecución de sus créditos sin someterse a la "*par conditio creditorum*"; tal es el caso de los acreedores hipotecarios y pignoraticios, o de los créditos salariales protegidos por el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, además, gozan también del privilegio de continuar con la ejecución los procedimientos administrativos de apremio regulados en el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, y en el Real Decreto 1.684/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación del Estado.

En el capítulo primero de la segunda parte, analizaré con mayor profundidad los efectos que produce el ejercicio del privilegio de ejecución separada; centrándome ahora en la concurrencia del procedimiento administrativo de apremio de la Seguridad Social con otros procesos de ejecución, cuya regulación viene determinada por el artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992 que desarrolla el citado Real Decreto 1.517/1991:

Artículo 117.: ***Carácter, concurrencia, suspensión y anulación del procedimiento de apremio.***

2.1. En los casos de concurrencia de procedimientos administrativos de apremio entre sí o entre éstos y procedimientos concursales o de ejecución universal, judiciales o no judiciales, la preferencia para continuar la tramitación del procedimiento se determinará por la prioridad en el tiempo de los mismos.

Salvo que otra cosa se disponga por resolución de los órganos judiciales competentes en materia de conflictos jurisdiccionales, para fijar la prioridad en el tiempo se aplicarán las siguientes reglas:

a) En los procedimientos administrativos de apremio seguidos por los órganos de recaudación ejecutiva de la Administración de la Seguridad Social así como por los de otras Administraciones Públicas, la prioridad en el tiempo se determinará por la fecha en que se adoptó la providencia de embargo.

b) En los procedimientos concursales o de ejecución universal, se atenderá a la fecha de la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos; a la fecha del auto de declaración en los supuestos de concurso de acreedores y de quiebras, y a la de la resolución que inicie el procedimiento de ejecución universal en los demás casos.

2.2. Cuando la Tesorería General de la Seguridad Social deba continuar el procedimiento de apremio iniciado por la misma por resultar preferente conforme a las reglas precedentes o, no siéndolo, por no haber suscrito los convenios de quita y espera entre los acreedores y el concursado, entre los acreedores y el quebrado o entre los acreedores y el suspenso a que se refiere el artículo 57.2 del Reglamento General, el procedimiento de apremio regulado en el mismo y en esta Orden no será acumulable a los judiciales ni a otros procedimientos de ejecución y no se suspenderá aunque el deudor comerciante haya solicitado y haya sido declarado en situación de suspensión de pagos o en quiebra o el deudor no comerciante haya solicitado y obtenido, de sus acreedores, quita y espera o ambas cosas o se hubiere presentado en concurso ante el Tribunal u órgano competente ante el que se siga el procedimiento de ejecución universal.

2.3. Cuando la Tesorería General de la Seguridad Social hubiese iniciado el procedimiento de apremio y no resultare preferente para su continuación o, siéndolo, hubiere suscrito los convenios de quita, espera o aquellos otros que estime oportunos entre los previstos en el artículo 57.2 del Reglamento General, el Director Provincial de la Tesorería General competente, el órgano o la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social designada al efecto suspenderá el procedimiento administrativo de apremio seguido por ésta y, si no se hubiere efectuado ya con anterioridad, ordenará a los representantes de la Seguridad Social la personación en los otros procedimientos de ejecución y que se notifiquen a los órganos de ejecución universal correspondientes los débitos de la Seguridad Social, incluso los no liquidados hasta la fecha así como la situación y la naturaleza de los mismos.

La Dirección Provincial de la Tesorería General o, en su caso, el órgano o la Unidad de Recaudación Ejecutiva designada conforme al número 3 del artículo 55 de esta Orden propondrá lo que mejor convenga a los derechos de la Seguridad Social en los convenios o en el procedimiento de ejecución del caudal concursal, sujetándose en todo caso a lo establecido en el artículo 57 del Reglamento General y demás disposiciones complementarias.

En los supuestos a que se refiere este apartado podrá darse por terminado el procedimiento administrativo de apremio seguido por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social conforme a lo dispuesto en los números 2 y 4 del artículo 124 de esta Orden o acordar únicamente la data de las certificaciones correspondientes conforme a lo establecido en el artículo 177 de la misma, según proceda.

El citado artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992, al igual que el artículo 95 del Real Decreto 1.684/1990, de 20 de diciembre, ratifica el criterio mantenido por la Circular 3/1990, de 25 de junio de 1990, de la Secretaría General de Hacienda y la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre actuaciones en los procesos concursales de los órganos de la Administración Tributaria y del Servicio Jurídico del Estado. Recientemente, la Resolución de 30 de enero de 1995 de la Secretaría General para la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones sobre las actuaciones de los Órganos de la Tesorería General de la Seguridad Social en los procedimientos concursales, ha recogido también el criterio surgido de la reiterada doctrina del Tribunal de Conflictos de jurisdicción. En este sentido, como señala RAFAEL SANMARTÍN FERRER[47], *"La carencia de normativa dio lugar a que se consolidara el criterio a seguir en los casos de concurrencia de procedimientos, sobre las bases sentadas por la jurisprudencia de conflictos, que sustentaba que caso de pluralidad de ejecuciones sobre un mismo bien de un deudor la preferencia se acordaba con criterios de prioridad temporal; es decir, a la autoridad que primero realizó el embargo, sin entrar para nada en la prelación de los respectivos créditos, sino que se trata de un medio de determinar qué jurisdicción es la habría de tener en cuenta los derechos de todos (D.D. 05.10.1973; 03.05.1974; 28.02.1982; 02-04.1982 y R.D. 28.11.1984)"*.

Este autor, en la obra citada, recoge una amplia referencia de la doctrina jurisprudencial existente en materia de concurrencia de procedimientos. Pero el citado criterio temporal de la prioridad en el embargo suscitó como cuestión elemental para delimitar dicha prioridad la comparación de los denominados *"momentos homogéneos"*[48], cuestión que ha sido contemplada por la actual normativa de Recaudación del Estado y de la Seguridad Social.

Ahora bien, la redacción del apartado 2.1 a) del artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992 plantea la duda de considerar la providencia de embargo genérica o, por el contrario, considerar como *"momento homogéneo"* la diligencia de embargo específica sobre los correspondientes bienes. En este sentido, el artículo 110 del Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, regula la providencia de embargo como un acto genérico dictado por el Recaudador en el procedimiento administrativo de apremio; sin embargo, la traba en sí se producirá con la

(47) SANMARTÍN FERRER, RAFAEL; "La concurrencia de procedimientos y de embargos en el nuevo Reglamento y las tercerías de mejor derecho a favor del Estado". Tribuna Fiscal. Revista Tributaria y Financiera, nº 37. Editorial CISS; noviembre 1993. Pág. 63.

(48) SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ; "La hacienda frente a las quiebras y..." (obra citada en la NPP nº 19, pág. 36); pág. 53 y ss.
Confrontar también, MARTÍN TIMÓN, MANUEL; "Embargos y Tercerías de la Hacienda Pública". Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda. Madrid 1977.

correspondiente diligencia de embargo prevista para los bienes muebles en el artículo 115 del mismo Real Decreto. Esta cuestión ha llevado a algunos autores a considerar que la prioridad en favor de los procedimientos administrativos de apremio se producirá en función de la fecha de la diligencia de embargo[49]. No obstante, tanto la redacción del artículo 95 del Real Decreto 1.684/1990 (que regula el Reglamento General de Recaudación del Estado), como el artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992 (que desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social), hacen referencia literalmente a la fecha de la providencia de embargo, y ésta no es otra que la prevista en los respectivos artículos 110 del Real Decreto 1.517/1991 y del Real Decreto 1.684/1990. Consecuentemente, debería defenderse como *"momento homogéneo"* la fecha de la providencia de embargo genérica del artículo 110. Sin embargo, en contra de mi opinión, la citada Resolución de 30 de enero de 1995, de la Secretaría General para la Seguridad Social, en el apartado 2.1.2 de la instrucción sexta, hace referencia a las deudas apremiadas con "*diligencia de embargo de bienes*" dictada en fecha anterior a la del proceso.

En definitiva, las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social podrán continuar con el procedimiento administrativo de apremio cuando los créditos perseguidos hayan dado lugar a la diligencia específica del embargo de bienes con anterioridad a la admisión de la suspensión de pagos o al auto de declaración de quiebra.

---

(49) SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ;"La hacienda frente a las quiebras y..." (obra citada en la NPP nº 19, pág. 36); pág. 59.: "*La elección del momento homogéneo debe decantarse por la efectiva traba, siendo más conforme con ésta la diligencia que la providencia de embargo*".
CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO, C.; "La hacienda pública en los procesos concursales". Cuadernos de Formación de la Inspección de los Tributos, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, núm. 14/1991:"*[...] dentro de los tres momentos posibles, providencia de apremio, providencia de embargo y diligencia de embargo, parece lo más adecuado que sea éste último, en cuanto imprime la nota concreta de afección que supone el embargo, el término de comprobación elegido en lugar de la providencia de embargo.*".
ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, ARTURO; "La intervención de la Hacienda Pública en los procesos concursales". Tribuna fiscal CISS. Junio 1992:"*[...] que situar el momento de la traba de bienes en la providencia de embargo, a los efectos de prevalencia procedimental (art. 95.1 R.G.R.) introduce inseguridad dicha providencia, por su contenido genérico, y sin referencia a bienes concretos, tiende a se considerada acto de mero trámite, usualmente no notificado -tampoco el art'. 110 R.G.R. menciona su notificación-, con lo que el deudor, los acreedores, los órganos concursales o el Juez pueden desconocerla en el momento oportuno. Lo cual no obsta para promover conflicto jurisdiccional, pero puede plantear problemas en el reconocimiento o verificación de los créditos. Sería conveniente, cuanto menos, la inmediata comunicación de dicha providencia al Juzgado, al tener conocimiento del procedimiento concursal.*".
SANMARTÍN FERRER, RAFAEL; "La concurrencia de..." (obra citada en la NPP nº 47, pág. 113); Págs. 67-69.

2. DEUDAS SINGULARMENTE PRIVILEGIADAS.

El artículo 114.2 del Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, establece los siguiente:

> **Artículo 114.:** *Práctica de los embargos.*
> 2. Si la deuda estuviera garantizada mediante aval, prenda, hipoteca o cualquier otra garantía, se procederá en primer lugar a ejecutarla, lo que se realizará en todo caso por los órganos de recaudación competentes a través del procedimiento administrativo de apremio regulado en este Real Decreto.

Asimismo, el párrafo segundo, del apartado 3 del artículo 34 de la Ley General de la Seguridad Social, en su nueva redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, dice lo siguiente: "*si el cumplimiento de la deuda con la Seguridad Social estuviere garantizado mediante aval, prenda, hipoteca o cualquiera otra garantía personal o real, se procederá en primer lugar a ejecutarla, lo que se realizará en todo caso por los órganos de recaudación de la Administración de la Seguridad Social, a través del procedimiento administrativo de apremio.*".

La posibilidad de que la deuda se encuentre garantizada desde el inicio del procedimiento administrativo de apremio de la Seguridad Social puede tener su causa, únicamente, por dos situaciones:

1.- La existencia de un aplazamiento concedido con anterioridad, de conformidad con lo establecido en los artículos 39 y siguientes del propio Real Decreto 1.517/1991. Aplazamiento que para dar lugar al inicio del procedimiento de apremio, evidentemente, ha tenido que ser incumplido.

2.- La existencia de un recurso ordinario que haya dado lugar a la garantía del pago de los débitos perseguidos, según lo establecido en el artículo 30.4 de la Ley General de la Seguridad Social, en su nueva redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Consecuentemente, a diferencia de lo que puede suceder con los créditos a favor de la Hacienda Pública, los créditos de la Seguridad Social únicamente podrán estar garantizados cuando exista un aplazamiento concedido con anterioridad o cuando exista un recurso ordinario sujeto a las condiciones del citado artículo 30.4 de la Ley General de la Seguridad Social. No obstante, a partir de la vigencia de la reciente Ley 14/1994, de 11 de junio, por la que se regulan las

empresas de trabajo temporal, la garantía prevista en el artículo 3 de dicha Ley, también podrá dar lugar, en su caso, a la existencia de una garantía previa al inicio del procedimiento administrativo de apremio.

En estos supuestos, aunque se inicie un procedimiento de ejecución universal, las garantías singularmente constituidas con anterioridad al mismo podrán ser objeto de ejecución por parte de las Unidades de Recaudación Ejecución de la Seguridad Social, mediante el procedimiento administrativo de apremio regulado en el citado Real Decreto 1.517/1991. Cuando se trate de una garantía hipotecaria o pignoraticia, el privilegio de ejecución separada viene, además, determinado por lo dispuesto en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 (artículo 9, párrafo 4º), en la Ley de enjuiciamiento civil (artículo 166), en el Código de Comercio (artículo 918) y en la Ley Hipotecaria (artículo 135)[50]. Sin embargo, la posibilidad de que estas garantías hipotecarias o pignoraticias puedan ser ejecutadas por las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social, a través del procedimiento administrativo de apremio, puede plantear serias dudas, al atribuir a los órganos de recaudación competentes la ejecución de una hipoteca. En cualquier caso, la eficacia de dicha ejecución resulta mayor al evitar la necesidad de acudir a un procedimiento civil.

Por su parte, cuando la garantía esté constituida por un aval solidario, no existe problema alguno para llevar a cabo su ejecución a pesar del posterior inicio de un procedimiento concursal del deudor principal.

En conclusión, cuando el crédito de la Seguridad Social se encuentre singularmente garantizado con anterioridad al inicio de un procedimiento concursal, dicho crédito podrá ser objeto de ejecución con independencia de la existencia del citado procedimiento de ejecución universal; apartándose, consecuentemente, del principio de igualdad de trato (*"par conditio creditorum"*). Si bien, por aplicación analógica del apartado 1º de la instrucción 6ª de la Circular 3/1990, *"previamente se comunicará tal decisión a los órganos del proceso por si deciden satisfacer las deudas garantizadas, en cuyo caso, se dejará sin efecto la ejecución"*. Cuestión que ha sido contemplada en el apartado 2.1.1 de la instrucción sexta de la Resolución de 30 de enero

(50) Ver en el capítulo 1º de la parte segunda, "El privilegio de ejecución separada" (Pág. 180 y ss.).
El derecho de ejecución separada de la hipoteca es discutido por algunos autores. Parte de la doctrina considera que los acreedores hipotecarios pueden ejecutar su derecho separadamente; sin embargo, otros autores consideran que sólo existe derecho de ejecución separada sin han iniciado la ejecución antes de declararse la quiebra (en las suspensiones de pagos no se plantea esta controversia).
Igualmente, el derecho de ejecución separada viene determinado en el artículo 39.3 de la Ley de Hipoteca Naval de 1893 y en el artículo 10, párrafo 2º, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

de 1995, de la Secretaría General para la Seguridad Social, señalando que en el caso de que se pretenda ejecutar la garantía, previamente se comunicará a través del Letrado de la Administración de la Seguridad Social tal decisión a los órganos del proceso por si deciden satisfacer las deudas garantizadas, en cuyo caso se dejará sin efecto la ejecución.

3. DEUDAS CON EMBARGO ANTERIOR AL PROCESO CONCURSAL.

Como he expuesto anteriormente, el apartado 2.1 del artículo 117, de la Orden de 8 de abril de 1992, establece que en los casos de concurrencia de un procedimiento administrativo de apremio y un procedimiento concursal, la preferencia[51] para continuar la tramitación del procedimiento se determinará por la prioridad en el tiempo de los mismos. Determinando que para fijar la prioridad en el tiempo se aplicarán las siguientes reglas:

> **Artículo 117.:** *Carácter, concurrencia, suspensión y anulación del procedimiento de apremio.*
>
> 2.1. a) En los procedimientos administrativos de apremio seguidos por los órganos de recaudación ejecutiva de la Administración de la Seguridad Social así como por los de otras Administraciones Públicas, la prioridad en el tiempo se determinará por la fecha en que se adoptó la providencia de embargo.
>
> b) En los procedimientos concursales o de ejecución universal, se atenderá a la fecha de la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos; a la fecha del auto de declaración en los supuestos de concurso de acreedores y de quiebras, y a la de la resolución que inicie el procedimiento de ejecución universal en los demás casos.

En relación con el "*momento homogéneo*" que debe considerarse en los procedimientos administrativos, la duda se plantea, como he dicho anteriormente, sobre si éste debe ser el de la providencia de embargo genérica prevista en el artículo 110 del Real Decreto 1.517/1991, o, por el contrario, el momento será el de la diligencia específica de embargo sobre el bien concreto. Me remito a las consideraciones que he recogido en la introducción en favor de la defensa que, por parte de los órganos encargados de la reclamación del crédito de la Seguridad Social, debería realizarse en el sentido más beneficioso para su crédito, que no es otro que sostener como "*momento homogéneo*" la fecha de la providencia de embargo del artículo 110 del Real Decreto 1.517/1991. No obstante, como he dicho anteriormente, el criterio de la Resolución de 30 de enero de 1995, de la Secretaría General para la Seguridad Social, ha sido considerar la diligencia específica de embargo de bienes.

Otra cuestión debatida por la doctrina que, en mi opinión, al descartar la fecha de la

(51) En mi opinión, sería más exacto que dijera "*la prioridad*"; pues, asimilo prioridad con orden de ejecución y preferencia con la clasificación del mejor derecho. Aquí no se debate a quién le corresponde el mejor derecho al cobro, sino a quién le corresponde la prioridad para continuar con la ejecución. En este sentido, confrontar las cuestiones terminológicas que desarrollo en la introducción.

diligencia específica del embargo debería quedar asimismo descartada, es la posible controversia entre la fecha del embargo y su anotación en el correspondiente registro. Como señalan LUIS SÁNCHEZ SOCIAS y JUAN J. TORRES FERNÁNDEZ[52], *"La jurisprudencia de conflictos no atiende a la fecha de acceso al Registro del embargo, sino a la fecha del embargo mismo: Decreto de 17 de abril de 1975, Arz. 3163. Este criterio es aceptado por Solchaga Loitegui, J. (1981),* «Efectos del juicio de suspensión de pagos en el procedimiento de apremio», *en Crónica Tributaria, núm. 37, págs. 251 y ss. Y es también la tesis de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de 6 de septiembre de 1988, Arz. 6999 y 12 de junio de 1989, Arz. 4804, que destacan la cierta trascendencia real del embargo y el carácter no constitutivo de su anotación en el Registro de la Propiedad para tal trascendencia".*

En consecuencia, cuando el crédito perseguido por la Seguridad Social se encuentre diligenciado de embargo con antelación a la fecha de la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos; o a la fecha del auto de declaración en los supuestos de concurso de acreedores y de quiebras, tendrá prioridad para continuar con la ejecución el procedimiento administrativo de apremio seguido por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social. Ahora bien, es importante también analizar la reserva establecida en el propio apartado 2.1 del artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992, según el cual, el criterio para fijar la prioridad en el tiempo quedará a salvo de que otra cosa se disponga por resolución de los órganos judiciales competentes en materia de conflictos jurisdiccionales. Hay que preguntarse si esa posibilidad atribuida a los órganos jurisdiccionales para dictar resoluciones contrarias a lo establecido por el artículo 117.2.1 se limita a los posibles efectos de la retroacción de la quiebra o, en su caso, a la resolución en caso de que ambos momentos sean coetáneos; o, por el contrario, dado el carácter de norma de desarrollo de un reglamento, la potestad jurisdiccional puede modificar el criterio del artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992. A mi juicio, el criterio general deberá ser el contemplado por la normativa en vigor (artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992 y, para la deudas del Estado, artículo 95 del Real Decreto 1.684/1990, de 20 de diciembre) y, únicamente con carácter excepcional,podrá modificarse el criterio por parte de los órganos judiciales competentes en materia de conflictos jurisdiccionales.

Por último, en estos casos también deberá efectuarse una aplicación analógica de la

(52) SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ;"La hacienda frente a las quiebras y..." (obra citada en la NPP nº 19, pág. 36); pág. 164.

instrucción 6ª de la circular 3/1990, anteriormente citada: "*Al tener preferencia el procedimiento administrativo de apremio sobre el judicial, en estos casos, se continúa con la ejecución de los bienes, si bien previamente se comunicará tal decisión a los órganos del proceso por si deciden satisfacer la deuda. Si el producto obtenido no es suficiente para satisfacer la deuda, la parte restante debe incluirse en la masa del proceso*". Criterio que también ha sido contemplado por el apartado 2.1.2 de la Resolución de 30 de enero de 1995, señalando que la decisión de continuar el procedimiento de apremio administrativo será comunicada a través del Letrado de la Administración de la Seguridad Social a los órganos del proceso por si deciden satisfacer la deuda.

4. LAS RESTANTES DEUDAS ANTERIORES AL PROCESO CONCURSAL (SIN EMBARGO DE BIENES).

4.1. Cuestiones generales.

En los apartados 2 y 3 he recogido los supuestos en los que el crédito de la Seguridad Social puede continuar con la ejecución a pesar de la existencia de un procedimiento concursal o de ejecución universal; analizando ahora los casos de concurrencia en los que el crédito de la Seguridad Social deberá suspender el procedimiento administrativo de apremio por no resultar prioritario para su continuación.

Esto se producirá cuando, nacido el crédito de la Seguridad Social[53], se inicie un procedimiento concursal con anterioridad a la fecha de la diligencia de embargo dictada por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social (considerando, a tal efecto, la fecha de la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos; o la fecha del auto de declaración en los supuestos de concurso de acreedores y de quiebras).

Un ejemplo quizá ayuda a aclarar esta cuestión: Sería el caso de una empresa que no ha ingresado sus cotizaciones por los períodos de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio , julio y agosto del año 1994.

Como consecuencia del impago de estas cotizaciones, en junio del mismo año se expiden certificaciones de descubierto por los períodos de enero y febrero. Certificaciones que, dentro del mismo mes de junio, son providenciadas de embargo y que posteriormente originan una diligencia de embargo sobre un determinado bien del deudor.

Posteriormente, en septiembre de 1994, se dicta la providencia de admisión de suspensión de pagos de la empresa, en el correspondiente Juzgado de 1ª Instancia.

Concluyendo que, las certificaciones de descubierto correspondientes a los meses de enero y febrero (diligenciadas de embargo con anterioridad al inicio del procedimiento concursal), podrán continuar con su ejecución. Por el contrario, las certificaciones de descubierto que se expidan por los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto, a pesar de tratarse de períodos nacidos con anterioridad al inicio del procedimiento concursal, deberán posponerse a la tramitación

(53) Ver el apartado 5 del capítulo 1º: "Determinación de la fecha del nacimiento del crédito de la Seguridad Social" (Pág. 36 y ss.).

del mismo, debido a que no existe una diligencia de embargo anterior a la fecha de admisión de la suspensión de pagos.

Por último, para finalizar con el ejemplo que describo,hay que hacer referencia a las posibles deudas que se originen con posterioridad a septiembre de 1994 (fecha de admisión de la suspensión de pagos), pues serían las denominadas deudas de la masa o deudas posteriores al proceso, a las que dedico el siguiente apartado.

En definitiva, las deudas generadas con antelación al inicio del proceso concursal que no hayan sido diligenciadas de embargo, deberán incluirse en la masa de dicho proceso, con el privilegio que les corresponde de conformidad con el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, no pudiendo continuar con su ejecución separada a través del procedimiento administrativo de apremio.

4.2. Actuación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva en relación con estas deudas.

La cuestión se centra en determinar si los órganos encargados de la recaudación en vía de apremio de las deudas de la Seguridad Social, es decir, las Unidades de Recaudación Ejecutiva, pueden efectuar embargos de bienes del deudor después de iniciado el proceso concursal.

En este sentido, el citado artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992, en su apartado 2.3, señala que , cuando la Tesorería General de la Seguridad Social no resultare preferente para la continuación del procedimiento, el Director Provincial, el órgano o la Unidad de Recaudación Ejecutiva suspenderá el procedimiento administrativo de apremio y ordenará a los representantes de la Seguridad Social la personación en los otros procedimientos de ejecución y que se notifiquen a los órganos de ejecución universal correspondientes los débitos de la Seguridad Social. En tales supuestos, podrá darse por terminado el procedimiento administrativo de apremio seguido por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social.

A la vista de esta redacción,parece que la respuesta a la cuestión anteriormente planteada sería que no se pueden efectuar embargos con posterioridad al inicio del proceso concursal. No obstante, la doctrina mayoritaria, incluida la propia de la Dirección General de los Registros y Notariado[54], sostiene que la quiebra y la suspensión de pagos no produce el cierre registral. Por

(54) Ver Resoluciones de 15 de febrero de 1962 (Aranzadi, 745), 14 de diciembre de 1971 (Aranzadi, 5530), y 14 de junio de 1973 (Aranzadi, 2757).

tanto, como señalan LUIS SÁNCHEZ SOCIAS y JUAN J. TORRES FERNÁNDEZ[55], desde la solicitud de quiebra o suspensión de pagos, y hasta la inscripción del eventual convenio, pueden practicarse anotaciones de embargo cualquiera que sea la naturaleza del crédito que traten de asegurar y el tipo de procedimiento (judicial o administrativo) de que dimanen los mandamientos que las ordenen. Este sentido es también el mantenido por la Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social, de 30 de enero de 1995.

En consecuencia, las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social podrán efectuar embargo de bienes por las deudas a las que me refiero en este apartado, a pesar de la prioridad del procedimiento concursal, si bien, el embargo practicado por dichas Unidades de Recaudación estará sometido a dos limitaciones[56]:

a) Temporal, ya que no serán ejecutables hasta que no haya terminado el procedimiento concursal (cfr. Resolución de 20 de febrero de 1987, Aranzadi, 1068)[57].

b) Estará en función de la eficacia del convenio. Si el embargo tiene su origen en algún crédito incluido de manera forzosa en el ámbito de aplicación del convenio, la inscripción del auto que aprueba el convenio traerá consigo la pérdida de la eficacia de la anotación. Sólo los acreedores con derecho de abstención que hayan hecho uso del mismo podrán ejecutar esos embargos una vez concluido el proceso.

(55) SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ; "La hacienda frente a las quiebras y..." (obra citada en la NPP nº 19, pág. 36); pág. 164.

(56) SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ; "La hacienda frente a las quiebras y..." (obra citada en la NPP nº 19, pág. 36); pág. 164.

(57) Rectifica la doctrina de las Resoluciones de 25 de junio y 23 de octubre de 1979, y declara que no es necesario el requisito formal de que el mandamiento contenga la salvedad de este límite temporal.

5. DEUDAS POSTERIORES AL PROCESO (DEUDAS DE LA MASA).

En relación a las deudas generadas con posterioridad al inicio del procedimiento concursal, la instrucción sexta de la Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones sobre las actuaciones en los procesos concursales de los órganos de la Tesorería General de la Seguridad Social, en su apartado 2.2 dice lo siguiente: "*Estas deudas, denominadas créditos de la masa, no forman parte de la masa y, por ello no son objeto del proceso. En consecuencia no es necesario solicitar su reconocimiento, sino que son directamente exigibles a su vencimiento a los órganos del proceso o a la Comisión que se hubiere creado en el convenio que ponga fin al mismo*".

Estas denominadas deudas de la masa se originan por la propias operaciones de conservación o liquidación de los bienes de la empresa. Destacando, entre otras, los honorarios de los profesionales que intervienen en el procedimiento concursal (letrados, procuradores, síndicos o interventores, etc.). Asimismo, serán deudas de la masa cualquier otro gasto que pueda efectuarse con posterioridad al proceso, tales como las cotizaciones de Seguridad Social o los impuestos devengados después de iniciado el procedimiento. Se trata, como dicen LUIS SÁNCHEZ SOCIAS y JUAN J. TORRES FERNÁNDEZ[58], "*[...] de gastos necesarios del proceso que tienen un carácter extraconcursal*[59]. *Este carácter extraconcursal de las deudas de la masa determina que deban satisfacerse al margen y con independencia del proceso*". Estos mismos autores sostiene que " *Los acreedores de la masa gozan de la más absoluta preferencia respecto de los acreedores concursales, y deben ver satisfechos sus créditos en primer lugar, tanto en la quiebra, lo que es doctrina común, como en la suspensión de pagos. Dejar en este expediente sin protección los intereses de los nuevos acreedores sería contrariar su finalidad teórica -hacer posible la continuidad de la empresa-, y añadir un beneficio no previsto legalmente a la rentabilidad final del mismo. Además quedaría destruida la necesaria confianza comercial para una posible contratación con cualquier comerciante mientras se tramita la suspensión de pagos, ante la*

(58) SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ;"La hacienda frente a las quiebras y..." (obra citada en la NPP nº 19, pág. 36); págs. 184 y ss.

(59) Ver Sentencias de 2 de octubre de 953 (Aranzadi, 2516-2517), 27 de octubre de 1959 (Aranzadi, 4723), 5 y 6 de julio de 1966 (Aranzadi 4150-4151) y 17 de julio de 1984 (Aranzadi, 4892).

imposibilidad de exigir el cobro de un crédito no atendido voluntariamente[60]"

Consecuentemente, las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social podrán iniciar o continuar los procedimientos administrativos de apremio en los que se reclamen descubiertos originados con posterioridad al procedimiento concursal,llegando, si fuera necesario, a la enajenación del patrimonio del deudor.

En mi opinión, resulta más discutible la consideración como deudas de la masa de los salarios e indemnizaciones de los trabajadores reconocidos en Sentencia de fecha posterior al proceso, pero cuya causa es anterior al inicio del mismo. La doctrina considera generalmente esta situación[61]; sin embargo, resulta más acertado el criterio sostenido por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos) de 26 de noviembre de 1979[62], según el cual "*aunque la sentencia que fijó las indemnizaciones por despido autorizado fue posterior al auto que declaraba la quiebra, advierte el Alto Tribunal que los correspondientes créditos «nacieron con anterioridad a la declaración de quiebra [...], por lo que en forma alguna puede afirmarse sean créditos contra la masa, pues ni en su origen ni desarrollo tuvo intervención alguna los síndicos, ya que cuando éstos empezaron a actuar estaban rescindidos o resueltos los contratos que en su día celebró la empresa»*"

(60) Ver la acertada crítica que hace SOTILLOS URRE, J.L. (1989) a la Resolución de 17 de abril de 1989, (Aranzadi, 3404), en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, núm. 21, marginal núm. 538.

(61) SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ;"La hacienda frente a las quiebras y..." (obra citada en la NPP nº 19, pág. 36); pág. 164.

(62) Obsérvese que la misma es anterior a la vigencia del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980). No obstante, esta consideración puede ser mantenida en la actualidad.

6. CONCURRENCIA CON OTROS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE EJECUCIÓN.

Cuando la concurrencia del procedimiento administrativo de apremio de la Seguridad Social no se produce con un procedimiento concursal, sino con otro de carácter administrativo, la prioridad para continuar con la ejecución se encuentra regulada, a efectos del crédito de la Seguridad Social, en el citado artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992, según el cual: "*En los casos de concurrencia de procedimientos administrativos de apremio entre sí, la preferencia*[63] *para continuar la tramitación del procedimiento se determinará por la prioridad en el tiempo de los mismos. Para fijar la prioridad en el tiempo se aplicará la siguiente regla: En los procedimientos administrativos de apremio seguidos por los órganos de recaudación ejecutiva de la Administración de la Seguridad Social así como por los de otras Administraciones Públicas, la prioridad en el tiempo se determinará por la fecha en que se adoptó la providencia de embargo*".

En una primera lectura de dicho artículo 117, podría parecer que la posible concurrencia deberá resolverse atendiendo a las fechas de las providencias de embargo genéricas de los artículos 110[64] de ambos Reglamentos de Recaudación, es decir, del Real Decreto 1.517/1991, que regula el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, y del Real Decreto 1.684/1990, que regula el Reglamento General de Recaudación del Estado. Sin embargo, la resolución de la concurrencia entre procedimientos administrativos de apremio requiere un mayor análisis al respecto.

En primer lugar, hay que considerar que el Reglamento General de Recaudación del Estado, a diferencia de la normativa recaudatoria de la Seguridad Social, distingue la concurrencia del procedimiento administrativo con los procedimientos concursales (regulada en el artículo 95), de la concurrencia de embargos judiciales o administrativos sobre unos mismos bienes o derechos (Artículo 117 del Real Decreto 1.684/1990). En el primer caso (concurrencia con procedimientos concursales), la solución aportada por el Reglamento General de Recaudación del Estado coincide con la establecida por el artículo 117 de la Orden que desarrolla el Reglamento de la Seguridad Social. Por el contrario, cuando la concurrencia de procedimientos administrativos recae sobre un

(63) Ver la NPP nº 51, pág. 118.

(64) El artículo 110 de ambos Reglamentos determina la expedición de la providencia de embargo.

determinado bien embargado, la preferencia de dicho embargo se determinará por la prioridad en la traba.

Evidentemente, la normativa en caso de concurrencia de procedimientos administrativos de apremio, entre sí, deberá ser coincidente; cuestión que obliga a pensar que el artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992 ha resultado una copia errónea de los artículos previstos en el Real Decreto 1.684/1990 (artículos 95 y 117).

Para mayor abundamiento, hay que tener presente lo dispuesto por la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 1.517/1991, por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social:

> **Séptima.:**
> En lo no previsto en este Real Decreto y en las disposiciones de desarrollo del mismo que al efecto se dicten por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se aplicará a la recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social, supletoriamente, el Reglamento General de Recaudación del Estado, si bien las referencias que en el mismo se efectúan al Ministerio de Economía y Hacienda, Dirección General de Recaudación, Delegaciones de Hacienda y demás órganos de recaudación de los mismos se entenderán hechas, respectivamente, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, a las Direcciones Provinciales de la misma y a los demás órganos de recaudación de la Seguridad Social, que tengan atribuidas funciones similares en materia recaudatoria.

En definitiva, la concurrencia del procedimiento administrativo de apremio de la Seguridad Social con otros procedimientos administrativos, deberá resolverse según lo dispuesto en el apartado 1, del artículo 117 del Real Decreto 1.684/1990, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación del Estado, que dice lo siguiente:

> **Artículo 117.:** Concurrencia de embargos
> 1. En caso de concurrencia de embargos judiciales o administrativos sobre unos mismos bienes o derechos, la preferencia de embargo se determinará por la prioridad en la traba.

En cualquier caso, la cuestión que resuelve este artículo se refiere a la prioridad en la ejecución, sin que ello suponga un pronunciamiento acerca de la preferencia para el cobro. De hecho, puede darse el caso que el órgano administrativo que tiene prioridad para la ejecución no tenga la preferencia para el cobro de su crédito con el importe obtenido de la enajenación de los bienes del deudor. Esta circunstancia supone que, en la práctica, a pesar de que un órgano

administrativo tenga la prioridad en la ejecución que le da el haber efectuado el embargo en primer lugar, no se oponga a otras ejecuciones (salariales, por ejemplo) que gozarán de la preferencia para el cobro. Sería tanto como efectuar toda la compleja labor de una ejecución para que otros interesados se llevaran el "*premio*" de dicha ejecución(65).

Por último, quiero adelantar ahora la existencia de un procedimiento administrativo singular que desarrollaré en el apartado 2, del capítulo 7º, de la segunda parte. Dicho procedimiento está regulado en el Real Decreto-Ley 10/1984, de 11 de julio, que lo crea para llevar a cabo la liquidación de las entidades aseguradoras cuando éstas son insolventes. El procedimiento es homologable a los procesos concursales mercantiles ya que, como dice el Consejo de Estado, "*se trata de un procedimiento concursal de ejecución universal en vía administrativa regido por un principio «par conditio creditorum», en el que se sustituye la intervención judicial por la del órgano administrativo creado al efecto, la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA). La liquidación se lleva a cabo «sin perjuicio de las garantías jurisdiccionales del artº 16 de la Ley de Suspensión de Pagos y de los artículos 902 y 903 del Código de Comercio dejando, pues, a salvo el derecho de los acreedores que no concurran a la Junta, el de los que, asistiendo, discrepan del voto de la mayoría y el de los que hubieran sido eliminados de la lista formada.*»"

El artículo 4º del citado Real Decreto-Ley 10/1984, en su apartado 6, dice lo siguiente:

> **Artículo 4.:**
>
> 6. Las acciones de cualquier clase ejercitadas contra la entidad antes del comienzo de la liquidación o durante ésta ante cualquier jurisdicción, incluidas aquellas que persigan bienes hipotecados o pignorados, seguirán su tramitación hasta obtener sentencia firme. La ejecución de ésta, la de los embargos cautelares trabados, así como la de las providencias administrativas de apremio, quedará en suspenso en tanto se tramita por la Comisión el procedimiento liquidatorio. Si el plan de liquidación no fuera aprobado por los acreedores o ratificado por la Dirección General de Seguros, quedará expedito a aquéllos el ejercicio de las acciones legales oportunas para instar las actuaciones judiciales procedentes, y a las Administraciones Públicas, el de sus potestades para proseguir los procedimientos administrativos de apremio.

(65) Como dice CASABLANCAS GARCÍA, PEDRO; "Breves comentarios al nuevo Reglamento..." (obra citada en la NPP nº 246, pág. 300); pág. 312: "El apartado 1 del artículo 117 recoge una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en materia de Conflictos de Jurisdicción: "*La prioridad en el embargo marca la prioridad en la ejecución*".

7. LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.

Como dice RAFAEL SANMARTÍN FERRER[66], *"La preferencia procedimental ha venido siendo resuelta tradicionalmente mediante el planteamiento de conflictos de competencia entre las autoridades que conocen los mismos. En términos amplios, estos conflictos pueden producirse entre la Administración y los Tribunales, es decir, conflictos jurisdiccionales en sentido estricto, entre Juzgados y Tribunales entre sí -con la denominación tradicional de «cuestiones de competencia»- o entre Administraciones e incluso órganos administrativos, llamados, también tradicionalmente, conflictos de atribuciones. El conflicto, puede ser positivo, si las distintas autoridades involucradas pretenden conocer la misma cuestión, o negativo, si por el contrario lo pretendido es que no tiene atribuido el conocimiento de la misma"*.

En este sentido, el reiterado artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992, que desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, en su apartado 1 establece lo siguiente:

> **Artículo 117.:** *Carácter, concurrencia, suspensión y anulación del procedimiento de apremio.*
>
> 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 102 del Reglamento General, el procedimiento de recaudación, en vía ejecutiva, de los débitos por cuotas y demás recursos de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta es exclusivamente administrativo.
>
> Los Directores provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social, dentro del territorio al que se extienden sus funciones, podrán solicitar del órgano competente el planteamiento de conflicto jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales de cualquier grado y jurisdicción que admitan demanda o pretensión en relación con dicho procedimiento de apremio o promuevan de oficio actuación al respecto, sin haberse agotado antes la vía administrativa, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, y demás disposiciones complementarias. Asimismo, el Director provincial de la Tesorería General instará, en su caso, que se promueva conflicto de atribuciones conforme a lo dispuesto en la Ley de 17 de julio de 1948.

En todo caso, la cuestión que deberá valorarse por parte de las respectivas Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social antes de solicitar el correspondiente Conflicto Jurisdiccional o, en su caso, Conflicto de atribuciones, es el interés que del mismo pueda

(66) SANMARTÍN FERRER, RAFAEL;"La concurrencia de procedimientos y de embargos en el..." (obra citada en la NPP nº 47, pág. 113); pág. 63.

desprenderse en favor del crédito de la Seguridad Social, pues, como decía anteriormente, una cosa es la prioridad en la ejecución y otra distinta la preferencia para el cobro.

Consecuentemente, no tiene sentido iniciar un determinado conflicto para llevar a cabo una ejecución, cuando el producto de dicha ejecución se presume que corresponderá a otro acreedor, a través de la oportuna tercería de mejor derecho.

8. LA PERSONACIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES.

8.1. Antecedentes normativos.- Regulación actual.

Tradicionalmente, ni la Hacienda Pública ni la Seguridad Social podían transigir sobre sus derechos a través de los procedimientos concursales, lo que determinaba que en la práctica totalidad de los casos se ejercitaba el derecho de abstención en los mismos.

La única posibilidad legal existente era la prevista en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, que exigía un Decreto acordado en Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado.

Sin embargo, a partir de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990[67], la situación queda modificada con la Disposición Adicional Novena Dos, que introduce en la hoy derogada Ley 40/1980, un nuevo artículo con el número 17 bis, que queda redactado en los siguientes términos:

> **Artículo 17 bis.:**
>
> No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado.
>
> No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir directamente los acuerdos o convenios en procesos concursales previstos en las secciones 1ª. y 8ª. del título XII y en la sección 6ª. del título XIII de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

Posteriormente, el vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, establece en su artículo 57.2 lo siguiente:

> **Artículo 57.:**
>
> 2. No podrá transigirse judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social, ni someter a arbitraje las contiendas que se suscite respecto de los

(67) El artículo 106 de la Ley 37/1988, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1989, introdujo esta posibilidad en favor de la Hacienda Pública.

> mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado.
>
> No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir directamente los acuerdos o convenios en procesos concursales previstos en las Secciones primera , de la quita y espera, y octava, del Convenio entre los acreedores y el concursado, del título XII, del concurso de acreedores, y en la Sección sexta, del convenio entre acreedores y el quebrado, del título XIII, del derecho de proceder en las quiebras, títulos ambos, del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en el Convenio entre los acreedores y el suspenso, regulado en la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922.

Por último, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 24, dice los siguiente:

> **Artículo 24.:** *Transacciones sobre derechos de la Seguridad Social.*
>
> No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado.
>
> No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la Tesorería General de la Seguridad Social, podrá suscribir directamente los acuerdos o convenios en procesos concursales previstos en las secciones 1ª. y 8ª. del Título XII del Libro Segundo y el sección 6ª. del Título XIII del Libro Segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

8.2. Consideraciones generales.

Reconocida actualmente la posibilidad de que la Tesorería General de la Seguridad Social pueda suscribir directamente los acuerdos o convenios que se determinen en los procedimientos concursales, la pregunta que debemos realizarnos es la siguientes: ¿Cuándo deberá personarse en esos procedimientos y cuándo deberá ejercitar el derecho de abstención previsto en el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y en el artículo 900 del Código de Comercio?

Dejando a un lado los posibles acuerdos a los que la Tesorería General de la Seguridad Social pueda llegar como consecuencia de incidencias socio-políticas en un sector o en una empresa determinada, interesa ahora analizar los distintos supuestos que objetivamente puedan plantearse.

Cuando la Tesorería General de la Seguridad Social se encuentre, en relación con un procedimiento concursal, en alguno de los supuestos desarrollados en los apartados 2, 3 y 5 de este mismo capítulo, es decir, en aquellos supuestos en los que su ejecución no queda paralizada por

la existencia de un procedimiento concursal, deberá continuar con su ejecución a través del procedimiento administrativo de apremio, ejercitando con ello la posibilidad de ejecución separada que le corresponde a pesar de la existencia de un proceso concursal. En consecuencia, cuando los créditos de la Seguridad Social estuviesen con anterioridad al inicio del procedimiento concursal singularmente garantizados o diligenciados de embargo, o bien se tratase de deudas generadas con posterioridad (deudas de la masa), la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social continuará con la tramitación de su procedimiento, llegando si fuera necesario a la enajenación del patrimonio del deudor. Por lo tanto, en estos supuestos, no se personará en el procedimiento concursal, limitándose a ejercitar el derecho de abstención previsto. No obstante, existen algunas matizaciones que voy a realizar a continuación, cuando analice la situación que se produce en la Suspensión de Pagos y en las Quiebras.

Por su parte, cuando la Tesorería General de la Seguridad Social se encuentre en presencia del supuesto desarrollado en el apartado 4, deberá condicionar su actuación al desarrollo del procedimiento concursal, para lo cual hay que distinguir la situación que se produce en un expediente de Suspensión de Pagos y en un expediente de Quiebra. Si bien, en mi opinión, ante la actual confusión normativa de los procedimientos concursales, lo verdaderamente importante es conocer si la empresa continuará o no con la actividad[68].

8.3. La personación en la suspensión de pagos.

En un proceso de concurrencia de acreedores, el fortalecimiento del crédito de la Seguridad Social estará determinado por su posible ejecución separada o por el ejercicio de su preferencia con respecto a los restantes acreedores.

Cuando la Tesorería General de la Seguridad Social tenga garantizado su expediente con la traba de bienes realizada con antelación al inicio del proceso de suspensión de pagos, la situación lógica será que la Tesorería continúe con la ejecución de su procedimiento administrativo de apremio, llegando si fuera preciso a la ejecución del patrimonio del deudor.

Puede ocurrir, sin embargo, que a pesar de que la Tesorería pueda continuar con el procedimiento, no existan más bienes que los que ya se encuentran trabados en el proceso de

(68) Por todos es sabido que, en la actualidad, innumerables expedientes de Suspensión de Pagos finalizan con insolvencia definitiva y con la extinción de la actividad; mientras que, por el contrario, hay quiebras que posteriormente permiten la continuidad de la empresa. En todo caso, considero que la finalidad de un expediente concursal debería intentar siempre el mantenimiento empresarial.

suspensión de pagos. Piénsese, por ejemplo, en que el único bien existente sea un inmueble en el que consten las correspondientes inscripciones y anotaciones anteriores a la practicada por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social, y que ésta persigue deudas posteriores al proceso concursal (deudas de la masa). En ese caso, por mucho derecho que le pueda asistir a la Seguridad Social, si existe un crédito hipotecario anterior, el privilegio de la Seguridad Social puede quedar vacío de contenido.

Por otro lado, cuando los créditos reclamados por la Tesorería General de la Seguridad Social sean anteriores a la Suspensión de Pagos, pero no se encuentren diligenciados de embargo en el momento de la admisión de dicha suspensión, la reclamación de las deudas de la Seguridad Social quedará suspendida a la espera de la finalización del proceso concursal. Ahora bien, como he dicho anteriormente en el apartado 4.2, esto no impide que la Unidad de Recaudación ejecutiva pueda continuar efectuando embargos, pero estos embargos no podrán ser objeto de ejecución hasta que finalice la Suspensión de Pagos.

En todo caso, lo verdaderamente importante es conocer si la empresa tendrá o no continuidad. Si la empresa va a suscribir un convenio con los acreedores de la Suspensión de Pagos que permita a la misma su continuidad, la Tesorería deberá abstenerse de participar en el convenio y ejercitar su derecho una vez finalice el procedimiento de suspensión. Cuestión que obligará a la empresa deudora a formalizar un compromiso de pago con la Tesorería General de la Seguridad Social para que ésta no ejecute y deje sin contenido el convenio.

Si por el contrario, el expediente de Suspensión de Pagos va a concluir con la disolución de la actividad empresarial y el único patrimonio que en la misma existe está afecto al proceso de la suspensión, la Tesorería General de la Seguridad Social deberá valorar su personación en el convenio como única posibilidad real de cobro.

En definitiva, la concurrencia de un procedimiento administrativo de apremio por deudas con la Seguridad Social y un procedimiento de suspensión de pagos, no puede analizarse como si se tratara de una ciencia exacta, pues dependerá de todas las circunstancias que rodean a la actividad empresarial.

Podría generalizarse diciendo que la Tesorería General de la Seguridad Social ejercitará el derecho de abstención cuando tenga garantizado su expediente (o al menos posibilidades reales de cobro) con antelación al inicio del proceso de Suspensión de Pagos, o bien cuando tras la firma del convenio existan posibilidades de ejecución.

Por el contrario, cuando la empresa no vaya a continuar con su actividad y los únicos

bienes susceptibles de ejecución se encuentren afectos al proceso concursal, la Tesorería General de la Seguridad Social deberá valorar su personación como alternativa real de cobro.

8.4. La personación en la quiebra.

En un proceso de quiebra, la Tesorería General de la Seguridad Social también podrá hacer uso del derecho de abstención previsto en el artículo 900 del Código de Comercio, además de continuar, en su caso, con el privilegio de ejecución separada cuando se dé alguno de los supuestos que he desarrollado en los apartados 2, 3 y 5 de este mismo capítulo.

Sin embargo, la finalidad natural de un procedimiento de quiebra consiste en la liquidación del patrimonio del deudor para hacer frente al pago de sus acreedores[69]. En este caso, si los únicos bienes que integran el patrimonio del deudor están afectos al procedimiento de ejecución universal, y si tras la finalización de dicho procedimiento se llega, con toda probabilidad, a la disolución de la empresa, la Tesorería General de la Seguridad Social, como defensora de intereses públicos que es, debería personarse en el procedimiento de la quiebra en lugar de ejercitar el *tradicional* derecho de abstención. Esta evidente personación deberá producirse porque, en caso contrario, se liquidará el patrimonio del quebrado en el procedimiento concursal y la Tesorería General de la Seguridad Social, al haber ejercitado el derecho de abstención, verá imposibilitada cualquier alternativa real de cobro. Por el contrario, personándose en el procedimiento gozará de la prelación establecida por el artículo 913 y 914 del Código de Comercio[70]; concretamente, según la remisión que realiza el artículo 22 del nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social gozará de la prelación establecida en el párrafo D) del apartado 1º del artículo 913 del Código de Comercio. Y, a mi juicio, la prelación establecida en dicho artículo 913 otorga al crédito de la Seguridad Social una notabilísima posición, pues se antepone a los restantes créditos privilegiados por el derecho común (Código Civil, entre otros); de manera que, cuando los créditos deban clasificarse para su pago en un procedimiento de quiebra, la graduación se realizará de conformidad con los artículos citados del Código de Comercio que, como digo, anteponen la prelación del crédito de la Seguridad Social a los restantes acreedores privilegiados por el derecho común. En este sentido, resulta especialmente interesante la posición del crédito

(69) Cuestión que evidentemente no impide que, en la medida de lo posible, los órganos de la quiebra intenten preservar la actividad de la empresa.

(70) Ver el capítulo 1º de la Segunda parte (Pág. 147 y ss.).

de la Seguridad Social en relación con los créditos en favor de la Hacienda Pública, pues, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los citados artículos 913 y 914 del Código de Comercio, cuando la graduación de créditos se efectúe en un procedimiento de quiebra, el crédito de la Seguridad Social se antepondrá a los créditos en favor de la Hacienda Pública. Consecuentemente, como más adelante desarrollaré en los capítulos 1º y 4º de la parte segunda, no coincido con las conclusiones que, en este sentido, realiza el Consejo de Estado[71] en el Dictamen elaborado sobre la prelación de créditos que ha de guardarse en los procedimientos liquidatorios llevados a cabo por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA). En mi opinión, atendiendo a la actual normativa, los créditos de la Seguridad Social gozan de preferencia respecto a los créditos tributarios cuando dicha graduación se efectúe en un procedimiento de quiebra.

En conclusión, cuando la única posibilidad de cobro dependa del procedimiento de quiebra, por no darse ninguna de las circunstancias previstas en los apartados 2, 3 y 5 de este capítulo, la Tesorería General de la Seguridad Social deberá defender su crédito personándose en la quiebra, evitando con ello el ejercicio indiscriminado del derecho de abstención. La postura contraria conduce irremediablemente a que innumerables créditos que podían haber sido, cuando menos, parcialmente cobrados, terminan siendo declarados como incobrables. Dejando siempre a salvo la posibilidad de continuidad de la empresa que anteriormente he esbozado y que permitiría hacer efectivo el crédito con posterioridad a la finalización del proceso de quiebra.

8.5. El derecho de separación de las cotizaciones de los trabajadores.

El apartado 2.3 de la instrucción sexta de la Resolución de 30 de enero de 1995, de la Secretaría General para la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones sobre las actuaciones de los Órganos de la Tesorería General de la Seguridad Social en los Procedimientos Concursales, establece que las retenciones efectuadas por la empresa sometida al procedimiento concursal a sus trabajadores en concepto de cotizaciones a cargo de los mismos calculadas sobre el salario, serán considerados depósitos a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, no formando parte, en consecuencia, del patrimonio del deudor. El Letrado de la Administración

(71) Ver N.P.P nº 14,en la página 31.

de la Seguridad Social deberá reclamar directamente a los órganos del proceso su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social, sosteniendo, en todo momento, que tales cantidades no pueden imputarse como masa.

En consecuencia, las deudas generadas por el impago de las cotizaciones correspondientes a los trabajadores, previamente retenidas a éstos, darán lugar a la existencia de una cantidad que no deberá estar incluida en la masa de acreedores, existiendo en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social un derecho de separación fundado en su crédito (*separatio ex iure creditii*).

PARTE SEGUNDA

LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS, ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS PREFERENCIAS

INTRODUCCIÓN.

Probablemente uno de los principales problemas que existen a la hora de analizar la preferencia de los distintos acreedores que concurren en una ejecución, es el de delimitar cuál es la normativa aplicable al caso. Ello es debido a la tremenda dispersión existente al respecto, a lo que hay que añadir la despreocupación mostrada en ocasiones por el legislador cuando se ha modificado la posición de algunos créditos; estos casos, en los que la verdadera preocupación se centraba en el fortalecimiento de un determinado crédito, olvidando las circunstancias de los restantes, han ocasionado que en la actualidad sea prácticamente imposible sabe qué acreedor ostenta mejor derecho en el supuesto de que se presente dicha concurrencia de acreedores.

A lo largo de la historia del último siglo tenemos varios ejemplos que ratifican la cuestión que acabo de exponer: el fortalecimiento del crédito salarial, por parte de la normativa laboral, ha dejado vacío de contenido el apartado D) del artículo 1924 del Código Civil; las modificaciones establecidas por la Ley General Tributaria otorgan, en algunos casos, preferencia a la Hacienda pública frente a la totalidad de los restantes acreedores; lo mismo puede decirse del privilegio otorgado por el artículo 9.5ª de la Ley de Propiedad Horizontal y del propio artículo 32.1 y 2 del Estatuto de los Trabjadores, entre otros casos.

En definitiva, la constante evolución social hace que vayan apareciendo posiciones crediticias que deben resultar favorecidas en detrimento de otras, es el caso actual de los créditos salariales; sin embargo, ese fortalecimiento no debería implicar una reforma aislada de un campo de la legislación, pues ello provoca una notable inseguridad jurídica para los restantes acreedores que se ven en la necesidad de conocer la totalidad de las ramas del derecho, cuestión que, en la actualidad, se evidencia como una tarea reservada a escasísimos profesionales. ¿Quién es capaz de estar totalmente al día en materias como el Derecho Fiscal y, simultáneamente, en el Derecho Laboral, Civil, Mercantil y de Seguridad Social ?

La solución de esta problemática únicamente tiene un camino: la unificación de la legislación en esta materia. Tendencia que ya fue pretendida por el anteproyecto de Ley concursal de 27 de junio de 1983.

No obstante, la unificación de la clasificación de los créditos privilegiados no deberá producirse exclusivamente en el ámbito de los procedimientos concursales, debido a que los litigios entre distintos acreedores no se producirán únicamente dentro de un procedimientos concursal, sino

que habitualmente se plantean en los variados procedimientos de ejecución existentes en nuestra legislación.

En consecuencia, considero absolutamente necesario volver a potenciar lo establecido por el Código Civil, en materia de clasificación de créditos, en los artículos 1921 y siguientes, así como lo dispuesto por el Código de Comercio en los artículos 912 y siguientes. En este sentido, una reforma de ambas normas, estableciendo una clasificación definitiva de créditos, proporcionaría la perseguida seguridad jurídica a los créditos privilegiados (dejando, por el momento, la problemática procesal de la concurrencia de ejecuciones). Una vez establecida la graduación de créditos conforme al correspondiente debate legislativo, las futuras reformas en dicha clasificación deberían realizarse mediante la remisión a un determinado apartado preexistente en el Código Civil o en el Código de Comercio, al estilo de la modificación introducida, en su día, por el artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, que lo hizo remitiendo la preferencia de estos créditos a lo dispuesto por el Código Civil y por el Código de Comercio. Con ello se eliminaría el riesgo existente en la actualidad de que una norma otorgue a un crédito preferencia frente a *todos* los demás.

En cualquier caso, no quiero pronunciarme ahora por uno u otro crédito, buscando argumentos que justifiquen su preferencia sobre todos los demás, a pesar de que tengo mis debilidades al respecto, sino que únicamente defiendo la necesidad de que los créditos privilegiados se clasifiquen en un sólo texto (Código Civil) y, en su caso, en el Código de Comercio para determinar la graduación en los procedimientos concursales. Las futuras reformas, como he dicho anteriormente, deberían realizarse por remisión al apartado que corresponda del Código Civil o del Código de Comercio.

Para mayor abundamiento, no hay que olvidar que la resolución del mejor derecho de uno u otro de los acreedores se efectuará mediante el correspondiente juicio de tercería en la Jurisdicción civil (con excepción de las tercerías establecidas en el artículo 272 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral) o, en su caso, mediante la resolución del oportuno procedimiento concursal, efectuado también en la Jurisdicción Civil.

La regulación actual de los créditos privilegiados varía sustancialmente de la necesaria unificación que propongo, encontrándose dichos privilegios totalmente dispersos por diversas normas de nuestra legislación; normas que , en ocasiones, han dejado vacío de contenido lo dispuesto por el Código Civil y por el Código de Comercio, cuestión esta que resulta aún más preocupante considerando que la resolución de las posibles controversias en torno al mejor derecho

de determinados acreedores es, fundamentalmente, competencia de la Jurisdicción Civil.

A lo largo de esta segunda parte voy a analizar los principales créditos privilegiados que actualmente se encuentran en nuestra legislación; caracterizada, como he dicho, por la enorme dispersión existente.

Entre los autores que se han ocupado del análisis de los créditos privilegiados existen dos que, en mi opinión, han centrado con especial brillantez su estudio en la comparativa entre estos privilegios: ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[72], que dedica su obra al análisis de lo establecido por el Código Civil, en el Título XVII del Libro IV, sin profundizar en los privilegios regulados en otras normas, y BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN[73], que, en su extraordinaria obra sobre los privilegios del crédito salarial, analiza los restantes privilegios contenidos en otras normas, pero siempre desde la perspectiva de la confrontación con el crédito salariai.

Mi intención en esta segunda parte es efectuar un estudio de los principales créditos privilegiados, que pueda aportar una clasificación de dichos privilegios y que, al mismo tiempo, pueda servir de *brújula* a todo aquél que pretenda tener una visión generalizada de esta apasionante cuestión de la concurrencia de acreedores.

(72) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "La prelación de créditos en el Código Civil", Librería Bosch, Barcelona 1962.

(73) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del crédito salarial". Editorial Civitas, S.A. 1984.

CAPÍTULO 1°

LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS EN LA NORMATIVA COMÚN

SUMARIO

1. EN EL CÓDIGO CIVIL 147
1.1. Introducción 147
1.2. La preferencia singular 149
1.2.1 Sobre bienes muebles 149
1.2.1.1 El artículo 1922 150
1.2.1.2 El artículo 1926 155
1.2.2 Sobre bienes inmuebles 157
1.2.2.1 El artículo 1923 158
1.2.2.2 El artículo 1927 160
1.3. La preferencia general 163
2. EN EL DERECHO MERCANTIL 167
2.1. Cuestiones previas 167
2.2. La suspensión de pagos 170
2.3. La quiebra 172
2.3.1 La prelación de los créditos a satisfacer con el producto de los bienes muebles 174
2.3.2 La prelación de los créditos a satisfacer con el producto de los bienes inmuebles 179
2.4. El derecho de ejecución separada 180
2.5. El derecho de abstención 183

1. EN EL CÓDIGO CIVIL.

1.1. Introducción.

A pesar de que el Código Civil, en cumplimiento de la prioridad de la "*lex posterior*", se encuentra actualmente superado por la aplicación de otras normas específicas que han sido publicadas con posterioridad, continúa siendo el primer punto de referencia que debe tenerse presente en el momento de analizar los privilegios otorgados a determinados créditos.

La clasificación establecida por el Código Civil será aplicable tanto en los procedimientos concursales relativos a un deudor civil (quita y espera o concurso de acreedores), como en los supuestos en los que se plantee un litigio acerca del mejor derecho que puedan ostentar varios acreedores en el caso de ejecución del patrimonio del deudor sin necesidad de que se haya iniciado un procedimiento concursal. Reservándose la graduación de créditos establecida en los artículos 912 y siguientes del Código de Comercio a los procedimientos concursales previstos para los deudores mercantiles (suspensión de pagos, en su caso, y fundamentalmente en la quiebra).

Es decir, dejando a salvo la aplicación de las normas específicas que regulan los privilegios que desarrollaré en posteriores capítulos (créditos salariales, hipotecarios, tributarios, etc.), la prelación de créditos contenida en el Código Civil resultará aplicable a todos los supuestos en los que se presente una concurrencia de acreedores que pretendan satisfacer su crédito con la ejecución del patrimonio del deudor, ya sea mediante un procedimiento concursal civil, como en cualquier proceso "*no concursal*" de ejecución del patrimonio del deudor, con excepción de los procedimientos concursales mercantiles que se regirán por lo dispuesto en el Código de Comercio.

En definitiva, cuando llevándose a cabo la ejecución de algún bien del deudor (bien sea un ejecución judicial, administrativa o incluso notarial), se plantee el mejor derecho de otro acreedor, distinto del ejecutante, la normativa aplicable será el Código civil, exceptuado siempre la normativa específica que regula la preferencia de determinados créditos (salariales, hipotecarios, etc.); mejor derecho que, procesalmente, deberá hacerse valer mediante el correspondiente juicio de tercería, ya que no podrá ser resuelto en trámite de ejecución, como se aprende de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (entre otras, las de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1986).

En consecuencia, esta idea puede esquematizarse del siguiente modo:

NORMATIVA APLICABLE EN LA GRADUACIÓN DE CRÉDITOS	
Código Civil.	- Procedimientos concursales de deudores civiles. - Ejecuciones no concursales (judiciales, administrativos o notariales) de deudores civiles o mercantiles.
Código de Comercio.	- Quiebras. (La suspensión de pagos, en principio, no implica la liquidación del patrimonio del deudor, sino la suscripción de un convenio.)
Normativa específica básica: * Estatuto de los trabajadores. * Ley Hipotecaria. * Ley General Tributaria. * Ley General de la Seguridad Social. * Normas del Derecho Marítimo. * Ley de Propiedad Horizontal.	- En caso de concurrencia entre la normativa específica y la normativa común (Códigos Civil o de Comercio) se estará al principio de aplicación de la Ley posterior.

El Código Civil, en el Título XVII del Libro IV, comienza estableciendo unas disposiciones generales relativas a la quita y espera o al concurso de acreedores. Posteriormente, dedica el capítulo II a la clasificación de créditos, diferenciando los privilegios singulares con relación a determinados bienes muebles o inmuebles, de los privilegios de carácter general con relación a los restantes bienes del deudor.

Hay que resaltar la desafortunada redacción del artículo 1921 donde se establece que "*Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo II se establecen*". Sin embargo, el capítulo III en los artículos 1926 y 1927, establece una prelación para el pago que altera el orden de los artículos del Capítulo II., consecuentemente, se produce una aparente antinomia, fundamentalmente entre la clasificación del artículo 1922 y la del 1926; pues, a mi juicio, la posible contradicción entre el artículo 1923.3º y 4º, con respecto al

1927.2º[74], resulta más discutible[75]. Antinomia que considero debe resolverse en favor de la prelación establecida por el artículo 1926 por tratarse del supuesto específico que regula la prelación para el pago; aunque, evidentemente, la controversia está servida. En idéntico sentido, ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[76], cuando desarrolla el problema de la colisión entre privilegios especiales mobiliarios, se refiere en todo momento al orden de preferencia establecido en el artículo 1926.

1.2. La preferencia singular.

Puede definirse la preferencia como singular (o especial) cuando la garantía de un determinado crédito recae exclusivamente sobre uno o varios bienes del patrimonio del deudor. Preferencia singular que se contrapone a la general, cuyo privilegio alcanza a todo el patrimonio del deudor.

El Código Civil, en caso de colisión entre privilegios especiales y generales, ha consagrado la preferencia absoluta del privilegio especial (o singular) sobre el general[77]; especialmente cuando en el artículo 1926 dispone que los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles excluyen a todos los demás. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 1927 en cuanto a los privilegios inmobiliarios especiales.

1.2.1 Sobre bienes muebles.

Como he dicho anteriormente, el artículo 1921 dice que "*los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen*". Clasificando a continuación, en el artículo 1.922, la preferncia singular correspondiente a determinados bienes muebles del deudor.

---

(74) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: "El tópico de los efectos...", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32); págs. 245 y ss.

(75) Esta cuestión la desarrollaré en los capítulos destinados al privilegios de los créditos hipotecarios y al de la anotación preventiva de embargo.

(76) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); págs. 136.

(77) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); págs. 135, 136.

Sin embargo, como desarrollaré en el apartado 1.2.1.2, el artículo 1.926 presenta una aparente antinomia con lo dispuesto en materia de clasificación de créditos por los artículos 1.921 y 1.922.

1.2.1.1 El artículo 1922.

En el capítulo II del título XVII del libro IV, el artículo 1.922 del Código Civil establece lo siguiente:

> **Artículo 1922.:**
> Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia:
> 1. Los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos.

La doctrina ha discutido si la necesidad de que el bien se encuentre en poder del deudor se refiere exclusivamente al precio de venta o, por el contrario, comprende también los créditos por construcción, reparación o conservación. El criterio mayoritario es considerar la dependencia de la frase "*que estén en poder del deudor*" con el privilegio del vendedor no pagado[78]. No obstante, ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[79] se inclina por considerar que la necesidad de que el bien se encuentre en poder del deudor se refiere a todos los supuestos recogidos en el apartado 1º. Sin embargo, el propio ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS divide, para su estudio, el apartado 1º en "*Gastos de construcción, reparación y conservación de bienes muebles*" y "*Precio de venta de bienes muebles que estén en poder del comprador*".

> **Artículo 1922.:**
> Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia:
> 2. Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.

El análisis de los créditos garantizados con prenda lo realizaré en el capítulo destinado a

(78) MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA; "Comentarios al Código Civil"; Madrid 1921, tomo XII. Pág. 724. GARCÍA GOYENA, FLORENCIO; "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español"; Madrid 1852, tomo IV. Pág. 285.

(79) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); pág. 32.

los créditos hipotecarios, donde dedicaré un apartado al estudio de "*otros derechos reales de garantía*", entre los que incluyo la prenda.

> **Artículo 1922.:**
> Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia:
> 3. Los garantizados con fianza de efectos o valores, constituida en establecimiento público o mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma.

Se trata de un crédito al que pueden extenderse las conclusiones que efectuaré sobre el derecho de prenda al que me he referido en el apartado 2º

> **Artículo 1922.:**
> Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia:
> 4. Los créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gastos y derechos de conducción y conservación,hasta la entrega y durante treinta días después de ésta.

Se ha discutido si el privilegio de los créditos por transporte requiere necesariamente que el transportista continúe con la posesión. FLORENCIO GARCÍA GOYENA[80] al comentar análogo precepto del Proyecto de 1851 dice que "*cesarán el derecho de prenda y el privilegio desde que los efectos salieron del poder del que los transportó*".

Sin embargo, el Código Civil hace subsistir la preferencia aunque las cosas estén en manos del deudor (durante treinta días después de su entrega). Asimismo, cuando el contrato de transporte se repute mercantil, el artículo 375 del Código de Comercio establece lo siguiente: "*Los efectos porteados estarán especialmente obligados a la responsabilidad del precio del transporte y de los gastos y derechos causados por ellos durante su conducción o hasta el momento de su entrega. Este derecho especial prescribirá a los ocho días de haberse hecho la entrega, y una vez prescrito, el porteador no tendrá otra acción que la que le corresponda como acreedor ordinario*"

Consecuentemente, el privilegio subsiste aunque el objeto esté en poder del deudor (durante 30 días según el Código Civil y durante 8 si el contrato es mercantil). Más discutible resultará cuando la cosa haya pasado a manos de un tercero. LAURENT[81] cree que "*si en el plazo establecido para ejercitar el privilegio después de su entrega el destinatario enajenara la cosa,*

(80) GARCÍA GOYENA, FLORENCIO; "Concordancias, ...", (obra citada en la NPP nº 78, pág. 150); pág. 283.

(81) LAURENT; "Principes de Droit Civil"; Bruselas 1878, tomo XXIX. Pág. 544.

se extingue el derecho de preferencia del porteador, ya que no existe derecho de persecución". ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[82] no comparte esa opinión: "*si el porteador tiene un derecho de prenda podrá ejercitar contra los terceros el privilegio, con sujeción a los límites que tiene todo acreedor pignoraticio: la buena fe de los adquirentes*".

Otra cuestión es la posibilidad que el transportista pueda tener de vender los objetos transportados y cobrarse con su precio. El Código Civil en ningún precepto reconoce esta posibilidad, pero el Código de Comercio en el artículo 374 sí que la admite: "*Los consignatarios a quienes se hubiere hecho la remesa no podrán diferir el pago de los gastos y portes de los géneros que recibieron, después de transcurridas las veinticuatro horas siguientes a su entrega; y, en caso de retardo en este pago, podrá el porteador exigir la venta judicial de los géneros que condujo, en cantidad suficiente para cubrir el precio del transporte y los gastos que hubiese suplido*"

En definitiva, aunque del privilegio pueden beneficiarse todas las personas que realicen un transporte, la protección otorgada por el Código de Comercio hace que cuando el contrato de transporte se repute mercantil este privilegio se vea más reforzado que en los supuestos que se trate de una relación puramente civil.

> **Artículo 1922.:**
> Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia:
> 5. Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada.

Evidentemente, se trata de un privilegio histórico (su origen se encuentra en el número 4 del artículo 1926 del proyecto de 1851, el cual lo tomó a su vez del número 5 del artículo 2.102 del Código francés) que la continua evolución de las comunicaciones ha hecho que su aplicación se reduzca a supuestos verdaderamente puntuales.

Como señala ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[83], "*La tradición histórica es favorable a la exclusión de cualquier persona que haya practicado el mismo eventualmente*", reservándose dicho privilegio a los profesionales de la hostelería y excluyendo también a los dueños de establecimientos que no suministran sino bebidas, y a los restaurantes.

---

(82) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); pág. 55.

(83) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); págs. 59.

Los créditos garantizados derivan exclusivamente de las prestaciones propias del hospedaje; constituyéndose dicho privilegio sobre los muebles introducidos en la posada. Surgiendo la duda respecto de los bienes que no son propiedad del deudor (parece lógico excluir el privilegio sobre los bienes en los que quede acreditada la propiedad ajena al deudor).

> **Artículo 1922.:**
> Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia:
> 6. Los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron.

El privilegio se da contra el propietario de los frutos, independientemente de que sea o no titular de la finca (puede ser un usufructuario o un arrendatario).

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[84] recoge una duda que se ha planteado la doctrina sobre si el privilegio alcanza también a los préstamos efectuados para pagar las semillas o los gastos en cuestión. Al respecto existen autores que defienden la extensión del privilegio a dichos préstamos[85], mientras que los que niegan tal tesis afirman que no se puede extender el privilegio a créditos simples con el pretexto de que han sido creados por causas privilegiadas[86].

Actualmente puede resultar de especial interés la inclusión dentro de los gastos de cultivo y recolección de las cantidades destinadas a la adquisición o alquiler de la maquinaria utilizada en esas operaciones.

Igualmente, puede decirse que los abonos están incluidos dentro de este privilegio, no sin algunas controversias al respecto.

El privilegio se ejerce sobre la cosecha para la que sirvieron las semillas, gastos de cultivo o recolección.

> **Artículo 1922.:**
> Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia:
> 7. Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma.

---

(84) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); pág. 65.

(85) POCHINTESTA; "Dei privilegi e delle ipoteche secondo il Cod. Civile italiano", Torino 1880, tomo I. Pág. 65.

(86) LUZZATI; "Dei privilegi e delle ipoteche"; Torino 1884, vól. I. Págs. 590 y ss.
BIANCHI; "Dei privilegi"; Napoli-Torino 1924. Págs. 512 y ss.

Una vez más, voy a utilizar el esquema utilizado por ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[87] en el análisis del artículo 1922 del Código Civil, de donde se puede extraer las siguientes conclusiones: "*El privilegio consagrado en el número 7 del artículo 1922 pueden utilizarlo todas aquellas personas que tienen la cualidad de arrendadores, sea cual fuere su titularidad sobre la cosa arrendada: usufructo, enfiteusis, etc.*"

A pesar de que el Código Civil no dice nada al respecto, todo hace indicar que se refiere tanto al arrendamiento de fincas rústicas como de urbanas.

Los créditos garantizados son sólo los debidos por alquileres o rentas, añadiéndose también, según la opinión mayoritaria, los deterioros causados por el arrendatario.

El derecho de preferencia recae sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma. Es decir, en el mismo sentido que el Derecho Romano otorgó a los "*invecta et illata*"[88]. Existen también cosas que aún introducidas en la finca no están afectas al privilegio: Las cosas que no son propiedad del inquilino; las cosas robadas o perdidas; las cosas destinadas al ejercicio de la profesión del arrendatario, cuando se encuentren accidentalmente en la finca.

Por último, la doctrina considera unánimemente que las mercaderías o materias primas objeto del comercio introducidas por el comerciante en la finca o inmueble arrendado, también serán objeto del privilegio contenido en el apartado 7 del artículo 1922 del Código Civil.

Para finalizar el análisis del artículo 1922 del Código Civil hay que hacer referencia la párrafo segundo del apartado 7º:

> **Artículo 1922.:**
> Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia:
> 7. [...] Si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieren sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días, contados desde que ocurrió la sustracción.

La duda surge de inmediato: ¿se refiere a los supuestos del apartado 7º? o, por el contrario, ¿hace referencia a todos los supuestos contemplados por el artículo 1922?

---

(87) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); págs. 64 y ss.

(88) Ver el apartado primero del capítulo 3º, de esta segunda parte, dedicado al estudio de los créditos hipotecarios (pág. 241).

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS analiza en profundidad el derecho de persecución de los bienes inmuebles afectos a un privilegio especial[89], considerando lo dispuesto en dicho párrafo aplicable a todos los supuestos del artículo 1922, si bien: "*La razón de derecho tampoco es la misma en todos los casos. Si el derecho de persecución se explica en virtud de una relación jurídica de garantía real, no cabe duda de que no podrá surgir, sino en aquellas causas de preferencia que tengan también su origen en una garantía. Únicamente, pues, en el privilegio del acreedor prendario (1.922, números 2 y 3); privilegio del transportista (1.922, número 4). Pero en tal caso lo que existe no es una aplicación analógica del privilegio del arrendador, sino un derecho de persecución que nace per se, en virtud del derecho sobre el que se asienta la preferencia del acreedor. En los restantes privilegios mobiliarios se advierte cómo el legislador condiciona su ejercicio a que las cosas se encuentren en una determinada situación (poder del acreedor o del deudor, pero nunca en el de terceros). Con más claridad y precisión se expresa el Código italiano en este punto. No obstante conferir ese privilegio persecutorio al arrendador, para los demás mantiene el principio general de que para su ejercicio la cosa afectada por él ha de encontrarse en una especial situación: los muebles en la posada, etc. Sólo así puede ser opuesto el privilegio a terceros*".

1.2.1.2 El artículo 1926.

Como he dicho anteriormente, el Código Civil presenta una aparente antinomia entre lo dispuesto por los artículos 1921 y 1922 en relación con el artículo 1926. Si en aquéllos se dice que los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen, y a continuación se relacionan numéricamente los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles, ¿qué necesidad existía de regular un orden de prelación entre dichos créditos? Todo hace pensar que esa cuestión ya quedaba resuelta con los citados artículos 1921 y 1922.

No obstante, el Código Civil en el artículo 1926 se refiere de forma específica al orden de prelación que debe existir entre los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles del deudor. De esta forma, el artículo 1922 se convierte en un precepto dedicado a enumerar dichos créditos privilegiados, pero cuya enumeración no determinará

(89) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); págs. 72 y ss.

el orden de preferencia existente entre sí, pues esa finalidad le corresponde al artículo 1926. Es decir, a pesar de lo dicho por el artículo 1921, los créditos relacionados en el artículo 1922 serán preferentes entre sí, en caso de colisión entre privilegios especiales mobiliarios, de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 1926:

> **Artículo 1926.:**
>
> Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles, excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere.
>
> Si concurren dos o más respecto a determinados muebles, se observarán, en cuanto a la prelación para su pago, las reglas siguientes.
>
> 1. El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.
>
> 2. En el caso de fianza, si estuviera ésta legítimamente constituida a favor de más de un acreedor, la prelación entre ellos se determinará por el orden de fechas de la prestación de la garantía.
>
> 3. Los créditos por anticipos de semillas, gastos de cultivo y recolección preferidos a los de alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que aquéllos sirvieron.
>
> 4. En los demás casos el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos.

El párrafo primero resuelve las posibles dudas que pudieran existir en caso de colisión entre privilegios especiales y privilegios generales, inclinándose nuestro código por otorgar preferencia a los privilegios singulares sobre bienes muebles respecto a todos los demás. Sin embargo, actualmente esta pretensión del Código Civil se ha visto superada por la existencia de privilegios generales que gozan de preferencia sobre todos los restantes créditos, incluso sobre los relacionados en el artículo 1922 del Código Civil; es el caso de los créditos salariales garantizados por el artículo 32.1 y 32.2 del Estatuto de los Trabajadores[90].

La doctrina histórica ha debatido en profundidad esta cuestión de la colisión entre privilegios especiales y generales que, como he dicho, nuestro Código la ha resuelto en favor de los privilegios especiales[91].

---

(90) Ver el capítulo 2º, de esta segunda parte, dedicado al estudio de los créditos salariales (pág. 187).

(91) Ver GUILLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); págs. 133 - 136.
Ver también, entre otros:
JAY; "Concours du privilége des fournisseurs et du bailleur". Revue critique de la Jurisprudence en materie civile; París 1852, tomo II; págs. 116 y ss.
LE MESNUET; "Du concours sur le mobilier des priviléges généraux avec les priviléges spéciaux". Revue critique, París 1855; págs. 66 y ss.

(continúa...)

En el párrafo segundo (y sus correspondientes apartados), el artículo 1926 resuelve la colisión entre privilegios especiales mobiliarios, determinando el siguiente orden de prelación:

1º.- Los créditos pignoraticios.

2º.- Los créditos garantizados con fianza.

Asimismo estos créditos serán preferentes entre sí por el orden de fechas de la prestación de la garantía. Regla excepcional y únicamente aplicable a este supuesto, pues en caso de colisión entre otros créditos singularmente privilegiados sobre determinados bienes muebles, la regla de la distribución será a prorrata.

3º.- Los créditos por anticipos de semillas, gastos de cultivo y recolección.

4º.- Los créditos por alquileres y rentas.

5º.- En los demás casos, el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos.

1.2.2 Sobre bienes inmuebles.

Igual que sucede con los bienes muebles, la regulación establecida por el Código Civil en materia de clasificación de créditos induce a la confusión, debido a la aparente antinomia del artículo 1923 y el artículo 1927. Ahora bien, en mi opinión, así como la controversia entre los artículos 1921 y 1922 con el 1926 es clara, la redacción de los artículos 1923 y 1927 debe entenderse en sentido complementario, de forma que el artículo 1927.2º lo que hace es complementar la redacción de los apartados 3º y 4º del artículo 1923; eso sí, en una desafortunada redacción, pues ajustándonos a una interpretación puramente literal, nuevamente se producirá una contradicción entre lo dispuesto por el artículo 1921 (en relación con el 1923. 3º y 4º) y el artículo 1927.2º.

En definitiva, la clasificación establecida por el artículo 1923 debe ser complementada por el artículo 1927, que es el que regula el orden de la prelación entre los créditos que gozan de preferencia sobre determinados bienes inmuebles.

---

(91)(...continuación)

BAUDRY-LACANTINERIE Y DE LOYNES; "Traité Théorique et pratique de droit civil, des priviléges et hipothéques". París 1906, tomo I; pág. 454.

1.2.2.1 El artículo 1923.

Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:

> **Artículo 1923.:**
> Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:
> 1. Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos.

Este apartado se encuentra actualmente superado por lo dispuesto en la legislación tributaria (artículo 71 y siguientes de la Ley General Tributaria y artículo 32 de la Ley General Presupuestaria); consecuentemente, me remito al desarrollo que realizaré en el capítulo 4º destinado al estudio de los créditos tributarios.

> **Artículo 1923.:**
> Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:
> 2. Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.

El privilegio concedido por este apartado del Código Civil recoge la hipoteca legal en favor de los aseguradores reconocida por la Ley Hipotecaria de 1869, que, en la actualidad, se encuentra regulada en los artículos 168.7, 195, 196 y 197 de la Ley Hipotecaria vigente. Estos artículos distinguen entre una hipoteca legal tácita en favor del asegurador (art. 196) y el derecho del asegurador a exigir la constitución de una hipoteca expresa sobre el inmueble asegurado (arts. 195 y 197). Sin embargo, esta última no surte efectos sino desde la fecha de su inscripción.

Ahora bien, como señala ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[92]: "*La concesión de estas garantías a los aseguradores carece por completo de sentido en la actualidad, si bien pudo estar justificada en tiempos en que el seguro estaba poco desarrollado y convenía su fomento. Hoy, las potentes compañías aseguradoras no necesitan más garantías: ya suelen pactar en las pólizas las*

(92) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales"; Dirigidos por MANUEL ALBADALEJO, tomo XXIV, Edersa 1984. Pág. 735.

cláusulas que amparan sus derechos, incluso de forma no favorable para el asegurado. Seguramente de ahí deriva la nula eficacia práctica del artículo 1923, 2, del Código civil y los correspondientes concordantes de la legislación hipotecaria. Estos preceptos no han sido derogados por la Ley de contrato de seguro de 8 de octubre de 1980." (Hoy Ley 33/1984, de 2 de agosto.)

Por último, es necesario hacer hincapié en la distinción existente entre el privilegio del crédito de los aseguradores aquí analizado y el privilegio de los asegurados previsto en los artículos 33 y 42.2.e de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado. El privilegio de los asegurados lo desarrollaré en el capítulo 7º de esta parte segunda.

> **Artículo 1923.:**
>
> Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:
>
> 3. Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.

Este apartado comprende dos créditos diferenciados: los hipotecarios, cuyo estudio lo realizaré en el capítulo 3º, y los créditos refaccionarios, anotados o inscritos en el Registro de la propiedad.

Como señala ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[93], el fundamento jurídico de la preferencia de los créditos refaccionarios es el mismo que el establecido por el número 1 del artículo 1922: el de evitar un enriquecimiento a los demás acreedores sobre el bien que otro ha introducido o conservado en el patrimonio del deudor.

La Ley Hipotecaria, en los artículos 42 y 59, y el Reglamento Hipotecario, en el número 7 del artículo 166, hacen referencia expresa a la anotación de los créditos refaccionarios; restringiendo, a juicio de ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, la posibilidad de la anotación sólo al préstamo con destino a la refacción, es decir, de acuerdo con los precedentes históricos, a la construcción, reparación o conservación del inmueble. Excluyendo, en consecuencia, los derechos protegidos por otras legislaciones de los arquitectos, albañiles, suministradores de materiales, etc.

La anotación preventiva del crédito refaccionario tiene un plazo de caducidad de 60 días, que se contarán a partir de la conclusión de la obra objeto de la refacción (artículo 92 de la Ley

(93) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); pág. 88.

Hipotecaria). Posteriormente, en su caso, tiene derecho a exigir la conversión de su anotación preventiva en inscripción de hipoteca, según los artículos 93, 94 y 95 de la Ley, y 196 y 197 del Reglamento Hipotecario.

> **Artículo 1923.:**
>
> Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:
>
> 4. Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores.

Este apartado lo desarrollaré en el capítulo 5º, dedicado al estudio de la anotación preventiva de embargo.

> **Artículo 1923.:**
>
> Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:
>
> 5. Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores.

Los créditos por construcción, reparación o conservación de los bienes inmuebles (con las limitaciones recogidas en el comentario del apartado 3º), aunque no hayan sido anotados o inscritos, también gozarán de preferencia con respecto a los restantes créditos que tengan reconocida una preferencia de carácter general pues los que tienen reconocido en los apartados anteriores un singular privilegio sobre los bienes inmuebles, se antepondrán a los garantizados en este apartado 5º.

1.2.2.2 El artículo 1927.

> **Artículo 1927.:**
>
> Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales, excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera.
>
> Si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán en cuanto a su respectiva prelación, las reglas siguientes:
>
> 1. Serán preferidos, por su orden, los expresados en los números 1º y 2º del artículo 1923 a los comprendidos en los demás números del mismo.
>
> 2. Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el

> número 3º del citado artículo 1923 y los comprendidos en el número 4º del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad.
>
> 3. Los refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro a que se refiere el número 5º del artículo 1923, gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad.

En idéntico sentido que el artículo 1926, el párrafo primero de este artículo 1927 resuelve la posible colisión entre privilegios singulares y generales en favor de los primeros.

A continuación, el párrafo segundo y sus correspondientes apartados determinan el orden de prelación que debe regir en caso de que la colisión se produzca entre los créditos regulados en el artículo 1923; estableciéndose el siguiente orden:

1º.- Los créditos a favor del Estado garantizados en el apartado primero del artículo 1923. Si bien es necesario tener presente lo dispuesto en la actualidad por la Ley General Tributaria que, en su artículo 73, establece lo siguiente:

> **Artículo 73.:**
>
> En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público, o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Provincias y los Municipios tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercite la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior.

En consecuencia, el período garantizado por el apartado primero del artículo 1923 del Código Civil, se encuentra ampliado por la Ley General Tributaria al año natural en que se ejercite la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior. Esta cuestión hace que, en la actualidad, el apartado primero del artículo 1923 del Código Civil se encuentre tácitamente derogado, como desarrollaré en el capítulo 4º dedicado al análisis de los créditos tributarios.

2º.- Los créditos de los aseguradores regulados en el apartado segundo del artículo 1923.

3º.- Los créditos hipotecarios, los refaccionarios inscritos y las anotaciones preventivas de embargo, serán preferentes "*entre sí*" por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad. En todo caso, es necesario tener presente las siguientes cuestiones:

- Los acreedores hipotecarios gozarán de preferencia por la fecha de la inscripción (la hipoteca puede estar constituida con antelación, pero no gozará de preferencia,

sino desde la fecha de su inscripción).

- Los créditos refaccionarios desde la fecha de su anotación.
- Las anotaciones preventivas de embargo desde la fecha de su anotación en el Registro (el embargo puede estar practicado con anterioridad), pues la anotación no es constitutiva, pero la preferencia del crédito vendrá determinada por la fecha de acceso al Registro. De ahí que algunos autores hayan interpretado el carácter constitutivo de la anotación. En definitiva, la anotación en el Registro no es constitutiva del embargo, pero sí determinará el grado de preferencia que a este puede corresponderle; pero, además, las anotaciones preventivas de embargo únicamente será preferentes a los créditos nacidos con posterioridad a la fecha de la anotación en el Registro, pero no serán preferentes con respecto a los créditos preferentes nacidos con anterioridad, "*aún no anotados o anotados con posterioridad*".

La resolución de la posible colisión entre acreedores hipotecarios inscritos y anotaciones preventivas de embargo, posiblemente sea uno de los problemas más controvertidos en materia de prelación de créditos[94], planteando situaciones verdaderamente complicadas de resolver. ¿Qué ocurrirá si se presenta una situación como la que recojo en el apartado 3.3 del capítulo quinto de esta segunda parte (pág. 370), donde coinciden una anotación preventiva de embargo, una hipoteca posterior a dicha anotación y, por último, un crédito privilegiado de la Seguridad Social nacido con antelación a la primera anotación, pero anotado con posterioridad? En ese caso, no excesivamente extraño en la realidad, la primera anotación será preferente al crédito hipotecario, la hipoteca será preferente al crédito privilegiado de la Seguridad Social y, finalmente, el crédito de la Seguridad Social será preferente a la primera anotación. Utilizando un símil deportivo, puede concluirse diciendo que la situación termina con un triple empate que no sabemos resolver. En mi opinión, como en su momento desarrollaré, la única respuesta lógica es la propugnada por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en su obra "El tópico de los efectos limitados de las anotaciones preventivas de embargo; hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español"[95].

4º.- Por último, en caso de colisión entre créditos singularmente privilegiados sobre bienes

(94) Ver los capítulos 3º (pag. 239) y 5º (pag. 337)dedicados, respectivamente a los créditos hipotecarios y a la anotación preventiva de embargo. En especial en el cuadro recogido en la pág. 370.

(95) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: "El tópico de los efectos...", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32).

inmuebles, el apartado 3º del párrafo segundo del artículo 1927 del Código Civil, sitúa a los créditos refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro a que se refiere el número 5º del artículo 1923, gozando de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad.

El hecho de que la prelación se determine en orden inverso a la antigüedad parece lógico, como dice ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[96], puesto que el gasto del último salvó la existencia del inmueble y el valor de los créditos refaccionarios anteriores.

1.3. La preferencia general.

Continuando con lo expuesto sobre la preferencia singular, puede decirse que un crédito goza de preferencia general cuando la posibilidad de ejecución recae sobre la totalidad del patrimonio del deudor y no únicamente sobre determinados bienes concretos. Un crédito hipotecario es "*singularmente privilegiado*" debido a que dicha garantía descansa exclusivamente sobre el bien objeto de la hipoteca. Por el contrario, el crédito de la Seguridad Social se encuentra "*generalmente privilegiado*" en la medida que el mismo puede hacerse efectivo sobre todo el patrimonio del deudor.

Ya he dicho que, en nuestro derecho, el Código Civil ha consagrado en los artículos 1.926 y 1.927 la preferencia de los privilegios singulares sobre los generales, en caso de que se produzca una colisión entre ambos.

El artículo 1.928 establece que:

> **Artículo 1928.:**
>
> El remanente del caudal del deudor, después de pagados los créditos que gocen de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, se acumulará a los bienes libres que aquél tuviere para el pago de los demás créditos.
>
> Los que, gozando de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, no hubiesen sido totalmente satisfechos con el importe de éstos, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda según su respectiva naturaleza.

El párrafo segundo ratifica la distinción entre privilegios singulares y generales, de forma que un crédito singularmente privilegiado que no queda totalmente satisfecho tras la ejecución del

(96) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); pág. 139.

bien sobre el que descansa su privilegio, pasará a ser considerado, atendiendo a sus respectiva naturaleza, como un crédito ordinario o generalmente privilegiado. Un ejemplo puede aclarar más esta cuestión: Sería el caso de un crédito de la Seguridad Social que, como consecuencia del correspondiente procedimiento administrativo de apremio, da lugar a la presentación en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva de embargo sobre una determinada finca. Este crédito estaría ahora singularmente privilegiado sobre la finca y gozaría de su preferencia general sobre el resto del patrimonio del deudor en caso de no quedar totalmente satisfecho con la ejecución de la finca embargada.

El artículo 1.929 determina la prelación de los créditos que no gocen de preferencia sobre determinados bienes del deudor:

> **Artículo 1929.:**
>
> Los créditos que no gocen de preferencia con relación a determinados bienes, y los que la gozaren, por la cantidad no realizada, o cuando hubiese prescrito el derecho a la preferencia, se satisfarán conforme a las reglas siguientes:
>
> 1ª. Por el orden establecido en el artículo 1.924.
>
> 2ª. Los preferentes por fechas, por el orden de éstas, y los que la tuviesen común, a prorrata.
>
> 3ª Los créditos comunes a que se refiere el artículo 1.925, sin consideración a sus fechas.

Es decir, después de los créditos singularmente privilegiados, la prelación para el cobro corresponderá a los créditos garantizados en el artículo 1.924:

> **Artículo 1924.:**
>
> Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia:
>
> 1º. Los créditos a favor de la provincia o del municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1.923.1º.
>
> 2º. Los devengados:
>
> A) Por gastos de justicia y de administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación.
>
> B) Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su mujer y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios.
>
> C) Por los gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento.
>
> D) Por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ejena y del servicio doméstico correspondientes al último año.
>
> E) Por la cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral por el mismo período de tiempo que señala el apartado anterior, siempre que no tengan reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo precedente.

F) Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado, en el mismo período de tiempo.

G) Por pensiones alimenticias durante el juicio de concurso, a no ser que se funden en un título de mera liberalidad.

3º. Los créditos que sin privilegio especial consten:

A) En escritura pública.

B) Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio.

Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.

Ahora bien, la redacción del citado artículo 1.924 del Código Civil precisa en la actualidad de una serie de matizaciones:

1.- En lo referente al apartado 1, hay que destacar que la referencia a los créditos a favor de la provincia y del municipio se encuentra superada por lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria y por los artículos 71 y siguientes de la Ley General Tributaria[97].

Asimismo, el nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, establece en su artículo 22.1 que los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquéllos procedan, gozarán, respecto de la totalidad de los mismos, de igual orden de preferencia que los créditos a que se refiere el apartado 1º del artículo 1924 del Código Civil.

El párrafo 2 de dicho artículo 22 de la nueva Ley General de la Seguridad Social, excluye de esta protección a los restantes créditos de la Seguridad Social, a los cuales remite al mismo orden de preferencia establecido en el apartado 2º, párrafo E), del artículo 1.924 del Código Civil[98].

2.- Los créditos garantizados en el apartado 2. D) gozan en la actualidad del privilegio regulado en el artículo 32 de la Ley 8/1980, por la que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores[99]. Resultando de especial interés la condición de créditos superprivilegiados otorgada a los garantizados en el apartado 1 y 2 de dicho artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

3.- Como he dicho anteriormente, el apartado 2.E) del artículo 1.924 queda actualmente limitado a los créditos de la Seguridad Social que no tengan naturaleza de cuotas o conceptos de recaudación conjunta (Fondo de Garantía Salarial, Formación Profesional y Desempleo) y, en su

(97) Consultar el capítulo 4º, de esta segunda parte, dedicado al análisis de los créditos tributarios (pág. 291).

(98) Consultar el capítulo 1º, de la primera parte, dedicado a la preferencia de los créditos de la Seguridad Social (pág. 11).

(99) Consultar el capítulo 2º, de esta segunda parte, destinado al análisis del crédito salarial (pág. 187).

caso, los recargos o intereses que sobre aquéllos procedan.

4.- La preferencia de los créditos garantizados en el apartado 3º será determinada *"entre sí"* por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.

LUIS DIEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[100] señalan que a la escritura pública se equiparan en la jurisprudencia:

A.- Los documentos intervenidos por Corredor de Comercio Colegiado.

B.- Las letras de cambio intervenidas por aquellos fedatarios.

C.- Las actas de protesto de letras de cambio.

D.- Los documentos privados reconocidos judicialmente.

E.- No se equipara, sin embargo, a la escritura pública el documento privado presentado a liquidación ante la Hacienda pública.

(100) DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Sistema de Derecho Civil"; Vól. II, 5ª edición. Pág. 249.

2. EN EL DERECHO MERCANTIL.

2.1. Cuestiones previas.

En el apartado anterior he desarrollado la regulación de la concurrencia de acreedores en el Código Civil, que en la actualidad debe completarse con los privilegios que las distintas normas específicas atribuyen a determinados créditos. Pero, cuando un comerciante sea declarado en quiebra, los créditos civiles y mercantiles se clasificarán para su graduación y pago, según lo dispuesto por los artículos 913 y 914 del Código de Comercio (no así en la Suspensión de Pagos, como más adelante desarrollaré).

Es decir, la colisión entre los privilegios del Código Civil y de la restante normativa específica con los privilegios regulados en el Código de Comercio, únicamente se producirá cuando, tratándose de un comerciante o de una sociedad mercantil, estos sean declarados en quiebra. Y será exclusivamente en esos supuestos cuando resulte de aplicación lo dispuesto en los artículos 913 y 914 del Código de Comercio, que atendiendo a su carácter específico, modifica las clasificaciones establecidas por la normativa general, la cual cede ante los preceptos del Código de Comercio que regulan la graduación de créditos en caso de quiebra del comerciante o de las Sociedades sujetas al Derecho mercantil.

Este es el criterio que se desprende de la doctrina emanada del Tribunal supremo, según el cual "*los preceptos especiales del derecho mercantil excluyen en absoluto la aplicación de las disposiciones similares de los artículos 1.924 y demás del Código Civil, referente a la prelación y pago de obligaciones sobre el patrimonio de las personas no comerciantes, pues la cláusula derogatoria del artículo 1.976 del Código Civil no alcanza al Código de Comercio*"[101].

En definitiva, cuando se produzca la quiebra de un comerciante o de una sociedad mercantil, la graduación de los créditos se realizará atendiendo a lo establecido por los artículos 913 y 914 del Código de Comercio.

No obstante, en el Derecho Mercantil, el privilegio de determinados créditos no se limita a la posición que los mismos deben ocupar en la graduación establecida por los citados artículos 913 y 914. Existe una segunda cuestión, de carácter procesal, que atribuye verdadera prerrogativas

(101) Sentencia de 28 de abril de 1930, puede verse en RODRIGUEZ NAVARRO, MANUEL: "Doctrina Mercantil del Tribunal Supremo"; Tomo II, Madrid 1956. Págs. 3.402 - 3.403.

a algunos créditos: el derecho de ejecución separada.

El efecto fundamental de la declaración de una quiebra es el principio de la "*par conditio creditorum*", según el cual todos los acreedores pierden el libre ejercicio de sus acciones individuales, agrupándose en una masa y sufriendo determinadas modificaciones sustanciales en sus respectivos derechos. Como dice RODRIGO URÍA[102]: "*el carácter universal del procedimiento de quiebra, su naturaleza de procedimiento de ejecución colectiva y la finalidad que persigue de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores que no gocen de derecho de separación absoluta, trae como inexcusable consecuencia la pérdida o paralización de las acciones individuales y aisladas de los acreedores contra el deudor. La regla no se formula explícitamente por la Ley, pero está implícitamente recogida en una serie de preceptos de carácter procesal: así en los que ordenan la acumulación al juicio de quiebra de las ejecuciones pendientes contra el quebrado al tiempo de la declaración de aquélla y de todas las demandas ejecutivas u ordinarias (art. 1.173 y 1.187 y 1.319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y los que confieren a los síndicos el ejercicio de las acciones que corresponden a la quiebra (art. 1.218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).*"

Sin embargo, la paralización del ejercicio de las acciones individuales no se produce respecto a la totalidad de créditos que puede ostentar el quebrado, existiendo la posibilidad de que determinados acreedores puedan continuar el ejercicio de sus acciones sin sujeción al procedimiento concursal. Este derecho de ejecución separada, que desarrollaré en el apartado 2.4. de este capítulo, constituye una verdadera prerrogativa procesal para garantizar la posición de algunos créditos. Ahora bien, no todos los créditos privilegiados gozan del derecho de ejecución separada, sino que este derecho se reserva únicamente para los acreedores hipotecarios y pignoraticios, créditos salariales y, en su caso, para las ejecuciones administrativas por créditos tributarios y de la Seguridad Social. Sobre esta cuestión volveré en el apartado 2.4.

Otra de las cuestiones previas que quiero puntualizar antes de analizar los privilegios existentes en el Derecho Mercantil, es la necesaria diferenciación que debe realizarse entre las suspensiones de pagos y las quiebras. En las suspensiones de pagos, sin entrar ahora a realizar un estudio en profundidad, la finalidad está determinada por la celebración del convenio entre el suspenso y sus acreedores. Dicho convenio no prevé la graduación de créditos para su pago (esto se producirá, en su caso, cuando se incumpla el convenio, según lo dispuesto por el último párrafo

(102) URÍA, RODRIGO; "Derecho Mercantil"; Duodécima edición, Madrid 1982. Pág. 828.

del artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922[103]), de forma que los acreedores privilegiados que suscriban el convenio quedarán obligados como los demás acreedores (artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 16 de julio de 1922). Ahora bien, estos acreedores privilegiados tienen la posibilidad de abstenerse de concurrir a la junta y defender su crédito con independencia del procedimiento concursal. Cuestión que nos lleva, nuevamente, a la prerrogativa procesal de la ejecución separada que más adelante desarrollaré.

A diferencia de la suspensión de pagos, la finalización natural de la quiebra se producirá con la liquidación del patrimonio del quebrado para hacer frente al pago de sus obligaciones, cuestión que dio lugar a la regulación en el Código de Comercio de la graduación de créditos; de forma que con el producto de los bienes de la quiebra se proceda al pago de los acreedores con arreglo a lo establecido en los artículos 912, 913 y 914. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de realizar un convenio entre el quebrado y sus acreedores, con efectos similares al de la suspensión de pagos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 898 y siguientes del Código de Comercio; en cuyo caso, los acreedores privilegiados podrán abstenerse de tomar parte en ese convenio, pero si prefiriesen tener voz y voto en el mismo, serán comprendidos en los acuerdos que allí se establezcan. No obstante, como desarrollaré en el apartado 2.5, la posibilidad del ejercicio del derecho de abstención previsto en el artículo 900 podría no resultar aplicable a las quiebras de las Sociedades Anónimas[104], debido a que las proposiciones de convenio, en estos casos, deberán resolverse con arreglo a lo dispuesto en la sección octava, del título primero, del libro IV del Código de Comercio (artículo 930 y siguientes), y no con arreglo a la sección cuarta, del mismo título y libro, del Código de Comercio (artículo 898 y siguientes).

En definitiva, el fortalecimiento de los créditos privilegiados en las quiebras puede venir determinado por su inclusión dentro de la graduación establecida en los artículos 913 y 914 del Código de Comercio, o bien, por la posibilidad de ejercitar el comentado privilegio de ejecución separada que ostentan determinados créditos, así como por el ejercicio del derecho de abstención previsto en el artículo 900 del Código de Comercio.

---

(103) *"Si el deudor faltare al cumplimiento del convenio, cualquiera de sus acreedores podrá pedir la rescisión del mismo y la declaración de la quiebra ante el Juez que hubiere conocido de la suspensión"*.

(104) En la actualidad, la práctica totalidad de los procesos de quiebra se siguen frente a Sociedades Anónimas.

2.2. La suspensión de pagos.

Considerando que la finalidad del procedimiento de la Suspensión de Pagos es la suscripción de un convenio entre el suspenso y sus acreedores, en el que, al menos inicialmente, no está prevista la liquidación del patrimonio del deudor, la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, no prevé la graduación de los créditos para su pago con cargo al producto de los bienes del suspenso, sino que centra su regulación en la suscripción del convenio. Dicho convenio, obligará a todos los acreedores que concurrieren, incluso a los privilegiados.

Pero entonces, ¿a qué se reduce el privilegio de los créditos en las suspensiones de pagos? La respuesta es complicada. Dependerá de la interpretación que se realice de los párrafos 4º y 5º del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922:

> **Artículo 9.:**
>
> [...]
>
> Los juicios ordinarios y los ejecutivos en que no se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados, que se hallaren en curso al declarase la suspensión de pagos, seguirán su tramitación hasta la sentencia, cuya ejecución quedará en suspenso mientras no se haya terminado el expediente.
>
> Desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos, todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores, mientras ésta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado. Todo lo cual se entenderá sin menoscabo del derecho de los acreedores privilegiados y de dominio al cobro de sus créditos.

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo cuarto, las ejecuciones de todas clases, excepto las hipotecarias y pignoraticias, deberán quedar paralizadas desde el momento en que el Juzgado tenga por solicitada del deudor la iniciación del expediente para ser declarado en suspensión de pagos. Debiendo exceptuarse también de dicha paralización, conforme a lo establecido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, las ejecuciones llevadas a cabo en reclamación de créditos salariales[105], y las ejecuciones administrativas cuando se den los supuestos que desarrollo en el apartado 2.5, estas últimas según lo dispuesto en los respectivos Reglamentos de Recaudación.

---

(105) En este sentido, confrontar:
GOMEZ MARTIN, FERNANDO; "Actuación del auditor de cuentas en el ámbito judicial"; Ediciones del Instituto de Autidores-Censores Jurados de Cuentas de España, tomo I, Madrid 1994. Págs. 88 y 89.

La duda puede surgir de la lectura de la parte final del párrafo quinto: "*todo lo cual se entenderá sin menoscabo del derecho de los acreedores privilegiados y de dominio al cobro de sus débitos*". En mi opinión, la respuesta que debe darse es que los procedimientos en ejecución que hayan dado lugar a embargos anteriores al inicio del expediente de suspensión de pagos, deberán quedar en suspenso. Ahora bien, los acreedores privilegiados que hayan efectuado el embargo de bienes con antelación al procedimiento concursal podrán continuar con la ejecución de los mismos. En este sentido se pronuncian tanto el Reglamento General de Recaudación del Estado, aprobado por el Real Decreto 1.684/1990 (artículo 95), como el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre (artículo 117 de la Orden de desarrollo, de 8 de abril de 1992).

Con respecto a los restantes acreedores privilegiados que podrían continuar con la ejecución de sus embargos, en aplicación del citado apartado quinto "*in fine*" del artículo 9 de la Ley de 1922, considero que habría que excluir aquéllos que obtengan su privilegio precisamente del embargo (es decir, fundamentalmente, los créditos privilegiados por el artículo 1.923.4º del Código Civil). No obstante, el único pronunciamiento que existe sobre el privilegio de ejecución separada una vez iniciado el expediente de suspensión de pagos, se limita a los ya citados créditos salariales, hipotecarios y pignoraticios, así como a los créditos tributarios y de la Seguridad Social cuyo embargo se haya practicado con anterioridad a la Providencia de admisión de la Suspensión de Pagos. En cualquier caso, a mi juicio nada impide que otros créditos "*privilegiados*" que hayan efectuado su embargo con anterioridad al procedimiento concursal puedan llevar a cabo su ejecución, debido a la redacción literal del apartado quinto de la Ley de 1922, si bien será necesaria la existencia previa del embargo. En este punto, quizá sea necesario recordar que una cosa es el privilegio de un crédito, y otra la posibilidad de ejercitar el derecho de ejecución separada. (Las anotaciones preventivas de embargo serán créditos privilegiados, pero no gozarán del derecho de ejecución separada.)

Por otra parte, con independencia del privilegio de ejecución separada, los créditos privilegiados gozan en las suspensiones de pagos del llamado derecho de abstención, previsto en los artículos 15 y 22 de la Ley de 1922. Según el cual, el convenio que suscriba el suspenso con sus acreedores no alcanzará a los privilegiados que hayan ejercitado dicho derecho de abstención. Consecuentemente, finalizado el expediente de Suspensión de Pagos con la suscripción de un convenio con los acreedores, los privilegios que se hayan abstenido del procedimiento podrán continuar su ejecución sin limitación alguna; cuestión que, evidentemente, puede dejar vacía de

contenido la efectividad del convenio, debilitando notablemente con ello la eficacia del procedimiento de Suspensión de Pagos.

En definitiva, en la Suspensión de Pagos, el verdadero privilegio de determinados créditos no descansa en su correspondiente graduación, sino en el privilegio de ejecución separada (al que más tarde me referiré) y en el ejercicio del derecho de abstención, siempre que se proceda a la oportuna ejecución del patrimonio del deudor una vez finalizado al expediente de la suspensión.

Por último, también puede decirse que estamos en presencia de una especial prerrogativa cuando se hace referencia a las denominadas deudas de la masa; es decir, los créditos generados con posterioridad a la admisión de la Suspensión de Pagos. Estos créditos, según reiteradísima jurisprudencia, tienen derecho a percibir su pago sin necesidad de esperar a la resolución de la Suspensión de Pagos. Como dice LUIS SÁNCHEZ SOCÍAS[106]: "*El carácter extraconcursal de las deudas de la masa determina que deban satisfacerse al margen y con independencia de la marcha del proceso*".

2.3. La quiebra.

Como he dicho al analizar las cuestiones previas de este apartado 2, el privilegio de determinados créditos en un procedimiento de quiebra puede derivarse de tres situaciones:

1.- De la graduación establecida en los artículos 913 y 914 del Código de Comercio atendiendo al principio de la "*par conditio creditorum*"; principio que, como acertadamente señala MANUEL BROSETA PONT[107], "*no significa que deban asimilarse o tratarse por igual todos los créditos, sino que deben someterse a idéntico tratamiento los créditos de igual naturaleza. La graduación de los créditos tiene, pues, por finalidad esencial lograr que cada uno de ellos quede colocado (graduado) en el orden que según su naturaleza le corresponde, para ser pagado ordenadamente con el producto de la liquidación de la masa activa*".

2.- Del ejercicio del privilegio de ejecución separada.

3.- Del ejercicio del derecho de abstención.

---

(106) SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ; "La hacienda frente a las quiebras y..." (obra citada en la NPP nº 19, pág. 36); pág. 185.

(107) BROSETA PONT, MANUEL; "Manual de Derecho Mercantil"; Tecnos, Madrid 1990, 8ª edición. Pág. 682. Confrontar también los artículos 916 y 917 del Código de Comercio.

El desarrollo del privilegio de ejecución separada y del derecho de abstención lo voy a realizar en el siguiente epígrafe, debido a su relación con el ejercicio de estos derechos en las suspensiones de pagos. Centrándome ahora en el estudio de la graduación de créditos contenida en el Código de Comercio.

La primera cuestión que debe resolverse en relación con la graduación de créditos establecida por el Código de Comercio en los artículos 912 y siguientes, viene determinado por el grado de conexión que mantiene con la clasificación de créditos establecida por el Código Civil. La redacción del Código de Comercio en esta materia determina de forma clara cuál es la graduación de créditos en caso de quiebra, remitiendo en el apartado 3º del artículo 913 a la normativa común, que no es otra que la establecida en los artículos 1.921 y siguientes del Código Civil. De esta forma, el Código de Comercio supera las normas del Código Civil en cuestión de prelación de créditos, estableciendo una graduación específica para el caso de que se declare la correspondiente quiebra. En este sentido JOAQUÍN GARRIGUES[108], dice lo siguiente: *"El C. de c. respeta dentro de la quiebra el sistema de los privilegios del Derecho civil (v. C. c., arts. 1.921 y sig.). Pero antes y después de ellos establece por su parte otros. Estos otros son: o bien simples* privilegia exigendi, *que no afectan a una cosa determinada, sino que atribuyen un derecho de cobro preferente sobre el producto indistinto de los bienes muebles (el núm. 1º, art. 913, llama a estos acreedores singularmente privilegiados); o bien privilegiados con* trascendencia *real, que afectan a una cosa determinada y atribuyen un derecho exclusivo sobre el valor de esa cosa. Los acreedores pertenecientes a esta segunda clase ejercen un cierto derecho de separación sobre el precio de la cosa que les está afecta"*.

No obstante, la fecha de publicación de ambos Códigos podría llevar a pensar que, en todo caso, sería aplicable la prelación establecida por el Código Civil, en aplicación del principio de vigencia de la Ley posterior. Sin embargo, no parece que la intención de la normativa común fuese modificar los criterios específicos regulados en la graduación de créditos, en caso de quiebra, establecidos por el Código de Comercio.

Como decía anteriormente, este es el criterio que se desprende de la doctrina emanada del Tribunal supremo, según el cual *"los preceptos especiales del derecho mercantil excluyen en absoluto la aplicación de las disposiciones similares de los artículos 1.924 y demás del Código Civil, referente a la prelación y pago de obligaciones sobre el patrimonio de las personas no*

(108) GARRIGUES, JOAQUÍN; "Curso de Derecho Mercantil"; Madrid 1974, 6ª edición. Pág. 453.

comerciantes, pues la cláusula derogatoria del artículo 1.976 del Código Civil no alcanza al Código de Comercio"[109].

Ahora bien, la necesaria aplicación del Código de Comercio en la graduación de créditos en caso de quiebra, conduce al absurdo de que existan créditos que verán modificado su orden de prelación en caso de que se produzca una concurrencia de acreedores antes o después de iniciarse un procedimiento de quiebra. De esta forma, los créditos de la Seguridad Social, que gozan de la prelación establecida en el apartado 1.D) del artículo 913 del Código de Comercio, mejorarán su posición con respecto a otros créditos que en la normativa común resultarían preferentes (sería el caso de gran parte de los créditos protegidos en el artículo 1.922 del Código Civil). Incluso en relación con los créditos tributarios, la posición del crédito de la Seguridad Social resultará favorecida por la clasificación establecida en el artículo 913 del Código de Comercio, como más adelante desarrollaré, siempre dejando a salvo el privilegio de ejecución separada y el ejercicio del derecho de abstención que pueda ser utilizado por los acreedores privilegiados en los procedimientos concursales.

Toda esta cuestión demuestra, una vez más, la necesidad que existe de unificar la normativa que regula la graduación de créditos en caso de concurrencia de acreedores, evitando con ello el notable riesgo jurídico que provoca la actual dispersión existente al respecto.

En definitiva, en caso de quiebra los créditos se graduarán conforme a lo dispuesto por los artículos 912 y siguientes del Código de Comercio, que divide dichos créditos en dos secciones: la primera comprenderá los créditos que hayan de ser satisfechos con el producto de los bienes muebles de la quiebra, y la segunda los que hayan de pagarse con el producto de los bienes inmuebles (art. 912).

2.3.1 La prelación de los créditos a satisfacer con el producto de los bienes muebles.

El artículo 913 del Código Comercio establece el siguiente orden, con relación a los créditos que hayan de pagarse con el producto de los bienes muebles[110]:

(109) Ver N.P.P nº 101,en la página 167.

(110) En mi opinión, el término «*singularmente privilegiados*» no se ajusta al contenido actual que al mismo debe darse. El concepto de créditos singularmente privilegiados deberá reservarse a aquellos créditos cuya garantía descanse sobre determinados bienes del patrimonio del deudor, a diferencia de los créditos garantizados con un privilegio general sobre todo el patrimonio del deudor. Esta cuestión la he desarrollado en el apartado 1 de este mismo capítulo. No obstante, la cuestión se limita a un problema puramente terminológico.

1º LOS ACREEDORES SINGULARMENTE PRIVILEGIADOS, POR ESTE ORDEN.

A) Los acreedores por gastos de entierro, funeral y testamentaría.

B) Los acreedores alimenticios, o sea, los que hubiesen suministrado alimentos al quebrado o a su familia.

C) Los acreedores por trabajo personal por los seis últimos meses anteriores a la quiebra[111].

Sin embargo, este apartado C) se encuentra actualmente derogado de forma tácita por el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo), donde hay que resaltar especialmente lo dispuesto por el apartado 4:

> **Artículo 32.:**
>
> 4. Las preferencias reconocidas en los números precedentes serán de aplicación tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal, como en cualquier otro en el que concurra con otro u otros créditos sobre bienes del empresario.[112]

Es necesario, observar que este apartado 4 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, es la única norma que ha modificado el orden de graduación establecido por el Código de Comercio en los artículos 913 y 914, anteponiendo la preferencia de los créditos salariales sobre cualquier otro crédito.

En definitiva, los créditos salariales protegidos por el artículo 32 del Estatuto de los trabajadores se antepondrán a la totalidad de los créditos restantes, a pesar de lo dispuesto en el artículo 913 del Código de Comercio; y ello es así por aplicación de la Ley posterior, que en este caso hace referencia a su aplicación aunque el empresario haya iniciado un procedimiento concursal. Esta modificación efectuada por el Estatuto de los Trabajadores, a diferencia de las realizadas en defensa de otros créditos, no se limita a variar los criterios existentes en la prelación de créditos del derecho común, sino que modifica también la normativa específica de graduación de créditos en los procedimientos concursales; de ahí su trascendencia en esta materia.

Otra cuestión es la aplicación del apartado 5 del artículo 32 del Estatuto de los

(111) Esta materia la desarrollo con mayor amplitud en el capítulo 2º de esta parte segunda.

(112) Este apartado cuarto del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores ha sido modificado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo. La anterior redacción hacía referencia a la preferencia reconocida en los números precedentes a los créditos «*salariales*». Sin embargo, la citada modificación ha suprimido la referencia al carácter salarial de los créditos debido a la inclusión de las indemnizaciones por despido en el apartado 3 del mismo artículo.

Trabajadores, que reconoce el privilegio de ejecución separada correspondiente a los créditos salariales, cuyo ejercicio hace que en la práctica las reclamaciones efectuadas por los trabajadores sigan un procedimiento de ejecución ajeno al proceso concursal. Lógicamente, los trabajadores, atendiendo a sus acuciantes situaciones de necesidad, pretenderán ejecutar los bienes integrantes del patrimonio del deudor con la máxima celeridad, lo que les llevará en la mayoría de las ocasiones a continuar con la ejecución ante la Jurisdicción Social.

D) Los titulares de créditos derivados de los regímenes obligatorios de subsidios y seguros sociales y mutualismo laboral respecto de igual período de tiempo que el tratado en el apartado anterior.

En este apartado hay que considerar lo dispuesto en el artículo 22 del nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de agosto[113], según el cual:

> **Artículo 22.:** *Prelación de créditos.*
>
> Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquéllos procedan, gozarán, respecto de la totalidad de los mismos, de igual orden de preferencia que los créditos a que se refiere el apartado 1º del artículo 1.924 del Código Civil y el párrafo D) del apartado 1º del artículo 913 del Código de Comercio.
>
> Los demás créditos de la Seguridad Social gozarán del mismo orden de preferencia establecido en el apartado 2º, párrafo E), del artículo 1.924 del Código Civil y en el apartado 1º, párrafo D), del artículo 913 del Código de Comercio.

Hay que destacar que, en materia de procedimientos concursales, la preferencia otorgada a los créditos de la Seguridad Social comprende por igual tanto a los créditos contenidos en el párrafo primero del citado artículo 22, como a los del párrafo segundo (a diferencia de lo que ocurre con la prelación de dichos créditos en la normativa común).

2º LOS PRIVILEGIOS QUE TUVIEREN CONSIGNADO UN DERECHO PREFERENTE EN ESTE CÓDIGO

Que son los siguientes:

- Las escrituras dotales y las referentes a bienes parafernales de la mujer del comerciante (art. 27).
- La fianza de los Agentes de Bolsa, de los Corredores de Comercio y de los

(113) Consultar el capítulo 1º, de la primera parte, dedicado a la preferencia de los créditos de la Seguridad Social (pág. 11).

Corredores intérpretes de buques[114] (art. 98).

- El del tenedor de un resguardo de almacén de depósito (art. 196).
- El del tenedor de cédulas hipotecarias (art. 208).
- El del comisionista, sobre los efectos remitidos en consignación (art. 276).
- El del préstamo con garantía de efectos cotizables, hecho en póliza con intervención de Agentes colegiados, sobre los efectos o valores públicos pignorados (art. 320).
- El del vendedor, mientras los géneros vendidos están en su poder (art. 340).
- Los nacidos del contrato de transporte, tanto a favor del cargador como del porteador (art. 372, 375 y 376).
- El del asegurador, sobre los bienes muebles del asegurado (art. 403).
- El derivado de la venta judicial de un buque (art. 580 y 581).
- Los nacidos del contrato de fletamento (art. 667 y 704).
- Los préstamos hechos durante el viaje de un buque (art. 730).
- El del capitán, contra los efectos salvados en caso de avería gruesa o en caso de naufragio (art. 867 y 842).

3º LOS PRIVILEGIADOS POR DERECHO COMÚN, Y LOS HIPOTECARIOS LEGALES EN LOS CASOS EN QUE, CON ARREGLO AL MISMO DERECHO, LE TUVIEREN DE PRELACIÓN SOBRE LOS BIENES MUEBLES.

Los créditos privilegiados por el derecho común son los analizados en el apartado primero de este mismo capítulo, es decir, los comprendidos en los artículos 1.922 y 1.924 del Código Civil (con relación a determinados bienes muebles del deudor). Debiendo añadirse también en este apartado los restantes créditos privilegiados por las respectivas normas específicas, como es el caso de los créditos tributarios garantizados en la Ley General Tributaria, entre otros. En mi opinión, la referencia a los privilegiados por el derecho común, no debe limitarse a los créditos garantizados en el Código Civil, sino que deberá hacerse extensiva a todos los créditos que gocen de alguna preferencia en el supuesto de que la graduación se realice en un proceso común, es decir, no en un proceso de quiebra.

Además de los establecidos en el artículo 1.924.1º del Código Civil, son créditos

(114) En este privilegio hay que tener en cuenta las modificaciones operadas al respecto.

hipotecarios legales, con arreglo al derecho común, los siguientes[115]:

1. La mujer del deudor: a) Por la dote que le haya sido entregada solemnemente bajo fe de Notario; b) Por las arras o donaciones que el marido le haya ofrecido dentro de la Ley; c) Por los parafernales que con la solemnidad anteriormente dicha haya entregado a su marido; d) Por cualesquiera otros bienes que la mujer haya aportado al matrimonio y entregado a su marido con la misma solemnidad.
2. Los hijos del quebrado por los bienes que éste deba reservarles, según las leyes, y por los de su pecunio.
3. Los hijos del primer matrimonio sobre los bienes de su padrastro (si es éste el declarado en quiebra) por los que la madre haya administrado o administre o por los que deba reservarles.
4. Los menores o incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos hayan recibido de aquéllos y por la responsabilidad en que incurren.

4º LOS ACREEDORES ESCRITURARIOS CONJUNTAMENTE CON LOS QUE LO FUEREN POR TÍTULOS O CONTRATOS MERCANTILES EN QUE HUBIERE INTERVENIDO AGENTE O CORREDOR.

5º LOS ACREEDORES COMUNES POR OPERACIONES MERCANTILES.

6º LOS ACREEDORES COMUNES POR DERECHO CIVIL.

Como dice FERNANDO GÓMEZ, en la obra citada, son acreedores comunes todos aquellos que no posean ningún derecho real de garantía, ni ningún privilegio general especial.

Para finalizar este epígrafe quiero resaltar una cuestión de gran importancia en relación con la prelación de los créditos tributarios y de la Seguridad Social. Cuestión que, con mayor profundidad, analizaré en el apartado 2.7. del capítulo cuarto, dedicado a los créditos tributarios. La problemática viene determinada por el hecho de que los créditos tributarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 913 del Código de Comercio, gozarán de la prelación establecida en el apartado 3º de dicho artículo, de forma que, en la graduación de créditos que deba realizarse en un procedimiento de quiebra, los créditos de la Seguridad Social se antepondrán a los créditos tributarios, por aplicación de lo dispuesto en al artículo 22 de la Ley General de la Seguridad

(115) Confrontar:
GOMEZ MARTIN, FERNANDO; "Actuación del auditor de...", (obra citada en la NPP nº 105, pág. 170), tomo II, pág. 139.

Social, de 20 de junio de 1994, en relación con el reiterado artículo 913 del Código de Comercio.

Consecuentemente, como diré en el capítulo cuarto, no coincido con las conclusiones realizadas por el Consejo de Estado[116] en el Dictamen elaborado sobre la prelación de créditos con ocasión de la consulta formulada por el Ministro de Economía y Hacienda sobre el orden de prelación de créditos que ha de guardarse en los procedimientos liquidatorios llevados a cabo por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA). En mi opinión, dicho Dictamen no resuelve un problema que en materia de graduación de créditos resulta fundamental: la coordinación de las normas contenidas en los artículos 1.922 y siguientes del Código Civil en relación con las contenidas en los artículos 912 y siguientes del Código de Comercio.

2.3.2 La prelación de los créditos a satisfacer con el producto de los bienes inmuebles.

La graduación de créditos establecida en el Código de Comercio podría suponer, como he dicho anteriormente, una antinomia en relación con la regulada en los artículos 1.921 y siguientes del Código Civil, que, a mi juicio,debe resolverse en favor de la aplicación de la norma específica. Pero, si la clasificación prevista en el artículo 913 del Código de Comercio supone una alteración de la graduación establecida en el Código Civil en relación con determinados bienes muebles, la regulada en el artículo 914, que determina la graduación de créditos que han de pagarse con el producto de bienes inmuebles, origina una modificación de trascendental importancia práctica, pues supone que, a excepción de los acreedores con derecho real (en los términos y por el orden establecido en la Ley Hipotecaria), los restantes créditos privilegiados deberán ser satisfechos con el orden establecido en el artículo 913. De esta forma, en un procedimiento de quiebra, los créditos previstos en los apartados 1º y 2º del artículo 1.923 del Código Civil, deberán posponerse a los garantizados en los apartados 1º y 2º del artículo 913 del Código de Comercio. Planteándose también, desde ahora, una importante duda que desarrollaré en el capítulo 5º dedicado al estudio de la anotación preventiva de embargo, consistente en la determinación de la naturaleza personal o real de la misma. Cuestión que, lógicamente, determinará su inclusión o no, en el apartado 1º del artículo 914 del Código de Comercio.

En definitiva, la prelación de los acreedores que hayan de pagarse con el producto de los bienes inmuebles, se sujetará al orden siguiente:

---

(116) Ver N.P.P nº 14,en la página 31.

1º Los acreedores con derecho real, en los términos y por el orden establecido en la Ley Hipotecaria[117].

2º Los acreedores singularmente privilegiados[118] y demás enumerados en el artículo 913, por el orden establecido en el mismo.

En cualquier caso, siempre deberá respetarse la preferencia de los créditos salariales previstos en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores[119].

2.4. El derecho de ejecución separada.

En los procedimientos mercantiles de ejecución universal, el privilegio que ostentan determinados créditos no se limita al orden establecido en los artículos 913 y 914 del Código de Comercio, sino que dicho privilegio descansa también en la posibilidad que tienen algunos acreedores de continuar con la ejecución separada de sus acciones, a pesar de que el efecto fundamental que produce la Suspensión de Pagos y la Quiebra es la paralización del ejercicio de las acciones individuales. Es decir, existen créditos que no se verán afectados por la "*vis atractiva*" de los procedimientos concursales, constituyendo una excepción al principio de la igualdad de trato "*par conditio creditorum*".

Esta cuestión, como dice JOSÉ TOMÉ PAULE al hablar de los efectos del auto declarativo de la quiebra[120], "*quizá no sea muy defendible desde el punto de vista ético, desde el punto de vista de la igualdad que consagra la constitución y desde el punto de vista de la* -par conditio creditorum-. *Pero es así, pues viene expresamente establecido en disposiciones claras*". Reflexión que, evidentemente, puede hacerse extensiva a la ejecución separada en la suspensión de pagos.

Dicho privilegio de ejecución separada corresponde a los siguientes acreedores:

1.- ACREEDORES HIPOTECARIOS Y PIGNORATICIOS.

El artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1.922, en su párrafo cuarto, determina la paralización de la ejecución de los juicios ordinarios y los ejecutivos, siempre que no se

(117) Es necesario tener presente también lo dispuesto en los artículos 915 y 919 del Código de Comercio.

(118) Ver N.P.P nº 110,en la página 174.

(119) Consultar el capítulo 2º, de esta segunda parte, destinado al análisis del crédito salarial (pág. 187).

(120) TOMÉ PAULE, JOSÉ; "Los efectos del Auto declarativo de la Quiebra"; en Cuadernos de Derecho judicial (Derecho concursal), publicación del C.G.P.J., Madrid 1992. Pág. 438.

persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados. Es decir, a "*sensu contrario*", hay que entender que los acreedores hipotecarios y pignoraticios no tendrán que paralizar necesariamente el ejercicio de sus acciones.

En relación con el proceso de quiebra, la paralización del ejercicio de las acciones individuales, con la correspondiente acumulación al juicio de quiebra, viene determinada en el artículo 1.379 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, a su vez, remite a las reglas establecidas en la misma Ley para el juicio de concurso (art. 1.173): "*En el mismo auto en que se haga la declaración de concurso se dictarán las disposiciones siguientes: 3º La acumulación al juicio de concurso de las ejecuciones que haya pendientes contra el concursado en el mismo Juzgado o en otros, con la excepción establecida en el artículo 166*". Por último, el citado artículo 166 dice que "*no procederá la acumulación de los juicios ejecutivos entre sí, ni a un juicio universal, cuando sólo se persigan los bienes hipotecados*".

No obstante, como dice LUIS SÁNCHEZ SOCÍAS[121], "*La posición del acreedor hipotecario en la quiebra no responde a un sistema bien definido. Parte de la doctrina entiende que los acreedores que persigan sólo bienes hipotecados no están obligados a inscribirse en la quiebra, y pueden ejecutiar su derecho separadamente. Para otros autores sólo tienen el derecho de separación absoluta si han iniciado la ejecución antes de declarase la quiebra*"[122].

Asimismo, el artículo 918 del Código de Comercio determina el privilegio de ejecución separada de los acreedores pignoraticios:

> **Artículo 918.:**
>
> Los acreedores con prenda constituida por escritura pública o en póliza intervenida por agente o corredor no tendrán obligación de traer a la masa los valores u objetos que recibieron en prenda, a menos que la representación de la quiebra los quisiera recobrar satisfaciendo íntegramente el crédito a que estuvieren afectos.
>
> Si la masa no hiciere uso de este derecho, los acreedores con prenda cotizable en Bolsa podrán venderla al vencimiento de la deuda, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 323 de este Código, y si las prendas fuesen de otra clase, podrán enajenarlas con intervención de corredor o agente colegiado, si los hubiere, o, en otro caso, en almoneda pública ante notario.

(121) SÁNCHEZ SOCÍAS, LUIS y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ; "La hacienda frente a las quiebras y ..." (obra citada en la NPP nº 19, pág. 36); pág. 162.

(122) Confrontar:
GARRIGUES, JOAQUÍN; "Curso de ...", (obra citada en la NPP nº 108, pág. 173); pág. 454:
En suma, la posición de los acreedores hipotecarios en la quiebra no responde a un sistema bien definido. Desde luego está claro que, a diferencia del sistema germano, no gozan de un derecho de ejecución absolutamente separada, es decir, fuera del procedimiento de la quiebra, más que en el supuesto de estar iniciada la ejecución al ser declarada ésta.

> El sobrante que resultare después de extinguido el crédito será entregado a la masa.
>
> Si, por el contrario, aún resultase un saldo contra el quebrado, el acreedor será considerado como escriturario, en el lugar que le corresponda según la fecha del contrato.

Gozan también de este derecho de ejecución separada los acreedores hipotecarios navales (artículo 39.3 de la Ley de Hipoteca Naval) y los acreedores amparados por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión (artículo 10, párrafo 2º).

En este sentido, FERNANDO GÓMEZ MARTÍN[123] destaca, entre los efectos jurídicos de la quiebra, la acumulación de procesos pendientes, incluso los juicios ejecutivos, aunque hubiese recaído Sentencia firme y se encuentren en fase de apremio, como declara la Sentencia del T.S. de fecha 30.01.78, excepto aquellos en que se persigan bienes hipotecados, según establece el art. 166 de la L.E.C. y el art. 135 de la Ley Hipotecaria (Sentencias del T.S. de 11.10.85 y 10.03.86 y Resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27.12.91).

Consecuentemente, como señala RODRIGO URÍA[124], la regla de la paralización de las acciones individuales y aisladas de los acreedores contra el deudor no está formulada de forma explícita por la Ley, pero está implícitamente recogida en una serie de preceptos de carácter procesal.

2.- CRÉDITOS SALARIALES.

Actualmente nadie discute el privilegio de ejecución separada que corresponde a los créditos salariales garantizados en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, que, en el apartado 5, dice lo siguiente: "*Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudadas no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal*".

3.- EJECUCIONES ADMINISTRATIVAS POR CRÉDITOS TRIBUTARIOS Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Aunque en puridad jurídica no puede hablarse, en este caso, de un privilegio de ejecución separada, lo cierto es que tanto los créditos a favor de la Hacienda Pública, como los créditos de la Seguridad Social, podrán continuar con su correspondiente ejecución a pesar de la existencia de un procedimiento concursal de ejecución universal. Esta posibilidad (desarrollada en el capítulo

---

(123) GÓMEZ MARTÍN, FERNANDO; "Actuación del auditor de...", (obra citada en la NPP nº 105, pág. 170); tomo II; pág. 853.

(124) URÍA, RODRIGO; "Derecho Mercantil", (obra citada en la NPP nº 102, pág. 168); págs. 828 - 829.

4º de la parte primera) se debe a lo establecido por el artículo 95 del Reglamento General de Recaudación del Estado, aprobado por Real Decreto 1.684/1990, y a lo dispuesto en el artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992, que desarrolla el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social: "*En los casos de concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y procedimientos concursales de ejecución universal, la preferencia*[125] *para la continuación en la tramitación del procedimiento vendrá determinada por la prioridad en el tiempo de los mismos con arreglo a las siguientes reglas, que serán aplicadas por los órganos de recaudación, salvo resolución en contra de los órganos judiciales competentes en materia de conflictos de jurisdicción:*

a) En los procedimientos administrativos de apremio se estará a la fecha de la providencia de embargo[126].

b) En los procedimientos concursales o de ejecución universal, se estará a la fecha de la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos, a la del auto de declaración en los de concurso de acreedores y quiebras y a la de la resolución con que se inicie el procedimiento de ejecución en los demás casos".

En consecuencia, para determinar la posibilidad de que los órganos administrativos continúen con su ejecución, a pesar de la existencia de un procedimiento concursal, habrá que comparar los denominados "*momentos homogéneos*"[127], que podrán dar como resultado la existencia de una ejecución separada en favor de los órganos de recaudación del Estado y de la Seguridad Social.

2.5. El derecho de abstención.

La finalidad de los procedimientos concursales o de ejecución universal consiste en agrupar a todos los acreedores de forma que el cobro de las correspondientes deudas no se convierta en una carrera entre todos ellos. Con tal fin, se constituye la denominada masa de acreedores y se someten al principio de la "*par conditio creditorum*", estableciendo la legislación mercantil un

(125) En mi opinión, hubiese sido más acertado decir «*la prioridad*».

(126) Ver el capítulo 4º, de la primera parte (pág. 109).

(127) Expresión utilizada entre otros por SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ; "La hacienda frente a las quiebras y..." (obra citada en la NPP nº 19, pág. 36); pág. 55.

orden de graduación de créditos para que los pagos con cargo al patrimonio del deudor se realicen de forma ordenada.

Sin embargo, como he recogido en el apartado anterior, existen créditos que ostentan el privilegio de continuar su ejecución sin necesidad de incorporarse al proceso de ejecución universal, cuestión que otorga a estos acreedores un privilegio distinto al de la graduación de créditos.

Por último, existe una tercera situación que determina el privilegio de algunos créditos con relación a la masa de acreedores: el ejercicio del derecho de abstención.

La legislación mercantil prevé, tanto para las quiebras como para las suspensiones de pagos, la posibilidad de que los acreedores privilegiados no se sumen a los acuerdos que en dichos procedimientos se establezcan, ejercitando de esta forma el llamado derecho de abstención.

El derecho de abstención en las suspensiones de pagos viene determinado por el artículo 15, párrafo tercero, de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, que dice lo siguiente: "*Los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, comprendidos en los números 1º, 2º y 3º del artículo 913 del Código de Comercio, podrán abstenerse de concurrir a la junta, pero si concurrieren, quedarán obligados como los demás acreedores. Sus créditos no se tomarán en cuenta para la computación de la mayoría de capital a que alude el artículo anterior*".

Asimismo, el artículo 22 dice que "*podrán abstenerse de concurrir a la Junta, sin que el convenio surta efectos respecto de ellos, los acreedores que invoquen los derechos reconocidos en los artículos 908 y 910 del Código de Comercio*".

Consecuentemente, dejando ahora a un lado el privilegio de ejecución separada que corresponde a algunos créditos, los acreedores privilegiados podrán optar por personarse en el proceso de Suspensión de Pagos y vincularse al convenio que allí se acuerde, o, por el contrario, abstenerse de concurrir al mismo. Ahora bien, en el supuesto de que el crédito privilegiado en cuestión tenga paralizado el ejercicio de sus acciones por efecto del procedimiento de la Suspensión de Pagos (sin que pueda ejercitar el derecho de ejecución separada), siempre podrá esperar a la finalización del procedimiento con la aprobación del convenio para proceder a la ejecución de su crédito, pudiendo dejar, con ello, vacío de contenido el acuerdo obtenido en el convenio del Suspenso y los restantes acreedores. Cuestión que, desde la perspectiva de la igualdad de trato que debe presidir estos procedimientos, resulta absolutamente desproporcionada y que abunda en la necesidad de reformar la normativa que regula los procedimientos concursales;

reflexión que igualmente puede hacerse extensiva al privilegio de ejecución separada que he desarrollado anteriormente.

En cualquier caso, a la vista de los preceptos analizados, la abstención o no en los procesos de Suspensión de Pagos es una decisión que compete exclusivamente al titular del crédito privilegiado.

Por su parte, el derecho de abstención en los procesos de quiebra está regulado en el artículo 900 del Código de Comercio, según el cual: "*Los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios podrán abstenerse de tomar parte en la resolución de la Junta sobre el convenio, y absteniéndose, éste no les parará perjuicio en sus respectivos derechos*".

Ahora bien, como he dicho anteriormente, el ejercicio del derecho de abstención puede ser discutible en el caso de la quiebra de las Sociedades Anónimas[128], toda vez que el derecho de abstención está previsto en el artículo 900 del Código de Comercio, dentro de la sección cuarta, del título primero, del libro IV, mientras que las proposiciones de convenio de las Sociedades Anónimas deberán resolverse conforme a la sección octava (y no a la cuarta) del citado título primero del libro IV. En consecuencia, la aplicación de la sección octava del título primero del libro IV del Código de Comercio plantea la duda de la posible utilización del derecho de abstención previsto para los acreedores privilegiados en el artículo 900 de dicho texto legal (en una sección distinta a la octava). La interpretación literal de estos preceptos implicaría la pérdida de los derechos de aquellos acreedores privilegiados que no se adhieran al convenio,pues el derecho de abstención no está contemplado en la sección octava. A mi juicio, no sin ciertas dudas, deberá realizarse una interpretación extensiva del derecho de abstención regulado en el artículo 900, de manera que en las quiebras de las Sociedades Anónimas pueda ser ejercitado por los acreedores privilegiados, evitando de esta forma la pérdida de los derechos de estos acreedores cuando no se adhieran al convenio.

La alternativa que se plantea a los acreedores privilegiados en el proceso de quiebra es similar a la de la Suspensión de Pagos; sin embargo, a mi juicio, hay una notable diferencia, pues, mientras que la Suspensión de Pagos *teóricamente* pretende la suscripción de un convenio que permita la continuidad de la actividad mercantil, la quiebra generalmente tendrá como finalidad la liquidación del patrimonio del deudor para hacer frente a sus deudas. De esta manera, si existe una continuidad en la actividad, los acreedores privilegiados que ejercitaron el derecho de

(128) Esta cuestión resulta trascendental si tenemos en cuenta que, en la actualidad, la práctica totalidad de los procesos de quiebra se refieren a Sociedades Anónimas.

abstención podrán hacer valer su privilegio una vez que se apruebe el convenio,cuestión que debilitará la eficacia del mismo. Por el contrario, si no existe continuidad en la actividad, puede ocurrir que el acreedor privilegiado que se abstuvo, se encuentre que cuando pretenda ejecutar su crédito, el patrimonio del deudor ya haya sido liquidado, perdiendo de esta forma la eficacia de su privilegio.

En definitiva, la cuestión que verdaderamente deberán valorar los acreedores privilegiados que ejerciten el derecho de abstención, es la de la continuidad o no de la actividad mercantil[129].

(129) Ver las conclusiones realizadas en el capítulo 4º de la primera parte (pág. 136).

CAPÍTULO 2º

LOS CRÉDITOS SALARIALES

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN 189
2. EL SUPERPRIVILEGIO DEL ART. 32.1 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 193
   2.1. La prelación del superprivilegio. 194
   2.2. La colisión del superprivilegio con otras situaciones reales. 195
   2.3. Otras cuestiones suscitadas por el art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores. 196
   2.4. Aspectos procesales derivados de la ejecución del "*superprivilegio*" salarial. (La cancelación de las cargas anteriores.) 197
3. EL PRIVILEGIO SALARIAL REFACCIONARIO. ART. 32.2 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 201
   3.1. Fundamento. 201
   3.2. Delimitación. 203
   3.3. Los inmuebles como objeto de refacción. 207
4. EL PRIVILEGIO GENERAL ORDINARIO. ART. 32.3 del Estatuto de los Trabajadores. 213
   4.1. El privilegio singular. 214
   4.2. Las limitaciones del privilegio del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores 215
5. LA INCIDENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN EL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO SALARIAL 220
6. LAS INDEMNIZACIONES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONCEPTO LEGAL DEL SALARIO. SU CARÁCTER PREFERENCIAL 222
   6.1. Introducción 222
   6.2. La situación anterior a la reforma de la Ley 11/1994, de 19 de mayo . . 224
      6.2.1 El concepto de salario en sentido amplio 228
      6.2.2 El concepto de salario en sentido estricto 229
      6.2.3 La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo 229
   6.3. El privilegio actual de las indemnizaciones 232
      6.3.1 Limitaciones al privilegio 232
      6.3.2 Su incidencia en los procedimientos concursales 234
   6.4. Conclusiones. 234
7. CONCLUSIONES SOBRE LA CONCURRENCIA DE LOS CRÉDITOS SALARIALES Y LOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 236

1. INTRODUCCIÓN.

De todos los créditos privilegiados que analizo en el presente trabajo, probablemente el crédito salarial sea en los últimos años el más estudiado por los autores(130), existiendo múltiples referencias doctrinales para profundizar en el contenido del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980. Dentro de estos estudios sobre el privilegio del crédito salarial, destaca especialmente el realizado por BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, recogido en su tesis doctoral, premiada con sobresaliente *"cum laude"* en la Universidad de Murcia; dicho trabajo se ha convertido dentro de esta disciplina en un verdadero clásico en la actualidad, pues no hay autor que al hablar de esta materia deje sin citar el mencionado estudio de RÍOS SALMERÓN.

A lo largo de este capítulo voy a analizar, en primer lugar, los aspectos puramente preferenciales del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, el contenido de los apartados 1, 2 y 3, valorando a continuación la incidencia de los procedimientos concursales en el crédito de los trabajadores (apartados 4 y 5 del artículo 32).

---

(130) ALONSO OLEA, MANUEL; "Derecho del Trabajo", 13ª Edición, Madrid 1991.
ANDINO AXPE, LUIS FERNANDO; "La satisfacción de los créditos de los trabajadores en el seno de la ejecución laboral". Revista Actualidad Laboral nº 46, Diciembre 1992.
ÁNGEL YAGUEZ, RICARDO DE y ZORRILLA RUIZ, MANUEL MARÍA; "El privilegio de los llamados créditos salariales" (Revista nº 23, año 1985, del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya).
ARCOCHA BASTERRA, IGNACIO; "Los privilegios del crédito salarial y las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo"; Revista nº 28, año 1986, del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya; pág. 43.
BORRAJO DACRUZ, EFRÉN; ÁLVAREZ DE MIRANDA, JOSÉ MARÍA; GARCÍA ABELLÁN, JUAN; MARTÍNEZ EMPERADOR, RAFAEL;"Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", T. VI, Madrid 1982.
CONDE Y MARTÍN DE HIJAS, VICENTE; "Procedimientos concursales y derechos de los trabajadores". Colección Abogados Jóvenes, nº 1, Fuenlabrada (Madrid) 1982.
GIL SUAREZ, LUIS; "Los créditos laborales y los procesos concursales" (Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de conflictos Jurisdiccionales , de 28.01.83). R.E.D.T., Cívitas.
GIL SUAREZ, LUIS; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; MARTÍNEZ GIL, JESÚS; "El Salario como crédito privilegiado", AA.VV, Madrid 1981.
GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Las garantías del crédito salarial", R.D.P. marzo 1980.
NARVÁEZ BERMEJO, MIGUEL A.; "Puntos críticos sobre las garantías del privilegio salarial: aspectos sustantivos y procedimentales en los juicios concursales". Revista Actualidad Laboral nº 13, 1993.
OLIVENCIA RUIZ, MANUEL; "Los privilegios del crédito salarial, crítica de la obra de RÍOS SALMERÓN". Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 18, abril-junio 1984.
PÉREZ PÉREZ, MANUEL; "El crédito privilegiado del trabajador; sujeto, objeto y ejercicio", R.P.S. números 124 y 126.
PÉREZ PÉREZ, MANUEL
- "Concepto, naturaleza jurídica y clases de privilegios del crédito salarial", R.E.D.T., nº 4, diciembre 1980.
- "La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador", Barcelona 1980.
- "Aparición histórica y evolución jurídica de los privilegios del crédito salarial", R.D.P., enero 1981.

REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS; "Los créditos salariales sin privilegio especial y la tercería de mejor derecho: El artº 32.3 del Estatuto de los Trabajadores (Las indemnizaciones por despido o cese como créditos no privilegiados". Revista Aranzadi Social; Volumen IV, 1993. Págs. 2.179 y ss.
RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143)
RIVERO LAMAS, JUAN; "Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario". Revista Actualidad Laboral nº 8, 1988.

Asimismo, en el apartado sexto del presente capítulo, analizo un problema que ha sido objeto de una importante y trascendente controversia durante los últimos tiempos y que ha ocasionado la existencia de una inquietante jurisprudencia contradictoria entre las Salas de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo: la consideración de las indemnizaciones en el concepto legal del salario y su protección mediante la aplicación del privilegio previsto en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. En el análisis de dicha problemática habrá que tener presente, a partir de ahora, las modificaciones introducidas por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que han sido modificados determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social. A mi juicio, tras la citada modificación, debería terminarse con la controversia existente en torno a la consideración de las indemnizaciones como un concepto amplio del salario, pues, actualmente, ha quedado suficientemente matizada la protección salarial, por un lado, y la correspondiente a las indemnizaciones, por otro.

Con carácter previo al estudio del contenido del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores quiero destacar también algunas cuestiones que voy a tener presentes a la hora de profundizar en su análisis: En los apartados 2 y 3 voy a seguir el esquema planteado por BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, añadiendo, en el apartado 2.4, los complicados aspectos procesales derivados de la ejecución del "*superprivilegio*" salarial, especialmente en lo referente a la cancelación de las anotaciones e inscripciones anteriores, pero no preferentes, a dicho privilegio salarial.

Posteriormente, en el apartado 4, voy a analizar la modificación introducida por la reciente Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modifica los planteamientos de la obra de RÍOS SALMERÓN, a la que, insisto, hay que reconocer como verdadero punto de referencia en el estudio del privilegio salarial. Dicha modificación alcanza también, como veremos, a la incidencia de los procedimientos concursales.

Del mismo modo, es preciso significar un problema práctico que desgraciadamente se produce de forma habitual y es que, como señala LUIS FERNANDO ANDINO AXPE[131], ni en las sentencias ni en las actas de conciliación se cuantifican los salarios de los últimos 30 días, limitándose a recoger varias partidas en el mejor de los casos y una suma total, con lo que la problemática de graduación de los créditos salariales sufre una dificultad añadida, la de

(131) ANDINO AXPE, LUIS FERNANDO; "La satisfacción de los créditos de...", (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); pág. 815.

cuantificarlos con posterioridad al momento de su reconocimiento. Sería conveniente que los Juzgados de los Social y los servicios de mediación, arbitraje y conciliación, extremasen su preocupación por esta cuantificación de gran repercusión a la hora de delimitar la preferencia de los créditos de los trabajadores, especialmente si consideramos la repercusión del apartado primero del artículo 32, al que la doctrina tradicionalmente denomina superprivilegio[132].

También quiero destacar que el estudio del privilegio salarial en el campo del derecho marítimo cobra una especial importancia, como veremos en el capítulo 6º, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926.

Por último, quiero recoger aquí la extraordinaria reflexión realizada por JUAN RIVERO LAMAS[133], desarrollada después en la introducción del estudio efectuado por MIGUEL A. NARVÁEZ BERMEJO[134], que dice los siguiente: "*con el desplazamiento de los principios sobre los que descansaba el nacimiento y la desaparición de la empresa privada capitalista: el contexto económico del empresario individual que arriesgaba capital propio cuya explotación justificaba el beneficio, siendo también libre para cesar en la actividad empresarial, se ha pasado a un nuevo modelo que se nutre fundamentalmente con capital financiero procedente de entidades de créditos, bonificaciones tributarias, subvenciones públicas a fondo perdido, ayudas crediticias a la explotación, garantías que proporcionan compañías de seguro etc. Estos datos son indicativos de que el riesgo de empresa en las sociedades de capitalismo avanzado tiende a socializarse. No es extraño que ante una situación de crisis con riesgo de insolvencia del empresario cada grupo de acreedores que contribuyeron con sus recursos al nacimiento de la sociedad traten de situarse de manera prelativa frente a los otros resolviéndose la concurrencia conforme al predominio de unos sobre otros, acorde con pautas de política legal.*".

Finalmente, antes de pasar al análisis de lo dispuesto en el citado artículo 32 del Estatuto

---

(132) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ en la página 331 de obra citada ("Los privilegios del...", NPP nº 73, pág. 143) señala lo siguiente:

"El término «superprivilegio» está consagrado en la doctrina francesa; es de común utilización en la nuestra; y de él se ha hecho eco ya la jurisprudencia, como es de ver en TS/Sala de conflictos, de 28 de enero de 1983.

En la literatura alemana se ha llegado a utilizar la locución: «Superbevorrechtigte Konkursforderung», con la que se alude a crédito contra el quebrado, que al ser elevado a crédito contra la masa, puede tenerse por «superprivilegiado»; cfr. JOACHIN KILGER: 'Problematische «Masseschulden»', en «Neue Juristische Woche», 1980, cuad.6, p. 272.

En la doctrina anglosajona se ha utilizado la voz «super-priority», aunque esta vez para referir el elevado rango de las garantías reales; cfr. Daniel R. COWANS: 'Bankruptcy Law and Practice...', cit., p. 323."

(133) RIVERO LAMAS, JUAN; "Protección de los...", (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); pág. 390.

(134) NARVÁEZ BERMEJO, MIGUEL A.; "Puntos críticos sobre...", (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); pág. 249 y 250.

de los Trabajadores es conveniente hacer telegráficamente una relación histórica de sus antecedentes normativos más inmediatos, que están constituidos por las siguientes normas:

.- Art. 16 del Código de Trabajo, de 23 de agosto de 1926

.- Art. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931 y art. 59 de su texto refundido, de 26 de enero de 1944.

.- Art. 32 de la Ley de Relaciones Laborales, de 8 de abril de 1976.

2. EL SUPERPRIVILEGIO DEL ART. 32.1 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

El apartado primero del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores establece, en lo que la doctrina ha calificado como superprivilegio, lo siguiente:

> **Art. 32.1.** Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.

LIMITES:

Este primer apartado presenta dos limitaciones, una temporal y otra cuantitativa. En cuanto al límite temporal son múltiples las dudas que pueden surgir, dudas a las que RÍOS SALMERÓN va respondiendo de forma acertada; no obstante, hay una cuestión, a mi entender trascendental, que no queda matizada por los autores consultados, y es el determinar si los treinta últimos días de trabajo hacen referencia a los últimos antes de extinguirse la relación laboral o, por el contrario, estos últimos días son privilegiados con independencia de que subsista la relación laboral, cuestión ésta que podría dar lugar al reiterado nacimiento de nuevos créditos dotados de tan singular privilegio. Considero que la protección otorgada por este apartado primero tiene su fundamento en garantizar las situaciones de necesidad que la pérdida del empleo supone para los trabajadores, mientras que aquellos que ostentan un crédito salarial y, sin embargo, continúan manteniendo dicha relación laboral, deberán estar protegidos por el apartado tercero del artículo 32 del E.T.

Continuando con la limitación temporal del apartado primero, RÍOS SALMERÓN señala que *"esos días son de trabajo; por consiguiente, lo privilegiado son los salarios correspondientes a tales días, no los que hayan podido vencer durante los mismos, pero que corresponden a un período mayor o simplemente distinto; lo que, relativamente exento de complicaciones en los supuestos de retribución fija, puede provocar dificultades en los de retribución variable, de manera muy especial, en todos aquellos en que se pactó una comisión"*[135]. Concluyendo el mismo autor, en cuanto a la limitación temporal, lo siguiente *"1º, que el superprivilegio es una*

(135) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 332.

preferencia estricta de índole individual, y por consiguiente, referible a los treinta días que sean los últimos para el interesado, [...]; y 2º, que sin embargo, los treinta días que, siendo los últimos entre los que se deben, pero no los últimos entre los trabajados, [...], no pueden entenderse incluidos en el superprivilegio".

La segunda limitación que recoge el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, es la cuantitativa, *"en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional"*. Tanto RÍOS SALMERÓN como otros autores[136], consideran que no deberá incluirse la parte proporcional de las pagas extraordinarias, a no ser que haya pactado un salario global, incluyendo las pagas.

2.1. La prelación del superprivilegio.

El reiterado apartado primero establece que *"gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca"*. Esta afirmación categórica es la que ha determinado la denominación de superprivilegio, que goza, además, de la primicia de toda *lex posterior*. Primacía que, como señala RÍOS SALMERÓN[137] *"deviene particularmente interesante en supuestos de parecida formulación absoluta, entre los que destaca lo prevenido en materia de propiedad horizontal, donde los gastos generales se elevan a «crédito de la comunidad preferente a cualquier otro»; así como lo normado en materia fiscal*[138]*. [...]. Tal primacía se posibilita por la ausencia en nuestro Derecho, de una regla que someta a reparto proporcional las prioridades que en la ley especial se formulan de manera absoluta. Tal regla existe en el CCiv italiano de 1942: se someten a reparto proporcional los créditos concurrentes a los que las «leyes especiales atribuyen genéricamente una prelación sobre cualquier otro crédito» (artículo 2.782)".*

Expresamente se ha encargado de recalcar que la preferencia se producirá aunque el crédito se encuentre garantizado por prenda o hipoteca, matización que se podría haber obviado diciendo, únicamente, que gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito (cuestión ésta que recuerda la importancia de la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y su influencia

(136) ANDINO AXPE, LUIS FERNANDO : "La satisfacción de los créditos de...", (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189)pág. 815

(137) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 337.

(138) Si bien, en materia fiscal, la continúa reforma de su legislación podría cuestionar la interpretación en favor del crédito salarial del principio de aplicación de la Ley posterior.

posterior en este campo del Derecho).

2.2. La colisión del superprivilegio con otras situaciones reales.

De especial interés resulta el análisis que RÍOS SALMERÓN realiza de estas colisiones, estableciendo que *"cuando la ejecución forzosa recaiga sobre bienes que, a su vez, soportan derechos reales restringidos, con función económica distinta de la de garantía, habrá que respetarlos íntegramente; así sucederá con un usufructo o con una servidumbre"*[139].

Resultan controvertidas por algunos autores las tesis, a mi juicio acertadas, que RÍOS SALMERÓN sostiene en su obra citada sobre la preferencia del crédito salarial del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores. sobre los negocios jurídicos dominicales con finalidad de garantía *"fiducias"*[140] (a los que de forma específica me refiero en el capítulo 3º de esta segunda parte, pág. 239):

> Cuando el empresario ha dispuesto de su bienes -en garantía- de débitos por él contraídos, la apariencia de una transferencia dominical así constituida no será obstáculo para que al adquirente fiduciario se le equipare a un verdadero y propio acreedor; lo que posibilitará la concurrencia de los trabajadores con él, y la comparación prelativa de los respectivos créditos, que llevará ineludiblemente a la absoluta prioridad que para el salario establece el número 1 del artículo 32 Estatuto de los Trabajadores.[141]

Otra cuestión, igualmente controvertida, sostenida por RÍOS SALMERÓN, es el privilegio que el artículo 32.1 ostenta sobre los bienes garantizados con reserva de dominio y enajenados conforme a ley de venta a plazos, de 17 de julio de 1965 (en el capítulo 7 de esta parte segunda analizo en profundidad esta cuestión):

> La ejecución laboral, por créditos del trabajador, puede dirigirse contra bienes muebles que hayan sido adquiridos al amparo de la Ley de 1965, aunque en la venta se haya incorporado una cláusula de reserva de dominio, sea en favor del vendedor, lo sea en el de financiador; quienes, si estiman que gozan de mejor prelación que dicho

(139) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 346.

(140) CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE; "El negocio jurídico", Madrid, 1967; págs. 379 y ss.
ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO DE; "Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 494, enero-febrero 1973. Pág. 47 y ss.
Confrontar también el apartado 5.3 del capítulo 3º de esta segunda parte: "La fiducia", pág. 282.

(141) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 353.

> trabajador, podrán interponer la correspondiente tercería de mejor derecho, pero no la de dominio, porque no son dueños, sino solamente acreedores del precio, bien que enérgicamente privilegiados. Más concretamente, y en lo que a nosotros interesa: su privilegio cede ante el del trabajador, por razón de los últimos treinta días trabajados (art. 32.1 ET); pero no cede ante el que con carácter general se asigna para toda percepción salarial, condicionado, como se verá, a que no exista una garantía real registral constituida sobre el bien apremiado (art. 32.3 ET).(142)

No recoge en su obra, RÍOS SALMERÓN, las incidencias que se pueden plantear en la ejecución cuando el deudor posea bienes mediante el sistema de "leasing" o arrendamiento financiero que, en los últimos años, han proliferado extraordinariamente y a los que también me referiré en el capítulo 7.

2.3. Otras cuestiones suscitadas por el art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Como anteriormente he dicho en la introducción, una de los importantes problemas que se presentan en la práctica es la ausencia de un "desglose" por parte de las sentencias (o de las actas de conciliación) de las cantidades debidas a los trabajadores; en este sentido, es preciso recordar la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 22 de marzo de 1988 que señalaba: *"el establecimiento y efectos de los privilegios del crédito salarial precisan de la identificación de su naturaleza y cuantía en el Registro"*; cuestión que cobra especial importancia si consideramos los efectos preferenciales del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores. sobre los restantes acreedores.

Una nueva duda que surge de la lectura del precepto consiste en determinar si es posible la reiteración del superprivilegio; esta reiteración se puede presentar, básicamente, en dos situaciones:

1.- Si consideramos que el crédito protegido por el artículo 32.1 no supone, necesariamente, que se produzca la extinción de la relación laboral, podría darse el caso que, sucesivamente, se reclamen nuevos salarios que sean considerados como los últimos treinta días. Evidentemente, esto supondría un abuso en la utilización del superprivilegio de los créditos salariales que, considero, nunca fue la intención del legislador; ahora bien, como anteriormente he recogido, a mi juicio, la protección que otorga el artículo 32.1 está pensada para garantizar la

(142) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 343.

situación de necesidad creada por la extinción de la relación laboral, consecuentemente, descarto la posibilidad de la reiteración en esta primera situación.

2.- La segunda de las situaciones que se pueden presentar es la reiteración del superprivilegio sobre los mismos bienes hipotecados. Como señala RÍOS SALMERÓN[143], *"naturalmente, el acreedor hipotecario, cuando el monto de las retribuciones apremiadas no sea excesivo, puede optar por el pago de las mismas, con lo que evidentemente los trámites de ejecución se paralizarán, la finca no será vendida, ni la hipoteca cancelada. Aparte de las dudas que en torno a la subrogación por el pago de deuda ajena pudieran suscitarse, surge ahora la de si es viable una reiteración del superprivilegio sobre los mismos bienes, por impago de una ulterior serie de treinta días"*; concluyendo dicho autor que *"es una cuestión estrictamente laboral, que ha de resolverse con criterio amplio, vista la carencia de norma prohibitiva en contra"*. Habría que añadir al mencionado criterio que, la opción del pago a los trabajadores, no es exclusiva del acreedor hipotecario, sino que también podrá efectuarse por los restantes acreedores en la línea expuesta por la regla quinta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Para finalizar el análisis del apartado primero del artículo 32, conviene recordar que, desde la perspectiva civil, ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[144] se pregunta si esta preferencia del trabajador constituye un gravamen de los bienes del empresario; señalando que *"no lo es en sentido técnico o jurídico, y no es porque el artículo 32 no dice que los créditos salariales se harán efectivos cualquiera que sea el poseedor de los bienes o frente al adquirente de los mismos"*.

2.4. Aspectos procesales derivados de la ejecución del "*superprivilegio*" salarial. (La cancelación de las cargas anteriores.)

La diferencia entre la prioridad para la ejecución y la preferencia para el cobro plantea habitualmente un problema de difícil solución, consistente en la posibilidad o no de cancelar las cargas anteriores (no preferentes) a instancia del acreedor posterior que ostenta el derecho de preferencia. Es decir, ¿puede ordenarse la cancelación de las cargas inscritas con anterioridad, por parte de los acreedores salariales que gozan del superprivilegio del artículo 32.1? o, por el contrario ¿las cargas anteriores deberán permanecer inscritas a pesar de la ejecución llevada a cabo

(143) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 343.

(144) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Las garantías del crédito salarial" (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); Pág. 399.

por los citados acreedores salariales?

Sobre esta cuestión se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 1988, que admitió la cancelación en un litigio ciertamente complejo y con características propias, y la Sentencia de 20 de diciembre de 1988 (Sala 6ª), que rechazó la cancelación, tras estimar un recurso contra un cúmulo de adversidades planteadas en la resolución de instancia. Del mismo modo, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de abril y 22 de noviembre de 1988, se pronunciaron en defensa de la garantía hipotecaria anterior.

En la actualidad, el problema podría complicarse aún más si consideramos las reformas introducidas en la nueva redacción del artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, según el cual, ahora quedarán subsistentes no sólo las cargas y gravámenes preferentes sino también las simplemente anteriores. Igualmente, la nueva redacción del la regla 2ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario[145], modificado por el Real Decreto 1.368/1992, de 13 de noviembre, establece que se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores, silenciando la posible cancelación de las cargas anteriores.

En mi opinión, la única solución lógica es la que se apunta en el fundamento de derecho quinto de la citada Sentencia de 20 de diciembre de 1988, de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, según la cual "*[...] la actuación de este superprivilegio puede ser obtenido por los trabajadores, titulares de los créditos protegidos, en el propio procedimiento de ejecución que se siguiera para hacer efectivos tales créditos, lo que puede dar lugar, cuando al embargarse un bien se entre en concurrencia con crédito hipotecario, que en el propio procedimiento de ejecución se produzca la posposición de éste, ya que la operatividad de superprivilegio como señala la sentencia de la Sala de 23 de marzo de 1988, lleva consigo que el trabajador amparado por aquél haya de cobrar antes que el acreedor con garantía real, lo que supone, para que la prelación sea efectiva, que la venta del bien afectado a ambos créditos, realizada en el procedimiento de ejecución del superprivilegiado, deba de llevarse a efecto libre de cargas, pues, de subsistir la anterior -el crédito hipotecario- dicho superprivilegio resultaría inoperante*".

En efecto, según lo dispuesto en el artículo 272 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, "*las tercerías fundadas en el derecho del tercero, sea o no acreedor laboral del ejecutado, a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante, deberán*

(145) Confrontar el apartado 4 del capítulo 5º de esta segunda parte, pág. 376.

deducirse ante el órgano judicial del orden social que esté conociendo de la ejecución, sustanciándose por el trámite incidental regulado en esta Ley". Con esto quiero decir que, a mi juicio, la solución deberá pasar por la resolución previa de la correspondiente tercería de mejor derecho; tercería que se resolverá en la jurisdicción social cuando la ejecución se esté llevando en la misma, pues, en caso contrario, serán los propios trabajadores los que tendrán que interponer la oportuna tercería ante el órgano judicial o administrativo que esté efectuando la ejecución.

Una vez obtenido el reconocimiento del mejor derecho de los trabajadores, la ejecución de los bienes trabados en su procedimiento deberá hacerse libre de cargas, a pesar de existir otras anotadas o inscritas con anterioridad, pues, como dice la Sentencia anteriormente citada, de subsistir las cargas anteriores, dicho superprivilegio resultaría inoperante.

Tampoco resulta excesivamente serio el argumento que algunos sectores sostienen en defensa de la prioridad registral para la ejecución, en el sentido de reconocer la preferencia de los trabajadores superprivilegiados al cobro de la cantidad que se obtenga en la ejecución que deberá llevar a cabo el acreedor anterior, pues de todos es sabido que, una vez reconocido el mejor derecho de un acreedor posterior, la agilidad para continuar con una ejecución que supondrá entregar los beneficios de la misma a otro, al que previamente se le ha reconocido el mejor derecho, decae alarmantemente. Es decir, cuando un acreedor obtiene a través de la correspondiente tercería el mejor derecho sobre la ejecución de determinados bienes, lo habitual será que el acreedor que estaba llevando a cabo la ejecución de los mismos (siempre que no vaya a obtener ningún beneficio) pierde el interés por continuar con dicha ejecución.

En consecuencia, la única posibilidad real de dotar de una verdadera eficacia al superprivilegio salarial será que la ejecución de bienes que en su procedimiento se realice se lleve a cabo enajenando los mismos libres de cargas. Y eso únicamente se podrá realizar cuando previamente haya sido reconocido su mejor derecho.

De esta forma, los acreedores anteriores siempre podrán salvaguardar sus derechos abonando a los trabajadores las cantidades adeudadas por este concepto, subrogandose en la posición de los mismos (evidentemente, no en su privilegio), beneficiándose, con ello, tanto los propios trabajadores, que cobrarán su crédito, como el acreedor anterior (normalmente hipotecario), que podrán mantener su garantía; a los que generalmente se sumará el propio deudor ejecutado que se beneficiará de una venta de su patrimonio más ajustada al valor del mercado, con la disminución de su deuda que ello producirá.

El mantenimiento de las tesis contrarias a la que ahora defiendo, no sólo implicaría un

perjuicio inmediato para los trabajadores a los que el derecho sustantivo les había otorgado tan singular privilegio, sino que conduciría al absurdo de que estos trabajadores tengan que hacer valer en el futuro su mejor derecho en el supuesto de que los créditos garantizados con cargas anteriores procedan a su correspondiente ejecución. Y ello debido a que, como no han podido enajenarse los bienes libres de cargas, la cantidad obtenida por la venta de los mismos se habrá realizado con toda seguridad a un precio absurdo. Y tampoco podrán esperar indefinidamente a que el acreedor anterior (normalmente hipotecario) decida proceder a una ejecución que no le reportará todo su beneficio.

En definitiva, el mantenimiento de las cargas anteriores sostenido por el nuevo artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debería ceder, en mi opinión, en favor de la ejecución llevada a cabo por un acreedor posterior al que se le ha reconocido el mejor derecho al cobro, especialmente cuando el crédito que está llevando a cabo dicha ejecución es el "*superprivilegiado*" por el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores. Sostener una interpretación contraria a la que ahora defiendo supone dar la espalda a la realidad de los procesos de ejecución y demostrar muy poca experiencia en la problemática que diariamente se ocasiona en este sentido.

Por último, quiero añadir que la reflexión que aquí he realizado en defensa de la cancelación de las cargas anteriores cuando previamente se ha reconocido el mejor derecho de los créditos salariales, deberá hacerse extensiva a todos los supuestos en los que se reconozca un mejor derecho en perjuicio de otros créditos anteriores no preferentes. En concreto, estoy pensando en el privilegio del crédito de la Seguridad Social cuando, a través de la oportuna tercería, obtiene un mejor derecho respecto a otra carga anotada con anterioridad. En ese caso, la solución debería ser la misma que la planteada en la ejecución de los créditos superprivilegiados del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, deberá existir la posibilidad de ordenar la cancelación registral de las cargas anteriores sobre las que se ha reconocido judicialmente un mejor derecho mediante el oportuno juicio de tercerías.

3. EL PRIVILEGIO SALARIAL REFACCIONARIO. ART. 32.2 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

El apartado segundo del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. establece lo siguiente:

> **Art. 32.2.** Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.

Como sucede con el apartado primero, regula una preferencia absoluta frente a cualquier otro crédito, pero cobra una especial importancia debido a que la protección aquí otorgada lo es sin limitación temporal alguna; importancia que podría terminar siendo trascendental si se incluyen dentro de las garantías del salario a las indemnizaciones, como sostiene la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (cuestión a la que me refiero en el apartado cuarto de este mismo capítulo y que tras la reforma operada por la Ley 11/1994 debería quedar definitivamente resuelta).

La trascendencia de la interpretación que se realice de este apartado (insisto, debido a que no existe limitación temporal alguna en cuanto a los salarios protegidos), obliga a realizar un análisis de los antecedentes normativos del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores., especialmente para intentar resolver la ya tradicional controversia sobre la inclusión o exclusión de los inmuebles dentro del apartado 2 del artículo 32 y su consideración como refaccionarios.

3.1. Fundamento.

Para RÍOS SALMERÓN el fundamento de esta preferencia hay que buscarlo en el deseo legal de protección del fenómeno productivo en general, observación que aconseja descartar la prejuzgada aceptación de significados normativos reducidos, como sería identificar la palabra *"objetos"* con los bienes muebles, o excluir en la palabra *"elaborar"* las acepciones de construir, cultivar o extraer.

La controvertida Sentencia de 27 de octubre de 1983 del Tribunal Supremo, recoge en su cuarto considerando una argumentación que, posteriormente, ha sido utilizada nuevamente por el

propio tribunal, en Sentencia de 18 de diciembre de 1989, en defensa de una interpretación correctora y extensiva, atendiendo al espíritu y finalidad de la protección al obrero, manifestada en la realidad social a que atiende el Estatuto de los Trabajadores. Como señalan en su estudio RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ y MANUEL Mª ZORRILLA RUIZ[146]:

> Para aplicar este criterio de retroactividad, el Tribunal Supremo acude a «*evidentes argumentos de protección social*, que toman en cuenta la *debilidad del asalariado*, la cobertura de cuyas más perentorias necesidades se vería muy dificultada y hasta imposibilitada de no serle concedido ese singular privilegio». Se apela también a la «ética y el bien común» y a la «justicia social». Y por fin, a la «mayor motivación social» de la normativa del Estatuto de los Trabajadores, así como al «interés comunitario», que con dicha reglamentación se vigoriza, según el Tribunal.
>
> No cabe desconocer, desde luego, el espíritu progresista y tutelar que anima los pronunciamientos de la Sala, motivación que en sí misma no puede ser objeto de crítica alguna.
>
> Sin embargo, la atribución a la jurisprudencia -en concreto a ésta que se sienta en la presente sentencia- de un papel tutelar o tuitivo no encaja bien con los esquemas de un Estado de libertades, más comprometido que ninguno con la salvaguarda del Estado del Derecho y en concreto con el principio de seguridad jurídica o de lo que algunos han llamado «la certeza del Derecho».
>
> Entendemos, en efecto, que la idea tuitiva es más bien propia, en el terreno de la creación y de la aplicación de la norma, de un Estatuto autoritario.
>
> La sentencia que comentamos podrían inscribirse, creemos, en el terreno del uso alternativo del Derecho y acaso de una «toma de posición consciente» de que hablarían los constructores de tan sugestiva teoría. Lo que se fabrica con la doctrina de esta resolución, a nuestro juicio, es una *jurisprudencia de apoyo* con objetivos y finalidades no dispares de los que -con fines de transformación social- persiguieron los propugnadores de la *legislación de apoyo*, que aceptando la lucha de clases como premisa entendía que sólo con la toma de posición del legislador del lado de la clase trabajadora se eliminaba la situación deprimida de la misma y se aliviaba la posición hegemónica de la clase dominante. Los pasajes de la sentencia, que antes hemos subrayado o entrecomillado, adquieren cierta proximidad o parentesco con proposiciones pertenecientes al *uso alternativo o manejo diverso del Derecho*, lo que confiere a la resolución que comentamos un indudable atractivo técnico o doctrinal.

Resultando también habituales las argumentaciones en defensa de las acuciantes situaciones de necesidad que aconsejan una exhaustiva protección del trabajador (Sentencia de 27 de marzo de 1971).

(146) ÁNGEL YAGUEZ, RICARDO DE y ZORRILLA RUIZ MANUEL Mª.; "El privilegio de los llamados..." (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); Págs. 31 y 32.

3.2. Delimitación.

Como ha quedado expuesto, la protección otorgada por el apartado 2 no tiene limitación alguna atendiendo el término absoluto con que se formula: *"sobre cualquier otro crédito"*; no obstante, resulta preciso efectuar una delimitación de los objetos elaborados, y, además, analizar los problemas que plantea la expresión *"mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario"*.

A.- OBJETOS ELABORADOS

Siguiendo la estructura y el contenido de la obra de RÍOS SALMERÓN[147], tres son los datos definidores del soporte material del privilegio:

> a) OBJETO: las cosas elaboradas. Cuando se habla de preferencia sobre el precio de los objetos elaborados, sólo se puede estar haciendo alusión a las cosas que una empresa produce, pero no a los servicios que presta. Siendo clasificadas por dicho autor en corporales e incorporales, destacando entre las últimas las llamadas propiedad intelectual e industrial.
>
> b) ACTIVIDAD: Las tareas de elaboración. Debiendo considerarse una amplia concepción de la cosa producida, en la que entran, sin duda alguna, junto a las operaciones de creación estricta, las de transformación y hasta las de simple obtención o extracción, pero no las de reparación: quien repara no elabora.[148]

BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN[149] recoge también una serie de supuestos que considera como más importantes de elaboración:

1º Las actividades industriales de tipo productivo.
2º Las actividades industriales de tipo extractivo.
3º Las actividades de pesca.
4º Las actividades agrarias en todas sus manifestaciones.

---

(147) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 366 y ss.

(148) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Las garantías del crédito salarial" (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); pág 400: *"Ha sido una polémica que pudiéramos llamar tradicional si los objetos muebles reparados por los trabajadores estaban afectos al privilegio salarial. Creemos que está ahora superada con la exigencia legal de que los objetos han de ser propiedad del empresario. El objeto que se repara de un tercero no la cumple evidentemente"*.
Ver también GARCÍA DE HARO Y GOTTISOLO, RAMÓN; "El salario co no crédito privilegiado", Pamplona, 1960, págs. 315 y ss.

(149) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 371.

5º En el campo de los bienes o cosas incorporales, todas aquellas creaciones que, amparadas por la legislación de propiedad intelectual o industrial, se ponen a disposición del empresario en el marco del contrato de trabajo.
6º Los buques y las aeronaves.
7º Las edificaciones.
8º La energía en general y, sobre todo, la electricidad.

c) SUJETOS: Los trabajadores que elaboran. No se está aludiendo exclusivamente aquellos trabajadores que de manera directa y personal intervienen en las diversas fases del proceso productivo; sino que se alude a cualquier empleado, cualquiera que sea su real ocupación; desde el portero de una fábrica, o un empleado administrativo, pasando por el vigilante nocturno. Son los que, con expresión gráfica, se denominó *"colaboradores invisibles"*[150].

B.- PROPIEDAD O POSESIÓN DEL OBJETO ELABORADO.

El apartado 2 del artículo 32 además de exigir que los objetos sean elaborados por los trabajadores, precisa que estos sean propiedad o estén en posesión del empresario.

Resulta curioso que la redacción del Estatuto de los Trabajadores. utilice una conjunción disyuntiva "o", en lugar de una conjunción copulativa "y" que hubiera supuesto una mayor facilidad en su interpretación, pero, lógicamente, una menor protección del crédito salarial.

Nuevamente, resulta interesante hacer un ligero análisis de los antecedentes inmediatos del Estatuto de los Trabajadores, resaltando que la modificación de la línea tradicional no se ha producido con el Estatuto de los Trabajadores sino que la Ley de Relaciones Laborales de 1977 ya hacía referencia a la disyuntiva propiedad o posesión. En este sentido, el artículo 59. de la Ley de Contratos de Trabajo de 1944 decía:

[...] 1. Gozarán de preferencia sobre todos los demás créditos respecto de los objetos por aquéllos elaborados, mientras permanezcan en poder del deudor [...].

La Ley de Contratos de Trabajo de 1944, al igual que sus antecedentes, no entraba a considerar la distinción propiedad-posesión, cuestión que originó una preocupación doctrinal acerca de la supervivencia del privilegio, por vía de reipersecutoriedad, aunque las cosas hubieran pasado a manos de terceros, incluida la hipótesis de una trasferencia dominical[151].

Por su parte, la Ley de Relaciones Laborales de 1977, distinguiendo ya propiedad y

(150) PÉREZ BOTIJA, EUGENIO; "El contrato de trabajo (Comentarios a la Ley, Doctrina y Jurisprudencia)"; Madrid 1954; pág. 169.

(151) GARCÍA GOYENA, FLORENCIO; "Concordancias, ...", (obra citada en la NPP nº 78, págs. 150); pág. 283 y 287

posesión,en su artículo 32 decía:

> [...] a) Gozarán de preferencia sobre todos los demás créditos respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras estén en posesión o sean propiedad del deudor [...].

Este artículo, con una redacción similar a la que la hoy tiene el Estatuto de los Trabajadores., provocó, como señala RÍOS SALMERÓN[152], una nueva inquietud en la doctrina:

> [...], lo que inquieta a la doctrina, que adopta el punto de vista del *tercer adquirente* de la cosa, es la posibilidad de que se haya instaurado un mecanismo protector del trabajador que, con olvido del concepto técnico de privilegio, y con desconocimiento del derecho de propiedad, permita hacer efectivos los salarios debidos sobre cosas que ya no integran el patrimonio del deudor empresario que las elaboró y produjo.

Vista esta ligera exposición sobre sus antecedentes, la redacción actual del Estatuto de los Trabajadores. puede resumirse en tres supuestos:

1.- Objetos elaborados por los trabajadores que, siendo propiedad del empresario deudor, están bajo su posesión (normalmente en el domicilio de la empresa).

2.- Objetos elaborados por los trabajadores que, siendo propiedad del empresario deudor, no están poseídos por el mismo.

3.- Objetos elaborados por los trabajadores que, aún no siendo propiedad del empresario deudor, continúan en su poder.

El primero de los supuestos es el más fácil de comprender porque recoge las dos situaciones: propiedad y posesión. El segundo, tiene que hacer referencia a aquellos bienes entregados por el empresario cuya venta no se ha consumado por faltar el cumplimiento de la obligación del comprador: normalmente el pago del precio. El tercero de los apartados que he distinguido, hará referencia a los objetos sobre los que se ha efectuado una operación de compra-venta, pero que todavía no han sido entregados al comprador que había adelantado el pago del precio.

En mi opinión, los dos primeros supuestos no deberían plantear demasiadas dudas acerca

(152) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); págs. 374 y 375.

del privilegio del crédito salarial refaccionario; sin embargo, el tercer supuesto puede plantear la duda razonable de determinar quién ostenta mejor derecho: el comprador que, habiendo abonado el precio de la compra-venta, no ha recibido todavía los bienes (piénsese en un problema del transporte, por ejemplo) o, el trabajador que ha efectuado la elaboración de los bienes. Con independencia de la opinión personal que cada uno podamos tener, considero que la duda debe resolverse desde la perspectiva del derecho civil, pues, como dice ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[153]:

> El hecho de que un objeto elaborado por los trabajadores esté en posesión del empresario debe indicar que sigue siendo propietario de él, *prima facie*, aunque lo haya enajenado a tercero mientras no se efectúe la tradición, pues título y tradición son requisitos concurrentes para adquirir el dominio como consecuencia de ciertos contratos (traslativos) según los arts. 609 y 1.095 del C.c.

El mismo autor continúa exceptuando las entregas contempladas por el artículo 1.462 del Código Civil (las ventas mediante escritura pública):

> Pero ha de quedar a salvo la tradición que no es la entrega material del objeto, recogidas en los arts. 1.462 y ss. del mismo Cuerpo legal, o las formas de esta tradición del C. de c. En tales casos el empresario no seguiría siendo propietario aunque estuviese el objeto todavía bajo su señorío. Claro está que cabe interpretar (en beneficio del trabajador) literalmente la disposición, por lo que bastaría el hecho de la posesión del objeto por el empresario, prescindiendo de cualquier otro derecho que un tercero tuviese sobre el mismo, para que la preferencia se hiciese efectiva sobre él. Pero las consecuencias catastróficas que para el tráfico se derivarían debe invalidar esa interpretación, que va contra, insistimos, los principios sobre los que se asienta el régimen de adquisición del dominio en nuestro Derecho.[154]

En consecuencia, si la venta se perfecciona con la tradición, la preferencia les corresponderá a los trabajadores, debido a que el bien todavía no ha sido entregado; dejando a salvo las acciones que el comprador pueda efectuar contra el vendedor que no llegó a entregar el bien y, asimismo, exceptuando los supuestos del artículo 1462 del Código Civil, con las dudas que la interpretación literal del artículo 32.2 del Estatuto de los Trabajadores. pueda plantear.

(153) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO;"Las garantías del crédito salarial" (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); pág 399.

(154) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO;"Las garantías del crédito salarial" (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); págs. 399 y 400.

Reservando la posibilidad de constituirse en terceristas de dominio a aquellos que, de conformidad con los principios de adquisición del dominio de nuestro derecho, efectivamente hayan adquirido plenamente los bienes, es decir, los supuestos del artículo 1462 del Código Civil, pues, en los restantes casos, la compra-venta no se perfecciona hasta que no se produce la entrega de la cosa.

3.3. Los inmuebles como objeto de refacción.

En la actualidad, la determinación sobre la inclusión o no de los inmuebles en el apartado 2 del artículo 32 probablemente constituya una de las mayores controversias a la hora de realizar la interpretación del mismo. Son muchos los autores[155] que consideran el alcance exclusivamente mobiliario del citado apartado 2, si bien existe otro grupo de autores que, siguiendo el planteamiento de RÍOS SALMERÓN, sostienen la posibilidad de incluir los inmuebles dentro de los bienes a que se refiere el Estatuto de los Trabajadores. en el artículo 32.2. Asimismo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha incluido en algunas Sentencias a los inmuebles dentro de la protección salarial concedida por el Estatuto de los Trabajadores. (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1958, 16 de enero de 1968, 29 de mayo de 1970, 27 de marzo de 1971, 27 de octubre de 1983 y 18 de diciembre de 1989). Ahora bien, resulta fundamental observar que la citada jurisprudencia es, en su mayoría, anterior a la publicación de la actual normativa (Ley 8/1980, de 10 de marzo, B.O.E. 14.03.80); resultando la Sentencia de 27 de octubre de 1983 la primera dictada con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores. Esta Sentencia de 1983, ampliamente comentada por RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ y MANUEL Mª ZORRILLA RUIZ[156], hace una singular interpretación de la aplicación retroactiva de la norma (el nacimiento de los créditos salariales que se reclamaron era anterior a la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores.), con una confusa aplicación simultanea del Estatuto de los Trabajadores. y la Ley de Relaciones Laborales de 1976, recogiendo en su tercer considerando lo siguiente:

---

(155) Entre otros:
GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Las garantías del crédito salarial" (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); pág. 400.
MONTOYA MELGAR, ALFREDO; "Derecho del trabajo". Vól. III, 4ª edición; Madrid 1981; pág. 113.

(156) ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO DE y ZORRILLA RUIZ, MANUEL Mª.; "El privilegio de los llamados..." (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); págs. 9 y ss.

3.- Considerando:

Que los privilegios concedidos por el legislador a los créditos salariales, aplicados por la doctrina jurisprudencial con la amplitud de criterio que es propia de las acuciosas situaciones a que responden (Sentencia de 27 de marzo de 1971, que a su vez hace cita de las de 16 de enero de 1968 y 8 y 29 de mayo de 1970), no sólo vienen proclamados en el Código Civil [(art. 1.924.2 d), según modificación introducida por la Ley de 17 de julio de 1958] y en el Código de Comercio (art. 913.1 c), sino muy especialmente en las disposiciones laborales, tal como resulta de los artículos 16 del Código de Trabajo, de 23 de agosto de 1926, 55 de la Ley de Contrato de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931 y 59 de su texto refundido, de 26 de enero de 1944, pero es en el artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 y sobre todo en el precepto del mismo número del Estatuto de los Trabajadores, de 10 de marzo de 1980, donde las garantías del salario se acentúan, ya que éste otorga preferencia de rango al crédito por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, incluso frente a los acreedores hipotecarios y prendarios, sin limitar su protección a los objetos elaborados por los trabajadores mientras estén en posesión o sean propiedad del deudor ni a «los bienes inmuebles a los que precisamente se incorpore trabajo», como hacía la Ley de Relaciones Laborales.

Posteriormente, el Fundamento de Derecho Segundo, de la Sentencia de la Sala 1ª de 18 de diciembre de 1989, recoge el cuarto considerando de la Sentencia de octubre de 1983, estableciendo lo siguiente:

Que, por su parte, el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de Marzo de 1980, no sólo prevé en el número 1º una preferencia de los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo, en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional con prelación a cualquier otro crédito, aunque se encuentre garantizado por prenda o hipoteca, sino también y especialmente, en su número 2º, establece una preferencia absoluta, sin limitación de tiempo en cuanto a su devengo de los créditos salariales, sobre cualquier otros, respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, habiendo sentado esta Sala, en sentencia de 27 de Octubre de 1983, que la *"ratio legis"* de las garantías del salario y el consiguiente privilegio del trabajador no aconseja una interpretación puramente literal del artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales citada, sino que el espíritu y finalidad de la protección al obrero, manifestado en la realidad social a que atiende el Estatuto de los Trabajadores, imponen una interpretación correctora y extensiva de la corrección *«inmuebles a los que precisamente se incorpore su trabajo»*, que utiliza aquella disposición legal, y que permite comprender en su ámbito las naves industriales donde el asalariado desarrolla su actividad.

Resulta imprescindible puntualizar que el Tribunal Supremo, en las citadas Sentencias posteriores al Estatuto de los Trabajadores., amplía la protección del apartado 2 a los inmuebles a los que se incorpore su trabajo (evidentemente el del trabajador que resulta protegido por el Estatuto de los Trabajadores.), pudiendo quedar resumido todo el problema a una cuestión

semántica. Para analizar esta cuestión semántica a la que me refiero, es preciso efectuar ahora una comparación de la redacción actual del Estatuto de los Trabajadores. con la redacción de sus antecedentes más inmediatos: Art. 59 de la Ley de Contratos de Trabajo, de 26 de enero de 1944, y artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales, de 8 de abril de 1976.

El artículo 59 de la L.C.T. establecía, en sus apartados primero y segundo, lo siguiente:

> **Art. 59.** Los créditos por salarios o sueldos devengados por los trabajadores tendrán la calidad de singularmente privilegiados, conforme a las siguientes reglas:
>
> 1. Gozarán de preferencia sobre todos los demás créditos respecto de los objetos por aquéllos elaborados, mientras permanezcan en poder del deudor, y sobre los inmuebles a los que precisamente se incorpore su trabajo.
>
> Cuando alguno de estos bienes inmuebles estuviese gravado por hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad, la mencionada preferencia solamente alcanzará al importe de los salarios de las dos últimas semanas y a los sueldos del último mes, quedando subsistente la prelación establecida en los números primero y segundo del artículo 1.923 del Código Civil.
>
> 2. Gozarán también de igual preferencia respecto de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o explotación, salvo cuando se trate de créditos pignoraticios e hipotecarios sobre dichos bienes.

En consecuencia, la L.C.T. distingue con claridad dos supuestos: 1.- Los inmuebles a los que el trabajador incorpore su trabajo, y 2.- los inmuebles incorporados a la empresa o explotación. Dicha garantía queda además limitada en el primero de los casos a las dos últimas semanas de salario y a los sueldos del último mes cuando el inmueble estuviera gravado por hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad; estando totalmente pospuesta la garantía de salario a los créditos hipotecarios para el segundo de los supuestos.

Evidentemente, las garantías del salario contempladas en la L.C.T. de 1944 son distintas a las reguladas por el actual artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. y, consecuentemente, resultará extraño utilizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando era distinta la protección del salario; pero, además, lo que aquí me interesa resaltar es la diferencia que ya existía entre inmuebles a los que el trabajador incorporaba su trabajo y los inmuebles que se incorporaban a la actividad productiva.

La redacción del artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales era, en sus dos primeros apartados, la siguiente:

> **Art. 32.:**

> 1.- Los créditos por salarios o conceptos sustitutivos del salario, devengados por los trabajadores, tendrán la consideración de singularmente privilegiados, conforme a las siguientes reglas:
>
> a) Gozarán de preferencia sobre todos los demás créditos respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras estén en posesión o sean propiedad del deudor.
>
> b) Gozarán de preferencia sobre todos los demás créditos respecto de los inmuebles a los que precisamente se incorpore su trabajo, estén o no hipotecados, expresa, legal o tácitamente, si bien la preferencia alcanzará en este caso hasta el salario correspondiente a una mensualidad.
>
> 2.- Los créditos salariales o asimilados no protegidos por el párrafo anterior gozarán también de igual preferencia, respecto de los bienes o inmuebles incorporados a la Empresa o afectos a su actividad habitual, excepto cuando concurren con acreedores hipotecarios o pignoraticios sobre dichos bienes.

La L.R.L., como puede observarse, separa en el primer apartado la consideración genérica sobre los objetos elaborados de la preferencia sobre los inmuebles a los que se incorpore su trabajo, pero mantiene la distinción entre éstos y los inmuebles incorporados a la empresa o afectos a su actividad habitual.

Ahora bien, ¿qué quiere decir el apartado segundo cuando se refiere a los créditos no protegidos por el párrafo anterior? ¿se está refiriendo a los salarios que excedan de una mensualidad? o ¿hace alusión a los salarios no protegidos por los inmuebles a los que el trabajador incorpora su trabajo?. A mi juicio, a pesar de la confusa redacción, la L.R.L. en su redacción literal distingue entre los dos tipos de inmuebles como hacía la L.C.T. de 1944. En este sentido me parece acertada la reflexión que efectúan RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ y MANUEL Mª ZORRILLA RUIZ[157], en la obra citada:

> A este respecto, nos parece incuestionable que, por mucho que se extienda la palabra «incorporar», los inmuebles a los que «se incorpora» la actividad de los trabajadores son los *productos* de su actividad, no los constituidos por el lugar en que operan. Dicho en otras palabras, en la actividad de una empresa pueden distinguirse los bienes-capital y los bienes-producto, que resultan de la acción transformadora de la fuerza de trabajo y la tecnología sobre los bienes o factores de producción. A bienes-producto es a los que el trabajo de los operarios «se incorpora». Y desde luego pueden ser inmuebles, como en el caso de una empresa de construcción o reparación de los mismos.

Analizados estos antecedentes del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, surge de nuevo la reflexión sobre la intención del legislador ¿quiso efectuar una protección de los últimos

(157) ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO DE y ZORRILLA RUIZ, MANUEL Mª.; "El privilegio de los llamados..." (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); pág. 37.

treinta días y, posteriormente, de los objetos elaborados refiriéndose a los muebles? o por el contrario ¿la intención fue terminar con la posible polémica y definitivamente agrupar en objetos elaborados tanto muebles como inmuebles?; probablemente lo importante era terminar con la distinción entre inmuebles incorporados a *"su trabajo"* e inmuebles incorporados a la actividad.

En consecuencia, la única duda que en la actualidad debe plantearse es la de incluir en el apartado 2 del artículo 32 a los inmuebles elaborados por los trabajadores (lógicamente, deberá tratarse de empresas de construcción exclusivamente); pero lo que resulta incuestionable es que los restantes inmuebles no están protegidos por dicho apartado 2 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores., estando por tanto excluidos del ámbito de aplicación del artículo 32.2 Estatuto de los Trabajadores. los inmuebles en los que se desarrolla la actividad.

Es ésta la única interpretación válida que puede realizarse, ya que, si todas las disposiciones anteriores hacían referencia a los inmuebles donde se realiza la actividad y el Estatuto de los Trabajadores no hace una mención expresa de los mismos ¿cuál será la correcta interpretación que deberá realizarse con respecto a este privilegio? ¿es una cuestión prevista por el legislador?, evidentemente, si hubiese querido incluir los inmuebles incorporados a la actividad productiva lo hubiera efectuado con la claridad de sus antecedentes normativos.

Para finalizar con este apartado de los inmuebles como objeto de refacción hay que volver sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De las Sentencias citadas que recogen esta problemática, únicamente son aplicables las posteriores al Estatuto de los Trabajadores, es decir, la de 27 de octubre de 1983, y la de 18 de diciembre de 1989. Sobre la primera ya he dicho que, a pesar de la discutible interpretación que realiza de la aplicación retroactiva del Estatuto de los Trabajadores, establece entre sus considerandos una interpretación correctora y extensiva de la locución *"inmuebles"* a los que precisamente se incorpore su trabajo. Obsérvese que, debido a la sorprendente utilización alternativa del Estatuto de los Trabajadores. y la Ley de Relaciones Laborales, se refiere a los inmuebles a los que se incorpore su trabajo. En consecuencia, pese a que probablemente no fue ésta la intención del Tribunal Supremo, no cabe otra interpretación que la de considerar exclusivamente protegidos por el art. 32.2 del Estatuto de los Trabajadores. los inmuebles producidos por los trabajadores; efectuar otra interpretación por parte de la jurisprudencia resulta, a mi entender, ir en contra de lo previsto por el legislador, con las consecuencias que sobre el principio de la división de poderes pueden plantearse.

Cabe añadir una ligera crítica al *"entrecomillado"* que algunas revistas especializadas realizaron sobre la Sentencia de diciembre de 1989, donde se afirmaba que el Tribunal Supremo

reconocía una preferencia absoluta respecto del inmueble en que se desarrolla la actividad; habría que añadir que se trata de los inmuebles a los que se incorpore su trabajo, si bien el Tribunal Supremo debería haber realizado, en el año 1989, una profunda matización al respecto, ya que, la ausencia de una mayor fundamentación, puede ocasionar la confusión entre los profesionales del derecho, fundamentación que se hace especialmente imprescindible debido a la extraordinaria repercusión económica que la aplicación del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. produce con respecto a los restantes acreedores. Considerar la preferencia de los trabajadores sin limitación temporal alguna sobre la totalidad de los inmuebles de la empresa, sí que supone resucitar las hipotecas legales tácitas suprimidas a partir de la Ley Hipotecaria de 1861; cuestión que se agravaría aún más si, como algunos sectores sostenían antes de la reforma introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se incluyen en todos los casos dentro de las garantías del salario a las indemnizaciones de los trabajadores. Considero que la protección del salario tiene que estar especialmente privilegiada, debido a las acuciantes situaciones de necesidad de los trabajadores, pero, este privilegio, no debe suponer una desaparición total y absoluta de la posibilidad práctica de cobro de los restantes acreedores, en especial los hipotecarios, debiendo limitarse a su justa medida el privilegio de los trabajadores para cobrar sus salarios, como se desprende de una interpretación lógica de la actual normativa.

4. EL PRIVILEGIO GENERAL ORDINARIO. ART. 32.3 del Estatuto de los Trabajadores.

La nueva redacción dada al artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, tras la reforma de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, dice lo siguiente:

> Art. 32. *Garantías del salario.*
> 3. Los créditos por salarios no protegidos en los números anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

A pesar de las dudas interpretativas que presentan los apartados 1 y 2 del artículo 32, la verdadera controversia se presenta en la actualidad en el análisis de este apartado tercero del citado artículo 32, del que considero necesario resaltar su problemática debido a que, en la práctica, la mayoría de los litigios que pueden surgir entre los créditos salariales y los créditos de los restantes acreedores deberán resolverse mediante la aplicación de este apartado.

Con todo lo analizado sobre el apartado 1 del artículo 32, lo cierto es que, salvo excepciones, la preferencia de los trabajadores siempre podrá ser salvada por los restantes acreedores abonando el precio de los salarios y subrogándose en el crédito de éstos, sin entrar a considerar aquí la problemática que puede suscitar dicha subrogación.

A su vez, los créditos garantizados en el apartado 2 está limitados a unos bienes concretos que, generalmente, no presentan excesivos problemas para las expectativas de los restantes acreedores, pudiendo exceptuarse los bienes inmuebles elaborados por los trabajadores a los que me he referido anteriormente.

Sin embargo, dependiendo del alcance que se le otorgue a la reserva de los créditos con derecho real del apartado 3, la posición de los restantes acreedores puede sufrir importantes consecuencias, que como anteriormente decía son las que habitualmente deben resolverse para determinar el mejor derecho.

En el presente apartado me voy a limitar al análisis del privilegio estrictamente salarial, dejando las indemnizaciones para el siguiente apartado.

4.1. El privilegio singular.

La protección otorgada por el artículo 32 a los créditos salariales tiene una intensidad decreciente, como dice RÍOS SALMERÓN; ahora bien, es muy discutida la interpretación que debe realizarse del término *"singularmente privilegiados"*. Para RÍOS SALMERÓN la condición de *"crédito singularmente privilegiado"* es predicable no sólo del protegido con privilegio general ordinario, sino también de los protegidos con superprivilegio y con privilegio especial refaccionario. LUIS FERNANDO ANDINO AXPE[158] dice que *"no se entiende bien el término «singularmente privilegiado» al no ejercitarse sobre un determinado bien del ejecutado, a no ser que el legislador con esta calificación quiera acentuar la preferencia de dichos créditos"*. En el dictamen elaborado por el Consejo de Estado[159] se recoge la línea argumental de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado que *"considera irrelevante la expresión «singularmente privilegiados» que emplea el apartado tres del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores., la cual debe ser calificada a su juicio como impropiamente utilizada al no vincular bienes específicos del deudor"*. No obstante, el propio Consejo de Estado dice que *"no es irrelevante la expresión empleada por el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores., sino que ha de buscársele una interpretación integradora y coherente con la ordenación legislativa existente en esta materia"*.

En este sentido, el Consejo de Estado en el citado Dictamen efectúa la siguiente distinción:

1.- Acreedores Privilegiados.

* Singularmente privilegiados; con derecho a cobrar con cargo a bienes determinados del patrimonio del deudor.

** Privilegiados con carácter general; con derecho también a cobrar antes que los demás acreedores, pero sobre el patrimonio del deudor genéricamente considerado, sin afección específica de bienes concretos.

2.- Acreedores Ordinarios.

En cualquier caso, creo que en la reforma introducida por la Ley 11/1994 se podía haber eliminado la referencia a la condición de *"singularmente privilegiados"* utilizada en el apartado 3

(158) ANDINO AXPE, LUIS FERNANDO ; "La satisfacción de los créditos de...", (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189)pág. 816.

(159) Consejo de Estado; "Dictamen elaborado sobre la prelación de créditos con ocasión de la consulta formulada por el Ministro de Economía y Hacienda sobre el orden de prelación de créditos que ha de guardarse en los procedimientos liquidatorios llevados a cabo por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA)"; Madrid, 23 de enero de 1992.

del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, especialmente después de las reiteradas matizaciones efectuadas en este sentido por la Doctrina y por el propio Consejo de Estado. Reservando definitivamente la expresión "*singularmente privilegiados*" a aquellos créditos cuya garantía descansa sobre determinados bienes del deudor.

Lo cierto es que, con independencia de la discusión doctrinal en torno al término "*singularmente privilegiados*" regulada en el artículo 32.3, la preferencia del mismo alcanza a la totalidad del patrimonio del empresario deudor, no limitándose a los bienes de la propia empresa; ahora bien, esta última extensión debe entenderse referida únicamente a los empresarios individuales.

4.2. Las limitaciones del privilegio del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores.

La redacción del apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores ha sido recientemente introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social.

La citada modificación introduce una nueva limitación al privilegio garantizado en el apartado 3: "*en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago*". Esta limitación se diferencia notablemente de la establecida en el apartado 1 del mismo artículo 32, tanto en su cuantía como en su alcance temporal. En relación con la cuantía, en el apartado 3 se protegerán los salarios hasta el triple del salario mínimo interprofesional, mientras que en el apartado 1, la garantía se limita al doble. En cuanto al alcance temporal, que es donde realmente se produce la diferencia en la protección, en el apartado 3 se protegen todos los días pendientes de pago, a diferencia del apartado 1, cuya protección se limita a los últimos treinta días de trabajo.

En consecuencia, a partir de la modificación introducida en el apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, la protección otorgada por el privilegio salarial se limitará al triple del salario mínimo interprofesional por el número de días pendientes de pago, disminuyendo la cuantía salarial que hasta ahora se protegía sin limitación alguna.

La segunda limitación recogida en la nueva redacción del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores también modifica lo establecido con anterioridad por la Ley 8/1980. Anteriormente se otorgaba la preferencia del crédito salarial sobre cualquier otro crédito, "*excepto los créditos*

con derecho real en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes". Sin embargo, actualmente la reserva se establece sobre los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, "*con arreglo a la Ley*", sean preferentes. De esta forma se pretende terminar con la controversia que se había suscitado en torno a la reserva hipotecaria contenida en la redacción original del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, resultaba especialmente interesante la reflexión realizada por GULLÓN BALLESTEROS[160]:

> Es evidente que hay que descartar que el Estatuto de los Trabajadores se remita específicamente a los casos en que la L.h. contemple la colisión entre un crédito hipotecario y un crédito salarial, pues no han existido ni existen regulados allí.
>
> La remisión puede parecer que se efectúa a los supuestos en que un crédito hipotecario es preferente frente a todos los créditos, entre los que indudablemente se ha de incluir el crédito salarial. Y estos supuestos no son más que dos; el del art. 194 y el del art. 196, si se admite, con la común doctrina, para este último la existencia de una hipoteca legal tácita. El resultado práctico de esta interpretación es el restablecimiento de preferencias para el cobro de créditos desconocidos para el acreedor hipotecario ordinario, que no contaría con ninguna seguridad al hipotecar bienes del empresario, y en una cantidad ilimitada. En otras palabras, se restablecería la situación anterior a la L.H. de 1861, caracterizada por la abundancia de hipotecas tácitas que dificultaban la concesión de créditos.
>
> Pero esta interpretación no es viable por las siguientes razones:
>
> 1ª Se opone a ella implícitamente el art. 32 en su pár. 1, que limita cuantitativamente la preferencia del crédito salarial cuando va a afectar de una manera tácita u oculta a cualquier bien del empresario, mientras que en el pár. 3 no habría ninguna limitación cuantitativa. Si el legislador es consciente de los riesgos de la concesión de una preferencia de esta índole en el pár. 1º, no es lógico afirmar que los ha olvidado en el pár. 3.
>
> 2ª En la discusión que precedió a la votación del Estatuto de los Trabajadores en el Congreso de los Diputados se puso de relieve que la intención del pár. 3 del art. 32 era la de que los créditos salariales a que se refiere cobrasen después de los hipotecarios (Diario de Sesiones, Sesión Plenaria núm. 54 de 14 de diciembre de 1979). Otra cosa es que se acertase con la formulación jurídica de esa intención.

Consecuentemente, con la redacción original del apartado 3 del artículo 32, debía descartarse una interpretación literal del precepto y entender referida la expresión a todos aquellos derechos reales que se encontraban debidamente inscritos en el Registro.

MANUEL ALONSO OLEA[161] sostenía que la referencia a la Ley Hipotecaria traía su probable inspiración del artículo 914.1 del Código de Comercio, pronunciándose en idéntico sentido

(160) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Las garantías del crédito salarial" (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); págs. 400 y 401.

(161) ALONSO OLEA, MANUEL; "Derecho del Trabajo", (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); pág. 354.

BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN[162].

Ahora bien, como mayoritariamente sostenía la doctrina, la expresión *"Ley Hipotecaria"* no denotaba un concreto cuerpo legal, sino un sistema de protección registral, debiendo considerarse referida al resto de las disposiciones análogas, como la Ley de Hipoteca Naval de 1893, la de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 1954 o la Ley de Venta a Plazos de bienes muebles de 1965.

Toda esta corriente doctrinal ha llevado a la sutil modificación introducida por la Ley 11/1994, al sustituir la referencia a la Ley Hipotecaria por una referencia mucho más genérica a la Ley. De esta manera, puede afirmarse con toda rotundidad la extensión de la reserva real a los supuestos contemplados por las disposiciones anteriormente referenciadas.

Sin embargo, el problema verdaderamente trascendental continuará siendo objeto de discusión: ¿la reserva real del actual artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores alcanza a las anotaciones preventivas de embargo? La respuesta vendrá determinada por la consideración que realicemos en torno a la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de embargo, es decir, el carácter personal o real de la misma[163]. En mi opinión, como desarrollaré en el capítulo quinto de esta segunda parte, actualmente debe considerarse el efecto real de las anotaciones preventivas de embargo y, en consecuencia, el privilegio del crédito salarial regulado en el apartado 3 del artículo 32 deberá ceder ante la existencia de una anotación preventiva de embargo practicada en el Registro con anterioridad al nacimiento del crédito salarial. No obstante, cuando la anotación preventiva de embargo acceda al Registro con posterioridad al nacimiento del crédito salarial, aunque evidentemente éste no haya sido preventivamente anotado, la preferencia de dicha anotación cederá ante la existencia de un crédito salarial nacido con anterioridad; pues, la anotación preventiva sólo otorga preferencia con respecto a los créditos nacidos con posterioridad, pero no respecto a los anteriores preferentes, aún no anotados o anotados con posterioridad.

No considerar a las anotaciones preventivas de embargo en la reserva real del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, llevaría al absurdo que a continuación se describe en una supuesta situación registral:

---

(162) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); págs.404 y ss.

(163) Confrontar el apartado 2.2 del capítulo 5º de esta segunda parte, pág. 349.

INSCRIPCIÓN	CONCEPTO	FECHA DE INSCRIPCIÓN
INSCRIPCIÓN 1ª	Venta.	01.01.90
ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO LETRA A	A favor de la Tesorería General de la Seguridad Social.	01.03.91
INSCRIPCIÓN 2ª	Hipoteca a favor de la Entidad Financiera "Y".	01.06.91
ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO LETRA B	A favor de los trabajadores garantizando un crédito salarial del Art. 32.3del Estatuto de los Trabajadores.	01.09.91

La anotación de la Tesorería General de la Seguridad Social en este caso sería preferida a la inscripción hipotecaria, por aplicación del artículo 1927.2 del Código Civil; la hipoteca sería a su vez preferente al crédito salarial, según lo dispuesto por el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores.; y, por último, el crédito salarial sería preferente al garantizado con la anotación LETRA A.

En consecuencia, considero que la anotación preventiva de embargo deberá estar incluida dentro de la reserva del artículo 32.3. del Estatuto de los Trabajadores., cuestión que produciría una lógica interpretación del supuesto contemplado en el ejemplo anterior; reservando el estudio de la posible naturaleza real de la anotación preventiva para el capítulo destinado a la misma en esta segunda parte, a la que me remito para analizar la posible colisión entre los créditos garantizados mediante su anotación preventiva de embargo y los restantes créditos que pudieran existir, entre los que se encuentran los protegidos por el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, es conveniente recordar lo recogido por RÍOS SALMERÓN en su extraordinaria monografía sobre el privilegio del crédito salarial:

> [...]«la anotación de embargo concede preferencia: Primero, sobre los créditos posteriores a la anotación. Segundo: sobre aquellos créditos anteriores que no tengan una razón especial de prelación sobre el anotado, es decir, que en caso de concurso, y no interviniendo la anotación se liquidarían a la vez». Lo que trasladado al terreno laboral significa: que el crédito salarial dotado de superprivilegio (últimos treinta días) o de privilegio refaccionario (objetos elaborados), prima siempre sobre la anotación preventiva; pero ésta lo hace a su vez sobre los demás créditos salariales, protegidos por el privilegio

> general ordinario, a condición de que sean de fecha posterior a aquélla en que se extendió el asiento, ya que los anteriores primarán sobre el crédito anotado, [...]; con la salvedad expresa de que este acreedor, al margen de la anotación, no goce ya de preferencia, como ocurriría, siempre por comparación con el privilegio ordinario del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores., con la Hacienda Pública, si hubiere llevado al Registro, con tal asiento, operaciones ejecutivas emprendidas para conseguir la efectividad de una hipoteca legal tácita. Este es el alcance que cabe dar a la reserva del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, en lo que a embargos anotados hace.[164]

Asimismo, el propio BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN al referirse a la colisión entre el privilegio del artículo 32.3 y el establecido en el artículo 71 de la Ley General Tributaria, dice lo siguiente: "*El principio salarial ordinario tampoco cede ante el derecho general de prelación, configurado en el artículo 71 de la Ley General Tributaria, ya que lo en él decidido perdió toda operatividad normativa ante la tajante previsión de la norma laboral: «sobre cualquier crédito» dice el número 3 del artículo 32 E.T. Naturalmente, con la salvedad de que el crédito fiscal obtenga constancia registral, pues entonces, lo mismo si el asiento es una inscripción hipotecaria que una anotación de embargo, la reserva estatutaria entre en juego sin duda alguna.*"

Sin embargo, la reserva del art. 32.3 del Estatuto de los Trabajadores no es extensible, en mi opinión, a los créditos garantizados mediante anotación preventiva de embargo sobre bienes muebles susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, conforme a la Ley de 16 de diciembre de 1954[165].

(164) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); págs. 453 y 454.

(165) Ver en el Capítulo 3º de esta segunda parte, el apartado 4.2.3; pág. 270.

5. LA INCIDENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN EL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO SALARIAL.

Como he desarrollado en el capítulo primero de esta segunda parte, la graduación de créditos se puede realizar desde una doble perspectiva; por un lado se encuentra la regulación establecida en el Código Civil y en las normas que posteriormente han ido regulando privilegios específicos, y, por otro, la graduación de créditos se puede realizar en un procedimiento concursal de conformidad con lo dispuesto en los artículos 912 y siguientes del Código de Comercio, artículos estos que regulan los derechos de los acreedores en caso de quiebra, y su respectiva graduación.

El carácter específico de la normativa contemplada por el Código de Comercio implica que, en caso de quiebra, la graduación se efectuará conforme a las reglas contenidas en los citados artículos 912 y siguientes. Sin embargo, la aplicación del apartado c) del artículo 913 de dicho Código de Comercio, se encuentra actualmente superada por lo dispuesto en el apartado cuatro del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores:

> **Art. 32.** *Garantías del salario.*
> 4. Las preferencias reconocidas en los números precedentes serán de aplicación tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal, como en cualquier otro en el que concurra con otro u otros créditos sobre bienes del empresario.

En definitiva, la preferencia de los créditos salariales se determinará, en todo caso, aplicando lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, tanto si la graduación se produce en cualquier supuesto de concurrencia ordinario de acreedores, como si ésta deba efectuarse en un procedimiento concursal.

En este sentido, se puede afirmar que la normativa laboral constituye una de las escasas excepciones en las que el legislador se ha ocupado de puntualizar el privilegio de un crédito en los procedimientos concursales o de ejecución universal. Otra de esas excepciones se produjo con el artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, en su redacción introducida por la Disposición Adicional 9ª.1 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990; cuya remisión al Código de Comercio se ha mantenido en el actual artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social,

aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Por el contrario, existen actualmente un gran número de créditos cuyo privilegio se limita al supuesto de concurrencia en procedimientos ordinarios (los denomino así para diferenciarlos de los concursales) de carácter civil o administrativo, pero que no extienden su privilegio específico a la normativa concursal que seguirá resolviéndose de conformidad con lo dispuesto en el Código de Comercio.

No obstante, el verdadero privilegio de los créditos salariales se manifiesta en la posibilidad de ejercitar la ejecución separada sin sometimiento al proceso concursal, cuyo efecto fundamental consiste en la paralización de las acciones individuales que se verán atraídas por dicho proceso, a excepción de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, y en el artículo 900 del Código de Comercio; a las que hay que añadir lo dispuesto en materia de concurrencia de procedimientos en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Estado y en la Orden de 8 de abril de 1992 que desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social[166].

El ejercicio del privilegio de ejecución separada se determina en el artículo 32.5 del Estatuto de los Trabajadores:

> **Art. 32.** *Garantías del salario.*
> 5. Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a los que se refiere este artículo no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal.

Por último, hay que destacar la modificación que en este sentido ha introducido la Ley 11/1994, de 19 de mayo, toda vez que en la redacción original de los apartados 4 y 5 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores se hacía referencia a las preferencias reconocidas en los números precedentes "*a los créditos salariales*", mientras que en la actual redacción se omite dicha referencia a los créditos salariales; evidentemente, la omisión se produce para incluir las indemnizaciones que se han recogido en el apartado 3.

(166) Confrontar el capítulo 4º, de la primera parte: "La incidencia de los procedimientos concursales en la ejecución del crédito de la Seguridad Social". Pág. 109.

6. LAS INDEMNIZACIONES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONCEPTO LEGAL DEL SALARIO. SU CARÁCTER PREFERENCIAL.

6.1. Introducción.

Durante los últimos tiempos, la consideración del salario en sentido estricto o en sentido amplio, a efectos de incluir o no las indemnizaciones en el mismo, ha tenido como consecuencia una sorprendente controversia jurisprudencial entre las Salas de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo. En este sentido, la Sala de lo Civil ha venido considerando en sus últimas y fundamentadas resoluciones que el salario debe entenderse en el sentido estricto que se desprende de la redacción del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo excluir del mismo las indemnizaciones que tenga derecho a percibir el trabajador como consecuencia de la extinción de los contratos de trabajo de conformidad con lo establecido en los artículos 41.3, 50.2, 51.10 (actualmente 51.8), 53.1 y 56 del citado Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido asimilables, en orden al privilegio salarial, a las indemnizaciones derivadas de la extinción de la relación laboral, de forma que la acepción estricta del salario, según el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, debe de contraponerse con otra más amplia extensible a las indemnizaciones.

Consecuentemente, el alcance del privilegio de los créditos salariales regulado en el artículo 32 dependía del orden jurisdiccional en el que se resolviera dicho privilegio. Si esto se producía en la jurisdicción social, ésta consideraba el concepto salarial en sentido amplio y otorgaba a las indemnizaciones de los trabajadores la preferencia del citado artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando, por el contrario, la resolución de un litigio en torno al privilegio de los créditos se resolvía en la jurisdicción civil, la indemnizaciones has sido excluidas del privilegio contenido en el reiterado artículo 32.

Pero, además, esta situación resultaba aún más compleja, debido a la competencia de una u otra jurisdicción para resolver la correspondiente tercería de mejor derecho; pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 272.1 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, las tercerías fundadas en el derecho del tercero, sea o no acreedor laboral del ejecutado, a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante, deberán deducirse ante el órgano judicial del orden social que esté conociendo de la ejecución, sustanciándose por el trámite

incidental regulado en dicha Ley. De esta manera, las tercerías instadas en la jurisdicción civil, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, han venido resolviéndose en el sentido de negar a las indemnizaciones el privilegio regulado en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores; mientras que las tercerías deducidas ante la jurisdicción social han reconocido, en su caso, el mejor derecho de las indemnizaciones conforme al artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

De todo lo expuesto se deduce que, hasta la fecha, el grado de prelación correspondiente a las indemnizaciones que los trabajadores tenían derecho a percibir como consecuencia de la extinción de los contratos de trabajo dependía de la jurisdicción que conociese el conflicto, produciéndose con ello una notable incertidumbre jurídica que, como dice ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA[167], "*no deja de ser llamativo que la solución jurídica a un problema dependa simplemente de quién interponga la tercería de mejor derecho para hacer valer su preferencia, pues ello determina la competencia jurisdiccional, civil o social y sin que la disparidad jurisprudencial entre las Salas del Tribunal Supremo tenga solución legal, pues las Resoluciones de la Sala Especial de Conflictos Jurisprudenciales sólo tienen eficacia sobre el caso concreto, sin que la doctrina que sientan tenga carácter unificador que venga a corregir la dispersión producida y no existir en la Ley un mecanismo adecuado para corregir una jurisprudencia contradictoria, determinante de una inseguridad jurídica no conciliable con el expreso mandato del artículo 9.3 de la Constitución*".

No obstante, la citada controversia parece definitivamente superada con la modificación introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que atribuye a las indemnizaciones por despido la misma consideración que a los salarios protegidos en el apartado 3 del artículo 32, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo. Sin embargo, como desarrollaré a continuación, la limitación del privilegio a las indemnizaciones por despido puede ocasionar una nueva controversia sobre la extensión o no del privilegio a las restantes indemnizaciones que tenga derecho a percibir el trabajador.

(167) REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS: "Los créditos salariales..." (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189); pág. 14.

6.2. La situación anterior a la reforma de la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

La redacción original de los artículos 26 y 32 del Estatuto de los trabajadores en lo referente a las indemnizaciones era la siguiente:

> Art. 26. *Del salario*[168].
>
> 1. Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.
>
> 2. No tendrán la consideración de salarios las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la seguridad social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

En consecuencia, del tenor literal del actual artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores se desprendía que las indemnizaciones no tenían la consideración legal de salario.

Por su parte, la redacción del artículo 32 hacía referencia en todo momento a los créditos por salarios, omitiendo cualquier extensión del privilegio a las indemnizaciones:

> Art. 32. *Garantías del salario.*
>
> 1. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.
>
> 2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.
>
> 3. Los créditos salariales no protegidos en los números anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados y gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes.
>
> 4. Las preferencias reconocidas en los números precedentes a los créditos salariales serán de aplicación tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal como en cualquier otro en el que concurran con otro u otros créditos sobre bienes del empresario.
>
> 5. Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal.
>
> 6. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual

(168) Actualmente, la Ley 11/1994 ha introducido en el apartado 1 del artículo 26 lo siguiente: "*En ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador*".

prescribirán tales derechos.

No obstante, a pesar de la claridad existente en la redacción de los artículos 26 y 32 del Estatuto de los Trabajadores, la postura de las Salas de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo han realizado interpretaciones contradictorias en relación con el concepto salarial de las indemnizaciones.

Pero, quizás el estudio de los antecedentes normativos que realiza el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo, de fecha 27 de junio de 1992, nos ayude a comprender las dudas razonables que se ha planteado la jurisprudencia, especialmente si atendemos a su Fundamento de Derecho Cuarto que textualmente dice lo siguiente:

> Cuarto.- Esta Sala Especial de Conflicto de Competencia debe resolver el que ahora ante ella pende conforme a la doctrina que ya tiene sentada en las resoluciones de que antes se hizo cita. Y ello no sólo por mera coherencia interna sino por las razones que a continuación se exponen, en gran parte apuntadas en las mencionadas resoluciones.
>
> a) Ha sido constante en nuestra legislación histórica el ensanchamiento del concepto del salario para comprender en él no sólo la retribución directa e inmediata de la prestación de servicios sino también la totalidad de beneficios que obtuviera el trabajador como consecuencia del contrato laboral. Así lo pone de relieve tanto el artículo 27 de la Ley de 21 de noviembre de 1931 como el artículo 37 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. Tal concepto amplio del salario, comprensivo de las indemnizaciones por cese, incidía en el plano de sus garantías, dotando de preferencias a los créditos de tal clase. La expresión «acreedores por trabajo personal» que ya figuraba en el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y que también se utiliza en el artículo 913 del Código de Comercio, parece que abona la expuesta conclusión. Es cierto que el artículo 1924 del Código Civil abandonó dicha expresión e hizo referencia a «salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena»; más no lo es menos que, en la época, el término «salario» tenía el significado amplio que después fue consagrado legalmente en las normas citadas. En este contexto ha de ser entendido el artículo 16 del Código de Trabajo de 1926 cuando atribuye la condición de singularmente privilegiado a los "créditos por salario o sueldos". Lo mismo cabe decir del artículo 55 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, en el que igualmente se alude a «créditos por salarios o sueldos», máxime teniendo en cuenta que su artículo 27, como ya ha sido indicado, consagraba un concepto amplio del salario. Consideración similar cabe hacer respecto a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, cuyo artículo 59 refiere el carácter de singularmente privilegiado a los «salarios o sueldos», pero desde la consideración amplia del salario que consagraba su artículo 37. Bajo la vigencia de esta última Ley y desde la indemnidad de la misma -conclusión obvia dado el rango jerárquico de la disposición que a continuación se cita- fue promulgado el Decreto 2.380/1973, de 17 de agosto, cuya importancia es evidente, como lo demuestra que la disposición final cuarta del Estatuto de los Trabajadores expresamente declarara que quedaba en vigor. El artículo segundo del mencionado Decreto consagraba una definición del salario, después asumida por el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. A su tenor, tendrían la consideración legal de tal, «sin otras excepciones que las señaladas en el artículo siguiente, las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya

retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo». Por su parte, el artículo 3 del mismo Decreto negaba la condición legal de salario a las «indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos». El marco normativo en que insertaba el mencionado Decreto, que, como se ha dicho, dejaba indemne, por la obvia razón ya expuesta, a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, obligaba a entender que el concepto de salario que consagraba hacía sólo referencia al de carácter estricto, sin privar de tal condición a los otros beneficios derivados del contrato de trabajo, aludidos en el artículo 37 de la referida Ley de 1944. La finalidad del Decreto de 1973, como su propio nombre indica, fue la ordenación del salario en tanto que retribución inmediata y directa de la prestación de servicios, señalando su estructura la que desglosaba en salario-base y en complementos salariales. La fijación de este concepto estricto del salario, que no eliminaba para otros efectos el amplio antes referido, constituía evidente necesidad, entre otras razones, para armonizar la legislación de trabajo y la de seguridad social, dada la innovación introducida en ésta por la Ley 24/1972, de 21 de junio, que marcaba la sustitución de las bases tarifadas por un sistema que se hallara más en consonancia con los salarios -los estrictos- realmente percibidos por el trabajador. Pero, naturalmente, la previsiones establecidas por el Decreto de 17 de agosto de 1973 no entrañaron limitación alguna en el ámbito de los privilegios del salario, que siguieron actuando desde la concepción amplia del mismo. La situación legal expuesta no fue alterada por la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976. Es más, su artículo 32 introdujo clarificación al respecto al referir la condición de créditos singularmente privilegiados a los «conceptos sustitutivos del salario». Como ya se ha indicado, el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores reproduce en lo esencial el concepto del salario que consagró el artículo 2 del Decreto 2.380/1973 y niega carácter de tal a las «indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos». Mas dicho artículo no supuso la exclusión de un concepto amplio del salario que incidiera en el ámbito de los privilegios. Se sustenta esta conclusión en las razones siguientes: Primera. Porque la citada definición sigue referida al salario estricto y mantiene finalidad encaminada a su ordenación y fijación de su estructura (artículo 27), manteniendo la ya preconizada por el Decreto de 17 de agosto de 1973. Basta comprobar para ello las alusiones que hace en otros artículos al salario base y a los complementos salariales (artículos 25, 28 y 34, entre otros). Segunda. Porque, aún derogada la ley de Contrato de Trabajo de 1944 por la final tercera del Estatuto de los Trabajadores, la final cuarta del mismo Estatuto, en el atípico sistema de integración normativa que consagra, ordena que continuarán en vigor las disposiciones con rango de ley que regulan cuestiones relativas a salarios no reguladas por el Estatuto, lo que permite entender la subsistencia, del concepto amplio que figura en el artículo 37 de la citada Ley de Contrato de Trabajo, para su incidencia en el ámbito de los privilegios salariales. Tercera. Porque pese al calificativo «salarial» que identifica al Fondo de Garantía que regula el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, el ámbito de protección que dicho organismo dispensa no sólo se refiere a los débitos salariales en sentido estricto, sino que también abarca indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo, las cuales, en nuestra tradición histórica, correspondían al concepto amplio del salario. Cuarta. Porque el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores en su apartado cuarto dispone que el FOGASA asumirá las obligaciones especificadas en los números anteriores -abono a los trabajadores del importe de los salarios pendientes de pago, así como a las indemnizaciones a causa de despido o extinción de los contratos de trabajo conforme a los artículos 50 y 51 del Estatuto de los Trabajadores- y que para el reembolso de las cantidades «se subrogará en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32 de esta Ley». Esta última precisión legal, la conservación del carácter privilegiado de unos y otros créditos -los que corresponden al salario estricto y

los que obedecen a indemnizaciones por la extinción del contrato de trabajo, pues a ambos se refiere el precepto, sin que sea válido introducir una distinción que en el mismo no se hace-, adquiere especial relevancia pues denota que el artículo 32, en la regulación que contiene en materia de privilegios, refiere éstos a lo que venimos llamando concepto amplio del salario, en el que se incluye no sólo la retribución inmediata y directa sino los demás beneficios que derivan del contrato de trabajo, como son las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo. De entenderse de otro modo carecería de lógica el mandato que figura en el último inciso del artículo 33.4 conforme al cual si los créditos satisfechos por el FOGASA concurrieran con los que pueden conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por aquél, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes, pues si se mantiene que las indemnizaciones por cese no se encuentran amparadas por el artículo 32 no tendría explicación que lo pagado por FOGASA por tal concepto tuviera que ser considerado a efectos de la indicada prorrata, cuando los créditos no cobrados por los trabajadores fueran salariales, en su sentido estricto,y, por lo tanto, indiscutiblemente dotados de preferencias.

b) De entenderse que las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo no encuentran cobijo en el ámbito de protección que dispensa el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, por considerar que el mismo sólo atribuye privilegio a los créditos procedentes de impago del salario entendido en su sentido estricto, habría que convenir que los créditos generados por el impago de aquéllas, tendrían que buscar refugio en el ordenamiento común. Mas es el caso que en el Código Civil no encontrarían otro amparo que el que corresponde a los créditos reconocidos por sentencia, pues el artículo 1924.2 atribuye preferencia a los créditos devengados por «los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena», por lo cual la expresión «salario» contenida en tal precepto, que habría de ser interpretada a la luz de los preceptos laborales, impediría que se beneficiaran de tal preferencia los créditos correspondientes a indemnizaciones por cese; conclusión ésta que no parece admisible.

c) El artículo 90.2 de la Ley General de la Seguridad Social expresamente dispone que las prestaciones que deben satisfacer los empresarios a su cargo tendrán el carácter de créditos privilegiados gozando al efecto del régimen establecido por el artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo. No es dudoso que la mencionada cita ha de entenderse referida en la actualidad al artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, pues es la norma que en nuestro ordenamiento laboral sustituye a la que figuraba en dicho artículo 59. Supone el mandato legal referido que todas las prestaciones, incluso aquellas que no son sustitutivas del salario, se encuentran dotadas de los privilegios y preferencias que consagra el citado artículo 32. Siendo ello así no resultaría conclusión lógica que el ámbito de cobertura que ofrece el mencionado artículo afectara de manera tan importante a las prestaciones de la Seguridad Social y que, sin embargo, no actuara en el campo de las indemnizaciones por extinción del vínculo laboral, cuando las mismas compensan una pérdida del trabajo por causa no imputable al trabajador. Se ha de tener en cuenta, además, que dichas indemnizaciones son fijadas por la ley atendiendo a la antigüedad y a la cuantía del salario, en su concepción estricta, sin tener en cuenta otros eventuales perjuicios que de dicho cese se irroguen al trabajador, ya que las reglas que establece al respecto la legalidad vigente determinan su exacta cuantificación, excluyendo que el Juzgador pueda valorar de otro modo los daños y perjuicios causados por el cese impuesto por el empresario (Sentencias de 18 de julio de 1989 y de 23 de octubre de 1990, ambas de la Sala de lo Social de este Tribunal).

Analizando el referido Auto de la Sala de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo me resulta muy difícil entender la subsistencia que pretende del artículo 37 de la Ley de

Contrato de Trabajo de 1944, fundamentalmente porque el Estatuto de los Trabajadores en su Disposición Final Cuarta mantiene en vigor, en calidad de normas reglamentarias, las disposiciones con rango de Ley *"[...] que regulan cuestiones no contempladas por el propio Estatuto de los Trabajadores"* y, evidentemente, el concepto de salario sí ha sido regulado por el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 26. En consecuencia, considero que la interpretación del Auto del Tribunal Supremo, en este sentido, no se ajusta al criterio que debería realizarse, sobre todo si consideramos que la Sala 1ª del mismo Tribunal, en Sentencia de 11 de mayo de 1992, en su Fundamento de Derecho Segundo habla de la vigencia reglamentaria del Decreto 2.380/1973, sobre ordenación del salario, expresamente vigente por la Disposición Final Cuarta, apartado 2 del Estatuto de los Trabajadores, sin hacer ninguna referencia al artículo 37 de la Ley de Contrato de Trabajo.

6.2.1 El concepto de salario en sentido amplio.

Como se recoge en el encabezamiento del comentario efectuado por EFRÉN BORRAJO DACRUZ[169] sobre el Auto del Tribunal Supremo, de fecha 27 de Junio de 1992, el concepto legal de salario, en sentido amplio, comprende tanto la contraprestación económica directa e inmediata por la prestación de un servicio como otros beneficios que tienen su causa en el contrato de trabajo, tales como las indemnizaciones por extinción de contrato.

El Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de fecha 11 de mayo de 1992, dice que *"[...] parece, pese a todo, claro, que las opiniones extensivas del concepto salarial en relación con las garantías salariales, suelen partir, para extraer sus consecuencias, de una supuesta deficiente regulación de la materia y de una formulación literal inadecuada de las normas aplicables, cuyo sentido debe integrarse en la función de otras normas"*.

Asimismo, las posturas que sostienen una interpretación ampliadora del concepto, llegan a la conclusión de estimar incluidas las indemnizaciones en la preferencia del crédito salarial, dado que constituyen un salario diferido y complementario, que se abona al trabajador cuando cesa en la empresa por causas que no le son imputables, es decir, como un valor equivalente en el empleo

(169) BORRAJO DACRUZ, EFRÉN; "Comentario al Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos) de 27 de Junio de 1992". Revista actualidad y derecho; Número 40 año 1992, referencia 649.

y unos salarios que se dejaron de percibir, tal y como señala la Sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo que dio lugar a la Sentencia de la Sala 1ª de 11 de mayo de 1992.

6.2.2 El concepto de salario en sentido estricto.

El concepto legal del salario, en sentido estricto, se limita a las contraprestaciones directas e inmediatas por el trabajo prestado, a pagar por el empresario, excluyendo, en consecuencia, cualquier otro beneficio que pudiera corresponder al trabajador(170).

Volviendo al Fundamento de Derecho Quinto de la citada Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, *"[...] las opiniones que se ajustan, de mejor manera, a los textos de la Ley, que son las que en comparación con las opiniones extensivas, pudieran denominarse restrictivas, no necesitan forzar estas y explican plausiblemante la «ratio» normativa"*.

6.2.3 La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Como he dicho anteriormente, respecto al problema de la naturaleza salarial de las indemnizaciones, han sido contradictorias las posturas de las Salas de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo, habiéndose pronunciado, en el citado Auto de 27 de junio de 1992, la Sala Especial de Conflictos de Competencias.

Para conocer con exactitud cuál eran las posturas de las Salas del Tribunal Supremo, es conveniente repasar, una vez más, la Sentencia de la Sala 1ª, de 11 de mayo de 1992, y el Auto de la Sala Especial de Conflictos, de 27 de junio del mismo año. Ambas Salas ofrecen un amplio panorama histórico en torno a la problemática objeto del presente estudio que a continuación paso a describir.

A. La doctrina de la sala de lo civil.

La Doctrina de la Sala de lo Civil, especialmente a partir de la Sentencia de 11 de Mayo de 1992, declara que los privilegios que consagra el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores sólo afectan al salario, entendido según el concepto que ofrece el artículo 26 del mismo cuerpo

(170) BORRAJO DACRUZ, EFRÉN; "Revista actualidad y derecho", (obra citada en la NPP nº 169, pág. 228).

legal, sin abarcar, por tanto, las indemnizaciones por cese.

> En general no cabe desconocer que la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado, habitualmente, por soluciones de amplitud en la equiparación de otros conceptos a salario. Un resumen de esta posición, con abundantes citas jurisprudenciales contiene la sentencia de 22 de noviembre de 1991: [...] sin embargo, la Sentencia de esta Sala de 25 de enero de 1991 había sostenido que «no ofrece duda polémica de mayor importancia, el orden preferencial de los créditos superprivilegiados del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores y los incluidos como indemnizaciones por cese laboral, ya que los primeros fueron hechos efectivos en su totalidad y cancelados... y los segundos no tienen la consideración de salarios, y, por tanto, no están investidos de privilegio alguno».
>
> La discrepancia entre sentencias, obliga a reflexionar sobre la cuestión. [...] En efecto, prescindiendo de antecedentes históricos y específicos más remotos, como son el Código de Trabajo de 1926 (art. 16), Ley de contrato de trabajo de 1931 (art. 55), Ley de contrato de trabajo de 1944, (art. 59), nos detendremos en la Ley de relaciones laborales 16/1976 de 8 de abril, y en su artículo 32 que, como antecedente más directo e inmediato, permite en función de las diferencias establecer en este punto las modificaciones que el legislador posterior introdujo en el sistema: esta Ley que, entre otras finalidades, pretendió aclarar y mejorar el artículo 59 de la precedente ley de contrato de trabajo posiblemente haciéndose eco de algunas de las sentencias recogidas en el fundamento cuarto, concretamente las sentencias de 29.05.1970 y 27.03.1971, al establecer la categoría de créditos «singularmente privilegiados», se refiere a los «créditos por salarios o conceptos sustitutivos del salario» y a renglón seguido, habla de «créditos salariales o asimilados». [...] En cambio, el actual artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores (que potenció en notables aspectos la fuerza de los privilegios salariales, especialmente, en relación con el llamado superprivilegio del nº 1), no sólo eliminó la expresión «conceptos sustitutivos del salario» o la de «conceptos asimilados», sino que enfrentando directamente el problema estableció sin ambages en el apartado 2, que las indemnizaciones correspondientes a despidos, entre otras partidas, no tienen la consideración de salarios; por ello, puesto en relación este artículo con el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, que se refiere a las «garantías del salario», tienen difícil encuadre entre los «créditos singularmente privilegiados», unos créditos que previamente han sido excluidos «expressis verbis», (se supone que con conocimiento de toda la problemática subyacente), por el legislador, de la noción de salario. Mantener la ficción de que no se quiso innovar nada en esta materia, no parece sostenible, ni aún con el argumento de integrar la interpretación de estos preceptos con la remisión que efectúa el apartado 4 del artículo 33, relativo a las obligaciones del Fondo de Garantía, al artículo 32, pues, [...] tal remisión, mal puede interpretarse como supresora de los contenidos que a los referidos preceptos atribuye el legislador en perfecta coordinación, máxime si se piensa que la acción de subrogación no puede ir más allá, por ser una noción ancilar, de los límites del objeto de la subrogación al que tiene que ceñirse por exigencias de su propia función, sobre todo cuando esta normal interpretación fluye, sin problemas, de la lectura del citado precepto que al señalar el alcance de la subrogación mantiene y conserva los privilegios que existen, pero no puede inventar ni añadir nuevos privilegios, sino que simplemente se subroga, en lo demás, conforme a la naturaleza de los derechos y acciones restantes.
>
> La confirmación de esta interpretación la proporciona el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo sobre organización y funcionamiento del fondo de garantía salarial que tras distinguir [...] las «prestaciones por salarios pendientes de pago» y las «prestaciones indemnizatorias», [...] que no toda cantidad satisfecha por el mismo al trabajador genera

> la preferencia del artículo 32. (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª. 11 de mayo de 1992).

Posteriormente el mismo criterio ha sido mantenido por las Sentencias de 12 de marzo de 1993 y 24 de mayo de 1993.

B. La doctrina de la sala de lo social.

Por su parte, la doctrina emanada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo está en contradicción con la que he recogido de la Sala Primera.

> La jurisprudencia del Tribunal Supremo -Sala de lo Social-, [...] entiende asimilables, en orden al privilegio salarial a las indemnizaciones derivadas de la extinción de la relación laboral, [...] de forma que a la acepción estricta de salario, según el artículo 26.1 de dicho Estatuto, debe de contraponerse otra más amplia extensible a las indemnizaciones, a los efectos del derecho prelativo o de privilegio, [...] el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores no sólo afecta al salario, entendido en su sentido estricto, sino que también abarca las indemnizaciones que son debidas al trabajador por la extinción del contrato de trabajo. Reflejan esta doctrina, entre otras, las sentencias de 23 de octubre de 1986, 30 de junio de 1987, 19 de diciembre del mismo año, 27 de julio de 1988, 15 de diciembre de 1988, 3 de octubre de 1990, 24 de julio y 26 de febrero, también de 1990.

C. La sala especial de conflictos de competencia.

Esta Sala, en frecuentes ocasiones, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, sentando criterio que coincide con la Jurisprudencia consolidada de la Sala de lo Social; así lo manifiestan, entre otras, las resoluciones de 28 de enero de 1983, 24 de enero de 1986, 12 de junio y 19 de octubre de 1987 y 22 de octubre de 1991, así como en el reiterado Auto de 27 de junio de 1992.

Ahora bien, como en el Auto de junio de 1992 se recoge, *"La disparidad jurisprudencial que se ha puesto de relieve no puede ser resuelta por esta Sala Especial de Conflictos de Competencia al resolver el que ante la misma pende, ya que el presente auto, conforme a la legalidad vigente, sólo proyecta su decisión sobre el caso concreto que enjuicia, sin que la doctrina que sienta produzca efecto unificador que venga a corregir la dispersión que, en ocasiones, manifiesta la jurisprudencia sentada por el vértice de los distintos Ordenes Jurisdiccionales. La existencia del Tribunal Supremo, al que el artículo 123 de la Constitución*

proclama como «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes», requerirla, como ya sucede en algunos ordenamientos positivos extranjeros, que la ley arbitrare mecanismo adecuado para corregir una eventual jurisprudencia contradictoria, determinante de una inseguridad jurídica no conciliable con el expreso mandato del artículo 9.3 de la citada ley suprema".

6.3. El privilegio actual de las indemnizaciones.

Como consecuencia de las discrepancias existentes en torno a la interpretación que debía hacerse del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a las indemnizaciones, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, ha modificado, entre otros, los apartados tres, cuatro y cinco del artículo 32 del Estatuto de los trabajadores, quedando redactados de la siguiente forma:

> Art. 32. *Garantías del salario.*
>
> 3. Los créditos por salarios no protegidos en los números anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.
>
> 4. Las preferencias reconocidas en los números precedentes serán de aplicación tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal, como en cualquier otro en el que concurra con otro u otros créditos sobre bienes del empresario.
>
> 5. Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a los que se refiere este artículo no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal.

6.3.1 Limitaciones al privilegio.

Del análisis de esta reforma se comprueba que las indemnizaciones por despido gozarán de la misma preferencia que los salarios comprendidos en el apartado 3 del artículo 32, pero limitando dicho privilegio a la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo. Es decir, en el supuesto de generarse una indemnización de las previstas en el artículo 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, por ejemplo, la cuantía de la indemnización garantizada por la nueva redacción del artículo 32.3 se limitaría a la que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo por los cuarenta y cinco días por cada año de servicio, hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades; de forma que si el salario que el

trabajador venía percibiendo era de 200.000 pesetas mensuales, con dos años de antigüedad, el crédito resultante sería el siguiente:

$$\frac{200.000}{30} = 6.666 \times 45 = 300.000 \times 2 \text{ (años)} = 600.000 \text{ pesetas}$$

Sin embargo, a pesar de que el crédito por indemnizaciones alcance las 600.000 pesetas, el privilegio otorgado por el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores se limitaría a las siguientes cantidades:

$$62.700 \text{ (S.M.I. año 95)} \times 3 = 188.100$$

$$\frac{188.100}{30} = 6.270 \times 45 = 282.150 \times 2 \text{ (años)} = 564.300 \text{ pesetas}$$

En definitiva, la cuantía del crédito por indemnizaciones puede que no esté privilegiada en su totalidad, debido a la limitación recogida en el modificado apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

Una segunda cuestión que considero interesante puntualizar es la limitación que se ha realizado en relación con las indemnizaciones garantizadas, pues la redacción del apartado 3 del artículo 32 se refiere exclusivamente a las indemnizaciones por despido, pero no hace referencia a las restantes indemnizaciones que puedan corresponder al trabajador, es decir, las comprendidas en los artículos 41.3, 50.2, 51.8 y 53.1. Nuevamente surgirá la duda en torno al privilegio de los créditos de los trabajadores por indemnizaciones, ¿estarán garantizadas todas las indemnizaciones que tenga derecho a percibir o, por el contrario, el privilegio se limitará a las indemnizaciones por despido? Todo hace presumir que, en este caso, el criterio que se utilice por la jurisprudencia sea lo suficientemente extensivo como para amparar las situaciones de necesidad que se originen a los trabajadores. Ahora bien, cabe preguntarse por qué el legislador ha limitado la protección a las indemnizaciones por despido; ya que, si quería haber protegido a todas las indemnizaciones ¿ por qué no lo ha hecho?, ¿será un despiste del legislador o realmente la pretensión ha sido garantizar únicamente las indemnizaciones por despido?

En cualquier caso, me inclino por la interpretación extensiva de la protección de las indemnizaciones, pero más por una intuición de futuro que por un criterio de aplicación de la norma, pues, como sucedía antes de la reforma, la redacción actual es suficientemente concisa: "*La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido*".

6.3.2 Su incidencia en los procedimientos concursales.

Como consecuencia de la reforma introducida en los apartados 4 y 5 del artículo 32, por la Ley 11/1994, la preferencia reconocida a las indemnizaciones por despido, con las limitaciones a las que anteriormente he hecho referencia, serán también de aplicación en el supuesto de la existencia de un procedimiento concursal, remitiéndome al respecto a lo desarrollado en el apartado 5 de este mismo capítulo. Asimismo, los trabajadores, en relación con las indemnizaciones protegidas en el artículo 32.3, gozarán de los derechos de abstención y, fundamentalmente, de ejecución separada, al igual que los créditos salariales a los que me he referido en el apartado 5 de este capítulo.

En este sentido hay que destacar la eliminación de la referencia a los créditos salariales efectuada anteriormente en los apartados 4 y 5 del artículo 32.

6.4. Conclusiones.

Del análisis de las posturas doctrinales mantenidas por el Tribunal Supremo con anterioridad a la reforma, se puede observar que la jurisprudencia ejerce una importante función de integración del Derecho, pero esa integración, en ocasiones, puede conducir a que por parte de los órganos jurisdiccionales se llegue a interferir en posiciones que resultan propias del poder legislativo, aunque resultaría complicado entrar ahora en la discusión acerca de la superposición de algún poder sobre otro.

La solución interpretativa que se efectuó de los artículos 26 y 32 del Estatuto de los Trabajadores, hay que buscarla en el *"socorrido"* artículo 3.1 del Código Civil, de donde se puede extraer que la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tenía su defensa en que las normas hay que interpretarlas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquéllas. Resultando que el espíritu y la realidad social a que atiende el Estatuto de los Trabajadores, imponen una interpretación extensiva del salario.

Sin embargo, continuando con lo dispuesto en el citado artículo 3.1 del Código Civil, las normas deberán interpretarse según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, cuestión ésta que me lleva a pensar que, de acuerdo

con el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo antes citada, el Estatuto de los Trabajadores, en el artículo 26, no sólo eliminó la expresión *"conceptos sustitutivos del salario"* o la de *"conceptos asimilados"*, sino que enfrentando directamente el problema estableció sin ambages en el apartado 2, que las indemnizaciones correspondientes a despidos, entre otras partidas, no tenían la condición de salario.

Por ello, tal y como mantuvo el Ministerio Fiscal en su informe para el caso resuelto por el Auto de la Sala Especial, ateniéndose al concepto de salario en su sentido estricto, *"las leyes en ocasiones significan lo que su letra dice"*.

No obstante, tras la reforma introducida por la Ley 11/1994, el problema se centrará en delimitar si todas las indemnizaciones gozan del privilegio del apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores o, por el contrario, dicho privilegio se limita a las indemnizaciones por despido, excluyendo los restantes conceptos indemnizatorios.

7. CONCLUSIONES SOBRE LA CONCURRENCIA DE LOS CRÉDITOS SALARIALES Y LOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

En mi opinión, la comparación que en la actualidad se deberá efectuar entre los créditos salariales y los créditos de la Seguridad Social, en orden a determinar la prelación que cada cual ostenta, es la siguiente:

PRIMERO.- Los créditos salariales protegidos por el artículo 32.1. del Estatuto de los Trabajadores. son preferentes a cualquier crédito de la Seguridad Social, con independencia de que éstos se encuentren preventivamente anotados o no.

SEGUNDO.- Los créditos garantizados por el apartado 2 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. son, asimismo, preferentes a cualquier crédito de la Seguridad Social.

TERCERO.- En relación con los bienes inmuebles, los créditos salariales garantizados por el denominado privilegio general ordinario cederán ante la preferencia de los créditos de la Seguridad Social cuando éstos se encuentren garantizados mediante la correspondiente anotación preventiva de embargo. Evidentemente, la preferencia del crédito de la Seguridad Social vendrá determinada, en este caso, por la anotación preventiva de embargo y, consecuentemente, sólo será preferido cuando el crédito salarial halla nacido con posterioridad a la fecha de la anotación preventiva.

Sin embargo, como he dicho anteriormente, la reserva del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores no es extensible, en mi opinión, a los créditos garantizados mediante anotación preventiva de embargo sobre bienes muebles susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, conforme a la Ley de 16 de diciembre de 1954[171]. En consecuencia, en relación con el embargo de bienes muebles, el crédito de la Seguridad Social cederá en todo caso su privilegio ante el otorgado a los trabajadores en el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- La nueva redacción de los apartados 3, 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores, introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, ha solucionado definitivamente la controversia existente entre las Salas de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo en torno al carácter privilegiado o no que debía darse a las indemnizaciones que los trabajadores tienen derecho a percibir en caso de extinción de su contrato de trabajo. En la actualidad, las indemnizaciones por

(171) Ver en el Capítulo 3º de esta segunda parte, el apartado 4.2.3; pág. 270.

despido tendrán la misma consideración que los salarios garantizados en el apartado 3 del artículo 32, pero limitando su cuantía al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

No obstante, se puede ocasionar una nueva discusión en relación con las indemnizaciones protegidas, pues el tenor literal de la norma se refiere exclusivamente a las indemnizaciones por despido, omitiendo cualquier referencia a las restantes indemnizaciones que puedan corresponder al trabajador. En mi opinión, el criterio a seguir será con toda probabilidad de carácter extensivo, fundamentalmente atendiendo a la limitación en la cuantía, pero deberíamos reflexionar sobre el verdadero cometido de los poderes legislativos y judicial. Si el legislador quiere decir algo, que lo diga bien.

CAPÍTULO 3º

LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS

SUMARIO

1. ORIGEN HISTÓRICO DEL CRÉDITO HIPOTECARIO 241
1.1. Introducción: *"El Pignus"*. 241
1.2. Concurrencia de hipotecas sobre un mismo objeto. 244
1.2.1 Origen. 244
1.2.2 Rango hipotecario. 245
1.2.3 Alteración del rango hipotecario. 246
1.2.4 El "Superfluum". 249
2. DISTINCIÓN ACTUAL ENTRE PRENDA E HIPOTECA 250
3. LA HIPOTECA INMOBILIARIA 252
3.1. Consideraciones previas. 252
3.2. El privilegio de la hipoteca inmobiliaria. 254
4. LA HIPOTECA MOBILIARIA Y LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO . . 258
4.1. Consideraciones previas. 258
4.1.1 Bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento 259
4.1.2 Constitución (Artículo 3º) 261
4.1.3 Limitaciones a las facultades dispositivas del deudor 261
4.1.4 Eficacia frente a terceros 262
4.2. El privilegio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. . 263
4.2.1 Problemática interpretativa 264
4.2.2 Orden de prelación 268
4.2.3 El embargo de bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento 270
4.2.4 Colisión entre la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento y la hipoteca inmobiliaria 273
5. OTROS DERECHOS REALES DE GARANTÍA 274
5.1. La prenda. 274
5.2. Anticresis. 277
5.2.1 Concepto. 278
5.2.2 Problemática interpretativa. 279
5.2.3 El privilegio de los créditos garantizados con anticresis. 281
5.3. Fiducia. 282
5.3.1 Clases de negocios fiduciarios. 283
5.3.2 Naturaleza jurídica. 284
5.3.3 La problemática preferencial. 285

1. ORIGEN HISTÓRICO DEL CRÉDITO HIPOTECARIO.

1.1. Introducción: *"El Pignus"*.

Con la finalidad de alcanzar una mayor comprensión de la situación actual en torno a los acreedores hipotecarios, resulta interesante efectuar un somero análisis de los antecedentes históricos que dieron lugar a la aparición del crédito hipotecario. Dicho análisis lo voy a centrar en los derechos reales de garantía existentes en el Derecho Romano, dejando a un lado el Derecho Griego y el Derecho Helenístico que constituyen el verdadero origen del término *"Hypotheca"*.

La primero cuestión que es necesario resaltar es que en el Derecho Romano el concepto de *"pignus"* comprendía unitariamente instituciones como la prenda y la hipoteca, que en los derechos modernos están perfectamente diferenciados. JUAN DE CHURRUCA[172], en las observaciones previas que realiza en su capítulo sobre el *pignus*, señala lo siguiente: *"El «pignus» era la institución romana que corresponde básicamente a la prenda, a la hipoteca y en parte a la anticresis de los derechos actuales, y que en substancia consistía en la afectación de una cosa propiedad del deudor en garantía de una obligación contraída. [...] Para evitar importantes desenfoques histórico-jurídicos hay que tener también en cuenta una serie de puntos. En primer lugar que el concepto romano de «pignus» comprendía unitariamente instituciones como la prenda y la hipoteca que en los derechos modernos están perfectamente diferenciados, y además otra serie de modalidades de garantía real que luego no llegaron a desarrollarse como instituciones específicas. Sería por tanto anacrónico esperar que en la normativa del «pignus» romano se diese una precisión de detalle análoga a la de las correspondientes instituciones de derecho moderno. La diferencia queda además acrecentada en nuestro caso por la falta en el mundo romano de un instrumento fundamental para nuestra institución, como es la publicidad"*.

En el mismo sentido JOAQUÍN ARIAS RAMOS[173] dice: *"En las legislaciones posteriores y en el Derecho moderno, prenda e hipoteca se presentan como instituciones bien destacadas una de otra. Los romanos las consideraron sustancialmente idénticas -«inter pignum et hypothecan:*

(172) JUAN DE CHURRUCA; "«Pignus» Derecho Romano de obligaciones. -Homenaje al profesor JOSÉ LUIS MURGA-"; Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994. Págs. 333 y 334.

(173) ARIAS RAMOS, JOAQUÍN; "Derecho romano I", Editorial Revista de Derecho Privado, 13ª Edición, Madrid 1974. Pág. 314.

tantum sonus nominis difert», se afirma en un texto atribuido a MARCIANO (D., 20,1,5,1)-, dando poca importancia a la diferencia de que en la primera la posesión de la cosa pignorada pasase al acreedor al constituirse, mientras que en la segunda el «ius possidendi» fuese posterior al incumplimiento de la obligación y mero preliminar del ejercicio del «ius distrahendi». Por ello suelen exponerse ambas modalidades en los manuales de Derecho romano bajo la denominación de «pignus» como genérica".

Consecuentemente, es necesario tener presente que en sus orígenes la Prenda y la Hipoteca estaban configuradas dentro del concepto de *"pignus"*.

Con la prenda no se transmitía al acreedor la propiedad de la cosa (a diferencia de lo que ocurría con la *"fiducia"*), sino únicamente la posesión. JOAQUÍN ARIAS RAMOS[174] en la obra citada señala que *"Durante mucho tiempo, la constitución del «pignus» como tal no confería al acreedor pignoraticio otra facultad que la de retener la cosa mientras no fuese satisfecha la deuda. La fuerza asegurativa de la prenda radicaba exclusivamente en la coacción que supusiese tal retención. Con el pignus en sí no se obtenía otra finalidad, pero se adosaba a su constitución un pacto (lex comissoria) por el cual se convenía que, una vez incumplida la obligación, el acreedor se convertiría en propietario de la cosa dada en prenda, o bien se acordaba que el acreedor pudiese vender el objeto y cobrarse con el precio (pactum de distrahendo pignore). El primer tipo de pacto llegó a ser prohibido por CONSTANTINO; el segundo, acabó haciéndose consustancial con la prenda. La jurisprudencia, en tiempo de los Severos, estableció que al constituirse la prenda se sobrentendía tácitamente el pacto que concedía el «ius distrahendi». Esta pasó así de ser elemento o cláusula accidental a ser un requisito natural de la prenda, en la cual, salvo expresa eliminación formulada por las partes, se daría siempre. JUSTINIANO avanzó más, disponiendo que tal convenio de eliminación del «ius vendendi» no tendría otro efecto que el de la necesidad de tres notificaciones previas el deudor para poder proceder a la venta; con lo que el «ius distrahendi» pasó a ser elemento esencial del «pignus»".*

Continúa diciendo refiriéndose a la palabra HIPOTECA: *"Con esta palabra llegó a indicarse una variedad del «pignus», en la cual el traspaso de la posesión de la cosa al acreedor no se verifica en el momento mismo de constituirse tal derecho real, sino cuando ya la deuda garantizada haya quedado incumplida. Hasta entonces, la cosa afectada continúa en posesión de su propietario, el cual puede además cambiar, porque nada impide que con tal gravamen, que la*

(174) ARIAS RAMOS, JOAQUÍN; "Derecho Romano I", (obra citada en la NPP nº 173, pág. 241); págs. 312 y 313.

acompaña como una sombra, la cosa sea enajenada. Incumplida la deuda, comienza -sea quienquiera el poseedor de la cosa en tal momento- el ejercicio del «ius possidendi» y del «ius distrahendi» por parte del acreedor hipotecario.

La hipoteca tuvo su origen en los contratos de arrendamientos de fundos. El arrendatario llevaba al fundo arrendado animales, esclavos y aperos de labranza, cosas que se designaban en conjunto con la expresión «invecta et illata»; y frecuentemente convenía con el arrendador que tales «invecta et illata» garantizasen el pago del precio del arriendo y no pudiesen ser retirados por el arrendatario mientras dicha obligación no quedase cumplida.

[...] Apareció de esta manera una garantía real, en la cual las cosas afectadas no pasaban a la posesión del acreedor arrendador inmediatamente de constituirse la garantía, sino cuando la obligación quedaba incumplida. Tal modalidad, limitada, por una parte, a los «invecta et illata», y por otra, a la obligación del arrendatario de pagar la merced del arriendo, se extendió a cualesquiera otras cosas y a cualesquiera otras obligaciones respecto a las cuales se hubiese hecho un convenio análogo, en cuyos casos se otorgaba como «utilis» la «actio Serviana». Y a esta forma de garantía se la designó -con terminología tomada del griego- «hypotheca», y la acción se denominó también, indistintamente, «actio hypothecaria, quasi Serviana» o «Serviana utilis»".

En definitiva, la verdadera distinción en el origen de ambos conceptos debe centrarse en el *pignus* con desplazamiento de la posesión del deudor al acreedor (Prenda) y el *pignus* sin desplazamiento inicial de la posesión (*hypotheca*).

En relación con el origen del término *hypotheca* es interesante la evolución analizada por JUAN DE CHURRUCA en la obra citada[175], donde se recoge un abundante número de textos de otros autores acerca de esta cuestión. Como anteriormente he contemplado, el término *hypotheca* proviene del griego (derivado de un verbo cuyo significado es "colocar debajo"). En el mundo de habla latina las menciones más antiguas del término se encuentran en dos pasajes del epistolario de CICERÓN. La utilización de las fuentes jurídicas justinianeas por los juristas de la Baja Edad Media dio lugar a la reaparición del término *hypotheca* en la literatura jurídica europea.

El citado autor concluye diciendo: *"Que el término griego latinizado «hypotheca» se empleó en la época clásica posiblemente más en el lenguaje de los no juristas que en el de los juristas, y más en la zona oriental (donde se fue generalizando) que en la occidental. Que no*

(175) JUAN DE CHURRUCA; "«Pignus» ...", (obra citada en la NPP nº 172, pág. 241); págs. 337 a 339.

siempre fue el término técnico para designar ni la «ὑποθήκη» helenística ni la hipoteca actual. Que aun al generalizarse el empleo del término en Oriente, no se llegó a una diferenciación conceptual «pignus-hypotheca» del tipo de la actual prenda-hipoteca".

1.2. Concurrencia de hipotecas sobre un mismo objeto.

1.2.1 Origen.

Para comprender el origen de la constitución de diversas hipotecas sobre un mismo objeto en el Derecho Romano[176] resulta necesario volver a insistir en que los conceptos de Prenda e Hipoteca estaban comprendidos unitariamente dentro del *pignus*. Asimismo, en la evolución del *pignus*, inicialmente y mediante la constitución de la *"lex commissoria"* el acreedor se convertía en propietario del objeto dado en prenda cuando el deudor incumpliese su obligación, cuestión que evidentemente imposibilitaba la existencia de diversas hipotecas sobre un mismo bien. En este sentido JUAN DE CHURRUCA[177], en la obra citada, dice lo siguiente: *"La pluralidad de hipotecas simultáneas sobre un mismo objeto era imposible en la primitiva concepción del «pignus», en la que en caso de impago de la obligación garantizada el objeto pignorado pasaba a ser propiedad del acreedor. Dentro de ese marco sólo era posible una pignoración sucesiva de forma que únicamente pudiese constituirse una nueva hipoteca sobre un objeto previamente hipotecado, cuando este hubiese quedado libre de la primera hipoteca. Al irse generalizando el sistema de «ius vendendi» se introdujo la práctica de que cuando el objeto tuviese valor suficiente para cubrir el impago de varias obligaciones, pudiese gravarse ese objeto con sucesivas hipotecas (en garantía de sucesivas obligaciones) sin esperar para la constitución de la segunda a que se hubiese extinguido la primera. Los juristas romanos desde la primera mitad del siglo II y posiblemente por iniciativa de Juliano entendieron que en tales casos existía una segunda hipoteca suspensivamente condicionada a la extinción de la primera. De esta forma si la primera obligación era pagada y con ello se extinguía la primera hipoteca, se cumplía la condición para que la segunda hipoteca (ya constituida pero hasta entonces en suspenso) tuviese pleno efecto. Esta concepción se combinó*

(176) Sobre el tema:
MIQUEL, J.; "El rango hipotecario en el Derecho romano clásico", AHDE 29 (1959). Pág. 229-316.
D'ORS, A.; "El ius offerendi de tertius". St Biondi 1. Págs. 213-223.

(177) JUAN DE CHURRUCA; "«Pignus» ...", (obra citada en la NPP nº 172, pág. 241); págs. 373 y 374.

con frecuencia en la práctica con otra por la que en caso de impago de la obligación garantizada, con la consiguiente venta del objeto por el acreedor y existencia de una cantidad sobrante (superfluum), el segundo acreedor hipotecario, tuviese derecho a cubrirse del impago con ese sobrante".

En definitiva, la existencia de varias hipoteca sobre un mismo objeto pudo cobrar fuerza con la generalización del *"ius vendendi"* como mecanismo de ejecución de la obligación garantizada, según el cual se acordaba que, una vez incumplida la obligación, el acreedor pudiese vender el objeto y cobrarse con el precio (*"pactum de distrahendo pignore"*).

Una segunda cuestión que es importante matizar es la diferencia existente entre Prenda e Hipoteca, dentro del concepto Romano unitario del *pignus*, ya que , como señala JOAQUÍN ARIAS RAMOS[178]: *"La prenda, como quiera que implica el paso inmediato de la posesión de la cosa al acreedor, no puede constituirse en favor de varios acreedores con créditos independientes, pero cabe que se constituyan sobre una misma cosa varias hipotecas, o bien una prenda y una o varias hipotecas. Se daba así la posibilidad de obtener todo el rendimiento que el valor de la cosa suponía a los efectos de garantizar créditos, lo cual era una ventaja de la hipoteca sobre la fiducia".*

1.2.2 Rango hipotecario.

Reconocida la posibilidad existente en el Derecho Romano de constituirse diversas Hipotecas sobre un mismo objeto, el rango para proceder a su ejecución se delimitó por el principio *"prior in tempore potior in iure"*, es decir, que el ejercicio del *"ius vendendi"* le correspondía al acreedor cuya hipoteca o prenda fuese de fecha más antigua (atendiendo a la fecha de la constitución de dicha garantía y no a la del nacimiento del crédito garantizado). Sin embargo, no parece que en el Derecho Romano se cuestionase la distinción entre la prioridad en la ejecución y la preferencia para el cobro. Quiero decir con esto que en el Derecho Romano, siguiendo el citado principio *"prior tempore potior iure"*, el acreedor que tenía la preferencia (generalmente el primero en el tiempo, a excepción de las hipotecas legales que después analizaré) era a quien le correspondía el ejercicio del *"ius vendendi"* o *"ius distrahendi"* y, consecuentemente, era quien cobraba en primer lugar, a diferencia de lo que en puridad jurídica puede plantearse en la

(178) ARIAS RAMOS, JOAQUÍN; "Derecho Romano I", (obra citada en la NPP nº 173, pág. 241);pág. 318.

actualidad, donde un acreedor (el que primero embargó) puede tener la prioridad en la ejecución y sin embargo la preferencia para el cobro, mediante la interposición de la correspondiente tercería de mejor derecho, puede corresponderle a otro acreedor (un crédito salarial, por ejemplo).

No parece que en el Derecho Romano se plantease la posibilidad del ejercicio del *"ius vendendi"* por parte del acreedor con la hipoteca o prenda más antigua para que la cantidad obtenida fuese entregada, en su caso, a un acreedor que tuviese una hipoteca legal que resultase preferente, sino que ese acreedor preferente, aún posterior en el tiempo, tenía el derecho al ejercicio del *"ius vendendi"*. Cuestión que se deduce del análisis de los textos de diversos Romanistas[179] y, en especial, de un rescripto de DIOCLECIANO y MAXIMILIANO del año 293 que dio rango preferente a la hipoteca de quien había adelantado dinero al deudor para adquirir la cosa hipotecada.

En la configuración del Rango de los distintos acreedores es importante resaltar la importancia que pudo representar el que no hubiese en Roma un Registro Público operativo, cuestión que pudo debilitar considerablemente la concurrencia de prendas o hipotecas sobre un mismo objeto.

1.2.3 Alteración del rango hipotecario.

Como he dicho anteriormente el rango hipotecario quedaba determinado por el principio de prioridad temporal. Ahora bien, ese principio podía verse alterado en la práctica por acciones que pueden calificarse de carácter procesal y que pueden encuadrarse dentro de la época clásica; apareciendo al final de dicha época las denominadas hipotecas legales, que tuvieron su desarrollo en la época postclásica y que constituyeron también una alteración del rango hipotecario, alteración que, en mi opinión, podría calificarse de derecho sustantivo para diferenciarlas de las anteriores.

A.- ALTERACIONES DE CARÁCTER PROCESAL.- Como señala JOAQUÍN ARIAS RAMOS[180], en realidad estas alteraciones no constituían excepciones al principio general de preferencia, determinada por la fecha del *pignus*. Dentro de estos supuestos de alteración del rango

(179) JUAN DE CHURRUCA; "«Pignus» ...", (obra citada en la NPP nº 172, pág. 241); pág. 376.
ARIAS RAMOS, JOAQUÍN; "Derecho Romano I", (obra citada en la NPP nº 173, pág. 241);pág. 318.
MIQUEL, J.; "El rango hipotecario...", (obra citada en la NPP nº 176, pág. 244); págs. 292 y 293.

(180) ARIAS RAMOS, JOAQUÍN; "Derecho Romano I", (obra citada en la NPP nº 173, pág. 241);págs. 319.

hipotecario (*"successio in locum"*), el denominador común era el hecho de que alguien entraba en el rango del primer acreedor, lo que no se entendía como obtener el derecho que antes tenía el primer acreedor, sino simplemente como pasar a ocupar su posición hipotecaria en orden a vender el objeto y cubrirse con el precio de la venta(181).

Dentro de este grupo, JUAN DE CHURRUCA distingue los siguientes supuestos: La novación de la obligación garantizada con primera hipoteca que en virtud del principio de accesoriedad quedaba extinguida por la novación, pero de forma que al menos desde Papiniano a la nueva hipoteca constituida para garantizar la nueva obligación se le reconocía (si así se convenía expresamente entre el deudor y el acreedor pignoraticio) el mismo rango hipotecario que tenía la anterior obligación extinguida por la novación. De forma parecida cuando alguien prestaba dinero al deudor para pagar al primer acreedor y se convenía expresamente entre el deudor y el mutuante que el crédito de éste quedase garantizado por una hipoteca igual a la del primer acreedor extinguida por el pago, la nueva hipoteca del mutuante obtenía el rango preferente que había tenido la del anterior primer acreedor. El supuesto más importante de *successio in locum* era el *ius offerendi* que tenía el segundo (o subsiguiente) acreedor a ofrecer al primero el pago de la obligación garantizada: El primer acreedor estaba obligado a aceptar la oferta y una vez realizado el pago la primera hipoteca se extinguiría y el oferente al quedar desbloqueada su hipoteca podría ejercitar el *ius vendendi* para cubrirse de la cantidad por él pagada al primer acreedor, de la deuda garantizada por la segunda hipoteca y de los eventuales intereses. Finalmente las fuentes aducen un supuesto de *succesio in locum* que cabría calificar de pasiva prevista para el caso de que el deudor haya vendido el objeto a un tercero y con el precio de la venta hubiere pagado al primer acreedor hipotecario, en tal caso el comprador (a pesar de haberse hecho propietario) pasaba a ocupar la posición hipotecaria del primer acreedor hipotecario liberado, en cuanto queda expuesto al *"ius offerendi"* del segundo acreedor hipotecario.

B.- ALTERACIONES DE DERECHO SUSTANTIVO.- Aunque evidentemente no se trata de un derecho sustantivo como el que conocemos en la actualidad, he querido clasificar así a las hipotecas legales para diferenciar el tipo de alteración que se produce en el rango hipotecario.

Estas hipotecas legales aparecieron al final de la época clásica, constituidas por disposición de la ley al cumplirse determinados requisitos, estableciéndose definitivamente en la época

(181) JUAN DE CHURRUCA; "«Pignus» ...", (obra citada en la NPP nº 172, pág. 241); págs. 376 y 377.

postclásica, alterando el orden hipotecario sin proceder de un acuerdo previo entre las partes.

Estas hipotecas legales tuvieron preferencia para el ejercicio del *"ius vendendi"*, aún siendo de fecha posterior a las restantes hipotecas no privilegiadas, produciendo en consecuencia un notable debilitamiento de la garantía hipotecaria ordinaria. A lo largo de los siglos, esa confrontación entre la hipoteca ordinaria y las hipotecas legales, ha constituido una de las tradicionales controversias entre los defensores del tráfico inmobiliario y la colocación de capitales por un lado y, por otro, los defensores de garantizar con un especial privilegio el crédito de determinados acreedores, cuestión que ha convertido en "enemigas históricas" a ambos tipos de hipotecas. En nuestro derecho, esta "relación histórica" quedó suficientemente matizada en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, sin embargo, durante el siglo XX han surgido nuevas "hipotecas legales" que una vez más alteran el principio general del rango hipotecario.

En definitiva, la posible aparición posterior de un crédito que altere el rango hipotecario supone un presunto debilitamiento de la garantía hipotecaria ordinaria regida por el principio *"prior tempore potior iure"*.

En el Derecho Romano fueron consideradas como hipotecas legales las siguientes:

a) La hipoteca general de la cual gozaba el fisco sobre el patrimonio de los contribuyentes (probablemente la única hipoteca legal del Derecho clásico según el prestigioso romanista alemán WIEAEKER).

b) La hipoteca a favor de la mujer sobre los bienes del marido, en garantía de la devolución de la dote.

c) La hipoteca que grava una cosa a favor de quien ha suministrado dinero para adquirirla o restaurarla.

d) Las hipotecas públicas, es decir, que constaban en documento público o suscrito al menos por tres testigos.

Antes de finalizar este apartado de las hipotecas legales es conveniente señalar que, en opinión de JUAN DE CHURRUCA[182], inicialmente se trató posiblemente de derechos de preferencia en favor de determinados acreedores en la ejecución forzosa del patrimonio del deudor análogos a la Protopraxia Helenística. La Protopraxia era propiamente un derecho de revocación por el que

(182) JUAN DE CHURRUCA; "•Pignus• ...", (obra citada en la NPP nº 172, pág. 241); págs. 345.

su titular (normalmente el fisco) podía obtener la cosa afectada (aunque estuviese en poder de un tercero adquirente) para preparar la ejecución forzosa del patrimonio del deudor[183].

1.2.4 El "Superfluum".

Voy a finalizar este primer apartado con un problema de carácter procesal que desde sus orígenes supuso una cierta complejidad y que en la actualidad continúa planteando diversos interrogantes de orden práctico.

Con el ejercicio del *"ius vendendi"* por parte del acreedor se obtenía un precio de la cosa vendida. Ahora bien, si con ese precio no quedaba totalmente satisfecho el crédito del actor más los eventuales intereses debidos, el acreedor tenía derecho a ejercitar por el resto (*"residuum"*) la acción derivada de la obligación garantizada (lógicamente sin el privilegio del *pignus*, agotado con el *"ius vendendi"*).

Por el contrario, si el precio de la venta alcanzaba para cubrir el importe de la obligación garantizada más los intereses debidos, se consideraba extinguida dicha obligación, quedando el acreedor que ejercitaba la venta obligado a entregar el excedente (*"superfluum"*) al deudor.

Un problema importante es el contemplado por JUAN DE CHURRUCA en la obra citada (pág. 45), según el cual, en el supuesto de existir una segunda hipoteca condicionada en la que lo que propiamente se gravaba era el *superfluum*, no la cosa en sí, se ha sugerido una cesión de acciones: el segundo acreedor obtendría por cesión la *"actio pigneraticia"* del deudor para exigir el *"superfluum"* al primer acreedor. Varios pasajes del *"Digesto"* afirman que el segundo acreedor tenía derecho a exigir el *"superfluum"* al primer acreedor.

Supongo que en el supuesto de existir varios acreedores posteriores, el derecho a exigir el *"superfluum"* vendría determinado por el orden de antigüedad de los respectivos *pignus*. Cuestión que en la actualidad resulta complicado resolver atendiendo a los distintos créditos privilegiados existentes (el mejor derecho para obtener el sobrante de una subasta no siempre corresponde al siguiente acreedor en orden a la antigüedad del crédito garantizado).

---

(183) Sobre el tema de la Protopraxia y sus precedentes helenísticos: G. WESENBERG, *Protopraxia:* RE 23/1, 986 987 con bibliografía).
Sobre el tema de las hipotecas legales y sus precedente helenísticos: F. WIEAEKER, *Protopraxie und ius pignoris im klassischen römischen Recht*: FsKoschaker 1, 218 257; H. WAGNER, *Dei Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht bis zur Zeit Diokletians* (Köln-Wien 1974).

2. DISTINCIÓN ACTUAL ENTRE PRENDA E HIPOTECA.

Una vez analizado el origen histórico del crédito hipotecario, donde hay que resaltar la concepción unitaria del *"pignus"* romano para regular lo que hoy entendemos como prenda e hipoteca, voy a efectuar el estudio de estos créditos privilegiados partiendo de algunas consideraciones previas que creo imprescindible puntualizar, a pesar de resultar obvias para cualquier conocedor del derecho.

En la actualidad, *"la distinción entre bienes muebles e inmuebles ha tenido consecuencias en orden a la configuración de los derechos reales de garantía que sobre ellos pueden constituirse. La prenda se ha reservado para los bienes muebles porque son los que reúnen la cualidad de ser susceptibles de desplazamiento posesorio, que se estima consustancial para proteger los derechos del acreedor. La hipoteca, en cambio, es apta para los bienes inmuebles, al carecer de aquella cualidad que además no es necesaria para la garantía, puesto que el acreedor consigue análoga protección mediante un adecuado sistema de publicidad de la constitución de la hipoteca y, previamente, de la existencia y vicisitudes jurídicas del bien inmueble"* (LUIS DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS)[184].

En consecuencia, la Prenda se ha reservado para garantizar derechos con desplazamiento de la posesión, mientras que la hipoteca, apoyada en un sólido derecho registral[185], garantiza derechos sin que exista un desplazamiento de la posesión.

Sin embargo, la continua evolución del derecho en busca de nuevas figuras jurídicas para garantizar los créditos, propició en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de la prenda sin desplazamiento de la posesión y la constitución de hipotecas mobiliarias. Ahora bien, para poder garantizar un crédito con determinados bienes muebles sin que exista un desplazamiento de la posesión, resulta necesario que esos bienes muebles sean susceptibles de identificación. Como señalan LUIS DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS[186]: *"Los que permitan una fácil identificación pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria como también son objeto de hipoteca inmobiliaria los*

---

(184) DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO.; "Sistema de Derecho Civil", Volumen III, 3ª Ed., Madrid 1985. Pág. 541.

(185) No hay que olvidar que en el Derecho Romano no se desarrolló un Registro público como hoy entendemos, cuestión que, evidentemente, debilitó una mayor proliferación del *"pignus"* sin desplazamiento.

(186) DÍEZ-PICAZO, LUIS. y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Sistema Derecho Civil", (obra citada en la NPP nº 184, pág. 250); pág. 541.

inmuebles porque se da en ellos esa característica, y los que la posean menor, de prenda sin desplazamiento. Identificabilidad que no es rigurosamente la física, sino que se liga con la posibilidad de ser sometidos a publicidad registral, y por eso, cuando falte esa posibilidad, se busca un sucedáneo, que es el -status loci-, es decir, la fijación de un lugar en que han de estar los bienes muebles. En esta última hipótesis la identificación pretende lograse por una publicidad registral no de los mismos bienes, sino de aquel -status loci-".

3. LA HIPOTECA INMOBILIARIA.

3.1. Consideraciones previas.

La hipoteca inmobiliaria constituye, en mi opinión, el centro de referencia necesario dentro del estudio de los distintos créditos privilegiados. Resulta habitual centrar la discusión sobre la preferencia de un crédito privilegiado en comparación con la existencia de un crédito hipotecario. Podría decirse que estudiar la evolución experimentada a través de los siglos por este crédito privilegiado es tanto como analizar la evolución de la concurrencia de acreedores sobre un mismo objeto.

No quiero volver sobre la evolución histórica del crédito hipotecario, pues, como digo en otros capítulos, supondría abandonar la idea inicial de este proyecto, a pesar de que puede constituir una de las claves para comprender el fortalecimiento de determinado créditos privilegiados y el consiguiente debilitamiento de otros.

Sin embargo, resulta necesario hacer referencia a la Ley hipotecaria de 1861 que, en su exposición de motivos (calificada de magistral por diversos autores[187]), hace un exhaustivo análisis de las situaciones que desea proteger, favoreciendo el tráfico inmobiliario y la colocación de capitales, reduciendo las denominadas hipotecas legales tácitas que, históricamente, se han convertido en el enemigo natural del crédito hipotecario. Es decir, la Ley hipotecaria de 1861 pretendió fortalecer la posición del acreedor que garantiza su crédito mediante la inscripción hipotecaria del mismo, con ello se contribuye a que las Entidades financieras, fundamentalmente, puedan estar suficientemente garantizadas cuando efectúan un préstamo a una determinada persona que se constituye en deudor.

> El que presta con hipoteca, mas bien que a la persona; puede decirse que presta a la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación: el deudor es sólo el representante de la propiedad; al prestamista nada le interesan el crédito, el estado de fortuna, la cualidades morales de la persona a quien da su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste a reintegrarle en su día de lo que dio. Su crédito no es un crédito *personal*, es un crédito *real*; no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes; lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito a la finca, no se altera por

(187) Ver en el Capítulo 5º de esta segunda parte, el apartado 2.2; pág. 349.

la pérdida del crédito personal de su dueño.[188]

Este fortalecimiento del crédito hipotecario efectuado por la Ley hipotecaria de 1861 supone un notable empuje de la inversión, favorecida por el florecimiento de los créditos hipotecarios y, en definitiva, contribuye a la existencia de una mayor alegría en la economía.

Ahora bien, todo hace indicar que a través de los tiempos el fortalecimiento de una determinada posición en un momento determinado, hace que en el futuro aparezcan otras situaciones de necesidad que, para el legislador del momento, resultan absolutamente prioritarias y que obligan nuevamente a la modificación del orden de prelación de los distintos créditos privilegiados.

Esto es lo que ha ocurrido durante el último siglo en nuestro derecho, que, partiendo de una posición consolidada del crédito hipotecario por la Ley de 1861 (crédito que únicamente se veía perjudicado por las dos hipotecas legales tácitas que se mantuvieron), posteriormente se ha visto debilitado por la protección de otras acuciantes situaciones de necesidad que han dado lugar a la aparición de créditos que han sido denominados por la doctrina como superprivilegiados, entre éstos hay que destacar por su importancia el crédito de los trabajadores protegido por el artículo 32.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980; también podría ampliarse esta reflexión a la protección otorgada por la Ley de Propiedad horizontal de 1961, que en el art. 9º, número 5, crea una hipoteca tácita sobre el piso o local para garantizar el cobro de los gastos comunes, o el privilegio de los créditos tributarios previsto en la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963.

En todo caso, convendría hacer una nueva reflexión en profundidad para determinar si resulta necesario volver a fortalecer el crédito hipotecario y, con ello, contribuir a un relanzamiento de la inversión industrial, especialmente si consideramos la crisis económica e industrial de final de siglo que estamos viviendo en el entorno europeo.

En definitiva, la posición del crédito hipotecario depende de la aparición y existencia de las denominadas hipotecas tácitas (aún cuando esta terminología no sea la precisa en la actualidad). Cuantas más hipotecas legales tácitas existan, más incierta será la garantía del acreedor hipotecario, que podrá verse perjudicado por la aparición de un crédito posterior que no figuraba inscrito en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, si se reducen al máximo las hipotecas

(188) Exposición de motivos de la Ley hipotecaria de 1861.

legales tácitas (como hizo la Ley hipotecaria de 1861), el crédito del acreedor hipotecario (fundamentalmente las Entidades Financieras) se verá fortalecido y, con ello, la colocación de capitales y la inversión.

3.2. El privilegio de la hipoteca inmobiliaria.

La preferencia que el derecho sustantivo otorga actualmente a la hipoteca inmobiliaria viene determinada en los arts. 1923.3º y 1927.2º del Código Civil:

> **Art. 1923.** Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de prelación:
> 3. Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubieran sido objeto de la refacción.
>
> **Art. 1927.** Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales, excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera.
> Si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán en cuanto a su respectiva prelación, las reglas siguientes:
> 1. Serán preferidos, por su orden, los expresados en los números 1º y 2º del artículo 1923 a los comprendidos en los demás números del mismo.
> 2. Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el número 3º del citado artículo 1923 y los comprendidos en el número 4º del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad.
> 3. Los refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro a que se refiere el número 5º del artículo 1923, gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad.

A la vista de lo dispuesto por el Código Civil, se puede decir que, en relación a determinados bienes inmuebles, el crédito hipotecario gozará de preferencia sobre todos los restantes créditos que puedan existir, con excepción de los que relaciono a continuación:

PRIMERO: Los créditos que podrían clasificarse como hipotecas legales tácitas, previstos en el artículo 1923.1º y 2º del Código Civil:

> **Art. 1923.** Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de prelación:
> 1. Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre

ellos.[189]

2. Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.

Estos créditos, aún nacidos con posterioridad al crédito hipotecario, gozan de preferencia por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1927.1º.

SEGUNDO: Los créditos protegidos por normas posteriores al Código civil y que garantizan determinadas situaciones de necesidad:

A.- Art. 32 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo).

Art. 32. *Garantías del Salario*

1. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.

2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.

Sin embargo, los créditos salariales protegidos por el apartado 3, del artículo 32, deben posponerse al crédito hipotecario inscrito con antelación[190].

B.- Art. 9, número 5 de la Ley de Propiedad Horizontal de 1961 que, como he dicho anteriormente, crea una hipoteca tácita sobre el piso o local para garantizar el cobro de los gastos comunes:

Art. 9. Serán obligaciones de cada propietario:

5. Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.

Al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes.

---

(189) Sobre el privilegio de los créditos a favor del Estado, confrontar el capítulo 4º de esta segunda parte: "Los créditos tributarios"; pág. 291.

(190) Ver el capítulo 2º de esta segunda parte, dedicado a los créditos salariales; pág. 189.

C.- Asimismo, hay que tener presente lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963.

> **Art. 73.** En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público, o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Provincias y los Municipios tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercite la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior.
>
> **Art. 74.** 1.- Los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago de las cantidades liquidadas o no, correspondientes a los tributos que graven tales transmisiones, adquisiciones o importaciones, cualquiera que sea su poseedor, salvo que éste resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes, con buena fe y justo título o establecimiento mercantil o industria en el caso de bienes muebles no inscribibles.
>
> 2.- Siempre que la Ley reguladora de cada tributo conceda un beneficio de exención o bonificación cuya definitiva efectividad dependa del ulterior cumplimiento por el contribuyente de cualquier requisito por aquélla exigido, la Administración hará figurar el total importe de la liquidación que hubiera debido girarse de no mediar el beneficio fiscal, la que se hará constar por nota marginal de afección en los Registros públicos.

D.- Igualmente, en el ámbito del Derecho Marítimo los créditos hipotecarios se pueden ver perjudicados por otros créditos privilegiados[191].

TERCERO: Los créditos refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la propiedad, sobre los bienes que hubiesen sido objeto de refacción, siempre que su inscripción registral sea anterior a la del crédito hipotecario. Todo ello por aplicación de lo establecido en los comentados arts. 1923.3º y 1927.2º del Código Civil.

CUARTO: Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el art. 1923.4º del Código Civil. Ahora bien, para que una anotación preventiva de embargo sea preferente a un crédito hipotecario, es necesario que esté inscrita con anterioridad, debido a que el citado artículo 1927.2º dice que *"gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad"*. Redacción que despeja las dudas que se plantean algunos sectores doctrinales[192] acerca de la fecha

(191) Confrontar el capítulo 6º de esta segunda parte: "Los créditos privilegiados en el Derecho marítimo"; pág. 381.

(192) DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Sistema Derecho Civil", (obra citada en la NPP nº 184, pág. 250); pág. 535.

que debe considerarse para resolver la preferencia entre una anotación preventiva de embargo y una hipoteca. En mi opinión, sin ninguna duda habrá que considerar la fecha de inscripción en el Registro y no la de los respectivos créditos, pues una hipoteca no goza de la preferencia otorgada por el apartado 3º del art. 1923 del Código Civil en tanto no esté anotada e inscrita en el Registro de la Propiedad.

En consecuencia, una anotación preventiva de embargo es preferente a un crédito hipotecario nacido con anterioridad, siempre que éste se inscriba en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la anotación preventiva.

Asimismo, entre las distintas hipotecas que pudieran existir sobre un mismo inmueble, la preferencia se determinará atendiendo a la prioridad temporal *"prior in tempore potior in iure"*, pero esa prioridad temporal tiene en cuenta la fecha de inscripción y no la del nacimiento del crédito.

En resumen, la preferencia del crédito hipotecario sobre bienes inmuebles cede ante los siguientes créditos:

1.- Los del art. 1923.1º y 2º del Código Civil.

2.- Art. 32.1º y 2º del Estatuto de los Trabajadores.

3.- Art. 9.5º de la Ley de Propiedad Horizontal.

4.- Arts. 73 y 74 de la Ley General Tributaria.

5.- Determinados créditos privilegiados en el Derecho Marítimo.

6.- Anotaciones preventivas de embargo y créditos refaccionarios, anotados e inscritos con anterioridad al crédito hipotecario.

Con respecto a los restantes créditos que se pudieran presentar, el crédito hipotecario gozará de preferencia.

Consecuentemente, los créditos de la Seguridad Social, para poder obtener mejor rango preferencial que los hipotecarios, deberán anotarse preventivamente de embargo en el Registro de la Propiedad con antelación a la inscripción del crédito hipotecario, pues en caso contrario tendrían peor rango que éstos.

4. LA HIPOTECA MOBILIARIA Y LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO.

4.1. Consideraciones previas.

Como he dicho anteriormente, en la actualidad la prenda se ha reservado para los bienes muebles porque son los que reúnen la cualidad de ser susceptibles de desplazamiento posesorio, que se estima consustancial para proteger los derechos del acreedor. La hipoteca, en cambio, es apta para los bienes inmuebles. LUIS DÍEZ-PICAZO Y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[193], en la obra citada, dicen: *"Las necesidades de garantizar los créditos han llevado a buscar por otros caminos un criterio que permitiese la creación de prendas e hipotecas sobre bienes que no requiriesen el desplazamiento posesorio o que fuesen muebles, respectivamente. La prenda sin desplazamiento lograría evitar el inconveniente que siempre se ha puesto a la prenda tradicional: el deudor ha de despojarse de la posesión del bien, con lo que se le obliga a que la garantía recaiga sobre objetos distintos de los que se sirve en su trabajo o industria, disminuyendo así las posibilidades de que la garantía prendaria sea un procedimiento de fácil utilización para conseguir créditos. Por otra parte, si se consiguiese que los bienes muebles otorgasen al acreedor las seguridades de la hipoteca, el desarrollo del crédito alcanzaría cotas importantes"*

Como consecuencia de esa necesidad de garantizar los créditos surgió la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, con su Reglamento de 17 de junio de 1955. No obstante, la realidad práctica existente en la actualidad demuestra que la finalidad de la garantía perseguida por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento tiene una escasa utilidad, fundamentalmente debido al desarrollo que han experimentado otras figuras de garantía, como es el caso de la cláusula de reserva de dominio o la de prohibición de disponer previstas en la Ley de Venta a Plazos de bienes muebles, de 17 de julio de 1965 (Ley 50/1965); en cuyo artículo 19 se determina que el acreedor, en esos casos, gozará de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1.922, número 2, y 1.926, número 1, del Código Civil[194]. Asimismo, el nacimiento y desarrollo del arrendamiento financiero "*leasing*",

(193) DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Sistema Derecho Civil", (obra citada en la NPP nº 184, pág. 250); pág. 541.

(194) Confrontar el apartado 3 del capítulo 7º de esta segunda parte: "La reserva de dominio en la Ley de ventas a plazos de bienes muebles"; pág. 428.

ha supuesto que, con independencia de los efectos fiscales que se pueden desprender de su utilización, dicha figura se esté haciendo válida en la práctica como una especie de derecho de garantía, en el que el arrendador conserva la propiedad del bien hasta que, finalizado el arrendamiento, el arrendatario utiliza la opción de compra prevista inicialmente en el contrato. De esta forma, ambas partes obtienen un beneficio en la utilización de esta figura jurídica; pues, el arrendador se asegura el cobro de todas las cantidades mediante la reserva de su titularidad dominical hasta la finalización del contrato con el ejercicio de la opción de compra o con la devolución del objeto de dicha financiación, y el arrendatario, además de los oportunos beneficios fiscales, se puede ver "favorecido" por la exclusión de su patrimonio del bien en cuestión (piénsese, por ejemplo, en el posible embargo de bienes del arrendatario; embargo que, evidentemente, no podrá incluir el bien objeto del "*leasing*", dejando a salvo el posible embargo del derecho de uso o del ejercicio de la opción final de compra)[195].

Hecha la advertencia sobre la disminución de su ejercicio en la práctica, voy a resaltar algunos preceptos de esta Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento que considero necesario matizar antes de profundizar en el análisis del privilegio de los créditos garantizados con prenda sin desplazamiento o con hipoteca mobiliaria[196]:

4.1.1 Bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

Dice el art. 1 de la Ley que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre los bienes enajenables que, respectivamente, se mencionan en esta Ley. Mención que para la hipoteca mobiliaria se hace en el art. 12:

> **Art. 12.** Únicamente podrán ser hipotecados:
> 1º. Los establecimientos mercantiles.
> 2º. Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular.
> 3º. Las aeronaves.
> 4º. La maquinaria industrial.
> 5º. La propiedad intelectual y la industrial.
> No podrá hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria ni los bienes

(195) Confrontar el apartado 4, del capítulo 7º de esta parte segunda: "El arrendamiento financiero (leasing)"; pág. 437.

(196) Consultar los comentarios efectuados por GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: "Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil", Madrid 1986; pág. 599 y ss.

comprendidos en los artículos 52, 53 y 54.

Los arts. 52 a 55 determinan los bienes susceptibles de garantizarse mediante la prenda sin desplazamiento de la posesión:

> **Art. 52.** Podrán constituir prenda sin desplazamiento los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias sobre los siguientes bienes:
>
> 1º. Los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato.
>
> 2º. Los frutos separados o productos de dichas explotaciones. Si no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hubieren de depositarse.
>
> 3º. Los animales, así como sus crías y productos.
>
> 4º. Las máquinas y aperos de las referidas explotaciones.
>
> **Art. 53.** También podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes que a continuación se expresan, aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere el artículo anterior:
>
> 1º. Las máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias, como marca y número de fabricación, modelo y otras análogas, que no reúnan los requisitos exigidos en el artículo 42.
>
> 2º. Las mercaderías y materias primas almacenadas.
>
> **Art. 54.** De igual manera serán susceptibles de prenda sin desplazamiento las colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte; también podrán serlo dichos objetos, aunque no formen parte de una colección.
>
> **Art. 55.** No podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes expresados en el artículo 12 o que por pacto hubieren sido hipotecados con arreglo al artículo 111 de la Ley Hipotecaria.
>
> Tampoco podrá constituirse prenda ordinaria sobre bienes que se hallen pignorados con arreglo a esta Ley.

Asimismo, los artículos 1 y 2 recogen una serie de limitaciones a la constitución de estas garantías:

> **Art. 1.** Podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre los bienes enajenables que, respectivamente, se mencionan en esta Ley.
>
> Si tales bienes estuvieren en proindivisión o pertenecieren en usufructo y en nuda propiedad a distintos titulares, sólo podrán hipotecarse o pignorarse en su totalidad y mediante el consentimiento de todos los partícipes.
>
> **Art. 2.** No podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se

constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado.[197]

4.1.2 Constitución (Artículo 3°).

> Art. 3. La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública.
>
> No obstante, la prenda sin desplazamiento podrá también constituirse mediante póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, cuando se trate de operaciones bancarias o se refiera a cualquiera de los supuestos comprendidos en el artículo 93 del Código de Comercio.
>
> La escritura o la póliza, en su caso, deberán ser inscritas en el Registro que por esta Ley se establece.
>
> La falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley.
>
> La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes. Los asientos practicados en los libros especiales de hipoteca y de prenda, que se han de llevar en el Registro de la Propiedad, están bajo la protección de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se cancelen o se declare su nulidad.

Además, con respecto a la prenda sin desplazamiento, hay que tener en cuenta que la escritura o la póliza de prenda contendrá la determinación, en su caso, del inmueble en que se situaren esos bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito (art. 57.2).

4.1.3 Limitaciones a las facultades dispositivas del deudor.

El art. 4 de la Ley dice :

> Art. 4. El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor.[198]

Por su parte, el citado artículo 55, prohíbe la constitución de una prenda ordinaria sobre bienes que se hallen pignorados con arreglo a esta Ley.

---

(197) Para garantizar el precio aplazado de un bien mueble actualmente se utiliza, en la práctica totalidad de los casos, la garantía prevista en la Ley de Ventas a Plazos de 1965.

(198) Véanse los arts. 29.3°, 48, 81.2° y 65 de la misma Ley.
Sobre la nulidad de la enajenación en este supuesto, véase Cossío; "El sistema registral mobiliario, en el Centenario de la Ley del Notariado", Sección 3ª, -Estudios Jurídicos varios-, volumen II, año 1962, pág. 454. Véase, también, Díez-Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio; "Sistema Derecho Civil", (obra citada en la NPP n° 184, pág. 250); pág 547.

4.1.4 Eficacia frente a terceros.

Como señalan LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[199], la oponibilidad *erga omnes* de la garantía, sólo la determina claramente la Ley para la Hipoteca mobiliaria, al decir en su artículo 16:

> **Art. 16.** La hipoteca mobiliaria sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.

Estos autores continúan diciendo que: *"El principio de la oponibilidad «erga omnes» que se predica de la HM falta en la PSD, lo que ha hecho dudar a algunos autores que sea un auténtico derecho real o ha llevado a afirmar que no es más que un supuesto de crédito privilegiado el que el acreedor tiene sobre determinado bien. En realidad, la explicación puede hallarse en la misma naturaleza de los bienes susceptibles de PSD; admiten un fácil traslado capaz de alterar la publicidad registral al estar ésta conectada con un determinado «status loci». Piénsese, por ejemplo, en una PSD recayente sobre una colección de cuadros o sobre los frutos que se hayan recogido de una cosecha. Si legalmente los Registros competentes son, respectivamente, el del lugar del domicilio del pignorante y el del almacén en que se hallen depositados (art. 70 Ley), un simple cambio de domicilio o de lugar de almacenaje hará que el adquirente que consulte los Registros de estos sitios obtenga una negativa a su pregunta sobre si los bienes se encuentran pignorados. Naturalmente, hay que excluir su buena fe si sabe de la inscripción en otros Registros.*

Por eso no es viable una norma como la del artículo 16 para la PSD, porque el tráfico de bienes muebles hay que contar con el artículo 464 del Código civil (o bien el art. 85 C. de c.) cuando éstos no son tan identificables por sí mismos como los aptos para la HM. La situación de los terceros adquirentes debe ser objeto de protección, pero en función del criterio sustitutivo de la eficacia legitimadora de la posesión por el de la inscripción registral al que nos hemos referido en el apartado c) del subepígrafe anterior. Ello lleva a afirmar que los adquirentes estarán inmunes a la PSD cuando son de buena fe, que la tendrán, en virtud de aquel criterio, cuando la

(199) DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Sistema Derecho Civil", (obra citada en la NPP nº 184, pág. 250); págs. 547 y 548.

garantía no figura inscrita en el Registro teóricamente competente, que es el único que deben consultar, aunque se halle en otro distinto que fue competente en su momento y lo desconozcan. Si conociesen la constitución de PSD pero ésta no se inscribió, desde luego no pierden su inmunidad, pues el artículo 3º, como sabemos, priva de todos los derechos que concede la Ley al acreedor en su cualidad de pignoraticio."

En este sentido JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA[200] en la obra citada dice: *"Este precepto se refiere a la «reipersecutoriedad» de la hipoteca mobiliaria, en los mismos términos que señala el art. 104 de la LH, para la inmobiliaria. Señala VALLET como excepción el supuesto del art. 22.2º de la presente Ley. En cuanto a la prenda sin desplazamiento no existe precepto igual al anotado, por lo que VALLET considera que no se da la «reipersecutoriedad» en la prenda sin desplazamiento. En contra VIOLA y ALBALADEJO".*

4.2. El privilegio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento.

La citada Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento regula la preferencia de estos créditos remitiendo, en su artículo 10, al Código Civil.

> **Art. 10.** El acreedor hipotecario o pignoraticio gozará para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1922, 2º, y 1926, 1º, del Código Civil, dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales.

Consecuentemente, para analizar la preferencia de los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento, hay que contemplar lo dispuesto en los artículos citados del Código Civil:

> **Art. 1922.** Con relación a determinados bienes muebles, gozan de prelación:
> 2. Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.
>
> **Art. 1926.** Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles, excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere.

(200) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL; "Código de...", (obra citada en la NPP nº 196, pág. 259); págs. 607 y 608.

> Si concurren dos o más créditos respecto a determinados muebles, se observarán, en cuanto a la prelación para su pago, las reglas siguientes:
>
> 1. El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.
>
> 2. En el caso de fianza, si estuviera ésta legítimamente constituida a favor de más de un acreedor, la prelación entre ellos se determinará por el orden de fechas de la prestación de la garantía.
>
> 3. Los créditos por anticipos de semillas, gastos de cultivo y recolección preferidos a los de alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que aquéllos sirvieron.
>
> 4. En los demás casos el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos.

4.2.1 Problemática interpretativa.

En mi opinión, la lectura de estos preceptos plantea una verdadera antinomia; toda vez que, según lo dispuesto por el art. 1921 del Código Civil, *"Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen"*.

En aplicación del art. 1921, los créditos garantizados con prenda deberán posponerse a los contemplados en el apartado 1º del art. 1922 (créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor).

Sin embargo, la aplicación del art. 1926.1º nos lleva a considerar que el crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.

La posible justificación de la controversia entre los arts. 1921 y 1922.2º con el art. 1926 del Código Civil, radica en que la regulación del art. 1922.2º se refiere, en puridad, a la prenda con desplazamiento de la posesión, de ahí que se puntualice con la frase *"que se halle en poder del acreedor"*, que evidencia un desplazamiento de la posesión. Mientras que el apartado 1º se refiere a determinados créditos *"que están en poder del deudor"*.

En definitiva, la problemática interpretativa no se plantea con respecto a la prenda ordinaria (con desplazamiento de la posesión), que es la que, en principio, queda regulada en el Código Civil; pero si se presenta con respecto a la preferencia de los créditos garantizados mediante una hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento que, según lo dispuesto por el art. 10 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, gozan para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecidas en los citados arts. del Código Civil.

En resumen, la remisión realizada por la Ley de 1954 ha ocasionado, con respecto a estos créditos, una antinomia entre los arts. analizados del Código Civil.

A la vista de los expuesto ¿qué créditos serán preferentes?, ¿los regulados en el apartado 1º del artículo 1.922 (por aplicación del artículo 1.921) o los regulados en el apartado 2º (por aplicación del artículo 1.926.1º) ?

La cuestión tiene difícil respuesta legal, porque una cosa es lo que cada uno consideremos acerca de cuál debería ser el crédito que goce de mejor rango preferencial, y otra distinta es determinar quién ostenta mejor derecho conforme a lo dispuesto por el Código Civil.

La lectura de los arts. 1921 y 1926 del Código Civil lejos de resolver el rango de los créditos garantizados en los apartados 1º y 2º del art. 1922, aporta una notable confusión.

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[201] al referirse a la colisión entre privilegios especiales mobiliarios, considera en primer lugar lo dispuesto por el art. 1926, incluyendo en el apartado 4º los gastos de conservación, construcción, precio de venta, transportes y hospedajes:

> b) *Colisión entre privilegios especiales mobiliarios*. Ante todo hay que tener en cuenta que en materia de privilegios el juego de la regla según la cual, a diferencia de los derechos reales, la naturaleza del crédito es la que determina el rango del privilegio, y no la prioridad en el tiempo, es extraordinario.
>
> Por lo que respecta a los privilegios mobiliarios especiales (los del artículo 1922), el Código sienta la preferencia *entre ellos* (por los nacidos de diferentes causas) de acuerdo con las siguientes reglas:
>
> 1ª El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.
>
> 2ª Hemos de hacer extensiva esta solución anterior para el supuesto de fianza, del número 3 del artículo 1922, por las razones de identidad de naturaleza, expuestas al tratar especialmente de este privilegio.
>
> 3ª Los créditos por anticipos de semillas, gastos de cultivo y recolección, serán preferidos a los de los alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que aquellos sirvieron. Es decir, si no hay créditos por alquileres, la preferencia inmediata a los dos créditos anteriores de los anticipos de semillas, gastos de cultivo y recolección es absoluta en relación con los restantes privilegios mobiliarios. Si existen créditos por alquileres, entonces éstos se colocan en cuarto lugar con respecto también a los restantes privilegios especiales mobiliarios.
>
> 4ª En los demás casos, el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos. Es decir, aquí se incluyen los gastos de conservación, construcción, precio de venta, trasportes y hospedajes.
>
> El artículo 1926, en su número 2, sienta una regla para resolver el concurso de varios acreedores por la misma causa de preferencia: "En el caso de fianza si estuviere ésta legítimamente constituida a favor de más de un acreedor, la prelación *entre ellos* se determinará *por el orden de fechas de la prestación de la garantía*". Esta regla es de todo punto excepcional, y no puede aplicarse al concurso de otros acreedores por una misma

(201) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); págs. 136 y 137.

> causa de preferencia. Lo vedan tanto el principio de interpretación restringida en materia de privilegios, como la regla 4ª del mismo artículo 1926, que impone la satisfacción a prorrata.

En mi opinión, resulta más lógico dotar de mejor rango a los créditos del apartado primero que a los del segundo, porque en definitiva, aunque se halla perfeccionado la venta con la tradición, de alguna manera podemos considerar que si el comprador de un bien mueble no la ha pagado en su totalidad, el crédito por la venta no abonada debería ser preferente a un crédito generado con posterioridad por parte del comprador (que todavía no la ha pagado) mediante la constitución de una garantía pignoraticia. Reflexión que en términos similares podría efectuarse de los créditos por construcción, reparación o conservación.

Un segundo problema interpretativo que presenta la remisión realizada por el art. 10 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, es que el art. 1922.2º se refiere a los créditos garantizados con prenda *"que se halle en poder del acreedor"*, pero, si no ha existido desplazamiento de la posesión ¿cómo puede estar en poder del acreedor? Evidentemente, el problema surge por que la Ley de 1954 hace una simple remisión, debiendo haber puntualizado estas situaciones.

La cuestión que debe formularse ante este nuevo interrogante es la siguientes: ¿en qué momento se considera que el acreedor se halla en poder del bien que ha sido garantizado mediante una hipoteca mobiliaria o con una prenda sin desplazamiento de la posesión?

La respuesta puede hallarse en las reflexiones que realiza ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS en su extraordinaria obra sobre la prelación de créditos del Código Civil[202], según el cual:

> Tratándose de prenda sin desplazamiento, la cuestión de saber cuándo pierde el acreedor la preferencia se encuentra íntimamente relacionada con la interpretación del artículo 4º de la Ley de 1954, que prohíbe al deudor la enajenación de los bienes afectos a esta garantía sin consentimiento del acreedor. Puede pensarse que el acreedor seguirá gozando de la preferencia, aunque la cosa hubiese salido del patrimonio del deudor, ya que puede valer su derecho de prenda frente a tercero que haya adquirido del deudor sin consentimiento de aquél. Otra interpretación que admite el precepto es la de que impone al deudor una prohibición de índole subjetiva, que no puede alcanzar a terceros de buena fe.

(202) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); págs. 50, 51 y 52.

La primera solución ha sido defendida por GÓMEZ-ACEBO[203]. A su juicio, para el acreedor, al menos, no tiene validez ni eficacia, sin su consentimiento, el acto de disposición de la cosa gravada otorgada por el hipotecante. Así resulta de la E. de M. que al referirse al Registro, dice: "El fundamento está en el precepto según el cual se prohíbe la hipoteca y la prenda sin desplazamiento sobre los bienes que estuvieren embargados, en cuyo caso, si se constituyere, será nula". Acaso el propósito del legislador fuera crear mera prohibición subjetiva en el artículo 4°, pero la E. de M. fuerza a la interpretación contraria.

En cambio, VALLET[204] opina que el artículo 4° no es una norma que deja fuera del comercio los bienes muebles mientras están dados en prenda sin desplazamiento, sino que se trata de un precepto que impone al deudor una prohibición, que no puede alcanzar a los terceros adquirentes de buena fe.

Ahora bien, como el mismo VALLET reconoce, el problema se encuentra en este caso en saber si la garantía afecta al tercer adquirente y, por lo tanto, si contra él se puede hacer valer la preferencia. Llega a la consecuencia de que la prenda es ineficaz si ha ido a parar a manos de los adquirentes de buena fe, una vez haya salido de su *status loci*.

Sin embargo, una consideración del problema quizá nos llevaría a ver una aproximación, en cuanto a los efectos, de las dos opiniones citadas, manteniendo que la buena fe del adquirente es muy difícil que se dé, entrando en juego el Registro de prenda sin desplazamiento. Pero si se examina detenidamente el artículo 29, junto con el 30 y 31 del Decreto de 17 de junio de 1955, que aprueba el Reglamento del Registro de H. M. y P. S. D., se llega a la conclusión de que si los bienes dados en garantía están en el sitio indicado al constituirse, la buena fe del adquirente queda eliminada, perjudicándole la preferencia.

En realidad, pues, no puede seguirse la tesis de la nulidad de la adquisición operada por un tercero cuando estamos en presencia de los bienes enumerados en el artículo 52 de la Ley de 1954, una vez rota la relación con el *status loci*, porque en tal caso, el artículo 464 del Código Civil sería letra muerta al poder serle opuesta la garantía al tercero que contrata sobre ellos una vez que consulta en los Registros especificados en el artículo 70 de la misma Ley.

Hasta aquí hemos visto lo relativo a la prenda sin desplazamiento. ¿*Quid* de la hipoteca mobiliaria que tiene la preferencia marcada en el número 2 del artículo 1922? No hay ningún inconveniente para que en tales supuestos se aplique la nulidad de la transmisión, ya que por la índole especial de la publicidad de tal garantía, que recae sobre objetos perfectamente identificables (véanse las regla del artículo 69 de la Ley), el tercer adquirente puede conocer en todo momento la situación jurídica en que se encuentran, y la falta del poder de disposición del dueño de los mismos que los ha hipotecado . Hay que tener en cuenta, no obstante, el régimen especial para las pertenencias, idéntico al de la prenda sin desplazamiento. Al romperse toda conexión con la cosa a cuyo servicio están colocadas, el tercero ignora su estatuto jurídico, y podrá acogerse al artículo 464 del Código Civil.

(203) GÓMEZ-ACEBO, FELIPE: "La hipoteca de establecimiento mercantil", Revista de Derecho Mercantil, 1955, enero-marzo. Pág. 129.

(204) VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: "Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión", Revista de Derecho Notarial, 1955, abril-junio. Págs. 89, 97 y ss.

4.2.2 Orden de prelación.

Con relación a los bienes muebles del deudor, los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento tendrán preferencia sobre los restantes créditos, con excepción de los créditos salariales garantizados por el artículo 32.1 y 32.2 del Estatuto de los Trabajadores(205). Asimismo, deberá tenerse presente el privilegio otorgado por los artículos 74 y 75 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963(206), y los créditos privilegiados en el Derecho Marítimo(207).

Asimismo, hay que tener en cuenta que pese a la remisión efectuada por el art. 10 de la L.H.M. y P.S.D. (Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento) al Código Civil, la propia Ley establece algunas excepciones a lo dispuesto por el art. 1926, número 1, de dicho Código. En este sentido, el art. 41 de la Ley, al referirse a la hipoteca de las aeronaves dice lo siguiente:

> **Art. 41.** Sólo gozarán de preferencia sobre la hipoteca mobiliaria las remuneraciones debidas por salvamento y gastos absolutamente necesarios para la conservación de la aeronave, por orden cronológico inverso, siempre que se anoten en el Registro Mercantil correspondiente dentro de los tres meses siguientes a aquél en que se hubieren terminado dichas operaciones o reparaciones.

Otra excepción a lo dispuesto en el artículo 1926, número 1, del Código Civil, es la contemplada por el artículo 66 de la Ley

> **Art. 66.** No obstante lo dispuesto en el artículo 10, serán satisfechos con prelación al crédito pignoraticio:
>
> 1º. Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivo y recolección de las cosechas y frutos.
>
> 2º. Los alquileres o rentas de los últimos doce meses de la finca en que se produjeren, almacenaren o depositaren los bienes pignorados.

Como he dicho anteriormente, la duda se plantea con respecto a los créditos garantizados por el apartado primero del art. 1922 del Código Civil. En mi opinión, esos créditos deberán

---

(205) Ver el capítulo 2º de esta segunda parte, dedicado a los créditos salariales; pág. 189.

(206) Confrontar el capítulo 4º de esta segunda parte: "Los créditos tributarios"; pág. 291.

(207) Confrontar el capítulo 6º de esta segunda parte: "Los créditos privilegiados en el Derecho marítimo"; pág. 381.

anteponerse a los garantizados por el apartado segundo del mismo artículo; si bien, el art. 1926 plantea serios interrogantes en ese sentido.

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[208] plantea una duda doctrinal:

> ¿Puede suceder que sobre un mismo bien mueble quepa una prenda, con la preferencia del artículo 1922, número 2, y una hipoteca mobiliaria o una prenda sin desplazamiento entrando en juego la regla *"prior tempore, potior iure"* al tratarse de dos derechos reales de garantía?
>
> La cuestión se encuentra íntimamente ligada con un problema más general, cual es el efecto que produce el artículo 2° de la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, que prohíbe la constitución de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre bienes que ya estuviesen hipotecados, pignorados o embargados.
>
> VALLET opina que si la prenda fuese anterior a la hipoteca mobiliaria entraría en juego el artículo 2°, pero para poderla oponer al acreedor hipotecario sería necesario que constara auténticamente la fecha de aquélla (art. 1865 del Código Civil). Se inclina, pues, el autor citado, al parecer, por la nulidad de la hipoteca mobiliaria así constituida.
>
> Este mismo criterio sigue VIOLA SAURET[209]. Ahora bien, si la prenda es posterior a la hipoteca mobiliaria, VALLET opina que será preferente dicha hipoteca sin lugar a dudas. Viola Sauret, en cambio, se inclina por la nulidad de la prenda, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley Hipotecaria Mobiliaria. Esta tesis parece la más acertada, porque ya dijimos, al hacer el comentario del número 2 del artículo 1922, que el artículo 4° permitiría fundar una nulidad de todo acto dispositivo opuesto al artículo 4° de la Ley Hipotecaria Mobiliaria, salvo en lo referente al régimen de la pertenencia.
>
> En los supuestos de concurrencia de prenda manual con prenda sin desplazamiento pueden aplicarse las mismas soluciones, salvo, naturalmente, la desafectación de la pertenencia.

En consecuencia con todo lo expuesto, los créditos de la Seguridad Social tienen peor rango, dentro del orden de prelación, que los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento.

Ahora bien, es posible que el crédito de la Seguridad Social sea preferente a los que ahora estoy analizando. Esto se producirá cuando se refuerce la protección de dicho crédito de la Seguridad Social mediante el embargo del correspondiente bien practicado con anterioridad a la constitución de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, pues, como ha quedado expuesto, la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sería nula, y ello con independencia de la inscripción registral del embargo efectuado por la Seguridad Social. Si bien, la anotación

(208) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); págs. 141 y 142.

(209) VIOLA SAURET, J.: "Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios"; Anales de la Academia Maritense del Notariado, tomo XI. Págs. 467 y ss.

preventiva de embargo de la Seguridad Social favorecería también su posible eficacia frente a terceros de buena fe.

4.2.3 El embargo de bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

El art. 68 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento permite la anotación de los mandamientos judiciales de embargo[210] y los de su cancelación sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario o pignoraticio o sobre los créditos inscritos, así como aquéllos a que diere lugar la presentación de la demanda de nulidad del título inscrito.

Anotado el embargo y de conformidad con lo dispuesto por el citado art. 2 de la Ley de 1954, no podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de la posesión sobre bienes que ya estuvieren embargados.

Pero, como dicen LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[211], *"La prohibición de gravar con HM o PSD con el resultado de la nulidad de la constitución de la garantía no es efectiva únicamente cuando el embargo ha sido anotado en el Registro de HM o PSD. Si la traba se ha realizado con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no se ha anotado en el Registro, ante la declaración del hipotecante o pignorante en la escritura de constitución de HM o PSD de que el bien no está embargado no habrá obstáculo para la inscripción de la garantía. El acreedor hipotecario o pignoraticio en este aspecto no puede sufrir las consecuencias de la pasividad o negligencia del embargante, pero sí está expuesto a sufrir las que derivan de la violación por el hipotecante o pignorante de la prohibición absoluta contenida en el artículo 2º de la Ley. En consecuencia, el acreedor embargante posee legitimación para accionar pidiendo la nulidad absoluta de la HM o PSD, y la cancelación de la inscripción registral correspondiente. Otra cosa sería si la anotación de embargo fuese constitutiva del mismo, pero ello no lo declara la Ley de 1954 ni lo es en materia de inmuebles, donde al no operarse la*

---

(210) El artículo 123 del Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, al referirse a la anotación preventiva de embargo dice lo siguiente: *"Los mandamientos que, a estos efectos, expidan los recaudadores ejecutivos de la Seguridad Social tendrán la misma virtualidad que si emanasen de la autoridad judicial"*.

(211) DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Sistema Derecho Civil", (obra citada en la NPP nº 184, pág. 250); págs. 549 y 550.
En idéntico sentido se pronuncia el propio ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS en su obra "La prelación de créditos...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); págs. 142 y 143.

desposesión del deudor habría una justificación para sustituirla por la anotación registral".[212]

En relación con la prenda sin desplazamiento de la posesión, el art. 56 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento dice los siguiente:

> **Art. 56.** La constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignorados y sin perjuicio de la responsabilidad, civil y criminal, en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.

Cuestión que evidencia la preferencia del embargo efectuado con anterioridad a la constitución de la prenda sin desplazamiento.

En definitiva, la posición del crédito de la Seguridad Social resultará fortalecida con respecto a los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, desde el momento en que se decrete, por parte del Recaudador Ejecutivo de la Seguridad Social, el embargo sobre el bien mueble en cuestión, pues dicho embargo impedirá la constitución posterior de una garantía hipotecaria o pignoraticia sobre los mismos.

Las anotaciones preventivas de embargo se practicarán conforme a lo dispuesto por el art. 34 del Reglamento de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, de 17 de junio de 1955.

El Registro de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento está regulado por los arts. 67 a 80 de la Ley y su Reglamento.

En relación con la anotación preventiva de embargo se plantea la duda de considerar extensible la garantía contemplada por el art. 10 de la Ley a dichas anotaciones. Es decir, ¿gozan de la preferencia establecida en el art. 10 de la Ley? o, por el contrario, ¿esa preferencia está limitada al acreedor hipotecario o pignoraticio?

El efecto de una u otra consideración es de gran importancia, pues supondría que la anotación preventiva de embargo no sólo garantiza la imposibilidad de que el deudor grave sus bienes, sino que podría añadir un privilegio a esa anotación preventiva con respecto a los restantes acreedores; supondría otorgar un privilegio similar al establecido, para bienes inmuebles, en el art. 1923.4º del Código Civil.

---

(212) Las sentencias de 14 de octubre de 1965 y 19 de abril de 1971 rechazan el carácter constitutivo de la anotación de embargo de muebles susceptibles de HM y PSD. Pero no queda claro si la protección al acreedor embargante se acuerdo por *conocer* el hipotecante el embargo (aunque no anotado) cuando se constituyó la hipoteca.

En el supuesto del crédito de la Seguridad Social, éste podría anteponerse a los créditos tributarios (de igual rango), desde el momento en que se practique la anotación preventiva (y viceversa). También podría darse el caso que un crédito al que el Derecho sustantivo no le otorga un singular privilegio, obtenga mejor rango preferencial que los créditos de la Seguridad Social (igual que sucede con un crédito garantizado con una anotación preventiva de embargo sobre un inmueble, respecto a los créditos nacidos con posterioridad a dicha anotación; art. 1923.4º del Código Civil).

Sin embargo, considero que la preferencia contemplada por el reiterado art. 10 de la Ley de 1954, está prevista para garantizar a los acreedores hipotecarios y pignoraticios, no siendo extensible a las anotaciones preventivas de embargo; anotaciones que únicamente garantizan la imposibilidad de que el deudor grave u obtenga una rentabilidad con determinados bienes.

En consecuencia, ni la Ley de 1954, ni el Código Civil, otorgan un singular privilegio a la anotación preventiva de embargo practicada sobre los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

Una última cuestión que plantea la anotación preventiva de embargo sobre estos bienes, es la de su opinibilidad *"erga omnes"*. Esta oponibilidad frente a cualquier poseedor de los bienes muebles que han sido objeto de anotación plantea una duda especialmente interesante (piénsese en el embargo de un vehículo que, posteriormente, es enajenado por el deudor), ¿puede el acreedor que tiene a su favor una anotación preventiva de embargo sobre estos bienes muebles, hacer valer la misma frente a una persona distinta de su deudor? En mi opinión, se producirá, en su caso, un posible alzamiento de bienes por parte del deudor, sin que pueda procederse a la ejecución del embargo cuando los bienes han dejado de pertenecer al deudor. Es decir, no creo que pueda plantearse la eficacia *"erga omnes"* de la anotación preventiva de embargo practicada sobre los bienes muebles susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. No obstante, quiero hacer la salvedad de que se trata de una reflexión en la que no quiero profundizar ahora, pues escaparía a las intenciones iniciales de esta obra. Asimismo, creo que un fortalecimiento de la anotación preventiva de embargo sobre estos bienes muebles garantizaría una mayor seguridad jurídica en favor de los acreedores. Consecuentemente, sería interesante, a mi juicio, matizar la actual legislación con la finalidad de equiparar la posición de la anotación preventiva de embargo sobre bienes muebles con la anotación preventiva de embargo sobre bienes inmuebles. Con ello, el Registro de hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento probablemente cobraría una mayor importancia práctica que la que posee en la actualidad, cuestión que, como digo, redundaría

en favor de la seguridad jurídica.

4.2.4 Colisión entre la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento y la hipoteca inmobiliaria.

No quería finalizar este apartado 4 sin hacer referencia a la colisión regulada en el artículo 75 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento:

> Art. 75. Cuando se hipoteque un establecimiento mercantil o maquinaria industrial o se pignoren bienes susceptibles, uno y otros, de extenderse a ellos la hipoteca del inmueble donde están instalados, conforme al artículo 111 de la Ley hipotecaria, se hará constar la constitución de la hipoteca o de la prenda, al margen de la inscripción de dominio del inmueble a favor del que hipoteca o pignora. Igual nota se extenderá al margen de la inscripción de la concesión del tranvía cuando se hipotequen éstos.
>
> Extendida esa nota marginal, la hipoteca mobiliaria o la prenda serán preferentes, en cuanto a dichos bienes, respecto a cualquier hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos.
>
> Si en el Registro apareciere inscrito, a favor del que hipoteca o pignora, el derecho de arrendamiento del local donde radique el establecimiento mercantil o las máquinas hipotecadas o los bienes pignorados, se extenderá, igualmente, nota al margen de la inscripción correspondiente, en la que se hará constar la constitución de la hipoteca mobiliaria o de la prenda. Extendida esta nota surtirá los efectos señalados en el párrafo anterior.
>
> Las referidas notas marginales se extenderán o cancelarán por los mismos títulos de constitución o cancelación de la hipoteca o de la prenda.

5. OTROS DERECHOS REALES DE GARANTÍA.

5.1. La prenda.

En este apartado voy a analizar la prenda ordinaria (con desplazamiento de la posesión) de acuerdo con la concepción actual de la misma, recordando que la prenda se ha reservado para los bienes muebles porque son los que reúnen la cualidad de ser susceptibles de desplazamiento posesorio. Ahora bien, como sucede con la hipoteca mobiliaria, la histórica figura de la prenda ha ido dejando paso a otras fórmulas de garantía mucho más utilizadas en nuestros días, como son las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de disponer previstas en la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 1965, o el arrendamiento financiero (leasing), aunque esta última no sea propiamente una figura jurídica de garantía.

Originariamente es posible que la prenda surgiera como una figura jurídica que evitaba los inconvenientes de la fiducia. En ella, como dice JOAQUÍN ARIAS RAMOS[213], no se transmitía al acreedor la propiedad de la cosa sino únicamente la posesión (*ius possidendi*), acompañada -cuando el derecho de prenda está ya definitivamente configurado- de la facultad de vender el objeto dado en garantía, indemnizándose con el precio del mismo del incumplimiento de la obligación (*ius distrahendi*).

Actualmente el Código Civil regula la prenda en los arts. 1863 y siguientes, limitando el alcance de estos artículos a la prenda con desplazamiento de la posesión, pues la prenda sin desplazamiento está regulada por la Ley de 16 de diciembre de 1954[214]. En este sentido, el artículo 1863 del Código Civil exige el desplazamiento de la posesión:

> **Art. 1863.** Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo.

Objeto de la prenda pueden ser todas la cosas muebles que están en el comercio, con tal

(213) ARIAS RAMOS, JOAQUÍN; "Derecho Romano I", (obra citada en la NPP nº 173, pág. 241);pág. 312.

(214) La Ley de 5 de diciembre de 1941 dividió el capítulo del Código Civil dedicado a la prenda en dos Secesiones: La primera comprendía los arts. 1863 a 1873 y la segunda los arts. 1863 bis a 1873 bis. Esta segunda Secesión, destinada a la prenda sin desplazamiento, fue derogada por la Ley de 16 de diciembre de 1954.

que sean susceptibles de posesión (art. 1864).

La efectividad de la garantía del crédito se lleva a cabo de conformidad con lo dispuesto en el art. 1872:

> **Art. 1872.** El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En esta caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito.
>
> Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio.

La preferencia de los créditos garantizados con prenda se encuentra regulada en el art. 1922.2º y 1926.1º del Código Civil:

> **Art. 1922.** Con relación a determinados bienes muebles, gozan de prelación:
>
> 2. Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.

> **Art. 1926.** Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles, excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere.
>
> Si concurren dos o más créditos respecto a determinados muebles, se observan, en cuanto a la prelación para su pago, las reglas siguientes:
>
> 1. El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.

En mi opinión, existe una posible antinomia entre los citados arts. 1922.2º y 1926.1º, tal y como he desarrollado al hablar de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, pues si el artículo 1921 dice que los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen; los créditos garantizados en el apartado primero del art. 1922 deberían pagarse con antelación a los del apartado segundo. Sin embargo, el apartado primero del art. 1926 dice que el crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.

No obstante, es interesante observar que el apartado primero del art. 1922 hace referencia a determinados bienes muebles "*que estén en poder del deudor*", mientras que el apartado segundo se refiere a los garantizados con prenda "*que se halla en poder del acreedor*". Cuestión que induce

a pensar que difícilmente pueden concurrir ambas garantías en el supuesto de una prenda ordinaria (con desplazamiento), pues si el bien necesita estar en poder del acreedor, resulta complicado que esté también en poder del deudor.

Ahora bien, este problema interpretativo cobra toda su importancia cuando se analiza la preferencia de los créditos garantizados con prenda sin desplazamiento, como he desarrollado anteriormente.

Continuando ahora con el análisis de la prenda ordinaria y en relación a determinados bienes muebles del deudor, los créditos garantizados con prenda "*que se halla en poder del acreedor*" gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, a excepción de los créditos salariales (superprivilegiados) garantizados en los arts. 32.1 y 32.2 del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, deberá tenerse presente el privilegio otorgado por los artículos 74 y 75 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963[215], y los créditos privilegiados en el Derecho Marítimo[216].

Los créditos pignoraticios a los que me estoy refiriendo en este apartado otorgan un nuevo privilegio al acreedor, según lo dispuesto en el art. 1867 del Código Civil: "*El acreedor tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación*". Gastos de conservación que están garantizados por el apartado primero del art. 1922 del Código Civil.

También, hay que resaltar que para que el acreedor pignoraticio pueda hacer valer su derecho preferente es necesario que la prenda conste en instrumento público:

> **Art. 1865.** No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha.

En el campo del Derecho Mercantil hay que tener presente lo dispuesto por el artículo 918 del Código de Comercio, según el cual, en caso de quiebra del empresario, los acreedores con prenda constituida por escritura pública o en póliza intervenida por Agente o Corredor no tendrán obligación de traer a la masa los valores u objetos que recibieron en prenda, a menos que la representación de la quiebra los quisiera recobrar satisfaciendo íntegramente el crédito a que

(215) Confrontar el capítulo 4º de esta segunda parte: "Los créditos tributarios"; pág. 291.

(216) Confrontar el capítulo 6º de esta segunda parte: "Los créditos privilegiados en el Derecho marítimo"; pág. 381.

estuvieran afectos. Es decir, que los acreedores prendarios gozarán de derecho de separación con respecto a la masa de la quiebra (*separatio ex iure creditii*).

Por último, en relación con el crédito de la Seguridad Social, hay que decir que los acreedores garantizados con prenda son preferentes a dicho crédito de la Seguridad Social, tanto desde la perspectiva civil (por aplicación de los artículos 1.922.2 y 1.926.1 del Código Civil) como en el caso de que la concurrencia se produzca en un proceso de quiebra, en cuyo caso, como he dicho anteriormente, el acreedor prendario gozará de derecho de separación con respecto a la masa de la quiebra (artículo 918 del Código de Comercio). No obstante, también deberá considerarse el derecho de separación que puede corresponder a la Tesorería General de la Seguridad Social sobre la cotización de los trabajadores de una empresa sometida al procedimiento concursal cuando dicha cotización haya sido retenida a los mismos por la empresa(217). En este sentido, la Resolución de 30 de enero de 1995, de la Secretaría General para la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones sobre las actuaciones de los Órganos de la Tesorería General de la Seguridad Social en los procedimientos concursales, determina que las retenciones efectuadas por la empresa sometida al procedimiento concursal a sus trabajadores en concepto de cotizaciones a cargo de los mismos calculadas sobre el salario, serán consideradas depósitos a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, no formando parte, en consecuencia, del patrimonio del deudor. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social deberá reclamar directamente a los órganos del proceso concursal su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social, sosteniendo, en todo momento, que tales cantidades no pueden imputarse como masa. Es decir, según la interpretación de la citada Resolución de 30 de enero de 1995, la Tesorería General de la Seguridad Social tendrá también un derecho de separación con respecto a la masa (*separaratio ex iure creditii*).

5.2. Anticresis.

El origen histórico de la anticresis como un simple pacto que aparecía agregado al *pignus* y que, en el Derecho romano, no tenía la consideración de figura independiente, ha arrastrado en nuestro Derecho una serie de dudas en cuanto a su naturaleza jurídica y a los efectos derivados

(217) Confrontar el capítulo 4º de la primera parte: "La incidencia de los procedimientos concursales en la ejecución de los créditos de la Seguridad Social"; pág. 109.

de su ejecución. Es decir, la anticresis originariamente no era una figura independiente sino un pacto agregado a otra institución[218].

La nueva configuración de la anticresis tiene su causa en el Código de Napoleón, constituyéndola como un derecho autónomo, independiente de la prenda y la hipoteca, a diferencia de lo que había hecho el derecho tradicional y especialmente el romano[219].

El Código Civil, siguiendo la línea del Código de Napoleón, regula la anticresis en los arts. 1881 y siguientes, como un derecho de garantía referido a inmuebles e independiente de la prenda y la hipoteca.

En mi opinión, la regulación establecida por el Código Civil constituyó un tímido intento de independizar la anticresis (siguiendo el ejemplo del Código de Napoleón), intento que la práctica jurídica posterior se ha encargado de hacer fracasar debido a su escasa utilización, manteniendo, en todo caso, su utilidad como lo que originariamente habría sido: un simple pacto agregado a otra garantía. Actualmente su utilización prácticamente se limita a la hipotecas con pacto de anticresis.

La regulación de la anticresis en el Código Civil plantea una serie de problemas que han sido resueltos doctrinalmente, lo que ha supuesto que la actual naturaleza jurídica de la anticresis en nuestro derecho tenga una construcción doctrinal.

5.2.1 Concepto.

El art. 1881 del Código Civil dice lo siguiente:

> **Art. 1881.** Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito.

De esta redacción puede deducirse que la intención inicial del legislador fue garantizar la obligación con los frutos, pero no con el inmueble (para eso ya existen otros derechos reales de garantía); además, el derecho a percibir los frutos se aplica en primer lugar al pago de los

(218) GUILARDO ZAPATERO, VICENTE; "Comentarios al Código Civil dirigidos por Albaladejo"; Madrid 1979, (arts. 1822 a 1886). Págs. 635 y ss.

(219) SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL; "El derecho de preferencia de la anticresis"; Revista de Derecho Privado, 1943. Págs. 223 y ss.

intereses, cuestión que hace pensar que el capital del crédito puede estar garantizado con otra figura. Ahora bien, el art. 1884 faculta al acreedor para que, en caso de falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido, pueda pedir el pago de la deuda o la venta del inmueble.

En definitiva, la lógica interpretación de la redacción del Código Civil me lleva a pensar que su intención fue regular el histórico pacto agregado de anticresis y que, al intentar "*independizarlo*", se introdujo la ambigua posibilidad prevista por el artículo 1884 del Código Civil, evidentemente, con escaso resultado práctico.

El concepto de anticresis regulado en el Código ha sido posteriormente ampliado por la doctrina, buscando la inclusión de una serie de notas que no quedan matizadas en los arts. 1881 y siguientes. VICENTE GUILARDO ZAPATERO, en la obra citada[220], recoge abundantes citas de los distintos conceptos de anticresis elaborados por la doctrina y termina diciendo que "*de conformidad con estas definiciones, la opinión común de nuestra doctrina afirma la naturaleza real de la anticresis, ofreciendo SANZ Y GARCÍA-GRANERO una cumplida referencia de las teorías expuestas en la doctrina comparada para explicar la esencia de la institución, que, como he dicho, apenas se discute respecto de nuestro Derecho, aunque no falte, ciertamente, autores que la consideran como un mero derecho personal; entre otros, DALMASES y ALGUER. Por el contrario, no resulta tan pacífico si se trata de un derecho real pleno, pues hay quien duda que al acreedor anticresista le correspondan las facultades de persecución y preferencia, propias de las titularidades perfectamente reales*".

5.2.2 Problemática interpretativa.

Para analizar la problemática planteada por la anticresis como figura independiente de nuestro Código Civil, voy a seguir el planteamiento de ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ[221] que, en mi opinión, realiza el estudio más interesante sobre esta cuestión. Dicho autor recoge con meridiana claridad los tres problemas básicos que plantea actualmente la anticresis:

> Los problemas planteados en torno a esta figura jurídica que más no interesan en este momento son: 1.° Si la anticresis es un derecho real; 2.° Supuesto que lo sea, si es

(220) GUILARDO ZAPATERO, VICENTE; "Comentarios al Código Civil...", (obra citada en la NPP n° 218, pág. 278); págs. 638 a 639.

(221) SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL;"El derecho de preferencia...", (obra citada en la NPP n° 219, pág. 278).

un derecho real de realización del valor, análogo a la prenda y la hipoteca; 3.º Si aun pudiendo el acreedor pedir y obtener la venta del inmueble para ser pagado con el precio, goza, como el acreedor prendario o el hipotecario, de un derecho de preferencia sobre el mismo, o, por el contrario, tiene que verse preferido por estos acreedores, aunque sean de fecha posterior.

[...]

La jurisprudencia francesa ha resuelto esta polémica en el sentido de considerar la anticresis como un derecho real de realización del valor, dotado de pleno derecho de preferencia, [...].

En cambio, la doctrina italiana consideró siempre en su inmensa mayoría a la anticresis como un derecho limitado a los frutos que no concede derecho alguno sobre el valor de la cosa, ni menos derecho de preferencia; [...].

La doctrina española se ha inclinado, con muy contadas excepciones, a estimar que la anticresis es un derecho real; pero no plantea el problema de si goza de derecho de preferencia sobre el valor del inmueble[222].

[...]

Un examen detenido de los textos legales españolas lleva a reconocer a la anticresis como un derecho real de realización del valor, análogo a la hipoteca, de la que no difiere más que en el disfrute que concede al acreedor; [...].

ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ realiza las siguientes conclusiones acerca del Derecho de preferencia en la anticresis (conclusiones que posteriormente han sido mayoritariamente aceptadas por la doctrina y que han dado lugar a lo que anteriormente he denominado construcción doctrinal de la naturaleza jurídica de la anticresis):

Resulta, pues, que la anticresis es en nuestro derecho un derecho real de garantía, análogo a la prenda y la hipoteca en conceder un derecho real de realización del valor, pero más extenso que ellos, pues concede además el disfrute de la cosa en función de pago de los intereses, siempre, y normalmente también del capital.

Se separa de la prenda en dos datos fundamentales en nuestro Derecho; la innecesidad del desplazamiento de la posesión al acreedor y el recaer sobre bienes inmuebles. [...].

El paralelo ha de establecerse entre la anticresis y la hipoteca; así como ésta recae exclusivamente sobre el valor de la cosa, salvo en la hipótesis de la regla 6.ª del artículo 131 de la ley Hipotecaria, la anticresis queda constituida desde el principio en esta última situación y con el doble carácter de hipoteca *ad fructus* y *ad corpus*.

[...]

Esta equiparación permite deducir una doble consecuencia:

a) Que las normas reguladoras de la hipoteca deben considerarse aplicables a la anticresis en cuanto se refiere a los derechos del acreedor sobre el valor del inmueble.

b) Que, por consiguiente, en las normas que regulan la prelación de créditos deben considerarse incluidos los créditos garantizados con anticresis en el lugar de los garantizados con hipoteca, sin que por ello quede vulnerado, sino rectamente interpretado el artículo 1923 del Código civil.

(222) Únicamente se ocupan de este problema DE BUEN, GAYOSO y ROCA, SASTRE.

> **Mas esta última clasificación sólo puede tener lugar para la anticresis inscrita en el Registro de la Propiedad; [...].**

5.2.3 El privilegio de los créditos garantizados con anticresis.

Las conclusiones realizadas por ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ reconociendo la equiparación de la anticresis con la hipoteca (en materia de prelación de créditos) ha sido posteriormente aceptada por la doctrina(223), a pesar de que el Código Civil, en el art. 1884, no especifica que la venta del inmueble sea para pagar al acreedor, a diferencia de lo dispuesto comúnmente para la prenda e hipoteca en el art. 1858 donde sí se especifica que la enajenación de la cosa gravada es para pagar al acreedor.

Resulta, por tanto, asumido por la doctrina que el destino del precio obtenido con la venta del inmueble es para pagar al acreedor cuyo crédito se encuentra garantizado, correspondiéndole un derecho de preferencia frente a los demás acreedores sobre el precio obtenido en la realización forzosa del bien; equiparando esa preferencia a la de un acreedor hipotecario (Art. 1923.3º Código Civil).

En mi opinión, la confusa regulación que realiza el Código Civil de la anticresis ha condenado, en la práctica, el intento de independizar la figura, quedando resumidas las argumentaciones doctrinales que defienden la equiparación con la hipoteca a criterios de pura lógica, pues en caso contrario, es decir, si el acreedor anticrético no obtiene un derecho de preferencia con la enajenación del inmueble, ¿qué interés podría tener en dicha enajenación?

En cualquier caso, la equiparación sostenida por la doctrina probablemente se ha convertido de forma definitiva en un problema teórico que podría ser objeto de un profundo debate, especialmente si atendemos a lo dispuesto por el artículo 1925 del Código Civil.

> **Art. 1925.** No gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, o por cualquiera otro título, no comprendidos en los artículos anteriores.

---

(223) Confrontar:
PUIG BRUTAU, JOSÉ; "Fundamentos de Derecho Civil"; Tomo III, Vól III, 2ª Ed., Barcelona 1974. Págs. 52 a 53.
ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO; "Manual de Derecho Civil español"; Tomo II, Madrid 1981. Pág. 513.
DÍEZ PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Sistema Derecho Civil", (obra citada en la NPP nº 184, pág. 250); pág. 572.
RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); Pág. 429.

A mi juicio, la única interpretación lógica que se puede hacer del crédito garantizado con anticresis es la de asumir el fracaso de la independización de la figura y volver a su consideración primitiva de pacto agregado a otra institución. Esta es la interpretación "*lógica*" de la anticresis y no, como mayoritariamente sostiene la doctrina, la de otorgar el mismo derecho de preferencia que al crédito hipotecario, especialmente cuando el Código Civil no lo ha previsto así (art. 1925).

No obstante, a pesar de mis dudas sobre la reiterada equiparación de la anticresis con el crédito hipotecario (en materia de prelación de créditos) voy a sumarme al criterio mayoritario de la doctrina, con la intención de objetivizar al máximo la prelación de los créditos privilegiados, considerando que la anticresis goza de igual preferencia que los créditos hipotecarios garantizados por el art. 1923.3º del Código Civil.

En consecuencia, me remito a las consideraciones que he efectuado en el apartado 3.2 de este mismo capítulo sobre el privilegio de la hipoteca inmobiliaria, insistiendo, una vez más, que dicha equiparación es la asumida mayoritariamente por la doctrina y que, en mi opinión, resulta un tanto exagerada (evidentemente justificada por la búsqueda de una lógica que probablemente no se ha conseguido en nuestro derecho con la independización de la anticresis).

5.3. Fiducia.

A pesar de la controversia doctrinal existente en torno a la naturaleza jurídica del "*negocio fiduciario*", voy a incluir en este apartado (dedicado a los derechos reales del garantía) el estudio de la actual venta en garantía; pues, como expondré, considero que esta figura podría convertirse en un verdadero derecho real de garantía si dicho negocio fiduciario se inscribe debidamente en el Registro de la Propiedad.

Como señala RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ[224]: "*su origen remoto se encuentra probablemente en la figura romana de la fiducia y su antecedente más inmediato es la llamada transmisión de seguridad germánica (sicherungsübereignung)*".

En el Derecho Romano la fiducia fue una institución consistente en la transmisión de la propiedad por *mancipativo*, a cuyo acto se acompaña un convenio por el cual el *accipiens* se compromete a la devolución de la cosa recibida, o a dar a ésta un cierto destino, cuando acaezca

(224) ÁNGEL YAGUEZ, RICARDO DE; "Problemas que suscita la venta en garantía...", (obra citada en la NPP nº 140, pág. 195); pág. 129.

una determinada circunstancia, que se fija (*fiducia cum amico*); o bien, mediante el cual el acreedor se comprometía a devolver el dominio de la cosa al deudor o tercero, cuando la obligación fuese cumplida (*fiducia cum creditore contracta*)[225].

En cuanto a la transmisión de seguridad germánica, GUSTAV BOEHMER[226] describe con toda precisión el alumbramiento y consolidación de esta figura jurídica.

Las principales características del negocio fiduciario son la desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin práctico que las partes pretenden alcanzar; además de la necesaria confianza que debe presidir en todo momento las relaciones entre fiduciante y fiduciario.

5.3.1 Clases de negocios fiduciarios.

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[227] recoge la clasificación de los negocios fiduciarios expuesta por JORDANO BAREA[228]:

> Los negocios fiduciarios, pese a su heterogeneidad, pueden ser clasificados en dos grandes grupos:
>
> 1) Los pertenecientes al género *fiducia cum amico*; 2) Los que tienen por base la *fiducia cum creditore*.
>
> La esencia de los primeros, la idea directriz, es que se contraen preferentemente en provecho del fiduciante. Así, por ejemplo, cuando A cede sus bienes a B, que aparece como propietario pleno de los mismos, para evitar su confiscación por responsabilidades políticas.
>
> Los segundos (*fiducia cum creditore)* se celebran en provecho del fiduciario. Ello ocurre en las transmisiones de propiedad, con finalidad de garantía, a un acreedor. En la práctica se da este supuesto generalizado: A presta a B una cantidad de dinero. Para garantizar su pago, en escritura pública B vende a A una finca de su propiedad por un precio que confiesa recibido con anterioridad. En documento privado aparte se estipula que B podrá recuperar la finca (o sea, un pacto de retro admitido por el art. 1507) mediante el pago de una cantidad que es equivalente al capital prestado más los intereses.

---

(225) ARIAS RAMOS, JOAQUÍN; "Derecho Romano I", (obra citada en la NPP nº 173, pág. 241);págs. 310 a 311.

(226) BOEHMER, G.; "Praxis der richterlichen rechtsschöpfung"; J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tubingen, 1952. "El derecho a través de la jurisprudencia"; edición española, con traducción y anotaciones de PUIG BRUTAU, Barcelona 1959. Págs. 315 y ss.

(227) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Curso de Derecho Civil (El negocio jurídico)"; Madrid, 1969. Págs. 129 a 135.

(228) JORDANO BAREA ; "El negocio fiduciario"; Barcelona, 1959. Págs. 20 a 26.

5.3.2 Naturaleza jurídica.

Como he dicho anteriormente, la naturaleza jurídica del negocio fiduciario es un tema muy controvertido por parte de la doctrina, distinguiéndose, básicamente, dos teorías: 1.- La teoría del doble efecto; el negocio fiduciario es el resultado de dos negocios distintos, independientes, aunque conexos. En esta teoría, el primer negocio es un contrato de naturaleza real consistente en la transmisión de la propiedad; mientras que el segundo negocio tendrá exclusivamente un contenido obligacional válido inter partes.

2.- La teoría de la "*causa fiduciae*", según la cual el negocio fiduciario es un solo negocio, pero de naturaleza compleja, ya que del mismo se derivan efectos reales (*erga omnes*) y personales (limitados al fiduciante y al fiduciario). Esta es la teoría predominante.

Como dice ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[229], siguiendo la teoría del doble efecto, tendremos que el fiduciario ostenta la titularidad dominical de la cosa frente a todos, incluyendo al mismo fiduciante. Y en el supuesto de la quiebra del fiduciario, el bien transmitido ingresa en la masa de la misma, no pudiendo el fiduciante pedir su separación alegando que él es el verdadero dueño.

La corriente doctrinal mayoritaria[230] rechaza la titularidad dominical del fiduciario, considerándole no como un propietario de la cosa sino como un mero acreedor, dotado de la posibilidad de satisfacer su crédito preferentemente, sobre la cosa que se le había confiado. RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ[231] sostiene lo siguiente:

> [...] lo que parece fuera de toda duda es que nuestro Derecho no puede admitir que la venta en garantía genere el resultado que las partes declaran querer, esto es, la transmisión de la propiedad de la cosa confiada, bien por entender que nos hallamos en presencia de un negocio en que falta un elemento esencial (el precio, en relación con el art. 1445 del Código Civil), bien porque adolece de falta de causa (art. 1275 del Código Civil), bien por opinar que la venta en garantía constituye un caso típico de negocio simulado, en el que la causa falsa en el negocio aparente conduce a su nulidad (art. 1276 del Código Civil).

---

(229) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Curso de derecho civil...", (obra citada en la NPP nº 227, pág. 283); pág. 132.

(230) Confrontar:
CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE; "El negocio jurídico", (obra citada en la NPP nº 140, pág. 195); págs. 379 y ss.

(231) ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO DE; "Problemas que suscita la venta en garantía...", (obra citada en la NPP nº 140, pág. 195); pág. 54.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el negocio fiduciario[232] ha venido repitiendo "*que la venta en garantía no tiene carácter transmisivo (con todas las consecuencias que de este principio derivan); que hay que reconocer la validez, en principio, del pacto subyacente movido por una finalidad de garantía; que, por tanto, la titularidad del fiduciario está sometida a dicha finalidad, sin que pueda otorgársele otra virtualidad que la mera posesión ni otro alcance que el que deriva del aseguramiento, y que a pesar de todo ello, el tercero que de buena fe confía en la apariencia creada por la falsa transmisión debe ser protegido en su condición jurídica, y más en concreto cuando ésta es la de tercer adquirente*"

A esta síntesis hay que añadir lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982 (Ar. 2580), donde se recoge que "*[...] la* «causa fiduciae» *no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde, y es justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía, que, no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio 'interpartes', se revela de cara o frente a los otros acreedores del fiduciario a la manera de un* «crédito privilegiado» *que gozará de preferencia para hacer efectiva sobre la finca aquella parte del capital del mutuo que restaba por devolver.*"

5.3.3 La problemática preferencial.

Admitido por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el fiduciario es un acreedor y no un titular del objeto dado en garantía, el verdadero problema interpretativo se plantea al determinar si se trata de un acreedor privilegiado o no. Y, considerando al acreedor fiduciario como un acreedor privilegiado, ¿qué tipo de privilegio le corresponde a tan singular garantía?, ¿cuál serán los cauces procesales que dicho acreedor deberá seguir para defender su mejor derecho?

Hay una cuestión que es necesario puntualizar desde un principio consistente en la

(232) Una abundante exposición de la jurisprudencia puede verse en:
CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE; "El negocio jurídico", (obra citada en la NPP nº 140, pág. 195); págs. 435 a 439.
ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO; "Problemas que suscita la venta en garantía...", (obra citada en la NPP nº 140, pág. 195); págs. 55 y ss.

dificultad que existe en la práctica para conocer cuando estamos verdaderamente ante un negocio fiduciario; debido a que, en muchos casos, el único negocio que es perceptible por los restantes acreedores del presunto comprador y vendedor es la compraventa inicial, pues, como ha quedado expuesto, el posible pacto de retro se otorga en documento privado. En mi opinión, el hecho de que el pacto de retro no esté dotado de una publicidad necesaria, inclina a pensar que lo pretendido por las partes es algo más que una garantía, probablemente lo que verdaderamente se está buscando en la práctica es una figura que sirva para ocultar determinadas situaciones posesorias a los restantes acreedores; es decir, la ausencia del carácter obligatorio de la publicidad hace del negocio fiduciario una figura apetecida para su utilización en fraude de acreedores. Finalidad de ocultación que, evidentemente, se ve notablemente ampliada con los negocio fiduciarios pertenecientes al género *"fiducia cum amico"*.

A mi juicio, existe una solución que relanzaría la figura de los negocios fiduciarios con finalidad de garantía y que supondría abandonar el posible riesgo de su utilización fraudulenta. Esta solución consiste en convertir en constitutiva la inscripción registral de dicho negocio fiduciario.

Al igual que sucede en otros derechos reales de garantía, como es el caso de la hipoteca, en la que puede existir un negocio entre las partes que únicamente tendrá efectos reales frente a terceros si se inscribe en el Registro de la Propiedad, lo mismo podría decirse de los créditos garantizados mediante una "venta en garantía".

Nada impide que continúen realizándose negocio fiduciarios ocultos, pues lo único que inicialmente transciende de ellos es la venta, pero si posteriormente se quiere hacer valer la verdadera pretensión del fiduciante y del fiduciario, en el caso de la ejecución del patrimonio del otro, para ello debería exigirse la inscripción registral del pacto de retro.

No encuentro ninguna dificultad para que la inscripción de la venta en garantía que se efectúa inicialmente lleve aparejado un pacto de retro con la finalidad de que dicha venta se retrotraiga en el momento del cumplimiento de la obligación que dio lugar al negocio fiduciario. Constaría en el Registro de la Propiedad la finalidad de garantía querida por las partes y, con ello, quedarían perfectamente salvadas las posibles incidencias con los terceros que apareciesen en el posible proceso, pues nada impide que el fiduciario (comprador) venda a un tercero la cosa dada en garantía, pero si el tercer comprador conoce la existencia del pacto de retro, se elimina cualquier riesgo para el verdadero titular del bien (fiduciante), que siempre podrá rescatar su patrimonio haciendo efectiva la obligación que dio lugar a la venta en garantía. En definitiva, lo

que realmente puede enajenar el fiduciario es el crédito garantizado mediante una venta en garantía, pues la cosa en sí podrá ser rescatada por su verdadero titular.

En consecuencia, la inscripción obligatoria del negocio fiduciario eliminaría los evidentes riegos existentes en la actualidad. En todo caso, nadie puede ser obligado a efectuar dicha inscripción, pero aquellos que no quieran estar protegidos por la realidad del registro, no deberían hacer valer sus derechos frente a terceros de buena fe o frente a los restantes acreedores (en el caso de un procedimiento de ejecución). Como he dicho anteriormente, la situación sería la misma que la existente en la relación hipotecaria. En toda esta cuestión no hay que olvidar que los riesgos de la falta de publicidad de la fiducia en el Derecho Romano se debió a la ausencia de un eficaz registro en aquella sociedad; sin embargo, en la actualidad, el Registro de la Propiedad debería ser utilizado para fortalecer la transparencia del negocio fiduciario, como se ha hecho con otras figuras de garantía.

Anteriormente he formulado una serie de interrogantes que he dejado sin resolver acerca del carácter privilegiado del crédito derivado del negocio fiduciario. Considero que el derecho que en la actualidad le corresponde al fiduciario es el de un acreedor privilegiado y que dicho privilegio debería ser el contemplado en el art. 1922.2 del Código Civil, para aquellos supuestos en que el comprador-acreedor posea el bien mueble dado en garantía. Respecto de los bienes muebles que continúen en posesión del vendedor fiduciante habría que acudir a la protección otorgada por la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, otorgando al negocio fiduciario un privilegio análogo al de estas figuras. Y, por último, el privilegio que debería corresponder al acreedor fiduciario sobre los bienes inmuebles, no puede ser otro que el contemplado por el art. 1923.3º del Código Civil, para lo cual sería necesaria la inscripción registral del negocio fiduciario, donde se hará constar la verdadera intención querida por las partes y no sólo la venta inicial.

En resumen, el acreedor fiduciario será un acreedor privilegiado que para hacer valer dicho privilegio frente a terceros necesitará tener inscrito su derecho (a excepción, lógicamente, de los negocios fiduciarios realizados sobre bienes muebles que no puedan ser objeto de inscripción). En caso contrario, el fiduciario aparecerá como un verdadero titular, con los riesgos que ello implicará para el fiduciante, titularidad que podría se atacada por los acreedores del fiduciante demostrando la verdadera finalidad del negocio.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si no se inscribe el negocio fiduciario como tal en el Registro? Aquí hay que distinguir dos situación, al igual que hace RICARDO DE ÁNGEL YÁGUEZ al analizar

los problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimiento de ejecución del deudor[233]:

1.- La Ejecución del fiduciario (presunto comprador).

Si consideramos, como he venido haciendo, que el fiduciario no es un verdadero titular, sino un mero acreedor, y que el vendedor-fiduciante no ha dejado de ser propietario de la cosa vendida, éste tendrá en su mano la posibilidad de la tercería de dominio (arts. 1532 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en el caso de que se esté llevando a cabo una ejecución singular del patrimonio del fiduciario. Cuando la ejecución sea universal, el fiduciante podrá separar de la masa de acreedores el bien que ha sido objeto del negocio fiduciario (art. 1269 del Código Civil y 908 y ss. del Código de Comercio)[234].

En cualquier caso, la tesis que ahora defiendo obligaría a las partes a inscribir el negocio fiduciario como tal, para poder hacer valer el derecho del fiduciante, tanto en una ejecución singular como en una ejecución universal; corriendo el riesgo de verse definitivamente desposeído de su bien si no se ha dado la oportuna transparencia a dicho negocio fiduciario mediante su inscripción registral. Con esto se salvarían los problemas que presenta el respeto al interés de terceros.

Además, parece lógico que si el vendedor-fiduciante pretende recuperar su patrimonio en el caso de que se esté ejecutando el del fiduciario, tenga que hacer frente al cumplimiento de su garantía (ante la masa de acreedores en el supuesto de la ejecución universal), como paso previo a la recuperación del bien garantizado.

2.- La ejecución del fiduciante (presunto vendedor).

Mayor problema práctico presenta este supuesto, pues en caso de ejecución contra el patrimonio del fiduciante, podría darse el caso de que ambos sujetos estuviesen interesados en ocultar su verdadera finalidad de garantía, para que de esa forma se pudiera eludir el presumible embargo de bienes del patrimonio del vendedor-fiduciante.

---

(233) ÁNGEL YAGUEZ, RICARDO DE; "Problemas que suscita la venta en garantía...", (obra citada en la NPP nº 140, pág. 195); pág. 56 y ss.

(234) Confrontar:
ÁNGEL YAGUEZ, RICARDO DE; "Problemas que suscita la venta en garantía...", (obra citada en la NPP nº 140, pág. 195); págs. 57 a 58.
CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE; "El negocio jurídico", (obra citada en la NPP nº 140, pág. 195); págs. 412 a 413.

En mi opinión, la única posibilidad lógica que existe para ajustar la figura a la finalidad querida es la exigencia constitutiva de la inscripción registral del negocio fiduciario, de forma que, en caso contrario (cuando el fiduciario aparezca públicamente como titular, si por parte de los restantes acreedores se puede demostrar la existencia no sólo de una verdadera venta, sino también de un pacto de retro sujeto a una finalidad de garantía), la sanción sea la nulidad de dicho negocio fiduciario, llevando aparejada la pérdida, por parte del fiduciario, de cualquier consideración privilegiada de su crédito.

En definitiva, de acuerdo con el criterio mantenido por la doctrina(235), los acreedores del fiduciante podrán proceder contra los bienes que figuren bajo la titularidad del fiduciario como consecuencia de la existencia de un negocio fiduciario y que nunca han dejado de pertenecer al primero. Si bien el fiduciario será considerado como un acreedor privilegiado; privilegio que, en mi opinión, debería desaparecer mediante la sanción de nulidad siempre que se hayan ocultado las verdaderas intenciones de las partes.

Concluyendo, una vez más, que la consideración constitutiva de la inscripción registral del negocio fiduciario eliminaría todos los inconvenientes que se presentan en la actualidad. Claro que también se puede hacer la lectura contraria y perderse con ello el posible interés de esta figura. Pero, evidentemente, el Derecho debe estar para favorecer la transparencia de la realidad jurídica y no para fortalecer continuos recovecos creados por la astucia de la ocultación.

(235) Confrontar:
ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO DE; "Problemas que suscita la venta en garantía...", (obra citada en la NPP nº 140, pág. 195).
CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE; "El negocio jurídico", (obra citada en la NPP nº 140, pág. 195).

CAPÍTULO 4º

LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS

SUMARIO

1. ORIGEN HISTÓRICO DEL PRIVILEGIO TRIBUTARIO 293
2. NORMATIVA APLICABLE 294
   2.1. Código Civil 294
   2.2. Ley General Tributaria (28 de diciembre de 1963) 296
   2.3. Ley General Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1.091/1988, de 23 de Septiembre) 297
   2.4. Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 1.684/1990, de 20 de diciembre) 298
   2.5. Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 1969 306
   2.6. Legislación hipotecaria 306
   2.7. Código de Comercio (Real Decreto de 22 de Agosto de 1885) 308
3. LA PRELACIÓN GENERAL 310
4. LA HIPOTECA LEGAL TÁCITA 317
5. EL DERECHO DE AFECCIÓN 320
   5.1. Ámbito de aplicación 320
   5.2. Titularidad del derecho 321
   5.3. Limitaciones al ejercicio del derecho de afección 321
   5.4. Concurrencia con otros acreedores privilegiados 322
6. EL DERECHO DE RETENCIÓN 324
   6.1. Cuestiones teórico-doctrinales 324
   6.2. Conclusiones prácticas 327
7. LAS GARANTÍAS CAUTELARES 329
   7.1. El párrafo 2 del artículo 74 de la Ley General Tributaria 329
   7.2. El artículo 76 de la Ley General Tributaria 330
8. LA INCIDENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN LA EJECUCIÓN DEL CRÉDITO TRIBUTARIO 333

1. ORIGEN HISTÓRICO DEL PRIVILEGIO TRIBUTARIO.

Probablemente la preferencia en favor del Fisco con relación a los restantes acreedores sea el primer crédito privilegiado existente en la historia del derecho. Su origen se remonta a la *"protopraxia"* helenística, que era propiamente un derecho de revocación por el que su titular (normalmente el fisco) podía obtener la cosa afectada (aunque estuviese en poder de un tercero adquirente) para preparar la ejecución forzosa del patrimonio del deudor[236].

En el derecho Romano, al final de la época clásica comenzaron a aparecer las denominadas hipotecas legales, que supondrían el debilitamiento del privilegio basado en la prioridad temporal *"prior tempore potior iure"*. Sobre estas hipotecas legales, JUAN DE CHURRUCA en la obra citada dice: *"[...] inicialmente se trató posiblemente de derechos de preferencia en favor de determinados acreedores en la ejecución forzosa del patrimonio del deudor análogos a la protopraxia helenística. Entre estas hipotecas legales se encontraba la hipoteca general de la cual gozaba el fisco sobre el patrimonio de los contribuyentes.*

SEPTIMIO SEVERO concedió al fisco un derecho de preferencia sobre el patrimonio de los contribuyentes en caso de impago de impuestos. «Ese derecho de ejecución preferente pasó a ser ejercitable incluso frente a terceros que hubiesen adquirido las cosas gravadas por impuestos que no se habían pagado»"[237].

Consecuentemente, se puede afirmar que la protección de los créditos tributarios no es una cuestión actual, sino que, por el contrario, el fisco siempre se ha visto favorecido por el derecho en defensa de los intereses del Estado.

Por último, como antecedente más inmediato hay que destacar que la decidida reforma abordada por la Ley Hipotecaria de 1861 (en cuya brillante exposición de motivos se insiste en la necesidad de acabar con los privilegios generales), mantiene, en el artículo 194, la preferencia del Estado, las Provincias o los Pueblos.

---

(236) JUAN DE CHURRUCA; "«Pignus» ...", (obra citada en la NPP nº 172, pág. 241); págs. 13.
G. WESENBERG; "Protopraxia", (obra citada en la NPP nº 183, pág. 249); págs. 986-987.
F. WIEAEKER; "Protopraxie und ius ...", (obra citada en la NPP nº 183, pág. 249);págs. 218-257.
H. Wagner; "Dei Entwicklung der...", (obra citada en la NPP nº 183, pág. 249).

(237) JUAN DE CHURRUCA; "«Pignus» ...", (obra citada en la NPP nº 172, pág. 241); pág. 14; donde cita a PAUL, Decr 1 (Digesto 49,14,47 pr) con referencia a una sentencia del Tribunal Imperial.

2. NORMATIVA APLICABLE.

El análisis de la actual dispersión y complejidad normativa existente en materia de créditos privilegiados resulta aún más complicado en el ámbito de la legislación tributaria, donde existen diversos preceptos que regulan las garantías del crédito tributario.

Como dice ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO[238]: *"[...] dentro del conjunto de normas que regulan las garantías del crédito tributario cabría distinguir entre lo que son -privilegios del crédito tributario- propiamente dichos y las -prerrogativas de carácter procesal- dirigidas a asegurar la recaudación tributaria"*. (Este autor, en la obra citada recoge una importante referencia doctrinal sobre esta materia[239]).

Con la intención de buscar la mayor sistemática posible en el estudio del privilegio de los créditos tributarios, voy a realizar inicialmente una enumeración de las distintas normas que en la actualidad se ocupan de la regulación de dicho privilegio:

2.1. Código Civil.

Dentro del Título XVII, del Libro IV, el Código Civil efectúa una distinción en la protección de los créditos tributarios, diferenciando la preferencia otorgada por el artículo 1923.1º (hipoteca legal tácita) de la regulada en el artículo 1924.1º (prelación general):

> **Art. 1923.** Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de prelación:
>
> 1. Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos.

> **Art. 1924.** Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia:

(238) RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO; "Las Garantías del crédito tributario", Cívitas, Revista Española de Derecho Tributario; núm. 30, Abril-Junio 1981; pág. 182.

(239) GRECO, G.; "Contenuto ed estensione dei privilegi fiscali in Italia", en «Archivio Finanziario», vól. 1, 1950, págs. 142 y ss.
COBAU, O.; "Note in materia di privilegi sul credito d'imposta", en «Diritto e Pratica Tributaria», vól. XLVIII, 1977, núm. 3, mayo-junio,; págs. 528 y ss. y 554.
PÉREZ ROYO, F.; "El pago de la deuda tributaria", en «Civitas, Revista Española de Derecho Financiero», núm. 6, 1975, pág. 269.

1. Los créditos a favor de la provincia o del municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1923, número 1º.

Sin embargo, es importante resaltar que el privilegio de los créditos tributarios regulado en el Código Civil debe posponerse a los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles (por aplicación del artículo 1926), debiendo considerarse, del mismo modo, que los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales, excluyen a todos los demás (artículo 1927). Desde esta perspectiva del Código Civil, los créditos tributarios garantizados en el artículo 1924.1º. Se posponen a los de 1922 y a los del 1923.

Ahora bien, como más adelante desarrollaré, la protección otorgada por el Código Civil se encuentra actualmente superada por las garantías reguladas en los artículos 71 y siguientes de la Ley General Tributaria (Ley 230/1963, de 28 de diciembre). Resultando interesante puntualizar, desde ahora, que la protección otorgada a favor de los créditos del Estado en el artículo 1923.1º, recaía exclusivamente sobre los bienes inmuebles; mientras que para garantizar los créditos a favor de la provincia o del municipio, el artículo 1924.1º pospone esta preferencia a la regulada en los artículos 1922 y 1923. En mi opinión, esta cuestión permite afirmar que el artículo 1923.1º del Código Civil se encuentra tácitamente derogado por el artículo 73 de la Ley General Tributaria o, por lo menos, ha quedado vacío de contenido.

Más discutible resulta la aplicación del artículo 1924.1º del Código Civil, debido a la interpretación que pueda realizarse del artículo 71 de la Ley General Tributaria: Hay autores que sostienen una interpretación restrictiva del artículo 71 de la Ley General Tributaria, *"la prioridad sólo recae sobre bienes sometidos a una publicación registral"*[240]; sin embargo, otro sector doctrinal defiende la interpretación amplia y extensiva del artículo 71 a los bienes registrables y a los no registrables[241].

A mi juicio, la interpretación que debe realizarse del artículo 71 de la Ley General Tributaria es la que se desprende del sentido propio de sus palabras (Art. 3 del Código Civil), limitando la protección a los bienes sometidos a publicidad registral, pues, si lo que se pretende

(240) DÍEZ-PICAZO, LUIS; "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, 2ª reimpresión"; Madrid 1979, pág. 755. En igual sentido, RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO; "Las garantías del crédito...", (obra citada en la NPP nº 238, pág. 294); pág. 179.

(241) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 418. En igual sentido, SOLCHAGA LOITEGUI, JESÚS; "Crítica al libro de Antonio Molins García: La prelación de créditos de la Hacienda"; Revista de Hacienda Pública Española, número 51, 1978, págs. 371-377.

es otorgar una mayor protección al crédito tributario a través de interpretaciones doctrinales o, en su caso, jurisprudenciales, lo que procede de una vez por todas es afrontar una reforma decidida de toda la normativa que regule la prelación de créditos. Debiendo destacarse que en el proyecto de la Ley General Tributaria no se incluye ninguna modificación en materia de prelación de créditos. En consecuencia, si la propia normativa no amplia la protección otorgada por el artículo 71 a la totalidad de los bienes (registrables y no registrables), no entiendo por qué tiene que efectuarse una interpretación extensiva por parte de la doctrina o de la jurisprudencia. Considerar, como actualmente se está realizando, que, si bien la norma dice esto, las interpretaciones de la misma dicen lo otro, es tanto como ignorar la verdadera función del legislador (sin entrar a valorar los cambios políticos producidos a través de los tiempos en defensa de una u otra interpretación).

En definitiva, como más adelante desarrollaré, considero que las garantías del crédito tributario reguladas en el artículo 71 de la Ley General Tributaria tienen una serie de limitaciones que hacen que el artículo 1924.1º del Código Civil continúe siendo aplicable a aquellos impuestos que no estén protegidos por la citada Ley General Presupuestaria[242].

Es decir que, para aquellos créditos tributarios que no se encuentren garantizados en los artículos 71 (prelación general limitada), 73 (Hipoteca legal tácita), 74 (Derecho de afección) y 75 (Derecho de retención), la garantía vendrá determinada por el artículo 1924.1º del Código Civil, siempre que, evidentemente, cumplan los requisitos allí recogidos (impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1923, número 1º).

2.2. Ley General Tributaria (28 de diciembre de 1963).

En los próximos apartados del presente capítulo voy a analizar en profundidad el contenido de las garantías reguladas por la Ley General Tributaria, por lo que me voy a limitar ahora a transcribir la redacción de los artículos dedicados a dicha protección:

> **Art. 71.** ***Prelación General.***
> La Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos, en cuanto concurra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la

(242) En todo caso, hay recordar que la aplicación del artículo 1.924.1º del Código Civil en materia de Seguridad Social, debido a la remisión que al mismo realiza el artículo 22 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994.

Hacienda Pública, sin perjuicio de los dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta Ley.

Art. 73. *Hipoteca legal tácita.*

En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público, o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Provincias y los Municipios tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercite la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior.

Art. 74. *Derecho de afección.*

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

2.- Siempre que la Ley reguladora de cada tributo conceda un beneficio de exención o bonificación cuya definitiva efectividad dependa del ulterior cumplimiento por el contribuyente de cualquier requisito por aquélla exigido, la Administración hará figurar el total importe de la liquidación que hubiera debido girarse de no mediar el beneficio fiscal, la que se hará constar por nota marginal de afección en los Registros públicos.

Art. 75. *Derecho de retención.*

La Hacienda Pública tendrá derecho de retención frente a todos sobre las mercancías que se presenten a despacho y exacción de los tributos que gravan su tráfico o circulación, por el respectivo importe del crédito liquidado, de no garantizarse de forma suficiente el pago del mismo.

Art. 76.

Cuando se acuerde el fraccionamiento o aplazamiento en el pago de la deuda tributaria conforme autoriza el artículo 61 de esta Ley, el Estado, las Provincias y los Municipios podrán exigir que se constituya a su favor aval bancario, hipoteca o prenda sin desplazamiento y otra garantía suficiente.

2.3. Ley General Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1.091/1988, de 23 de Septiembre).

Art. 31. Para la cobranza de los tributos y de las cantidades que como ingresos de derecho público deba percibir, la Hacienda Pública ostentará las prerrogativas establecidas legalmente y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes.

Art. 32. 1.- A los fines previstos en el artículo anterior, la Hacienda del Estado gozará, entre otras, de las prerrogativas reguladas en los artículos 71, 73, 74, 75, 111, 112 y 126 de la Ley General Tributaria.

2.- Los mismos derechos asisten a los Organismos Autónomos del Estado. Cuando éstos concurran con la Hacienda del propio Estado tendrán preferencia para el cobro los créditos de esta última.

La ley General Presupuestaria ratifica en el artículo 32 las garantías reguladas en la Ley General Tributaria, pero además, y especialmente a partir de la nueva redacción dada por la Ley

8/1989, de 13 de abril (B.O.E. núm. 90. de 15 de abril), hace algo más: Termina con la idea mantenida por la doctrina sobre el alcance de la protección otorgada por alguno de los artículos de la Ley General Tributaria[243]. Hasta la modificación introducida por la Ley General Presupuestaria, las garantías reguladas en los artículos 71 y 75 de la Ley General Tributaria se limitaban a la Hacienda Pública estatal, pero no a las Administraciones locales. Y ello, como observa MATÍAS CORTÉS, por dos razones sistemáticas: Una, que en el artículo 73 el legislador se refiere a las Provincias y Municipios, lo que significa que cuando se quiere aludir a otras Administraciones financieras lo hace expresa y claramente. La segunda, se deduce del artículo 62.3 de la Ley General Tributaria, donde se distingue la Hacienda Pública de los demás entes públicos posibles acreedores de la obligación tributaria.

Consecuentemente, la protección otorgada en la actualidad por la Ley General Tributaria es extensible, en todos los supuestos, a las Administraciones locales; ahora bien, cuando concurran ambas Administraciones (Estatal y locales), serán la Hacienda del Estado la que tendrá preferencia para el cobro de sus créditos.

Asimismo, es importante considerar que la regulación de la Ley General Presupuestaria actualmente se extiende también a las Comunidades Autónomas por aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica sobre financiación de las Comunidades Autónomas, de 22 de septiembre de 1980 (artículo 19).

2.4. Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 1.684/1990, de 20 de diciembre).

Como anteriormente he dicho, dentro de las garantías del crédito tributario hay que distinguir los privilegios del crédito tributario, propiamente dichos, de las prerrogativas de carácter procesal dirigidas a asegurar la recaudación tributaria. Dentro de este segundo grupo hay que destacar de forma especial las prerrogativas procesales reguladas en el Reglamento General de Recaudación. Prerrogativas que, al igual que sucede con la recaudación de la Seguridad Social, sitúan a la recaudación de tributos en una posición de evidente privilegio con respecto a los restantes acreedores, que, en la mayoría de los casos, deberán acudir a un procedimiento judicial (generalmente menos ágil) con los inconvenientes dilatorios que ello plantea. La práctica demuestra

(243) Sobre esta interpretación, ver entre otros:
RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO; "Las garantías del crédito...", (obra citada en la NPP nº 238, pág. 294); pág. 196.
CORTÉS-MARTÍN DELGADO, MATÍAS; "Ordenamiento Tributario español";Tomo I, 3ª Edición, Madrid 1977.

que acreedores tan singularmente privilegiados como los trabajadores, en ocasiones se ven *"superados"* en la ejecución por los créditos tributarios o de la Seguridad Social, debido a la mayor agilidad procesal que supone el seguir un procedimiento administrativo de apremio propio. Cuestión que, "sin que sirva de precedente", merecería al menos una loa en favor de los servicios de recaudación de tributos y de la Seguridad Social.

Entre estas prerrogativas procesales reguladas en el Reglamento General de Recaudación pueden citarse, entre otras, las siguientes[244]:

1.- La presunción de legalidad del artículo 42 y su carácter inmediatamente ejecutivo.

2.- El procedimiento de apremio propio regulado en el Libro III.

3.- Las certificaciones de descubierto tendrán la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los deudores (Artículo 104.2).

4.- La obligación que toda persona natural o jurídica, pública o privada, tienen de proporcionar a los órganos y agentes de recaudación ejecutiva toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia para la recaudación de los tributos y demás ingresos de derecho público (artículo 113.2).

Ahora bien, dejando a un lado las prerrogativas procesales a las que me he referido, el privilegio del crédito tributario, propiamente dicho, se encuentra regulado en el capítulo IV, del Libro I, del citado Reglamento General de Recaudación.

El esquema utilizado por dicho Reglamento sigue el orden de la Ley General Tributaria, si bien hace algunas matizaciones que es interesante resaltar.

> **Art. 33.** *Disposición general.*
> Los créditos a favor de la Hacienda Pública están garantizados en la forma que se determina en la Ley General Presupuestaria, la Ley General Tributaria y demás leyes aplicables, y en este Reglamento.
>
> **Art. 34.** *Derecho de prelación.*
> 1.- La Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos vencidos y no satisfechos, en cuanto concurra con acreedores no garantizados especialmente mediante la inscripción o anotación de su derecho en el correspondiente Registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en este el derecho de la

(244) Ver: RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO; "Las garantías del crédito...", (obra citada en la NPP nº 238, pág. 294); pág. 217.

> Hacienda, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 35 y 37 de este Reglamento.
>
> 2.- Cuando existan anotaciones de embargo en los Registros de la Propiedad y de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, practicadas con anterioridad a la del crédito del Estado sobre unos mismos bienes embargados, el órgano de recaudación podrá elevar al Delegado de Hacienda el expediente a efectos de plantear, si procede, tercería de mejor derecho, en defensa de los intereses del Tesoro, previo informe del Servicio Jurídico del Estado.
>
> 3.- En igual forma se procederá siempre que en los mencionados Registros consten derechos constituidos con anterioridad a la anotación de embargo a favor de la Hacienda Pública, que obstaculicen el cobro de los créditos de la misma.

Como se ve, este artículo 34 parece coincidir, en su apartado 1, con el artículo 71 de la Ley General Tributaria. No obstante, la redacción de la Ley General Tributaria y del apartado 1 de este artículo 34 podrían inducir al error si se interpretan en relación con el artículo 1923.4º del Código civil, y es, en mi opinión, lo que se ha intentado evitar en los apartados 2 y 3 del citado artículo 34, con una desafortunada redacción.

En definitiva, los créditos tributarios a los que se refiere el artículo 71 de la Ley General Tributaria serán preferentes a todos los que se inscriban con posterioridad a los mismos, y, además, serán también preferentes a aquellos créditos que aunque se encuentren garantizados mediante anotación preventiva de embargo, ésta haya sido practicada con posterioridad al nacimiento del crédito tributario, aunque dicho crédito tributario acceda al Registro con posterioridad a la anotación preventiva de embargo[245]. Y ello porque la anotación preventiva de embargo no muda la preferencia y sólo goza de preferencia en cuanto a créditos posteriores, pero no respecto a los anteriores preferentes, aún no anotados o anotados con posterioridad.

Dejando siempre a salvo la posible existencia de otros créditos de carácter superprivilegiado (artículo 32.1 del Estatuto de los trabajadores, por ejemplo).

Consecuentemente, cuando exista una anotación preventiva de embargo practicada con anterioridad a la anotación de los créditos tributarios, pero efectuada con posterioridad al nacimiento de los mismos, la defensa del privilegio tributario deberá realizarse mediante el ejercicio de la correspondiente tercería[246].

En este sentido, la Regla 22 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 1969 dispone que *"cuando existan anotaciones de embargo en los Registros de la Propiedad, de*

(245) Esta cuestión sería diferente si triunfaran las tesis que consideran la naturaleza real absoluta de la anotación preventiva de embargo (ver el apartado 2.2 del capítulo siguiente, pág. 349.)

(246) CASABLANCAS GARCÍA, PEDRO; "Breves comentarios al nuevo Reglamento General de Recaudación de Hacienda"; Ediciones Valbuena-Adams, 1991; pág. 113.

hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento, practicadas con anterioridad a la del crédito del Estado sobre unos mismos bienes embargados, el Recaudador obteniendo en el Registro correspondiente la información necesaria sobre la anteriores anotaciones, remitirá el expediente en el plazo más breve a la Tesorería, que lo elevará al Delegado de Hacienda, quien lo pasará a la Abogacía del Estado a efectos de plantear si procede, tercería de mejor derecho en defensa de los intereses del Tesoro. En la misma forma se procederá siempre que en los mencionados Registros consten derechos que obstaculicen el cobro de los créditos del Estado, constituidos con anterioridad a la anotación de embargo a favor de éste".

> Art. 35. *Hipoteca legal tácita.*
>
> 1.- En los recursos de derecho público que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un Registro Público o sus productos directos, ciertos o presuntos, la Hacienda Pública tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercita la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior.
>
> 2.- A los efectos de lo dispuesto en el número anterior, se entiende que se ejercita la acción administrativa de cobro, cuando se inicia el procedimiento de recaudación en período voluntario de los débitos correspondientes al ejercicio económico en que se haya inscrito en el Registro el derecho, o efectuado la transmisión de los bienes o derechos de que se trate.
>
> 3.- La garantía a que se refiere este artículo podrá hacerse constar en los registros públicos mediante anotación preventiva de embargo, sin que la omisión de ésta modifique la preferencia establecida en el apartado 1.
>
> 4.- Tanto el acreedor hipotecario como el tercero adquirente tienen derecho a exigir la segregación de cuotas de los bienes que les interesen, cuando se hallen englobadas en un solo recibo con otras del mismo contribuyente.

El carácter superprivilegiado de la hipoteca legal tácita (tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor), ha originado que éste sea el punto más controvertido por la doctrina en el estudio de las garantías del crédito tributario.

Más adelante me ocuparé de la hipoteca legal tácita en un apartado específico de la misma, donde hay que analizar conjuntamente lo dispuesto por este artículo 35 del Reglamento General de Recaudación en relación con los artículos 73 de Ley General Tributaria, 194 del la Ley Hipotecaria, 271 del Reglamento Hipotecario, 19 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad (aprobada por el Decreto 2.260/1969, de 24 de julio) y en los artículos 1923.1º y 1927.1º del Código Civil. Ahora bien, como he dicho anteriormente al referirme a la regulación establecida por el Código Civil, considero que en la actualidad la preferencia otorgada por dicho

Código en el artículo 1923.1º se encuentra tácitamente derogada por el artículo 73 de la Ley General tributaria.

En lo referente al comentario del artículo 35 del Reglamento General de Recaudación,hay que destacar que el apartado 1 reproduce lo regulado en el artículo 73 de la Ley General Tributaria, dedicando los restantes apartados a la matización del privilegio contenido en la Ley General Tributaria.

El apartado 2 pretende aclarar una histórica controversia sobre cuál debe entenderse como ejercicio corriente y cuál vencido. Este apartado hay que relacionarlo con el apartado segundo del artículo 194 de la Ley Hipotecaria y con la regla 19 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 1969.

El apartado 3 puede parecer gratuito, considerando la rotundidad de la garantía: *"tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente"*. Si bien, su inclusión hace pensar nuevamente en la discusión de la naturaleza de la anotación preventiva de embargo ¿derecho personal o derecho real?

Por último, el apartado 4 queda un tanto oscuro, como dice PEDRO CASABLANCAS GARCÍA en la obra citada[247].

> **Art. 36.** *Hipoteca especial.*
>
> 1.- Para tener igual preferencia que la indicada en el artículo precedente, por débitos anteriores a los expresados en él o por mayor cantidad de la que del mismo resulta, podrá constituirse voluntariamente por el deudor o ser exigida por la Hacienda Pública la constitución de hipoteca especial. Esta hipoteca surtirá efecto desde la fecha en que quede inscrita.
>
> 2.- El Delegado de Hacienda, previo informe del Servicio Jurídico del Estado, será competente para aceptar o acordar, según los casos, la constitución de la hipoteca especial, que será inscrita en el registro público correspondiente. Todo ello se hará de acuerdo con lo previsto en la Ley y Reglamento Hipotecarios, artículos 194 de la Ley y 270 y 271 de su Reglamento.

A diferencia de la hipoteca legal tácita regulada en el artículo 35, la garantía establecida en este artículo 36 tiene un carácter estrictamente registral y, necesariamente, debe relacionarse con lo establecido por el apartado tercero del artículo 194 de la Ley Hipotecaria, así como con lo dispuesto en los artículos 270 y 271 del Reglamento Hipotecario y en el artículo 76 de la Ley

(247) CASABLANCAS GARCÍA, PEDRO: "Breves comentarios al nuevo...", (obra citada en la NPP nº 246, pág. 300); págs. 114 y 115.

General Tributaria.

> **Art. 37.** *Afección de bienes.*
>
> 1.- En los casos establecidos en las leyes, los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago de las cantidades, liquidadas o no, correspondientes a los tributos y demás recursos de derecho público que graven las transmisiones, adquisiciones o importaciones, cualquiera que sea su poseedor, salvo que éste resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de bienes con buena fe y justo título o en establecimiento mercantil o industrial, en el caso de bienes muebles no inscribibles.
>
> 2.- Si la deuda no se paga en período voluntario ni en vía de apremio, transcurrido el plazo establecido en el artículo 108 de este Reglamento se requerirá al poseedor del bien afecto para que pague la deuda, excluidos recargo de apremio, intereses y costas, en un plazo igual al establecido en el artículo 20, apartado 2 a) y b) de este Reglamento. Si no paga, se ejecutará el bien para satisfacer la deuda inicial, recargo de apremio, intereses y costas.
>
> 3.- Siempre que la Ley reguladora de cada tributo conceda una exención o bonificación cuya definitiva efectividad dependa del ulterior cumplimiento por el contribuyente de cualquier requisito por aquélla exigido, la Administración hará figurar en el oportuno documento el total importe de la liquidación que hubiera debido exigirse de no mediar el beneficio fiscal, lo que se hará constar por nota marginal de afección en los Registros públicos.
>
> Dicha nota será solicitada por el Delegado de Hacienda, a menos que la liquidación se consigne en el documento que haya de acceder al Registro, en cuyo caso la nota de afección se extenderá de oficio.

El artículo 37 del Reglamento General de Recaudación reproduce en los apartados 1 y 3 lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley General Tributaria; pero además, en el apartado 2, matiza la afección, propiamente dicha, del bien al pago del correspondiente tributo. Ahora bien, como dice PEDRO CASABLANCAS en la obra citada[248], *"una vez desaparecida la afección de bienes en el nuevo Impuesto Municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (antigua plusvalía), este tipo de garantía se utilizará exclusivamente para el Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales, así como el que, en su caso, recae sobre las Sucesiones"*[249].

Por otra parte, debe estudiarse detenidamente las garantías de las Haciendas Locales para el nuevo Impuesto sobre Bienes Inmuebles (I.B.I.) aplicable desde el 1 de enero de 1990, especialmente tras la modificación introducida por la Ley de Presupuestos para 1991. (Deberán

(248) CASABLANCAS GARCÍA, PEDRO; "Breves comentarios al nuevo...", (obra citada en la NPP nº 246, pág. 300); págs. 122 y 123.

(249) En relación con el Impuesto de Sucesiones hay que tener en cuenta la derogación del mismo en algunas Diputaciones Forales. En este sentido, ver el Decreto Foral Normativo 3/1993, de 22 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Norma Foral 2/1989, de 15 de febrero, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (Boletín Oficial de Bizkaia de 6 de julio de 1993).

extremarse las comprobaciones por parte del órgano recaudador antes de embargar al deudor que aparezca en el documento cobratorio)".

En el apartado 2, hay que observar también que, en caso de que el obligado principal no haga frente al pago de la deuda tributaria, se requerirá al poseedor del bien, pero en las mismas circunstancias que inicialmente se hizo al primero, es decir, sin recargo de apremio, intereses y costas. Únicamente, si el poseedor tampoco paga, se procederá a ejecutar el bien, incluyendo principal, recargo, intereses y costas.

> Art. 38. *Derecho de retención.*
>
> 1.- La Hacienda Pública tendrá derecho de retención, frente a todos, sobre las mercancías que se presenten a despacho y liquidación de los tributos que graven su tráfico o circulación, por el respectivo importe de la deuda liquidada, de no garantizarse de forma suficiente el pago de la misma.
>
> .2.- El referido derecho se ejercitará por los órganos a quienes se hayan presentado o entregado las mercancías a los fines señalados en el número anterior.
>
> Las Administraciones de Aduanas ejercitarán este derecho de acuerdo con lo que se establece en las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas.

El artículo 38 introduce otro de los que se podrían denominar *"superprivilegios"* (utilizando la terminología que generalmente se aplica a los créditos salariales del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores), pues otorga el derecho de retención frente a todos.

El apartado primero coincide de forma prácticamente literal con el artículo 75 de la Ley General Tributaria, añadiendo el Reglamento General de Recaudación lo dispuesto en el apartado 2.

Asimismo, es interesante tener presente lo dispuesto en el Real Decreto 511/1977, de 18 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de los impuestos integrantes de la Renta de Aduanas. Si bien, la integración de España en la C.E.E. ha exigido la adecuación de la legislación nacional en materia de Unión Aduanera a las normas de Derecho derivado vigentes en la Comunidad. Por esta razón el citado texto de 1977 ha quedado prácticamente vacío de contenido. El Real Decreto Legislativo 1.299/86, de 28 de junio, modifica el texto refundido de los impuestos integrantes de la Renta de Aduanas[250].

> Art. 39. *Garantías en los casos de fraccionamiento o aplazamiento de pago.*

(250) Esta normativa, junto a las restantes disposiciones complementarias en materia de impuestos aduaneros, puede verse en "Archivo Consultivo de Hacienda"; Tomo I, Madrid 1993; pág. 1.083 y ss.

1.- Cuando se acuerde el fraccionamiento o aplazamiento en el pago de la deuda, la Hacienda Pública podrá exigir que se constituya a su favor cualquiera de las garantías que se regulan en el artículo 52 de este Reglamento.

2.- Estas garantías se constituirán conforme a las normas por las que se rigen y surtirán los efectos que les son propios según el Derecho Civil, Mercantil o Administrativo.

Con una redacción similar a la establecida por el artículo 76 de la Ley General Tributaria, permite garantizar los fraccionamientos o aplazamientos de pago conforme a la normativa establecida por el Derecho Civil, Mercantil o Administrativo. Ahora bien, lo verdaderamente destacable de esta garantía es que, a pesar de tratarse de una medida de carácter Civil o Mercantil, la ejecución de la misma se realizará a través del procedimiento establecido en el propio Reglamento General de Recaudación; es decir, la ejecución se realizará por el órgano administrativo correspondiente. En este sentido es preciso tener presente lo dispuesto por el artículo 111 del citado Reglamento General de Recaudación[251]:

Art. 111. *Ejecución de garantías.*

1.- Si la deuda estuviera garantizada, se procederá en primer lugar a ejecutar la garantía, lo que se realizará en todo caso por los órganos de recaudación competentes y por el procedimiento administrativo de apremio. Sin perjuicio de ello, si el órgano de recaudación estima insuficiente la garantía podrá, sin esperar a la ejecución de la misma, proceder al embargo preventivo de otros bienes del deudor.

2.- Si la garantía consiste en aval, fianza u otra garantía personal, se requerirá al garante el ingreso de la deuda, hasta el límite del importe garantizado, que deberá realizar en el plazo establecido en el artículo 108 de este Reglamento. De no realizarlo, se procederá contra sus bienes, en virtud del mismo título ejecutivo existente contra el deudor principal, por el procedimiento administrativo de apremio.

3.- Si la garantía consiste en hipoteca, prenda u otra de carácter real constituida por o sobre bienes o derechos del deudor susceptibles de enajenación forzosa, se procederá a enajenarlos por el procedimiento establecido en este Reglamento para la enajenación de bienes embargados de naturaleza igual o similar.

4.- Si la garantía está constituida por o sobre bienes o derechos de persona distinta del deudor, se le comunicará a la misma el impago de la deuda garantizada, requiriéndole para que en el plazo establecido en el artículo 108 de este Reglamento ponga dichos bienes o derechos a disposición del órgano de recaudación, salvo que pague la deuda. Transcurrido dicho plazo sin que se haya producido el pago, se procederá a enajenarlos como en el apartado anterior.

5.- Si la garantía consiste en depósito en efectivo, se requerirá al depositario el ingreso en el plazo establecido en el artículo 108 de este Reglamento. Si el depositario es la propia Administración, se aplicará el depósito a cancelar la deuda.

(251) La ejecución de garantías en el ámbito de la Seguridad Social está regulada, en términos muy similares, en el artículo 127 de la Orden de 8 de abril de 1992, que desarrolla el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

2.5. Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 1969 (Decreto 2.260/1969 de 24 de Julio).

Regla 19 1.- Se entiende que se ejercita la acción administrativa de cobro cuando se inicia el procedimiento de recaudación en período voluntario de los débitos correspondientes al ejercicio económico en que se haya inscrito en el registro el derecho, o efectuado la transmisión de los bienes o derechos de que se trate.

2.- Los procedimientos de apremio, cuando medie hipoteca legal tácita, se harán constar en el Registro de la Propiedad mediante anotación preventiva de embargo.

3.- La Hacienda Pública no podrá utilizar la garantía a que se refiere el artículo 37 para el cobro de las deudas tributarias no satisfechas, correspondientes a anualidades anteriores a las en dicho artículo expresadas, en perjuicio de terceros adquirentes ni acreedores hipotecarios que tengan su derecho inscrito, limitándose su acción a seguir el procedimiento contra los demás bienes del deudor, sin perjuicio de que, si estos no bastasen para cubrir el débito, se exijan las responsabilidades oportunas en el caso de que las diligencias para el cobro no se hubieran incoado y seguido en los plazos de instrucción o con la actividad debida.

4.- Todos los débitos posteriores al año natural a que se refiere el citado artículo 37 tienen el carácter de corrientes y, por tanto, serán responsables de ellos: el acreedor hipotecario si, en defecto del deudor o sus causahabientes, quisiere hacer uso de su derecho a liberar los bienes y, en todo caso, como propietario de los que son objeto del procedimiento, el tercero adquirente.

5.- Tanto el acreedor hipotecario como el tercero adquirente tiene derecho a exigir la segregación de cuotas de los bienes que les interesen, cuando se hallen englobadas en un solo recibo con otras del mismo contribuyente, debiendo llevarse a efecto esta segregación mediante certificación que el ejecutor reclamará de los servicios del Catastro, documento en el cual se expresará tanto el pormenor de las cuotas en descubierto, como la cantidad que a cada uno de los bienes corresponden. Recibida esta certificación, el Recaudador la remitirá a la Tesorería que, por su parte, cursará la certificación de referencia a la Administración de Tributos, a fin de que esta dependencia acuerde la baja de dicho recibo y, previa la oportuna liquidación, expida los que hayan de sustituirlo, comunicando tal liquidación, una vez intervenida y con remisión de los recibos, a la Tesorería, que cargará estos al Recaudador en la misma situación de apremio en que se hallare el recibo originario, al objeto de proseguir o iniciar los expedientes individuales que hayan de derivarse del mismo, formalizando entonces la baja de aquel recibo originario.

Cuando la segregación de cuotas se reclame por terceros adquirentes, actuales poseedores de las fincas, será requisito indispensable para concederla que acrediten haber solicitado en forma reglamentaria el alta a su nombre del inmueble o inmuebles de que se trate.

2.6. Legislación hipotecaria.

La Ley Hipotecaria, en el texto refundido aprobado por el Decreto de 8 de febrero de 1946, regula la histórica Hipoteca Legal tácita en el artículo 194:

> **Art. 194.** El Estado, las Provincias o los Pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito sus derechos en el Registro, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven a los bienes inmuebles.
>
> A los efectos del párrafo anterior, se entenderá por anualidad vencida la constituida por los cuatro trimestres del ejercicio económico anterior al corriente, sea cualquiera la fecha y periodicidad de la obligación fiscal de pago.
>
> Para tener igual preferencia por mayor suma que la correspondiente a dichas dos anualidades, podrán exigir el Estado, las Provincias o los Pueblos la constitución de una hipoteca especial, en la forma que determinen los reglamentos administrativos. Esta hipoteca no surtirá efecto sino desde la fecha en que quede inscrita.

El apartado primero, debido a la fecha de redacción de la Ley Hipotecaria, hace referencia al Estado, las Provincias o los Pueblos, cuestión que hoy debe generalizarse a toda la hacienda Pública, incluidas las Comunidades Autónomas por aplicación de la Ley Orgánica sobre financiación de las Comunidades Autónomas, de 22 de septiembre de 1980.

El párrafo segundo hay que estudiarlo en relación con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley General Tributaria y, sobre todo, con lo regulado en el artículo 35 del vigente Reglamento General de Recaudación y en la Regla 19 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 1969.

El párrafo tercero contempla la posibilidad de constituir una hipoteca especial, igual que la posibilidad prevista en el artículo 36 del Reglamento General de Recaudación, cuyos efectos serán los propios de la legislación hipotecaria; es decir, surtirá efectos desde la fecha de su inscripción (ver también artículo 141 de la Ley Hipotecaria).

El Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, contempla en los artículos 270 y 271 esta hipoteca legal tácita:

> **Art. 270.** Para la constitución e inscripción de las hipotecas legales de que tratan los artículos 193 a 197 de la Ley, se tendrán asimismo en cuenta, además de los requisitos en ella prevenidos, los establecidos en el presente título que les sean aplicables.
>
> **Art. 271.** Cada finca responderá por hipoteca legal, en los términos prescritos por el artículo 194 de la Ley, de las contribuciones e impuestos que directa o individualmente recaigan sobre el inmueble, y el Estado, las provincias o los pueblos, tendrán, para su cobro, prelación sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito su derecho en el Registro. Cuando se trate de contribuciones e impuestos distintos de los señalados en el precedente párrafo, la prelación no afectará a los titulares de derechos reales inscritos con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el Registro el derecho al cobro, mediante la correspondiente anotación preventiva de embargo.

2.7. Código de Comercio (Real Decreto de 22 de Agosto de 1885).

En el ámbito del Derecho Mercantil, la problemática de la concurrencia de acreedores sobre el patrimonio del deudor tiene su regulación el Libro IV del Código de Comercio, a través de los procedimientos concursales o de ejecución universal (suspensiones de pagos y quiebras).

La resolución de las preferencias que pueden corresponder a determinados créditos frente a otros, deberá realizarse dentro de esos complejos procedimientos de ejecución universal.

Por lo que respecta a la Quiebra, la regulación de los derechos de los distintos acreedores y su respectiva graduación está contemplada en los artículos 912, 913 y 914, dividiendo dicha graduación en dos secciones: la primera, que comprenderá los créditos que hayan de ser satisfechos con el producto de los bienes muebles de la quiebra, y la segunda, los que hayan de pagarse con el producto de los inmuebles.

Cuando el crédito tributario concurra en un procedimiento de quiebra (sin ejercer, por tanto, el derecho de abstención previsto en el artículo 900) el grado de prelación que le corresponderá será el establecido en el artículo 913.3º y 914.2º del Código de Comercio:

> **Art. 913.** La prelación de los acreedores de la primera sección se establecerá por el orden siguiente:
>
> 3º Los privilegiados por derecho común, y los hipotecarios legales en los casos en que, con arreglo al mismo derecho, la tuvieren de prelación sobre los bienes muebles.
>
> **Art. 914.** La prelación en el pago a los acreedores de la segunda sección se sujetará al orden siguiente:
>
> 2º Los acreedores singularmente privilegiados y demás enumerados en el artículo anterior, por el orden establecido en el mismo.

En mi opinión, existe en este punto una cuestión de verdadera importancia que voy a desarrollar en el último apartado del presente capítulo[252]. Esta cuestión no es otra que la delimitación de competencias en caso de concurrencia de procedimientos; es decir, en el caso de que el procedimiento administrativo de apremio (que será el cauce ordinario de reclamación de los créditos tributarios) concurra con otros procedimientos de ejecución universal.

Basta decir ahora que la graduación de créditos establecida en los artículos citados del

(252) La problemática de la concurrencia de procedimientos la he desarrollado con mayor amplitud en el capítulo 4º de la parte primera, al hablar de la incidencia de los procedimientos concursales en la ejecución del crédito de la Seguridad Social.

Código de Comercio, únicamente será de aplicación a los créditos tributarios cuando éstos se personen en el correspondiente proceso de ejecución universal. Añadiendo que, siempre que el procedimiento administrativo de apremio resulte prioritario para continuar con la ejecución, o cuando aún no siendo prioritario se ejercita el derecho de abstención, la graduación establecida en el Código de Comercio no alcanzará a los créditos tributaros, que gozarán de las garantías de su legislación específica y del derecho común.

Sin embargo, cuando la graduación de créditos se efectúe dentro de un procedimiento concursal, el crédito en favor de la Hacienda Pública deberá posponerse a los créditos de la Seguridad Social. Toda vez que el artículo 22 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, remite a la letra D) del apartado 1º del artículo 913 del Código de Comercio, y, como he dicho anteriormente, en la graduación efectuada por el Código de Comercio, los créditos tributarios se incluyen en el apartado 3º del artículo 913.

En consecuencia, no coincido con las conclusiones realizadas por el Consejo de Estado[253] en el Dictamen elaborado sobre la prelación de créditos con ocasión de la consulta formulada por el Ministro de Economía y Hacienda sobre el orden de prelación de créditos que ha de guardarse en los procedimientos liquidatorios llevados a cabo por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA). En mi opinión, dicho Dictamen no resuelve un problema que en materia de graduación de créditos resulta fundamental: la coordinación de las normas contenidas en los artículos 1922 y siguientes del Código Civil en relación con las contenidas en los artículos 912 y siguientes del Código de Comercio.

(253) Ver N.P.P nº 14,en la página 31.

3. LA PRELACIÓN GENERAL.

(Normativa aplicable: Art. 71 L.G.T. y 34 del R.G.R.)

Como he mantenido en varias ocasiones a lo largo de capítulos anteriores, los créditos privilegiados pueden clasificarse en singularmente privilegiados y generalmente privilegiados. En los primeros, el privilegio recae sobre determinados bienes del deudor, mientras que en los generalmente privilegiados la garantía de un determinado crédito es sobre la totalidad de bienes del deudor.

En materia tributaria, tanto la Ley General Tributaria, como el Reglamento General de Recaudación, establecen un privilegio de carácter singular (La hipoteca legal tácita) junto a otro de carácter general contenido en el artículo 71 de dicha Ley General Tributaria y en el artículo 34 del Reglamento General.

El estudio de este privilegio general plantea una serie de cuestiones que no se presentan excesivamente controvertidas; sin embargo, hay otras que mantienen dividida a la doctrina y cuya interpretación resulta fundamental para delimitar el alcance del privilegio del crédito tributario.

Siguiendo el esquema utilizado por diversos autores, voy a ir recogiendo las distintas conclusiones que, a mi juicio, se deben realizar en relación con este privilegio general del artículo 71 de la Ley General Tributaria:

A) En la actualidad, el privilegio general establecido es en favor de la Hacienda Pública Estatal, de los Organismos Autónomos del Estado (por aplicación del artículo 32 de la Ley General Presupuestaria) y de las Comunidades Autónomas (según lo dispuesto en la Ley Orgánica sobre financiación de las Comunidades Autónomas). En este sentido, disiento de las conclusiones realizadas por ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO y por MATÍAS CORTÉS-MARTÍN DELGADO reseñadas en la nota a pie de página 243 (pág. 298).

B) El derecho de prelación general regulado en el artículo 71 de la Ley General Tributaria ampara únicamente a los créditos tributarios vencidos y no satisfechos.

C) El privilegio general garantiza los créditos tributarios, cualquiera que sea la deuda tributaria y la clase de impuesto, a diferencia de lo que ocurre con la protección otorgada por los artículos 73 de la Ley General Tributaria, 35 del Reglamento General de Recaudación, 1923.1º del Código Civil o en el artículo 197 de la Ley Hipotecaria.

Pero, además, hace otra cosa de suma importancia: eleva la garantía genérica de los

créditos tributarios, pues suprime la limitación temporal contenida en el artículo 1924.1º del Código Civil. Aquí la prelación de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos no tienen la limitación de la última anualidad vencida y no pagada, sino que incluye todos los créditos vencidos y no satisfechos.

D) Con todo lo expuesto hasta ahora, los problemas fundamentales se centran en dos cuestiones: la primera consiste en determinar si resulta imprescindible la anotación preventiva de embargo del crédito tributario para que éste goce del privilegio del artículo 71. Y, la segunda, determinar si la preferencia regulada en el artículo 71 de la Ley General Tributaria alcanza o no a la totalidad de los bienes del deudor. Es decir, ¿protege tanto a los bienes registrales como a aquéllos que no están sujetos a la publicidad registral?

De alguna manera, la respuesta de la primera cuestión puede aclarar la segunda. En relación con la necesidad de la existencia de una anotación previa para hacer valer el privilegio del artículo 71 de la Ley General Tributaria hay que considerar que la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 1990, aplica el privilegio del artículo 71 de la Ley General Tributaria sin ningún tipo de matización, si bien, como recoge ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA[254], lo cierto es que existe una consolidada doctrina jurisprudencial "*[...] en que, sin perjuicio de los privilegios especiales de los arts. 73 y 74 LGT sobre créditos derivados de la tributación específica del bien inmueble en ejecución, el privilegio general del art. 71 sufre la importante restricción que impone el art. 132 del la misma Ley al puntualizar que el Estado, las Provincias y los Municipios tendrán derecho a que se practique anotación preventiva de embargo de bienes en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por el ejecutor competente, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo por lo que teniendo que constar registralmente mediante anotación de embargo el crédito de la Hacienda con el alcance previsto en el art. 44 LH que se remite al art. 1.923.4 del CC a efectos de preferencia para el cobro del crédito ha de concluirse que fuera de los casos de los arts. 73 y 74 de la LGT los créditos tributarios quedan sometidos a la normativa del núm. 4 del art. 1.923 y no a la preferencia general que parece derivarse del art. 71 LGT por fuerza de la anteposición que contiene el principio restrictivo inherente a los privilegios (SSTS 26.03.1991 [RJ 1991, 2449], 1 junio y 14 noviembre 1992 [RJ 1992, 4982 y 9404] y 30.03.1993 [RJ 1993, 2540])*".

Sin embargo, a mi juicio, a pesar de que pueda interpretarse la necesidad previa de una

(254) REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS; "Los créditos salariales...", (obra citada en la NPP nº 130, pág. 189). Págs. 19 y 20.

anotación preventiva del crédito tributario para que éste pueda beneficiarse del privilegio contenido de en artículo 71; en ningún caso debería aplicarse la preferencia del artículo 1.923.4 del Código Civil, debido a la regulación específica del privilegio que contiene el artículo 71 de la Ley General Tributaria. En consecuencia, la necesidad de la anotación preventiva podría ser acertada, pero el privilegio que, en ese caso, corresponde a los créditos tributarios es el previsto en el citado artículo 71 de la Ley General Tributaria y no el del artículo 1.923.4 del Código Civil, aunque no sea más que por aplicación del principio de la Ley posterior.

En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial que he recogido también quebraría ante la aplicación del artículo 1.924.1º del Código Civil.

La segunda cuestión que me planteaba era si la preferencia regulada en el artículo 71 de la Ley General Tributaria alcanza o no a la totalidad de los bienes del deudor. En este punto es donde los autores se encuentran más divididos. A favor de la interpretación restrictiva se encuentran, entre otros, LUIS DÍEZ PICAZO[255] (la prioridad sólo recae sobre bienes sometidos a publicación registral) y ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO[256] (aunque el privilegio general del artículo 71 de la Ley General Tributaria, no es, en rigor, un puro privilegio inmobiliario, lo cierto es también que sí es especial en el sentido de que sólo recae sobre derechos sometidos a una publicidad registral). Igualmente se pronuncia en favor de la interpretación literal MANUEL MARTÍN TIMÓN[257].

Por el contrario, defienden la interpretación amplia y extensiva del artículo 71, JESÚS SOLCHAGA LOITEGUI[258], BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN[259] y JUAN HERRERO MADARIAGA[260].

En mi opinión, como he dicho anteriormente, la interpretación que debe realizarse del artículo 71 de la Ley General Tributaria es la que se desprende del sentido propio de sus palabras (artículo 3 del Código Civil); limitando, en consecuencia, la protección otorgada por dicho artículo a aquellos bienes (muebles o inmuebles) sometidos a una publicidad registral y sobre los que se ha practicado con carácter previo la correspondiente anotación preventiva.

---

(255) DÍEZ-PICAZO, LUIS; "Fundamentos de Derecho Civil...", (obra citada en la NPP nº 240, pág. 295).

(256) RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO; "Las garantías del crédito...", (obra citada en la NPP nº 238, pág. 294).

(257) MARTÍN TIMÓN, MANUEL; "Embargos y ...", (obra citada en la NPP nº 48, pág. 113); pág. 140.

(258) SOLCHAGA LOITEGUI, JESÚS; "Crítica al libro...", (obra citada en la NPP nº 241, pág. 295).

(259) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143).

(260) HERRERO MADARIAGA, JUAN; "Algunas observaciones sobre el derecho de retención del artículo 75 de la Ley General Tributaria"; Hacienda Pública Española, núm 59, 1979; págs. 267-268.

No obstante, esta interpretación literal del artículo 71 de la Ley General Tributaria también plantea otros problemas de difícil solución, pues, al otorgar en términos absolutos preferencia a los créditos tributarios vencidos y no satisfechos, en cuanto concurran con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, está otorgando a dichos créditos preferencia frente a todos los demás acreedores no incluidos en su redacción, ¿incluso los protegidos por el número 2º del artículo 1923[261] y los del 1922 del Código Civil? Dificultad interpretativa que aún se agrava más si comparamos la protección otorgada por el artículo 71 de la Ley General Tributaria con el privilegio de los créditos salariales, que nos obligaría a estar anteponiendo continuamente la Ley posterior a la anterior, y que en la actualidad, tras la reforma laboral abordada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, no plantearía problemas en favor de la preferencia del crédito salarial; ahora bien, no parece lógico que estas cuestiones estén continuamente en el aire, especialmente si tenemos en cuenta las "*habituales*" reformas de la legislación tributaria.

Similar dificultad se plantea en relación con los créditos de la Seguridad Social, que gozan fundamentalmente de la protección otorgada por el artículo 1924.1º del Código Civil (según la remisión que realiza el artículo 22 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994). Según la interpretación literal del artículo 71 de la Ley General Tributaria, la única posibilidad de que el crédito de la Seguridad Social sea preferente a los créditos tributarios allí garantizados, es que el crédito de la Seguridad Social se encuentre debidamente anotado en el correspondiente Registro con anterioridad a la anotación que se efectúe en favor de los créditos tributarios (bien mediante anotación preventiva de embargo o bien mediante la inscripción hipotecaria).

En mi opinión, lo que debería haber realizado la Ley General Tributaria (y puede que esa sea su pretensión) es otorgar una prelación general para el cobro de los créditos tributarios similar a la contenida en el artículo 1924.1º del Código Civil, si bien suprimiendo la limitación temporal en él mismo contenida, que es, en definitiva, lo que la Ley 40/1980, de 5 de julio, realizó con los créditos de la Seguridad Social y que, posteriormente, ha sido ratificada por el citado artículo 22 de la nueva Ley General de la Seguridad Social.

---

(261) Ver también los artículos 33 y 42.2 e) de la Ley sobre Ordenación del Seguro Privado.

Asimismo, considero que cualquier intento futuro de ordenación de los créditos privilegiados, deberá realizarse remitiendo los distintos créditos a una ordenación previa establecida por el derecho común, en la misma línea que lo actuado en su momento por el artículo decimoquinto de la Ley 40/1980; eliminando con ello la tremenda dispersión existente en la actualidad.

De cualquier manera, la posible concurrencia de procedimientos administrativos de apremio debe resolverse aplicando la normativa específica que regula dicha concurrencia. Es decir, que en caso de que se plantee un litigio acerca de la preferencia de los créditos tributarios protegidos con carácter general en el artículo 71 de la Ley General Tributaria y los créditos de la Seguridad Social (cuya protección está contenida en el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social), resultará de aplicación lo dispuesto en las respectivas normas de recaudación.

En este sentido, el artículo 95 del Reglamento General de Recaudación del Estado, aprobado por Real Decreto 1.684/1990, dice en relación con la concurrencia de procedimientos administrativos los siguiente:

> **Art. 95.** *Concurrencia de procedimientos.*
>
> 1. En los casos de concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y procedimientos de ejecución o concursales universales, judiciales y no judiciales, la preferencia para la continuación en la tramitación del procedimiento vendrá determinada por la prioridad en el tiempo de los mismos con arreglo a las siguientes reglas, que serán aplicadas por los órganos de recaudación, salvo resolución en contra de los órganos judiciales competentes en materia de conflictos de jurisdicción.
>
> a) En los procedimientos administrativos de apremio se estará a la fecha de la providencia de embargo.
>
> b) En los procedimientos de ejecución o concursales universales, se estará a la fecha de la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos, a la del auto de declaración en los de concurso de acreedores y quiebras y a la de la resolución con que se inicie el procedimiento de ejecución en los demás casos.
>
> 2. Los Juzgados y Tribunales están obligados a facilitar a los órganos de recaudación, en el ejercicio de sus funciones, información relativa a los procedimientos judiciales de ejecución universal en cuanto la misma se refiera a datos con trascendencia para la recaudación de los tributos y demás ingresos de derecho público.

Asimismo, el artículo 117.2.1, de la Orden de 8 de abril de 1992, que desarrolla el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, establece lo siguiente:

> **Art. 117.** *Carácter, concurrencia, suspensión y anulación de procedimiento de*

apremio.

2.1 En los casos de concurrencia de procedimientos administrativos de apremio entre sí o entre éstos y procedimientos concursales o de ejecución universal, judiciales o no judiciales, la preferencia para continuar la tramitación del procedimiento se determinará por la prioridad en el tiempo de los mismos.

Salvo que otra cosa se disponga por resolución de los órganos judiciales competentes en materia de conflictos jurisdiccionales, para fijar la prioridad en el tiempo se aplicarán las siguientes reglas:

a) En los procedimientos administrativos de apremio seguidos por los órganos de recaudación ejecutiva de la Administración de la Seguridad Social así como por los de otras Administraciones Públicas, la prioridad en el tiempo se determinará por la fecha en que se adoptó la providencia de embargo.

b) En los procedimientos concursales o de ejecución universal, se atenderá a la fecha de la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos; a la fecha de auto de declaración en los supuestos de concurso de acreedores y de quiebras; y a la de la resolución que inicie el procedimiento de ejecución universal en los demás casos.

Ahora bien, del análisis de esta normativa recaudatoria podría desprenderse que, en realidad, lo que está resolviéndose en la misma no es la preferencia para el cobro, sino la prioridad en la ejecución; pues, como ya he dicho en capítulos anteriores, una cosa es la prioridad para llevar acabo en primer lugar la ejecución de un determinado bien (prioridad que corresponde al que realizó el embargo en primer lugar), y otra distinta, la preferencia para el cobro de las cantidades que se obtengan en la ejecución (preferencia que, en su caso, deberá resolverse a través del oportuno juicio de tercerías). Pudiendo darse el caso que el acreedor que goce de la prioridad para la ejecución no sea el acreedor preferente para el cobro.

Sin embargo, en lo que ahora nos ocupa, considero que la concurrencia entre un crédito garantizado por la prelación general tributaria del artículo 71 de la Ley General Tributaria y un crédito de la Seguridad Social, deberá resolverse otorgando la preferencia a aquél que realizó en primer lugar el embargo. Aunque en la práctica, la situación resulta todavía más sutil, pues dicha concurrencia se está resolviendo atendiendo a la fecha de la anotación preventiva de embargo en el correspondiente registro, y no atendiendo, como debería ser, a la fecha de la providencia de embargo.

En consecuencia, considero que actualmente los créditos de la Seguridad Social debidamente anotados con anterioridad a los créditos tributarios protegidos por el artículo 71 de la Ley General Tributaria, son preferentes a dichos créditos tributarios. En caso contrario serían estos últimos los que ostentarían mejor privilegio.

De cualquier manera, no parece lógico que los créditos tributarios y los de la Seguridad

Social se disputen como en una carrera de velocidad la preferencia para el cobro de sus débitos; resultando mucho más congruente que, a través del actual artículo 1924.1º del Código Civil, se realice una interpretación lógica del artículo 71 de la Ley General Tributaria en el que ambos créditos gozarían de igual protección. Este criterio de igual grado de protección entre los créditos tributarios y los de Seguridad Social es el sostenido en el Dictamen del Consejo de Estado, de 23 de enero de 1992(262), aunque en dicho Dictamen no quedan suficientemente acreditados los fundamentos utilizados para llegar a esa lógica conclusión, señalando, eso sí, que no existiendo razón alguna para anteponer uno de estos créditos al otro, la regla para su pago en caso de colisión debe ser la de prorrata (respetando siempre la posible existencia de una anotación preventiva de embargo, que otorgaría la preferencia al acreedor que la practicó).

Para finalizar este apartado y en relación con los posibles efectos de la anotación preventiva de embargo, me remito al capítulo siguiente dedicado al estudio de dicha garantía, especialmente a las conclusiones realizadas en su apartado 3º.

(262) Ver N.P.P nº 14, en la página 31.

4. LA HIPOTECA LEGAL TÁCITA.

(Normativa aplicable: Artículo 73 L.G.T.; Artículo 35 del R.G.R.; Artículo 194 L.H.; Regla 19 de la I.G.R.C. y Artículo 1923.1º del Código Civil)

La protección otorgada por el artículo 73 de la Ley General Tributaria ratifica una histórica preferencia de los créditos tributarios, destacando el importante avance producido a través de los tiempos(263).

La Ley General Tributaria no define esta garantía como hipoteca legal tácita, cuestión que si hace el artículo 35 del Reglamento General de Recaudación. Evidentemente, se trata de una hipoteca legal por imperativo de la Ley; que, además, es tácita porque existe y surte efectos sin necesidad de acto constitutivo expreso ni de inscripción registral, y como afecta al bien, es consustancial al mismo, por lo que, como dice ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO(264), cualquier hipoteca expresa o inscripción registral es posterior a ella.

La protección alcanza a los créditos del Estado, la Provincia y los Municipios, a los cuales hay que añadir los créditos a favor de las Comunidades Autónomas (por aplicación de la Ley Orgánica sobre financiación de las Comunidades Autónomas, de 22 de septiembre de 1980).

Como señala BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN(265), el privilegio concedido por el artículo 73 de la Ley General Tributaria tiene una doble limitación; objetiva y temporal. En primer lugar se protegen *"los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público, o sus productos directos, ciertos o presuntos"*. Ahora bien, debido a la enorme dispersión existente en la normativa que regula los distintos impuestos, resulta difícil precisar cuál son exactamente los tributos actualmente protegidos por esta hipoteca legal tácita. En la actualidad son los Ayuntamientos, en alguno de sus tributos locales, los que fundamentalmente pueden aplicar la hipoteca legal tácita. PEDRO CASABLANCAS, en la obra citada(266), sostiene que *"las opiniones de que otros tributos también pueden verse beneficiados por la aplicación de la hipoteca legal*

---

(263) ROSSY, HIPÓLITO; "Procedimientos recaudatorios"; Madrid 1972, págs. 239-244.

(264) RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO; "Las garantías del crédito...", (obra citada en la NPP nº 238, pág. 294); pág. 199.

(265) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 411.

(266) CASABLANCAS GARCÍA, PEDRO; "Breves comentarios al nuevo...", (obra citada en la NPP nº 246, pág. 300); pág. 114.

tácita parece poco ajustada a derecho y de muy difícil y costosa puesta en práctica". Sin embargo, podría ser objeto de una interesante discusión la extensión o no de esta protección al impuesto sobre el patrimonio o al nuevo impuesto sobre bienes inmuebles (I.B.I.).

Por lo que respecta a la limitación temporal, la garantía del artículo 73 alcanza a las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercite la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior. Como ha quedado expuesto, el Reglamento General de Recaudación en el apartado 2 del artículo 35 establece que se entiende que se ejercita la acción administrativa de cobro cuando se inicia el procedimiento de recaudación en período voluntario de los débitos correspondientes al ejercicio económico en que se haya inscrito en el Registro el derecho, o efectuado la transmisión de los bienes o derechos de que se trate. Hay que destacar el progresivo avance de la legislación, que inicialmente garantizaba únicamente la última anualidad vencida y no pagada[267].

Ahora bien, para determinar el verdadero alcance de la preferencia otorgada por el artículo 73 de la Ley General Tributaria, resulta necesario que exista otro acreedor o adquirente y, asimismo, determinar el momento que debe servir de referencia para comparar los distintos derechos. La jurisprudencia toma como punto de arranque la anualidad en que se produce el acto de adquisición (dominio) o de gravamen (hipoteca)[268]. En mi opinión, los acreedores que han garantizado su derecho mediante anotación preventiva de embargo, también resultarán protegidos en este caso.

No obstante, como dice PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS[269], sólo la Instrucción General de Recaudación ofrece un punto de referencia útil, pues determina uno de estos dos momentos; para un tercer acreedor, la fecha de la inscripción de su derecho; y para un tercer adquirente, la fecha de la adquisición, aunque no se inscriba.

En definitiva, los créditos tributarios garantizados en el artículo 73 de la Ley General Tributaria gozan de preferencia para el cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercite la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior. Para beneficiarse de tal preferencia respecto de tributos devengados en años anteriores, como señala

(267) Ver: ROSSY, HIPÓLITO; "Procedimientos...", (obra citada en la NPP nº 263, pág. 317).

(268) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 412.

(269) SERRERA CONTRERAS, PEDRO LUIS; "La anualidad corriente en la hipoteca legal tácita por contribuciones"; Revista Civil de Derecho Inmobiliario, número 524, enero-febrero 1978, págs. 9 y ss.

JESÚS SOLCHAGA LOITEGUI[270], *"[...] el Estado habrá de constituir hipoteca especial expresa, que no surtirá efecto sino desde la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, en los años siguientes, estos tributos directos se devengarán con carácter de corrientes, es decir, correspondientes al año en curso y, en consecuencia, serán créditos tributarios nuevos singular y absolutamente privilegiados incluso respecto de los que con anterioridad inscribieron en el Registro Público su adquisición o garantía hipotecaria. [...]. De esta manera, los posteriores adquirentes o acreedores hipotecarios[271] saben al adquirir su derecho que su responsabilidad por estos tributos se limitará, a lo sumo, a la que corresponda al año en que inscriban su derecho en el Registro de la Propiedad y al inmediato anterior, pero no alcanzará a los devengados en los años anteriores a éste. Y, naturalmente, saben que en los años siguientes al de dicha inscripción registral, estos tributos se devengarán, constituyendo créditos nuevos y singularmente privilegiados, de los que habrán de responder: el tercer adquirente en cuanto sujeto pasivo de tales tributos; y el acreedor hipotecario, tan sólo si, en defecto del deudor o de sus causahabientes, quisiere hacer uso de su derecho a liberar los bienes, por tratarse de un crédito cuya preferencia ha de respetar en todo caso."*

(270) SOLCHAGA LOITEGUI, JESÚS; "Crítica al libro...", (obra citada en la NPP nº 241, pág. 295); págs. 375-376.

(271) A los que hay que añadir, a mi juicio, los acreedores garantizados mediante anotación preventiva de embargo debidamente inscrita.

5. EL DERECHO DE AFECCIÓN.

(Normativa aplicable: Artículos 41 y 74 L.G.T. y Artículo 37 R.G.R.)

Anteriormente he hecho referencia, en el apartado 2 de este mismo capítulo, a lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley General Tributaria y por el artículo 37 del Reglamento General de Recaudación. Pero, además, hay que considerar también lo establecido en el artículo 41 de la Ley General Tributaria

> Art. 41. 1. Los adquirentes de bienes afectos por Ley a la deuda tributaria responderán con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga.
>
> 2. La derivación de la acción tributaria contra los bienes afectos exigirá acto administrativo notificado reglamentariamente, pudiendo el adquirente hacer el pago, dejar que prosiga la actuación o reclamar contra la liquidación practicada o contra la procedencia de dicha derivación.
>
> 3. La derivación sólo alcanzará el límite previsto por la Ley al señalar la afección de los bienes.

5.1. Ámbito de aplicación.

Como señala PEDRO CASABLANCAS GARCÍA[272] *"Una vez desaparecida la afección de bienes en un nuevo Impuesto Municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (antigua plusvalía), este tipo de garantía se utilizará exclusivamente para el Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales, así como el que recae sobre las sucesiones"*. A esto hay que añadir las afecciones que se deriven de los derechos aduaneros[273], y puntualizar que el Impuesto sobre Sucesiones está exento en algunas Diputaciones Forales[274].

La regulación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se encuentra recogida en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley que regula dicho Impuesto, y en el Real

(272) CASABLANCAS GARCÍA, PEDRO; "Breves comentarios al nuevo...", (obra citada en la NPP nº 246, pág. 300); pág. 123.

(273) Ver fundamentalmente el Real Decreto 511/1977, de 18 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de los impuestos integrantes de la Renta de Aduanas.

(274) En relación con el Impuesto de Sucesiones hay que tener en cuenta la derogación del mismo en algunas Diputaciones Forales. En este sentido, ver el Decreto Foral Normativo 3/1993, de 22 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Norma Foral 2/1989, de 15 de febrero, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (Boletín Oficial de Bizkaia de 6 de julio de 1993). Ver NPP nº 249, en la pág. 303.

Decreto 3.494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de este Impuesto; especialmente, el artículo 75 establece la preferencia del Estado sobre *"cualquier acreedor"* e incluso sobre el tercer adquirente, aunque haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, para el cobro del importe de la deuda tributaria fraccionada, de los intereses de demora y, en su caso, del recargo de apremio, relativo a las viviendas transmitidas destinadas a domicilio habitual y permanente del sujeto pasivo y cuya superficie útil no exceda de 120 metros cuadrados.

La afección contenida en el artículo 74 de la Ley General Tributaria alcanza a los bienes y derechos objeto de tales transmisiones, tanto si son muebles como inmuebles y con independencia de que tengan o no acceso a un registro público.

Cuantitativamente, la protección del artículo 74 es mucho más amplia que la de los artículos 71 y 73, pues no conoce limitación alguna.

5.2. Titularidad del derecho.

A pesar de que el artículo 74 de la Ley General Tributaria no especifica nada en este sentido, resulta evidente, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley General Presupuestaria, que dicha garantía corresponde tanto a la Hacienda del Estado como a los Organismos Autónomos del Estado. Asimismo, el derecho de afección garantizará también los créditos en favor de las Comunidades Autónomas (Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas de 22 de septiembre de 1980).

5.3. Limitaciones al ejercicio del derecho de afección.

El derecho de afección regulado por el artículo 74 de la Ley General Tributaria otorga a la Hacienda Pública un derecho de persecución de la cosa, con independencia de que ésta cambie de dueño. Esta cuestión convierte al derecho de afección en un derecho real de garantía ejercitable *"erga omnes"*. Sin embargo, el propio artículo 74 establece algunas limitaciones:

1.- El tercero adquirente protegido por la fe pública registral.

2.- El adquirente que justifique la adquisición de los bienes con buena fe y justo título o en establecimiento mercantil o industrial, en el caso de bienes muebles no inscribibles.

5.4. Concurrencia con otros acreedores privilegiados.

Como he dicho en reiteradas ocasiones, uno de los principales problemas que actualmente presenta la regulación de los créditos privilegiados es el de su dispersión normativa, pues existen diversos preceptos que determinan con términos absolutos la preferencia de un crédito frente a los restantes acreedores. Produciéndose la paradoja de que en ocasiones son varios los créditos que gozan de preferencia frente a la totalidad de los restantes acreedores.

Este es el caso del derecho de afección regulado en el artículo 74 de la Ley General Tributaria, debido a que en su redacción se habla del privilegio del derecho de afección cualquiera que sea el poseedor del bien. Pero, ¿qué ocurrirá cuando el poseedor de un bien afecto a la responsabilidad del pago garantizado por el artículo 74 de la Ley General Tributaria mantenga también otras deudas cuyos créditos sean igualmente privilegiados? Piénsese, por ejemplo, en un empresario que mantiene deudas con sus trabajadores de las protegidas por el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En mi opinión, se trata en la mayoría de los casos de un problema procesal que dependerá de quién realice la ejecución del bien objeto del litigio. Si se trata de un bien sujeto a la correspondiente publicidad registral, el órgano que efectúe la ejecución deberá proceder a la misma manteniendo la carga que supone el derecho de afección (siempre que esté inscrita), exceptuando las ejecuciones efectuadas por los Juzgados de lo Social en defensa de los créditos denominados *"superprivilegiados"* de los trabajadores y, en su caso, por el Fondo de Garantía Salarial cuando se haya subrogado en los mismos; aunque esta cuestión no resulta del todo pacífica, como más adelante explicaré.

En definitiva, si es la Seguridad Social (u otro acreedor privilegiado, a excepción de los citados créditos "*superprivilegiados*" del artículo 32.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores) la que, a través de la correspondiente Unidad de Recaudación Ejecutiva, está realizando la ejecución de un bien sujeto a publicidad registral, deberá mantener como carga subsistente el derecho de afección de ese bien a la responsabilidad del pago contenido en el artículo 74 de la Ley General Tributaria.

Sin embargo, cuando el bien objeto de ejecución no esté sujeto a publicidad registral, sucederá que el órgano que lleve a cabo dicha ejecución desconocerá la afección del mismo (salvo que por parte de los órganos de recaudación del Estado se ejerciten las correspondientes acciones), y el adquirente será un tercero de buena fe que evidentemente estará protegido por las limitaciones

contenidas en el propio artículo 74 de la Ley General Tributaria.

Consecuentemente, para que pueda hacerse valer la garantía del derecho de afección será necesario que ésta se encuentre debidamente inscrita, pues, en caso contrario, el adquirente de buena fe resultará protegido en su titularidad. Siempre dejando a salvo de la preferencia otorgada en favor de los trabajadores por el artículo 32.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, aunque en este caso hay que recurrir al peregrino argumento de la *"lex posterior"*, considerando la reforma introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, pues, en caso contrario, la preferencia también le correspondería al derecho de afección garantizado en el artículo 74 de la Ley General Tributaria[275]. En todo caso, podríamos estar una vez más ante la problemática que se deriva de la diferencia entre prioridad en la ejecución y preferencia para el cobro.

(275) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 414 (ver su nota a pie de página nº 23).

6. EL DERECHO DE RETENCIÓN.

(Normativa aplicable: Artículo 75 L.G.T.; Artículo 38 del R.G.R.; Artículo 21 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad y Artículo 9 del Real DecretoLegislativo 1.299/1986, de 28 de junio, por el que se modifica el texto refundido de los impuestos integrantes de la Renta de Aduanas).

6.1. Cuestiones teórico-doctrinales.

LUIS DÍEZ PICAZO[276] define el derecho de retención como: *"aquella facultad concedida u otorgada por la Ley a un acreedor, permitiéndole continuar en la detentación de una cosa más allá del tiempo en que debió entregarla a su deudor, o bien como el derecho del detentador de una cosa a retardar la restitución hasta obtener la satisfacción de un crédito del que es titular".*

El mismo autor sostiene que *"el derecho de retención constituye una forma de garantía en cuanto que la continuación o la perpetuación de la detentación de la cosa asegura económicamente al acreedor que su crédito le será pagado. Es, sin embargo, una garantía poco vigorosa, pues el acreedor sólo ostenta la facultad de continuar la detentación y de rehusar la restitución. Carece, en cambio, de un poder de realización del valor de los bienes para resarcirse de su crédito con el producto obtenido, pues en tal caso existiría propiamente un derecho de prenda y no un derecho de retención".*

Por otra parte, como señala BELTRÁN DE HEREDIA[277], tres son los elementos que componen la estructura del derecho de retención: a) posesión o detentación de la cosa; b) existencia de un crédito a favor del retentor; y c) conexión entre el crédito y la cosa.

Una de las cuestiones que más se han debatido por la doctrina es la naturaleza jurídica del derecho de retención. Partidario de la naturaleza real, que constituye la línea tradicional dentro de la doctrina italiana, es CASIMIRO CARAVELLI[278]; en nuestra doctrina, entre otros, sostienen

(276) DÍEZ-PICAZO, LUIS; "Fundamentos de Derecho Civil...", (obra citada en la NPP nº 240, pág. 295); pág. 578 y ss.

(277) BELTRÁN DE HEREDIA, PABLO; "El derecho de retención"; Revista de Derecho Privado, 1952; pág. 1.007.

(278) CARAVELLI, CASIMIRO; "Teoria della compensazione e diritto di retenzione"; Milano 1940; pág. 311.

también la naturaleza real del derecho de retención BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE[279], PÉREZ DE AYALA Y GONZÁLEZ GARCÍA[280] y FERREIRO LAPATZA[281].

Sin embargo, la opinión mayoritaria defiende la naturaleza personal del derecho de retención, pudiendo citar, entre otros a LUIS DÍEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS[282], PABLO BELTRÁN DE HEREDA[283], DIEGO ESPÍN CÁNOVAS[284], LUIS DÍEZ PICAZO[285] y ÁNGEL MARÍA LÓPEZ LÓPEZ[286]. En este sentido, como acertadamente dice LUIS DÍEZ PICAZO, *"el derecho de retención no genera la reipersecutoriedad que es propia de los verdaderos derechos reales. El titular del derecho de retención puede retener la cosa, pero no puede recuperarla si ha pasado a manos de un tercero.*

Tampoco es eficaz el derecho de retención frente a los demás acreedores. Si los demás acreedores embargan la cosa o se produce un concurso o una quiebra del deudor, el titular del derecho de retención sólo estará protegido si, además del derecho de retención, ostenta un derecho de preferencia o un privilegio para el cobro. Pero si no es así, el titular del derecho de retención no puede pretender, frente a los demás acreedores, un cobro preferente con el producto del bien o de los bienes que retiene". No parece que la intención del legislador fuera dotar a este derecho de retención de un privilegio similar al contenido en el artículo 918 del Código de Comercio para los acreedores con prenda constituida por escritura pública, según el cual, dichos acreedores no tienen obligación de llevar a la masa los bienes dados en prenda, a menos que la representación de la quiebra los quisiera recobrar satisfaciendo íntegramente el crédito a que estuvieran afectos. Consecuentemente, considero que en el caso de iniciarse un proceso de quiebra, los bienes retenidos de conformidad con el artículo 75 de la Ley General Tributaria deberán integrarse en la masa de la quiebra, aunque, es un tema sobre el que pueden plantearse dudas

---

(279) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA; "Comentarios a la legislación hipotecaria vól. I"; Segunda Edición, Ed. Aranzadi 1974; pág. 149 y ss.

(280) PÉREZ DE AYALA - GONZÁLEZ GARCÍA; "Curso de derecho tributario"; vól. I, 2ª Edición, Edersa, Madrid 1978.

(281) FERREIRO LAPATZA, J.; "Curso de derecho financiero Español"; I.E.F., Madrid 1980, 4ª edición; pág. 522.

(282) DÍEZ PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO; "Sistema de ...", (obra citada en la NPP nº 100, pág. 166); pág. 137.

(283) BELTRÁN DE HEREDA, PABLO; "El derecho de...", (obra citada en la NPP nº 277, pág. 324); pág. 578 y ss.

(284) ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO; "Manual de Derecho Civil español"; vól III, Ed. Revista de Derecho Privado, 4ª edición, Madrid 1974, pág. 311-312.

(285) DÍEZ-PICAZO, LUIS; "Fundamentos de Derecho Civil...", (obra citada en la NPP nº 240, pág. 295); pág. 582.

(286) LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL MARÍA; "Retención y Mandato"; publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza 1976; pág. 41 y ss.

integrarse en la masa de la quiebra, aunque, es un tema sobre el que pueden plantearse dudas razonables en uno u otro sentido.

En favor de la naturaleza personal del derecho de retención se pronunció el Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de junio de 1941: *"el derecho de retención, como prórroga de la facultad de retener, está limitado y circunscrito a las relaciones entre acreedor y deudor y constituye defensa de éste y no privilegio en relación a terceros"*.

En definitiva, la situación del retentor puede resumirse, siguiendo a JUAN HERRERO MADARIAGA[287], del siguiente modo:

> a) Tiene en todo caso la facultad de retener en su poder, denegando su restitución, los bienes objeto del derecho de retención,hasta tanto no le sea enteramente satisfecho su derecho de crédito.
>
> b) No podrá adquirir por usucapión los bienes retenidos, por cuanto que su posesión no lo es en concepto de dueño. Y, asimismo, tampoco tiene ningún tipo de derechos sobre los frutos que en su caso puedan producir los bienes retenidos.
>
> c) El retentor, en contra de lo que ocurre con el titular del derecho de prenda no tiene un derecho de realización directa sobre los bienes retenidos.
>
> d) El derecho de retención tiene una eficacia *erga omnes*, mientras que las cosas objeto del mismo se encuentran en poder del retentor, quien podrá hacer valer su derecho frente a cualquiera que le reclame la entrega de las mismas, no pudiendo verse privado de la cosa retenida hasta tanto no se le satisfaga su derecho de crédito.
>
> e) Ahora bien, si la cosa objeto del derecho de retención no se encuentra en poder del titular por haber perdido ésta la posesión, el derecho de retención no tiene ya una eficacia *erga omnes*, ya que no genera un derecho de reipersecutoriedad.
>
> f) Además de esta limitación de su eficacia *erga omnes*, tampoco resulta eficaz el derecho de retención frente a los demás acreedores, por cuanto que no genera un privilegio por sí mismo. El crédito del retentor puede ser un crédito privilegiado , pero tal condición en ningún caso le viene conferida por la existencia del derecho de retención[288]

El propio JUAN HERRERO MADARIAGA, en la obra citada, destaca el fortalecimiento de la garantía del crédito tributario cuando el derecho de retención coincide con el privilegio general, regulado en el artículo 71 de la Ley General Tributaria, o bien con el derecho de afección de bienes del artículo 74.1 de la Ley General Tributaria.

---

(287) HERRERO MADARIAGA, JUAN; "Algunas observaciones...", (obra citada en la NPP nº 260, pág. 312); págs 261-262.

(288) Partiendo de la base de que el derecho de retención no confiere ningún privilegio a su titular, GULLÓN BALLESTEROS señala que sí tiene un algo de preferencia frente a los demás acreedores en el sentido siguiente: *"El propietario puede disponer de la cosa retenida, mas como no puede transferir sino su derecho, tal como le tiene, si la enajena, el que adquiere, siendo sucesor singular del propietario, está obligado como éste a entregar al tenedor de ella el importe de su crédito, lo que verdaderamente le constituye un derecho de preferencia frente a los otros acreedores"*. "La prelación de créditos ...", (obra citada en la NPP nº 72, pág. 143); pág. 28.

precepto, el derecho de retención difícilmente puede tener encaje en impuestos que no sean los específicamente aduaneros. Destacando el carácter subsidiario del derecho de retención frente a otras formas de garantía del crédito tributario, como queda señalado por el artículo 75 *"in fine"* de la Ley General Tributaria; carácter subsidiario que, en la actualidad, viene confirmado por el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 1.299/1986, de 28 de junio, por el que se modifica el texto refundido de los impuestos integrantes de la Renta de Aduanas (modificando concretamente lo dispuesto en el artículo 32 de dicho texto refundido).

6.2. Conclusiones prácticas.

A pesar de que el derecho de retención no otorga al crédito tributario ningún privilegio con respecto a los restantes acreedores, lo cierto es que la confluencia de las garantías reguladas en los artículos 71 y 74 de la Ley General Tributaria con el derecho de retención, otorgan a la Hacienda Pública una posición notablemente fortalecida en relación con los restantes créditos del deudor[289]. Y ello es fundamentalmente debido a que si la Hacienda Pública tiene en su poder un determinado bien, siempre resultará más sencillo llevar a cabo su ejecución (piénsese, por ejemplo, en la simple posibilidad de mostrar los bienes que van a ser ejecutados a los posibles licitadores; de todos es sabida la dificultad que entraña un proceso de pública subasta si los bienes no han podido ser analizados por las personas interesadas en realizar alguna puja).

El verdadero problema en materia de concurrencia de acreedores, en relación con el derecho de retención, se plantea cuando la ejecución es instada por otro acreedor. Imaginemos que la ejecución del bien retenido es llevada a cabo por un Juzgado de los Social como consecuencia de la existencia de un crédito salarial garantizado por el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, ¿podrá el adjudicatario solicitar la entrega del bien retenido por la Hacienda Pública? En principio, atendiendo el tenor literal del artículo 75 de la Ley General Tributaria, la Hacienda Pública tiene derecho de retención frente a todos.

Por otro lado, ¿quién decide que un determinado crédito es preferente a otro? En mi opinión, será necesario iniciar con carácter previo a la ejecución el correspondiente juicio de tercería, y una vez reconocido el mejor derecho de un determinado crédito con respecto al de la Hacienda Pública, ésta vendrá obligada a entregar el bien retenido al adjudicatario del mismo en

(289) HERRERO MADARIAGA, JUAN: "Algunas observaciones...", (obra citada en la NPP nº 260, pág. 312); págs 266 y ss.

Hacienda Pública, ésta vendrá obligada a entregar el bien retenido al adjudicatario del mismo en la ejecución llevada a cabo por el acreedor que ostentaba un mejor derecho *"reconocido"* que el de la Hacienda Pública.

Consecuentemente, es fácil apreciar el problema que puede suponer para los restantes acreedores, aún preferentes, llevar a cabo la ejecución de un bien retenido en aplicación del artículo 75 de la Ley General Tributaria.

7. LAS GARANTÍAS CAUTELARES.

ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO, en su estudio sobre las garantías del crédito tributario, define como garantías cautelares las reguladas en el párrafo segundo del artículo 74 y en el artículo 76 de la Ley General Tributaria, que si bien cumplen, en último término, la misma función de aseguramiento del crédito tributario que las restantes garantías examinadas, no obstante, tienen un ámbito de aplicación diferente(290).

7.1. El párrafo 2 del artículo 74 de la Ley General Tributaria.

El mencionado párrafo 2 del artículo 74 de la Ley General Tributaria hace depender la efectividad de determinados beneficios al ulterior cumplimiento por el contribuyente de los requisitos exigidos:

> **Art. 74.** 2. Siempre que la Ley reguladora de cada tributo conceda un beneficio de exención o bonificación cuya definitiva efectividad dependa del ulterior cumplimiento por el contribuyente de cualquier requisito por aquélla exigido, la Administración hará figurar el total importe de la liquidación que hubiera debido girarse de no mediar el beneficio fiscal, la que se hará constar por nota marginal de afección en los Registros Públicos.

Este artículo está actualmente complementado por lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 37 del Reglamento General de Recaudación: *"Dicha nota será solicitada por el Delegado de Hacienda, a menos que la liquidación se consigne en el documento que haya de acceder al Registro, en cuyo caso la nota de afección se extenderá de oficio"*. (En el mismo sentido, la Regla 23 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad).

Evidentemente, los tributos a los que hace referencia el párrafo segundo del artículo 74 serán los que graven los bienes y derechos transmitidos. En cualquier caso, la duda podría plantearse cuando los bienes y derecho transmitidos no estén sujetos a publicidad registral.

---

(290) RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO; "Las garantías del crédito...", (obra citada en la NPP nº 238, pág. 294); págs. 215-216.

L. CORRAL GUERRERO[291] considera lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 74 como una garantía de obligaciones tributarias: *"En su opinión, la concesión de exenciones o bonificaciones fiscales condicionadas al cumplimiento de cualquier requisito convierten a la obligación tributaria en una obligación sometida a condición suspensiva, [...]. Y es, precisamente, para garantizar esa obligación tributaria condicional en situación de pendencia o suspensión de su eficacia, ante la incertidumbre de un eventual incumplimiento por el sujeto pasivo de los requisitos para la concesión de un beneficio fiscal, como surge la necesidad para la Administración financiera de establecer esa garantía real de afección de bienes bajo forma de nota marginal de afección en los Registros Públicos correspondientes"*.

7.2. El artículo 76 de la Ley General Tributaria.

El artículo 76 de la Ley General Tributaria establece que el Estado, las Provincias y los Municipios podrán exigir la constitución de garantías cuando se acuerde el fraccionamiento o aplazamiento en el pago de la deuda tributaria.

Este artículo 76 se completa con lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento General de Recaudación, que en su apartado 2 añade lo siguiente: *"Estas garantías se constituirán conforme a las normas por las que se rigen y surtirán los efectos que les son propios según el Derecho Civil, Mercantil o Administrativo"*.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo preceptuado por el propio Reglamento General de Recaudación, en los artículos 48 y siguientes, en materia de aplazamiento y fraccionamiento del pago.

Es interesante resaltar que tanto la concesión del aplazamiento o fraccionamiento en el pago de la deuda, como la exigibilidad en la constitución de las garantías es un acto discrecional de la Administración. En este sentido, discrepo de las opiniones doctrinales que, amparándose en el artículo 61 de la Ley General Tributaria, consideran obligatorio la constitución de las garantías[292].

---

(291) CORRAL GUERRERO, L.; "La afección tributaria de bienes"; Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de León, 1972, núm. 2; pág. 20-22.

(292) Ver:
PÉREZ DE AYALA Y GONZÁLEZ GARCÍA; "Curso de derecho...", (obra citada en la NPP nº 280, pág. 325); pág. 334.
RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO; "Las garantías del crédito...", (obra citada en la NPP nº 238, pág. 294); págs. 215-216.

La discrecionalidad de la Administración en la exigibilidad de las garantías viene determinada, en primer lugar, por la propia redacción del artículo 76: *"podrán exigir"*. Pero, además, el Reglamento General de Recaudación contempla esa posible discrecionalidad en distintos preceptos: Así, el artículo 39.1 se refiere también a que la Hacienda Pública *"podrá exigir que se constituyan garantías"*; el apartado 3 del artículo 51 posibilita la solicitud de la exención total o parcial de la garantía; el apartado 4 del artículo 52 dice que *"no se exigirá garantía cuando el peticionario sea una Comunidad Autónoma, Organismo Autónomo, o Corporación Local"*, y el artículo 53 regula de forma específica la dispensa de garantías.

No obstante, la dispensa en la constitución de garantías que, en mi opinión, tiene una mayor importancia práctica, viene determinada por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52 del Reglamento General de Recaudación: *"Se considerará garantizada la deuda cuando, estando en período ejecutivo, se haya realizado con relación a ella anotación preventiva de embargo en registro público de bienes de valor suficiente, a juicio de los órganos de recaudación"*. Es decir, cuando el aplazamiento o fraccionamiento se solicite estando la deuda en período ejecutivo (cuestión que sucede en gran número de ocasiones), no será necesario aportar garantías si previamente se ha realizado un embargo *"de valor suficiente"* por parte del órgano encargado de la recaudación ejecutiva.

Esta fórmula utilizada por el Reglamento General de Recaudación, que constituye una de sus novedades con relación a su precedente normativo. (Decreto 3.154/1968, de 14 de diciembre), es la misma que utiliza el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre) y su Orden de Desarrollo, de 8 de abril de 1992[293].

La importancia práctica a la que anteriormente me ha referido se ocasiona por el *"beneficio"* que puede suponer para el deudor el hecho de no tener que acudir a una entidad financiera para solicitar el oportuno aval bancario, o el ahorro que le podría suponer con relación a la constitución de una garantía hipotecaria. Del mismo modo, en caso de incumplimiento de las condiciones del aplazamiento, la Administración también se podría ver favorecida a la hora de ejecutar; pues, como establece el artículo 111 del Reglamento General de Recaudación, si la deuda estuviera garantizada, se procederá en primer lugar a ejecutar la garantía. Y siempre resultará menos complicado para el órgano de recaudación ejecutiva llevar a cabo la ejecución de un bien que previamente había sido embargado por él mismo, en lugar de proceder a la ejecución de una

(293) Ver artículo 29.1 de la citada Orden de 8 de abril de 1992.

garantía hipotecaria a través del procedimiento administrativo de apremio; cuestión que , cuando menos, resulta discutible.

Esta modificación en la necesidad de constituir garantías, cuando existe previamente un embargo de valor suficiente, ha ocasionado que, al menos en materia de Seguridad Social, la totalidad de los aplazamientos solicitados en estas circunstancias sean concedidos por la Tesorería de la Seguridad Social manteniendo los embargos previamente realizados, sin necesidad de exigir nuevas garantías. Únicamente podrían cuestionarse esta situación cuando el crédito que pretende garantizarse coincida con un crédito salarial protegido por el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que se mantuviese la tesis de la naturaleza personal, y no real, de la anotación preventiva de embargo; pues, en ese caso, el crédito en favor de la Hacienda Pública (o de la Seguridad Social) estaría mejor protegido con una garantía hipotecaria que mediante la correspondiente anotación preventiva de embargo.

No obstante, como desarrollaré en el capítulo siguiente, considero que actualmente las tesis más acertadas son las que defienden la naturaleza real de la anotación preventiva de embargo, si bien, limitando su eficacia a los créditos nacidos con posterioridad a dicha anotación preventiva.

8. LA INCIDENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN LA EJECUCIÓN DEL CRÉDITO TRIBUTARIO.

En el capítulo 4º de la primera parte, he analizado en profundidad la incidencia de los procedimientos concursales o de ejecución universal en la ejecución del crédito de la Seguridad Social. Las conclusiones allí realizadas son evidentemente de aplicación en el supuesto de que la concurrencia del procedimiento concursal se produzca con la ejecución de un crédito tributario; por lo tanto, me remito a lo desarrollado en dicho capítulo 4º de la parte primera, en relación con la incidencia de los procedimientos concursales en la ejecución.

Únicamente quiero destacar dos cosas relativas a la concurrencia con la ejecución de los créditos tributarios: 1.- La primera, hacer referencia a la normativa específica contenida en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Estado, aprobado por el Real Decreto 1.684/1990, en cuyo artículo 95 se establece lo siguiente[294]:

> **Art. 95.** *Concurrencia de procedimientos.*
>
> 1. En los casos de concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y procedimientos de ejecución o concursales universales, judiciales y no judiciales, la preferencia para la continuación en la tramitación del procedimiento vendrá determinada por la prioridad en el tiempo de los mismos con arreglo a las siguientes reglas, que serán aplicadas por los órganos de recaudación, salvo resolución en contra de los órganos judiciales competentes en materia de conflictos de jurisdicción.
>
> a) En los procedimientos administrativos de apremio se estará a la fecha de la providencia de embargo.
>
> b) En los procedimientos de ejecución o concursales universales, se estará a la fecha de la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos, a la del auto de declaración en los de concurso de acreedores y quiebras y a la de la resolución con que se inicie el procedimiento de ejecución en los demás casos.
>
> 2. Los Juzgados y Tribunales están obligados a facilitar a los órganos de recaudación, en el ejercicio de sus funciones, información relativa a los procedimientos judiciales de ejecución universal en cuanto la misma se refiera a datos con trascendencia para la recaudación de los tributos y demás ingresos de derecho público.

2.- En segundo lugar, voy a insistir en una idea que ya he analizado en el capítulo 4º de la primera parte, consistente en la graduación de créditos que se establece en los artículos 912, 913

(294) Como puede observarse, la redacción es similar a la que posteriormente se contempla en el artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992, que desarrolla el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

y 914 del Código de Comercio.

Cuando los créditos tributarios y los de la Seguridad Social no ejerciten el correspondiente derecho de abstención, se graduarán conforme establece el Código de Comercio en los artículos citados anteriormente. Graduación que se realizará dividiendo los créditos en dos secciones: la primera comprenderá los créditos que hayan de ser satisfechos con el producto de los bienes muebles de la quiebra, y la segunda los que hayan de pagarse con el producto de los bienes inmuebles.

Ahora bien, del análisis del artículo 913 se desprende que los créditos de la Seguridad Social son preferentes a los tributarios, siempre que la graduación se efectúe en un proceso de quiebra; pues, el privilegio del crédito de la Seguridad Social se encuentra garantizado en el apartado D) del punto 1º de dicho artículo 913 (debido a la remisión efectuada por el artículo 22 de la nueva Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994), mientras que la preferencia del crédito tributario se encuentra recogida en el punto 3º del mismo artículo 913 del Código de Comercio.

En consecuencia, como ya decía en el capítulo 4º de la primera parte, no coincido totalmente con las conclusiones elaboradas en el Dictamen del Consejo de Estado sobre prelación de créditos (Madrid, 23 de enero de 1992), ya que, en mi opinión, cuando la graduación de créditos se produce dentro de un proceso de quiebra (y únicamente en estos casos) los créditos tributarios deberán posponerse a los créditos de la Seguridad Social garantizados por el artículo 913.1º D) del Código de Comercio.

Esto es así porque la regulación específica del proceso de quiebra se encuentra recogida en el Código de Comercio, y no debe verse afectada por las posteriores modificaciones que se hayan efectuado en relación con los privilegios de los distintos créditos, cuyo ámbito se limita a las controversias que se puedan plantear en el derecho común, pero no en un proceso de quiebra. Puede suceder, eso sí, que existan créditos cuyo privilegios alcance también al proceso de quiebra, como es el caso de los créditos salariales, pero ello se debe a que su propia normativa hace referencia expresa a tales situaciones concursales (art. 32.4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores); igualmente, el legislador ya se ha preocupado de remitir la preferencia del crédito de la Seguridad Social al artículo 913 del Código de Comercio. Sin embargo, aquellos créditos privilegiados en los que no se hace una mención expresa a la graduación en los procesos de quiebra, limitarán su privilegio al derecho común (expresión que ahora debe utilizase en contraposición al derecho concursal) y, consecuentemente, se graduarán en el proceso de quiebra de conformidad con lo

dispuesto en el punto 3º del artículo 913 del Código de Comercio.

CAPÍTULO 5º

LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN 339
2. NATURALEZA JURÍDICA 343
   2.1. El carácter constitutivo de la anotación 343
   2.2. Discusión sobre su carácter de derecho personal o derecho real 349
   2.3. Conclusiones 358
3. LA PREFERENCIA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO . 363
   3.1. Sobre los créditos nacidos con posterioridad 365
   3.2. Sobre los créditos nacidos con anterioridad 369
   3.3. Conclusión 373
4. LA NUEVA REGLA SEGUNDA DEL ARTÍCULO 175 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO 376

1. INTRODUCCIÓN.

Supongo que uno de los problemas habituales con los que se encuentra cualquier persona a la hora de abordar un trabajo de estas características es que la idea inicial que originó la puesta en marcha del proyecto se ve continuamente asaltada por las múltiples incidencias de su desarrollo, provocando una extraña sensación por no poder puntualizar al máximo algunas cuestiones que, debido al estudio pormenorizado de las mismas, terminan convirtiéndose en objetivos tan apetecidos como el propio esquema inicial del proyecto.

Esa extraña sensación he tenido yo a la hora de desarrollar este capítulo dedicado a la anotación preventiva de embargo, sin embargo, a nadie se le escapa que el excesivo desarrollo de alguna de estas cuestiones incidentales supondría el inmediato abandono de la idea inicial para comenzar con ello la realización de un trabajo diferente al originalmente planteado.

Con la intención de no abandonar la idea fundamental de este trabajo, analizaré en el presente capítulo la incidencia de la anotación preventiva de embargo en relación con el crédito de la Seguridad Social, subrayando la importancia que para dicho crédito tiene el fortalecimiento de su garantía mediante la anotación preventiva de embargo.

En la actualidad, como señala ANA MARÍA BAYÓN MARINÉ[295] en su trabajo sobre la anotación preventiva de embargo, existen una serie de discrepancias, tanto doctrinales como jurisprudenciales, en torno al carácter constitutivo de la anotación y, fundamentalmente, sobre el carácter de derecho personal o derecho real que a dicha anotación le corresponde. La consideración de la anotación preventiva como un derecho personal o real tiene un efecto fundamental a la hora de proceder a la clasificación de los distintos créditos privilegiados, especialmente si consideramos las reservas legales establecidas por el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, o por el artículo 71 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963.

La confusa redacción de los artículos 1923 y ss. del vigente Código Civil han supuesto un oscurecimiento de la verdadera naturaleza de la anotación preventiva de embargo, confusión provocada por la posible antinomia existente entre los artículos 1923.4º y 1927.2º de dicho texto.

Lo cierto es que desde la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 hasta

(295) BAYÓN MARINÉ, ANA MARÍA; "La anotación preventiva...", (obra citada en la NPP nº 13, pág. 31); págs. 46 y ss.

nuestros días se ha producido una continua evolución de criterios en relación al privilegio concedido por la anotación preventiva de embargo, criterios que deberían clarificarse definitivamente por el legislador para evitar que los Tribunales continúen basando tan importantes decisiones en la abundante jurisprudencia contradictoria existente al respecto. Ahora bien, en mi opinión, lo primero que debería aclararse es el sentido que debe darse al privilegio de la anotación preventiva de embargo. La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 recogió de una manera tremendamente decidida (de ahí el prestigio alcanzado por la misma) el fortalecimiento del crédito hipotecario para favorecer con ello la colocación de capitales y el tráfico inmobiliario, haciendo desaparecer las denominadas hipotecas legales tácitas. No obstante, a lo largo del siglo XX se han ido fortaleciendo otros créditos (como es el caso de los créditos salariales) que sin ánimo de cuestionar su justificación han venido a enturbiar el sistema pretendido en 1861. En definitiva, resulta absolutamente necesario efectuar de forma inmediata una nueva ordenación de los distintos créditos privilegiados y afrontar con decisión la naturaleza de la anotación preventiva de embargo, debido a la incidencia que ésta tiene en cualquier proceso de ejecución.

Otra cuestión que me parece imprescindible matizar desde un primer momento es la diferencia existente entre los efectos reales de la anotación preventiva de embargo y la preferencia que el derecho sustantivo otorga a la misma. En este sentido, creo que el extraordinario y vanguardista trabajo realizado por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA[296] en el que se propone defender la naturaleza *real* de la anotación preventiva de embargo, y el efecto real absoluto, *"erga omnes"*, de dicha anotación preventiva, cae en el error de no puntualizar esta cuestión: una cosa es la defensa del efecto real absoluto (nadie discute el efecto real del crédito hipotecario, por ejemplo) y otra distinta, considerar que la anotación preventiva de embargo tenga mejor derecho que cualquier otro crédito que se inscriba con posterioridad a la misma, pues esto no ocurre ni con el propio crédito hipotecario que, como he analizado, cede ante determinados créditos privilegiados aún no inscritos o inscritos con posterioridad, como es el caso de los créditos salariales protegidos por el artículo 32.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores[297].

Así, utilizando la terminología expresada por RAMOS FOLQUÉS[298], puede decirse que la anotación preventiva de embargo tiene prioridad incluso respecto a adquisiciones y créditos

(296) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL; "El tópico de los efectos...", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32).

(297) Confrontar el capítulo 2º de esta segunda parte. Fundamentalmente en lo relativo al análisis del artículo 32.2 del Estatuto de los Trabajadores.

(298) RAMOS FOLQUÉS, RAFAEL; "La anotación preventiva de...", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32).

anteriores no inscritos en el momento de practicarse la anotación (pues, en mi opinión, la expresión *"prioridad"* debe reservarse para delimitar el orden en la ejecución), sin embargo, no puede decirse que la anotación preventiva sea preferente a todos los créditos anteriores no inscritos en el momento de practicarse ésta, debido a que existen créditos que, aún no anotados o anotados con posterioridad, son preferentes para el cobro a la anotación (véase nuevamente el privilegio de los créditos salariales, por ejemplo). En definitiva, una cosa es la prioridad para continuar con la ejecución y otra distinta la preferencia para el cobro.

Otro punto de interés en torno a las anotaciones preventivas de embargo lo constituye el análisis del criterio tradicional, mayoritariamente sostenido por la doctrina y la jurisprudencia[299], según el cual las anotaciones preventivas de embargo no prevalecen frente a adquisiciones de bienes realizadas con anterioridad a la anotación, aunque se inscriban después. RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL[300], refiriéndose a la prevalencia de la escritura inscrita después de la anotación, sobre la adjudicación en subasta dice:

> Sucediendo así las cosas ocurrirá que el rematante o el adjudicatario perderán la propiedad de la finca inscrita a nombre del tercer adquirente y el precio pagado bajo la garantía del Poder judicial. Y resultará que un tercero de buena fe que haya pujado y comprado una finca en una subasta judicial, dentro de un procedimiento legítimo tutelado por el Juez y sin que la certificación obrante en autos le advierta de ningún peligro (si el título del tercer adquirente se inscribe después de expedida aquélla), se verá despojado de su adquisición, y seguramente privado del dinero del precio, acaso pagado al mismo Juez dentro del procedimiento, puesto que habrá sido entregado al acreedor ejecutante, y el sobrante, si lo hubiere, al deudor ejecutado, o a quien tuviere derecho, y unos y otros pueden ser insolventes y hacer infructuoso todo intento de repetición. Y todo ello por el retraso voluntario de la inscripción del título del tercer adquirente, que, lejos de perjudicarle a él, como quería la exposición de motivos de la primitiva Ley, a quien perjudica es al que menos culpa tiene.

Asimismo, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA[301] dice:

---

(299) Especialmente interesante resulta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de Septiembre de 1988. Comentada por GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, JAVIER; "El embargo de inmuebles y los actos dispositivos sobre éstos antes de su anotación registral"; Revista nº 46 del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya; Octubre-Diciembre 1989; págs. 27 y ss.
Confrontar también SANMARTÍN FERRER, RAFAEL; "La concurrencia de procedimientos y de embargos en el..." (obra citada en la NPP nº 47, pág. 113); págs. 66 y 67.
Ver también las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1982; 24 de marzo, 8 de julio y 31 de octubre de 1993; 3 de noviembre de 1984; y 7 de mayo y 25 de septiembre de 1985.

(300) RICA Y ARENAL, RAMÓN DE LA; "Meditaciones Hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas"; Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año 1958; pág. 785.

(301) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL; "El tópico de los efectos...", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32); pág. 268.

> Por tanto, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3. de la Constitución), el principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos (evitando el retraso desleal; art. 7 del Código Civil) y el principio de respeto a los procesos judiciales y a las sentencias judiciales exigen no dar preferencia al titular anterior a la anotación de embargo que con su comportamiento despreció la legalidad vigente, al no acceder en tiempo oportuno a la publicidad registral y a la eficacia *erga omnes* de su derecho.

Pues bien, en la actualidad este criterio ha sido modificado por la reforma de la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, introducida por el Real Decreto 1.368/1992, de 13 de Noviembre, modificación que comentaré en el apartado cuarto del presente capítulo y que, en mi opinión, ha supuesto que actualmente se puede hablar de forma definitiva de los efectos *"erga omnes"* de la anotación preventiva de embargo y, consiguientemente, de los efectos reales de la misma, con la importantísima repercusión que ello tiene en cuestión de prelación de créditos.

2. NATURALEZA JURÍDICA.

2.1. El carácter constitutivo de la anotación.

El primer problema que surge al estudiar la anotación preventiva de embargo consiste en determinar si dicha anotación es necesaria para que exista el embargo, es decir ¿puede existir el embargo aunque no esté practicada la anotación? La respuesta a esta pregunta determinará si la anotación tiene o no carácter constitutivo.

Voy a seguir en este apartado el esquema efectuado por ANA MARÍA BAYÓN MARINÉ[302], que de forma extraordinariamente didáctica plantea las diferentes teorías doctrinales, la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la postura del Tribunal Supremo y concluye aportando una acertada visión de la cuestión considerando que *"en realidad no existe antagonismo entre los criterios doctrinales, sino diferentes formas de aplicar el vocablo constitutivo.*

Si por constitutivo se entiende que la anotación es precisa para que el embargo exista, la anotación preventiva del mismo, no es constitutiva en nuestro derecho.

Si por constitutivo se entiende que la anotación es precisa para que surja la garantía que determina la preferencia, ésta tiene carácter constitutivo".

El origen de esta posible controversia se encuentra en la redacción del artículo 43.2 de la Ley Hipotecaria que establece la obligatoriedad de la anotación preventiva de embargo de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo determinado en el artículo 1453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A.- Entre los autores que niegan rotundamente la naturaleza constitutiva de la anotación preventiva destacan los siguientes:

JORGE CARRERAS[303] afirma que es suficiente que la afección o traba del bien a la ejecución se produzca *inter partes*, para que pueda pasarse válidamente a la enajenación o

(302) BAYÓN MARINÉ, ANA MARÍA: "La anotación preventiva...", (obra citada en la NPP nº 13, pág. 31); pág. 34.

(303) CARRERAS, JORGE: "El embargo de bienes", Barcelona 1957.

adjudicación forzosa, pues ésta no precisa en absoluto del Registro.

JOSÉ Mª MANRESA Y NAVARRO[304] opina que si no puede llevarse a efecto la anotación preventiva del embargo, por no estar inscrita la propiedad a favor del ejecutante o por cualquier otro motivo, esto no es obstáculo para la continuación del juicio ejecutivo.

JOSÉ MORELL Y TERRY[305] entiende que esta anotación es necesaria y obligatoria, pero en el caso de que no se practique, no perjudica a terceros adquirentes posteriores del inmueble o derecho afectado; ni a terceros que inscriban después algún gravamen sobre los mismos, puesto que no conocen por el Registro la responsabilidad impuesta a la finca.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA[306] manifiestan que según el artículo 43 de la Ley Hipotecaria, la anotación de embargo es obligatoria, pero esta obligatoriedad no determina la invalidez del embargo no anotado, sino su inoponibilidad *erga omnes*.

B.- Entre los autores que se muestran dubitativos respecto de la naturaleza constitutiva, ANA MARÍA BAYÓN MARINÉ destaca los siguientes:

CHICO y BONILLA[307] cuya postura tradicional ha sido la de mantener la naturaleza no constitutiva fundando su opinión en la Resolución de 22 de Noviembre de 1929, que admitía que el juicio ejecutivo pudiera continuar aunque no se tomase anotación preventiva del embargo (en este sentido ver también las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Enero de 1876; 1 de Mayo de 1884 y 21 de Febrero de 1912). En la última adición de sus "Estudios sobre Derecho Hipotecario" afirman que a la vista del contenido de la Resolución de 6 de Septiembre de 1988, que parece dar sustantividad a la fecha del "embargo" y no a la de la anotación misma, no saben si convendría pasarse a la tesis de ROCA-SASTRE y considerar "constitutiva" la anotación, ya que de lo contrario se podría generar una tremenda interpretación contraria a una ley vigente.

ROCA-SASTRE es generalmente considerado como uno de los autores defensores del carácter constitutivo de la anotación preventiva del embargo. En efecto, en las primeras ediciones

(304) MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ Mª y REUS GARCÍA, JESÚS; "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil"; Madrid 1861.

(305) MORELL Y TERRY, JOSÉ; "Comentarios a la legislación Hipotecaria". Madrid 1916-1920.

(306) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS; "Derecho Inmobiliario Registral"; Barcelona 1977.

(307) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ Mª y BONILLA ENCINA, JUAN FRANCISCO; "Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral", Madrid 1964.

de su "Derecho Hipotecario" mantenía que *"la anotación es respecto del embargo, lo que la inscripción es respecto de la hipoteca"*, fundamentando esta afirmación en el artículo 43 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 1453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En posteriores ediciones, ha modificado en parte su postura, lo que ha llevado a algún autor (RIFÁ SOLER en su libro "La anotación preventiva del embargo") a opinar que ROCA mantiene al respecto tesis contradictorias porque en un determinado párrafo afirma que la anotación preventiva de embargo es de tipo constitutivo, para manifestar a continuación que dicha anotación no es un asiento de naturaleza o carácter necesario u obligado, pues el proceso de ejecución cuyo embargo no se halle anotado previamente, puede conducir también a la realización forzosa de la finca. Sin embargo, si se examina con detenimiento el razonamiento que ha llevado a ROCA a afirmar que la anotación preventiva de embargo es de tipo constitutivo, se llega a la conclusión de que la aparente contradicción no existe, y que en realidad cuando así se pronuncia, lo hace acotando el tema al del alcance de la eficacia de la anotación preventiva que considera circunscrita a los posteriores adquirentes de la finca o derecho real anotado respecto de cuyo *"reducido alcance"* entiende que puede afirmarse que la anotación de embargo es de tipo constitutivo en orden a configurar la garantía registral de índole hipotecaria que la misma presupone.

C.- La doctrina emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha inclinado por negar el carácter constitutivo de la anotación preventiva de embargo.

La Resolución de 22 de Noviembre de 1929, vino a establecer en su momento, una especie de resumen del criterio de la Dirección, estableciendo en su Considerando Sexto que *"[...] en ninguna disposición legal se emplean términos que impongan de un modo ineludible la toma de anotación preventiva, y que lo mismo las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Enero de 1876 y de 1 de Mayo de 1884, que la de 21 de Febrero de 1912, se limitan a regular los efectos del embargo no anotado respecto a terceras personas, sin afirmar la necesidad de que la anotación se tome en todo caso para que la enajenación sea válida"*.

La doctrina más moderna de la Dirección General de los Registros, niega también la naturaleza constitutiva de la anotación preventiva del embargo, así como el carácter obligatorio de la inscripción.

En este sentido, la Resolución de 6 de Septiembre de 1988, se plantea concretamente en su considerando quinto, la cuestión de si es requisito constitutivo la práctica de la anotación

preventiva del embargo, como parece apoyarlo su analogía con la hipoteca. Pero la Dirección resuelve esta cuestión afirmando que *"ha de reconocerse que en ningún precepto se establece expresamente el carácter constitutivo de la anotación preventiva. Habrá que estimarse pues [...] que rigen las normas generales de nuestro sistema, según las cuáles, la inscripción como regla no tiene carácter constitutivo [...] El carácter obligatorio de la anotación de embargo, debe conjugarse con el principio de rogación y con la realidad positiva de que [...] el embargo existe y puede ser actuado aún sin anotación preventiva"*.

La Resolución de 12 de Junio de 1989, se pronuncia también negando el carácter constitutivo de la anotación preventiva, manteniendo que *"aún sin la anotación preventiva el embargo puede ser actuado hasta el remate"*. Esta Resolución realiza un estudio del significado de la publicidad del embargo, partiendo de la Ley Hipotecaria de 1861.

D.- En cuanto a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de 27 de Septiembre de 1967, afirma que más que fijarse en la cuestión doctrinal de si la anotación de embargo tiene o no carácter constitutivo, el juzgador tiene que examinar las circunstancias en que se encuentran las personas a las que puede afectar el embargo no anotado, no permitiendo que se amparen en la publicidad formal del Registro, ni el deudor, ni quién a sabiendas haya cooperado en la realización del acto fraudulento de los derechos del embargante, pero protegiendo íntegramente a quienes de buena fe se apoyaran en la ausencia de cargas o limitaciones puestas por el Registro en el momento de su adquisición. Esta misma sentencia se plantea a continuación qué sentido tiene la obligatoriedad de la anotación resolviendo que tal obligatoriedad no existe, pero que el embargo no produce efectos plenos si no está anotado.

ANA MARÍA BAYÓN MARINÉ[308] concluye ésta reflexión sobre el carácter constitutivo o no constitutivo de la anotación del siguiente modo:

> El rápido recorrido efectuado sobre las posturas doctrinales, evidencia que aquéllos que mantienen el carácter constitutivo de la anotación del embargo, lo que hacen en definitiva es proclamar que la anotación crea una preferencia del crédito anotado sobre los que puedan inscribirse después. En este sentido, se habla incluso de que crea una especie de hipoteca judicial. Esta teoría no es en realidad más que una forma de expresar cuál es el alcance o los efectos de la anotación preventiva, ya que si ésta se practica, se

(308) BAYÓN MARINÉ, ANA MARÍA: "La anotación preventiva...", (obra citada en la NPP nº 13, pág. 31); pág. 43.

obtiene la preferencia sobre los créditos y actos dispositivos posteriores, y si no se practica no se consigue tal preferencia, y probablemente los autores que se decantan por defender la naturaleza constitutiva de la anotación, no han querido decir otra cosa diferente.

Sin embargo, quienes mantiene que esta anotación no tiene carácter constitutivo, basan su afirmación en que el embargo puede efectuarse y llevarse hasta el remate sin que se haya practicado la anotación preventiva del embargo. Como puede observarse, lo que estos autores están manteniendo es que la inscripción registral no es requisito indispensable para el nacimiento y pervivencia del embargo, es decir, que el embargo existe y tiene vida propia sin necesidad de su anotación en el Registro de la Propiedad. Por consiguiente, más que tratarse de posturas antagónicas, lo que ocurre es que ambos grupos de autores, están empleando el término «constitutivo» para referirse a cuestiones diferentes. Unos dicen que la anotación de embargo «constituye» una garantía sobre los créditos posteriores a la anotación, y otros dicen que la anotación no es constitutiva porque el embargo puede proseguir sin ella y llegar a producir sus plenos efectos. En consecuencia opino que incluso es posible que prescindiendo del término «constitutivo», los primeros opinan respecto del problema que contemplan los segundos lo mismo que ellos y viceversa.

La doctrina que defiende la naturaleza constitutiva de la anotación preventiva del embargo, se fija en realidad en los efectos que tal anotación produce, efectos a los que me referiré al hablar de la preferencia que la anotación otorga. Por su parte, la doctrina que niega este carácter constitutivo contempla la cuestión desde la óptica de la necesidad de la inscripción, y desde ésta es evidente que la anotación de embargo no es constitutiva en nuestro Derecho, porque sin la anotación del embargo, continua habiendo embargo y pueden producirse las consecuencias que del mismo se derivan. Y ello es así porque no hay ni en el Código Civil, ni en la Ley Hipotecaria, ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ningún precepto que diga que para que el embargo pueda producir sus efectos, sea preciso su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Cuestión aparte será la de que el embargo no anotado carecerá de la preferencia que tiene el anotado, por lo cual, la anotación resulta útil y conveniente y probablemente sólo en este sentido es «obligatoria». Es decir, que la obligatoriedad se impone como requisito para obtener la preferencia. Sin anotación no hay garantía, no hay preferencia crediticia y otro acreedor puede conseguir la subasta y el remate de la finca en un juicio ejecutivo paralelo.

Para finalizar este apartado en el que coincido plenamente con la conclusiones realizadas por ANA MARÍA BAYÓN MARINÉ, considero que únicamente debería añadirse una nueva matización: Si la anotación preventiva de embargo no tiene naturaleza constitutiva, pero la ausencia de la misma determina su inoponibilidad *erga omnes*, ¿cuál sería el alcance de la no inscripción de un embargo cuando se trate de un crédito singularmente privilegiado?, me explico, en la ejecución de un crédito tan singularmente privilegiado como el crédito salarial de los treinta últimos días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, garantizado por el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980, de 10 de Marzo, otorgándole preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca, ¿qué sucederá si efectuado el embargo de bienes que corresponda, éste no es anotado en el Registro de la Propiedad?

En mi opinión, el crédito salarial protegido por el artículo 32.1 y 32.2 del Estatuto de los Trabajadores goza indudablemente de mejor derecho que los restantes créditos y, consecuentemente, es oponible frente a dichos créditos aunque no esté inscrita en el Registro la oportuna anotación preventiva de embargo, si bien, para defender el mejor derecho que les corresponde deberán iniciar el procedimiento de tercerías antes de la posible adjudicación del bien embargado en la ejecución que pueda efectuarse por cualquiera de los restantes créditos, todo ello según lo dispuesto por el artículo 1533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido, podría decirse que el embargo, en algunos supuestos, es oponible *erga omnes* aunque no se encuentre anotado en el Registro de la Propiedad, cuestión que fortalece aún más el carácter no constitutivo de la anotación preventiva de embargo; sin embargo, no puede decirse que estos créditos salariales sean oponibles *erga omnes* en todos los casos, pues, si bien se puede decir esto respecto a los restantes créditos siempre que se defienda el mejor derecho, no puede decirse lo mismo respecto a las transmisiones patrimoniales que se produzcan con posterioridad al embargo no anotado, debido a que el tercero de buena fe que adquiere la propiedad del bien confiado en la realidad del Registro no puede verse defraudado por un embargo anterior que no había sido anotado, con independencia de las responsabilidades que por parte de los acreedores puedan exigirse al anterior titular por el posible alzamiento de bienes.

En definitiva, se puede afirmar que existen embargos que sin necesidad de practicar la anotación preventiva de los mismos pueden oponerse frente a los restantes gravámenes; ahora bien, para que estos embargos sean también oponibles frente a posibles enajenaciones efectuadas con posterioridad, será necesario que se haya practicado la correspondiente anotación preventiva de los mismos.

Voy a terminar insistiendo nuevamente sobre las conclusiones efectuadas por ANA MARÍA BAYÓN MARINÉ[309] en relación con el carácter constitutivo de la anotación:

> Si por constitutivo se entiende que la anotación es precisa para que el embargo exista, la anotación preventiva del mismo, no es constitutiva en nuestro derecho.
>
> Si por constitutivo se entiende que la anotación es precisa para que surja la garantía que determina la preferencia, ésta tiene carácter constitutivo".

(309) BAYÓN MARINÉ, ANA MARÍA: "La anotación preventiva...", (obra citada en la NPP nº 13, pág. 31); pág. 34.

A lo que habría que añadir las excepciones que acabo de matizar.

2.2. Discusión sobre su carácter de derecho personal o derecho real.

La controversia existente entre los defensores de la naturaleza personal de la anotación preventiva de embargo y los que defienden el carácter de derecho real de la misma se ha convertido durante el último siglo en una discusión habitual dentro de este campo del Derecho, su origen se encuentra en la posición mantenida por la Comisión de Codificación que elaboró la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, obra calificada de magistral por diversos autores y que ha tenido una extraordinaria influencia posterior en la doctrina(310). Como se desprende de la lectura de dicha exposición de motivos, una de sus preocupaciones esenciales era el fortalecimiento del acreedor hipotecario, haciendo desaparecer las antiguas hipotecas legales tácitas y, al mismo tiempo, cuando se refiere a las hipotecas judiciales (anterior denominación de las anotaciones preventivas de embargo) su preocupación se centra en garantizar que el deudor no vacíe de contenido su patrimonio durante la sustanciación del juicio:

> **Exposición de Motivos.** [...] Más a poco que se consideren los distintos casos en que puede haber lugar a la hipoteca judicial, se observa que, si bien en algunos, como sucede en el de la tutela y curaduría, tiene un carácter en cierto modo permanente, siendo la aplicación de una ley civil, casi siempre se constituye para que sea respetada la administración de justicia, para evitar que se eludan las sentencias, haciendo el demandado con actos propios imposible la ejecución del fallo. Entonces su objeto sólo dura mientras dura el juicio y se ejecuta la sentencia; puede así decirse, que más que a las leyes que deben comprenderse en el Código Civil, se refiere a los procedimientos; que las leyes que la establecen o autorizan no crean un derecho verdadero, sino que garantizan un derecho constituido al parecer, aunque controvertido, y que su carácter es tan transitorio como el peligro que se trata de evitar. Por esto la comisión, dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que a la denominación antigua de *hipoteca judicial*, debía sustituir la de *anotación preventiva*, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecución cumplida. [...] Constituidas en nuestro estado actual las hipotecas judiciales, que en adelante, según el proyecto, llevarán el nombre de anotaciones preventivas, solamente para asegurar la consecuencias de un juicio, no declaran ningún derecho, ni menos convierten en *real* el que no tenía antes semejante carácter: no puede decirse de ellas que son el premio de la carrera, como en otra nación se ha dicho,[...] el acreedor que obtiene a su favor una anotación preventiva, cuyo objeto sea garantizar las consecuencias de un fallo, sólo gozará de preferencia sobre los que tengan contra el mismo

(310) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL; en "El tópico de los efectos...", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32), habla de *"impresionante exposición de motivos"*, *"monumento legislativo"* y *"la exposición de motivos que más admiro"*; pág. 238.

deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación. Ni podía ser de otra manera sin violar los principios de justicia.

A lo largo del presente apartado analizaré las diversas posturas doctrinales, utilizando nuevamente el trabajo realizado por ANA MARÍA BAYÓN MARINÉ, y profundizaré en las ideas desarrolladas por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en defensa del efecto real absoluto de la anotación preventiva de embargo.

A.- LA ANOTACIÓN PREVENTIVA COMO DERECHO PERSONAL.

Esta teoría, como es lógico, tiene su principal apoyo en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861.

MORELL, en la obra citada(311), sostiene que las anotaciones de embargo no constituyen un derecho real y no producen por tanto los efectos que se le asigna a la inscripción de estos derechos. Por ello, la garantía provisional que la anotación representa, no puede perjudicar a aquellos derechos que tuviesen el carácter de preferentes con arreglo al Derecho Civil aunque no estuviesen inscritos ni anotados con anterioridad.

En su conjunto, podría afirmarse, que los autores que defienden la naturaleza de derecho personal de la anotación preventiva del embargo, lo que hacen en realidad, es combatir su posible naturaleza de derecho real, arguyendo en esencia, que esta figura carece de los elementos que caracterizan a los derechos reales, que son:

a) Carácter inmediato de disposición sobre la cosa

b) Carácter absoluto de poder sobre la cosa

Carece de poder inmediato sobre la cosa, dicen autores como DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, PUIG PEÑA, CASTÁN, etc., porque a pesar de la práctica de la anotación, los bienes continúan estando dentro de la esfera jurídica de su titular que no ha perdido ninguna facultad sobre ellos. Además no se dan, dicen, las notas de *ius persequendi* y de *ius praelationis* que caracterizan este poder inmediato.

No se da la nota del *"ius persequendi"* -dicen estos autores- porque el acreedor no tiene un poder directo de agresión sobre los bienes embargados, pudiendo sólo ejercitar la acción ejecutiva en el caso de que reúna los debidos presupuestos de procedibilidad (Fenech, por

(311) MORELL Y TERRY, JOSÉ; "Comentarios a la...", (obra citada en la NPP nº 305, pág. 344).

ejemplo).

Tampoco -siguen opinando- se da la nota del *"ius praelationis"* porque la ley no otorga el privilegio como consecuencia de la naturaleza intrínseca de la anotación preventiva del embargo, sino que el efecto preferente, viene a dimanar del carácter inherente al del crédito que ha dado origen a la anotación (Cámara, por ejemplo).

Carece de poder absoluto, porque no tiene efectividad *erga omnes*, sino que su eficacia queda limitada a los titulares de los créditos contraídos con posterioridad a la anotación.

Sin embargo, en mi opinión, estos argumentos utilizados por los defensores de las tesis personalistas pueden ser fácilmente rebatidos en la actualidad: En realidad, cuando sostienen que la anotación carece de poder inmediato sobre la cosa porque los bienes continúan estando dentro de la esfera jurídica de su titular, ¿qué diferencia existe con la hipoteca? donde los bienes también continúan dentro de la esfera de su titular.

Dicen estos autores que en la anotación no se da la nota del *"ius persequendi"*, criterio que no puede ser compartido al amparo de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Tampoco se da, en opinión de estos autores, la nota del *"ius praelationis"* porque la Ley no otorga el privilegio como consecuencia de la naturaleza intrínseca de la anotación preventiva; no obstante, es necesario considerar que los créditos simples incluidos en el artículo 1925 del Código Civil obtienen con la anotación preventiva del embargo un evidente grado preferencial. Lo mismo puede decirse de los créditos de la Seguridad Social, entre otros créditos privilegiados, que con la anotación obtienen una mejora de su protección.

Por último, defienden esta teoría basándose en que carece de poder absoluto, porque no tiene efectividad *"erga omnes"*. En mi opinión, como más adelante recogeré, éste es uno de los criterios que decididamente se encuentra modificado en la actualidad tras la reforma de la regla segunda del artículo 175 del Reglamento hipotecario, pudiendo añadirse que con respecto a los créditos contraídos con posterioridad a la anotación muy pocos discuten su efecto real, a pesar de que se pierdan en cuestiones terminológicas (pudiendo recogerse una excepción que regularmente estoy utilizando a título de ejemplo: los créditos salariales del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, frente a los que no se puede decir que la anotación sea preferente aunque se haya practicado con anterioridad al nacimiento de los mismos, sin embargo, esta problemática que alcanza a la anotación preventiva es también extensiva a los créditos hipotecarios inscritos con anterioridad al nacimiento de los créditos salariales, aunque nadie discute su naturaleza real).

En definitiva, considero que defender en la actualidad la naturaleza personal de la anotación preventiva de embargo no tiene excesivos argumentos para su justificación, siendo una rémora del pasado que se basaba en los criterios recogidos por la prestigiosa exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861.

B.- POSTURAS INTERMEDIAS.

MAZUELOS[312] opina que las anotaciones preventivas de embargo tienen en nuestro derecho un doble carácter:

- El de verdadero derecho real en favor del anotante frente a los actos dispositivos y créditos contraídos por el deudor con posterioridad a la propia anotación, dotada de fe pública registral.

- El de un verdadero *"ius ad rem"* de garantía sobre los créditos y actos dispositivos realizados por el deudor con anterioridad a la anotación, porque al gozar de las ventajas del principio de publicidad, impone a los terceros posteriores, las consecuencias de la acción ejercitada.

C.- LA NATURALEZA DE DERECHO REAL.

CHICO Y BONILLA[313], en la obra citada, afirmaban que: *"dada la analogía del embargo con la hipoteca ordinaria, es lógico que para que el embargo se considere perfectamente constituido, será preciso que el acto judicial trabándolo se haga constar en el Registro de la Propiedad"*.

PUIG BRUTAU[314] opina que *"las anotaciones constitutivas como la del embargo, crean mediante el asiento de anotación una verdadera garantía de efectos reales semejante a la hipoteca [...] como lo demuestra el párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y lo reconoce la resolución de 22 de Noviembre de 1929"*.

ROCA SASTRE[315] califica la anotación preventiva de embargo de *"garantía registral de tipo*

(312) MAZUELOS, JUAN Mª; "Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1955.

(313) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ Mª y BONILLA ENCINA, JUAN FRANCISCO; "Apuntes de Derecho...", (obra citada en la NPP nº 307, pág. 344).

(314) PUIG BRUTAU, JOSÉ; "Nueva Enciclopedia...", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32).

(315) ROCA SASTRE, RAMÓN Mª; "Derecho Hipotecario", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32).

hipotecario" que sólo afecta a ulteriores adquirentes de la cosa o derecho real anotado, afirmando a continuación que en este círculo reducido de los posteriores adquirentes de la finca o derecho anotado, la garantía registral que despliega la anotación preventiva de embargo, se acerca a la hipotecaria.

RAMOS FOLQUÉS[316], afirma que *"quien ha anotado el embargo trabado en los bienes inscritos a favor de su deudor, goza de los beneficios de la fe pública registral derivada de la inscripción de dominio de su deudor inscrito, y de los efectos aseguradores que la legislación hipotecaria atribuye a las anotaciones preventivas"*. Mantiene el mismo autor en otro trabajo posterior[317] que *"la anotación de embargo es en todo similar a la hipoteca en cuanto a sus efectos, por aplicación de los principios de legitimación, prioridad y fe pública registral, que son igualmente aplicables a la anotación de embargo, puesto que el legislador no distingue"*, lo que lleva a la conclusión de que la anotación de embargo prevalece sobre adquisiciones y créditos anteriores no inscritos.

Entre los autores que defienden el carácter de derecho real de las anotaciones preventivas de embargo, merece una especial atención JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA quien sostiene el efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español. Más adelante volveré a analizar algunos aspectos de la obra de este autor al que, evidentemente, hay que reconocer una importante visión de futuro en sus decididas afirmaciones.

D.- LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

Inicialmente, siguiendo el criterio de la Ley Hipotecaria de 1861, tanto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como las Resoluciones de la Dirección General se inclinan mayoritariamente por el carácter personal de la anotación preventiva de embargo; así, la Sentencia de 17 de Marzo de 1978 cita como doctrina reiterada que la anotación preventiva de embargo no genera otros efectos que los de considerar que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados solamente frente a los acreedores que tengan contra el mismo deudor otros créditos contraídos con posterioridad a la anotación.

La Sentencia de 2 de Marzo de 1990 afirma que la anotación preventiva de embargo no

(316) RAMOS FOLQUÉS, RAFAEL; "La anotación preventiva de...", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32).

(317) RAMOS FOLQUÉS, RAFAEL; "El precedente Real en las anotaciones de embargo"; Revista de Derecho Privado; 1952.

altera la naturaleza del crédito que asegura y que nunca convierte en derecho real el crédito anotado si no tenía ya ese carácter.

Sin embargo, ese criterio no es unánime debido a la existencia de otras Sentencias que mantienen la naturaleza real del embargo preventivo:

La Sentencia de 21 de Febrero de 1966 afirma que el embargo *"origina un derecho de análogas características al real, y que recae inmediatamente sobre una cosa y se puede hacer valer frente a todos, es decir, concurren en él las dos facultades esenciales del derecho real, a saber: el «ius persequendi» que autoriza a hacerse con el bien aunque su titularidad haya variado con posterioridad al embargo mismo, y el «ius prioritatis», que garantiza al primer embargante en el tiempo, la preferencia jurídica en la satisfacción de su derecho; es un verdadero derecho de realización de valor en funciones de garantía para el cumplimiento de una obligación"* (considerando Sexto).

Importante por su posterior repercusión en la doctrina y en la jurisprudencia, es la sentencia de 14 de Diciembre de 1968 que afirma que la anotación preventiva de embargo implica la constitución de un derecho real de realización de valor al servicio de la garantía del pago de una deuda dineraria, y viene a ser como una hipoteca judicial.

Como jurisprudencia más actual puede citarse:

Sentencia de 13 de Diciembre de 1982 que afirma: *"la anotación preventiva de embargo constituye un derecho real de realización o valor o una especie de hipoteca judicial"*, aunque después mantenga que no goza de los beneficios protectores de la fe pública registral.

Sentencia de 25 de Septiembre de 1988 que sostiene que *"es indudable que concurren en la anotación preventiva de embargo, los caracteres de inmediatividad y de absolutividad propios de los derechos reales sobre bienes inmuebles, aunque sus efectos no se asimilen totalmente a los del típico derecho real de garantía, es decir, a la hipoteca, pues así como respecto de ésta y por aplicación de los principios hipotecarios y más concretamente del principio de fe pública registral, el contenido del Registro al tiempo de la inscripción se considera exacto e íntegro, prevaleciendo en consecuencia sobre los actos dispositivos o de gravamen que no constan en sus asientos aunque sean anteriores, sin embargo, las referidas anotaciones preventivas no modifican la situación jurídica preexistente a su acceso al Registro"*.

Una reciente Sentencia, la de 3 de Julio de 1990, vuelve a subrayar el carácter de derecho real de la anotación de embargo, aunque mantiene que la anotación por sí sola no atribuye un rango preferente al crédito. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1991,

considera que el privilegio de los créditos salariales no contenidos en los números 1 y 2 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores cede ante los créditos con derecho real, pero sólo en los supuestos en que con arreglo a la Ley Hipotecaria sean preferentes, entre los que se incluyen las anotaciones de embargo comprendidas en los artículos 44 y 42.2 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1.923.4 del Código Civil.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, se ha mostrado en general más proclive a mantener la naturaleza obligacional de la anotación preventiva de embargo, que su posible naturaleza real, y las pocas Resoluciones que se acercan a esta segunda postura, lo hacen con mucha cautela. La Resolución de 13 de Junio de 1952, insiste en este criterio. En estos últimos años, la Dirección General de los Registros, ha dictado algunas resoluciones en las que se habla del carácter de derecho real de la anotación preventiva del embargo.

Así, la Resolución de 6 de Septiembre de 1988, hace en su Considerando tercero una comparación entre la hipoteca y la traba de embargo, afirmando que esta última *"no produce vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que lo determina, sino que la vinculación opera en beneficio del proceso por lo que la anotación del embargo para nada altera la naturaleza del crédito del actor que sigue siendo un derecho personal"*. Esto no implica sin embargo, continúa el Considerando cuarto *"que el embargo en sí, carezca de trascendencia real ya que es una medida cautelar que a la vez que confiere a los órganos judiciales poderes inmediatos sobre las cosas, restringe claramente las facultades dominicales"*. De aquí que el Considerando quinto comience diciendo que *"Admitida la trascendencia real del embargo ..."*.

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de Junio de 1989, reproduce los Considerandos tercero, cuarto y quinto de la Resolución citada anteriormente.

Las Resoluciónes de 7 de Julio de 1989 y 26 de Julio del mismo año, aunque no hacen referencia expresa a la naturaleza real del embargo, mantienen importantes tesis en la que se presupone tal naturaleza de derecho real.

E.- LA TESIS DEL EFECTO REAL ABSOLUTO MANTENIDA POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.

Como he dicho anteriormente, este autor merece un especial comentario dentro de los defensores del efecto real de la anotación preventiva de embargo, pues es el único que actualmente defiende el efecto real absoluto de la anotación. Pero, ¿qué quiere decir el efecto real absoluto de la anotación?, lo que quiere decir este autor es que la anotación preventiva de embargo ostenta una

preferencia absoluta, con respecto a los restantes créditos, a partir de su fecha de inscripción en el Registro, y ello porque considera que existe una antinomia entre los artículos 1923.4º y 1927.2º del Código Civil que debe ser resuelta en favor del segundo. Consecuentemente, a juicio del mismo, la anotación no sólo tiene preferencia sobre los créditos posteriores sino también sobre los anteriores que accedan al Registro con posterioridad a dicha anotación.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA[318] inicia su reflexión reconociendo que *"la posición doctrinal mayoritaria, prácticamente unánime, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo señalan claramente el efecto limitado de las anotaciones preventivas de embargo, en el sentido de que sólo tienen efecto respecto a adquisiciones y créditos posteriores, no respecto a adquisiciones y créditos anteriores, aunque se hagan constar éstos en el Registro después de la anotación. Este es el tópico existente, muy difícil de superar"*.

Dice además que el origen del tópico se encuentra en la posición mantenida por la Ley Hipotecaria de 1861 sobre la anotación preventiva de embargo, explicada incluso con detalle en su impresionante exposición de motivos.

Finaliza, tras realizar una gran argumentación, con las siguientes conclusiones:

> *Primera.-* Existe actualmente un tópico en la doctrina y en la jurisprudencia en el sentido de que las anotaciones de embargo sólo tienen eficacia respecto a actos y créditos posteriores.
>
> *Segunda.-* El tópico tiene su base en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y en la frase del artículo 1923.4º, *«sólo en cuanto a créditos posteriores»*, sin tener en cuenta que la citada exposición de motivos ha sido superada en este punto concreto -no en otros- por la legislación posterior, y que la frase literal del número 4º del artículo 1923 tiene otra interpretación vía criterio lógico y sistemático.
>
> *Tercera.-* Existe entre los artículos 1923.4º, y 1927.2º, del Código Civil una aparente antinomia que la doctrina y jurisprudencia han olvidado, a diferencia de otras antinomias dentro del Código Civil, como la de los artículos 759 y 799 en materia de condiciones testamentarias, y la de los artículos 623 y 629 en materia de perfección de la donación,que han merecido una mayor atención y profundización que la de los artículos 1923.4º, y 1927.2º.
>
> *Cuarta.-* Debe prevalecer el artículo 1927.2º, y la preferencia absoluta de la anotación de embargo a partir de su fecha de prioridad registral, porque es un precepto específico de «prelación», y no simplemente de «clasificación».
>
> *Quinta.-* El artículo 1923.4º, dentro de su propio contexto (preferencia sobre bienes inmuebles determinados) no puede ser confundido, ni mezclado ni extravasado por créditos anteriores sobre los demás bienes del deudor a que se refiere el artículo 1924, ni mucho menos por créditos comunes que no tienen ninguna fecha a efectos de prelación según resulta de los artículos 1925 y 1929, no afectando ni los unos ni los otros a los

(318) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL; "El tópico de los efectos...", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32); pág. 237.

créditos con anotación preventiva de embargo.

Sexta.- El crédito anotado debe prevalecer sobre el crédito hipotecario inscrito después de la anotación, aunque como crédito escriturario fuese anterior a la anotación,pues la prelación como crédito escriturario no es la del artículo 1923 -que opera sobre inmueble determinado-, sino la del artículo 1924 -que opera sobre los restantes bienes-. En este sentido son acertadas las Sentencias de 8 de Abril de 1965 y la de 10 de Marzo de 1973 y no las posteriores de 21 de Febrero de 1975 y de 5 y 19 de Octubre de 1981.

Séptima.- Hay importantes autores y bastantes Sentencias del Tribunal Supremo que, frente a la tesis del derecho personal, señalan la naturaleza de derecho real de la anotación de embargo, lo que revela la inconsecuencia de premisa a consecuencia, y de causa a efecto, pues luego señalan el efecto limitado de la anotación de embargo, pero que en todo caso representan un primer paso interesante para llegar en un momento ulterior a la tesis del efecto real absoluto de la anotación preventiva de embargo que en este trabajo se defiende.

Octava.- El tópico del efecto limitado de las anotaciones de embargo fomenta consecuencias gravísimas en contra de la seguridad jurídica (principio constitucional: art. 9,1º, de la Constitución), del respeto a la ejecución y eficacia de las sentencias y procesos judiciales y de la buena fe en el ejercicio de los derechos, por lo que debe ser superado tal tópico, tal como entienden RAMOS FOLQUÉS, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI y yo mismo, autor de este trabajo.

Novena.- El posible abuso de embargo, con tendencia a cubrir todo evento, embargando bienes desproporcionados para la cuantía de la deuda, se podría eliminar con mayor contundencia y convicción si los bienes sobre los que operase el embargo proporcionasen al acreedor una mayor garantía.

Décima.- La similitud de efectos entre hipoteca y anotación de embargo que aquí se defiende debería llevar a una equiparación de los titulares de una y otra, a efectos de la interpretación del artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que en el juicio ejecutivo fuesen citados no sólo los titulares de hipotecas, sino también los titulares de anotaciones preventivas de embargo como verdaderas hipotecas judiciales.

Undécima.- Debe cuidarse la forma de la constitución de estas hipotecas judiciales que, en definitiva, constituyen las anotaciones de embargo, de modo que se constituyan por decisión del Juez a través de auto o providencia dictada por el Juez y en virtud de mandamiento que ejecute la providencia o auto dictado por el Juez competente, pues el embargo es un acto trascendental para la persona del deudor y su patrimonio, en concordancia con el efecto real absoluto que en este estudio se defiende.

Duodécima.- El presente estudio ha pretendido señalar una serie de argumentos en favor del efecto real absoluto de las anotaciones preventivas de embargo, partiendo de su prioridad registral, pretendiendo coadyuvar, en la medida de lo posible, a un tratamiento más justo y adecuado de la anotación preventiva de embargo, con plena aplicación de las normas civiles, procesales y registrales a la misma, frente a los titulares de derechos o créditos que con desidia, negligencia y retraso desleal en el tráfico en el ejercicio de sus derechos (buena fe del artículo 7 del Código Civil) descuidan la constancia registral de tales derechos frente a los acreedores que han obtenido una hipoteca judicial sobre la finca, cual es el embargo.[319]

(319) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: "El tópico de los efectos...", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32); pág. 275 y ss.

2.3. Conclusiones.

Después de haber analizado la postura de las distintas teorías doctrinales, en cuya labor ha sido esencial la recopilación realizada por la obra de ANA MARÍA BAYÓN MARINÉ, he llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: La anotación preventiva de embargo tiene en la actualidad naturaleza de derecho real, siendo preferente a todos los créditos nacidos con posterioridad a su inscripción registral, con excepción, lógicamente, de los créditos denominados superprivilegiados (artículo 32.1 y 32.2 del Estatuto de los Trabajadores) a los que una Ley posterior al vigente Código Civil (Ley 8/1980, de 10 de Marzo) les concede un mejor privilegio. Excepción que también debe aplicarse a los siguientes créditos privilegiados:

a) Los comprendidos en el artículo 1923.1º y 2º del Código Civil, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1927 de dicho Código(320).

b) Los garantizados por los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963(321).

c) Los protegidos por el artículo 9.5ª de la Ley de Propiedad Horizontal(322).

d) En el ámbito del Derecho Marítimo, los créditos privilegiados por su legislación específica(323).

SEGUNDA: La anotación preventiva de embargo es asimismo preferente a los créditos nacidos con anterioridad a la misma a los que el derecho sustantivo no ha otorgado ningún privilegio, es decir, los contenidos en el artículo 1925 del Código Civil cuando no hayan sido anotados.

TERCERA: Tras la reforma de la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, efectuada por el Real Decreto 1.368/1992, de 13 de Noviembre, puede concluirse

(320) Confrontar el capítulo 1º de esta segunda parte; pág. 145.

(321) Confrontar el capítulo 4º de esta segunda parte; pág. 291.

(322) Confrontar el capítulo 7º de esta segunda parte; pág. 411.

(323) Confrontar el capítulo 6º de esta segunda parte; pág. 381.

que la anotación preventiva de embargo es preferente a las enajenaciones inscritas con posterioridad a dicha anotación aunque se refieran a enajenaciones anteriores, siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta.

Más adelante volveré sobre esta importante modificación que puede responder a una histórica preocupación por la defensa de la realidad registral(324).

CUARTA: Me parece interesante volver sobre la reflexión que he realizado en la introducción de éste capítulo, en la que he matizado que una cosa es el efecto real de la anotación preventiva de embargo y otra la preferencia que el derecho sustantivo otorga a la misma. Porque nadie discute la naturaleza real del crédito hipotecario inscrito, pero esto no significa que sea preferente a todos los demás créditos inscritos con posterioridad, ya que la preferencia del crédito hipotecario cede, entre otros, ante los reiterados créditos salariales del artículo 32.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores o ante los créditos protegidos por el artículo 1923.1° y 2° del Código Civil. Afirmación que igualmente se puede realizar sobre los créditos garantizados con la anotación preventiva de embargo.

QUINTA: En mi opinión, lo verdaderamente interesante de la cuestión son los efectos que producen una y otra teoría y lo cierto es que, salvo ligeras matizaciones, muy pocos discuten que la anotación preventiva de embargo goza de preferencia sobre los créditos nacidos con posterioridad, si bien me sorprende que no se hayan precisado por algunos autores las ideas que he recogido en las dos primeras conclusiones. En consecuencia, puede afirmarse que la problemática se resume a una cuestión terminológica, dejando siempre a salvo las distintas matizaciones expuestas.

SEXTA: Esa cuestión terminológica tiene un interés especial a la hora de analizar la garantía otorgada por algunas normas que reservan el privilegio en ellas contenido a la existencia

(324) Según ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO ("Derecho Hipotecario"), *"aplicado efectivamente el sistema de inoponibilidad de títulos (art. 606 del Código Civil, art. 313 de la Ley Hipotecaria y Artículo 1° Ley Hipotecaria: los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales) la anotación preventiva se convertiría en privilegio de rango similar al hipotecario, limpiaría las cargas ocultas del título (pues no se admitirían los título extrarregistrales: enajenaciones, gravámenes o créditos, aunque fuesen anteriores en documento privado o público si no estaban inscritos) fundamentaría la eficacia y seguridad de los procedimientos ejecutivos, y evitaría las maniobras defraudatorias de los deudores"*.

o no de un derecho real inscrito con anterioridad, tal es el caso del privilegio otorgado por el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores[325], o por el artículo 71 de la Ley General Tributaria, por ejemplo.

En relación con el citado artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, si consideramos el efecto real de la anotación preventiva de embargo, ésta tendrá preferencia sobre los créditos salariales incluidos en el citado apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, con la repercusión que ello tiene sobre el crédito de la Seguridad Social que, como decía en el capítulo primero de la primera parte, obtendrá un mejor rango preferencial si garantiza su crédito mediante la constitución de la anotación preventiva de embargo.

SÉPTIMA: La anotación preventiva de embargo no tiene naturaleza constitutiva y, consecuentemente, no será necesaria para poder efectuar la enajenación en pública subasta de los bienes embargados.

En este sentido, se plantea la dificultad del ejercicio de los derechos de los acreedores privilegiados, debiendo distinguirse:

1.- Los acreedores superprivilegiados (art. 32.1 y 2 del ET) cuando enajenen judicialmente una finca embargada, "aún no anotada", tendrán mejor derecho para el cobro de las cantidades obtenidas que la totalidad del resto de acreedores, aunque se encuentren garantizados por su inscripción en el Registro de la Propiedad; ahora bien, es preciso tener en cuenta que la garantía ofrecida por el artículo 32.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores hace referencia a la preferencia para el cobro, pero no a la prioridad en el ejecución.

2.- Los restantes créditos privilegiados gozarán de preferencia frente al resto de los acreedores de conformidad con lo dispuesto por el Derecho sustantivo, no siendo absolutamente necesaria la anotación preventiva de embargo, si bien, como ocurre con el crédito de la Seguridad Social, la anotación preventiva de embargo de un crédito privilegiado reforzará su privilegio y afianzará su garantía frente a la posible aparición de otros créditos como pueden ser los hipotecarios.

En consecuencia, únicamente los créditos denominados superprivilegiados mantiene la

(325) Art. 32.3 Los créditos por salarios no protegidos en los números anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

totalidad de su garantía aunque no se practique su anotación preventiva, pues los restantes créditos privilegiados, aún manteniendo dicho carácter, pueden ver mermado su mejor derecho por no efectuar la anotación preventiva del mismo (con la aparición de un crédito hipotecario inscrito en el Registro, por ejemplo).

OCTAVO: Puede decirse que la anotación preventiva de embargo constituida sobre un determinado inmueble convierte al crédito de la Seguridad Social en un crédito "singularmente privilegiado". Me explico: los créditos que ostentan algún tipo de privilegio pueden clasificarse en créditos privilegiados y créditos singularmente privilegiados (el resto deben denominarse créditos ordinarios). A su vez, serán créditos privilegiados aquellos que ostentan una especial garantía con relación a la totalidad del patrimonio del deudor, siendo los singularmente privilegiados aquellos que centran su privilegio sobre determinados bienes concretos del deudor (un inmueble, por ejemplo).

En consecuencia, los créditos privilegiados tendrán un ámbito de garantía más amplio (pueden trabar cualquier bien del patrimonio del deudor, siempre atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero, al mismo tiempo, ese ámbito será menos específico que el que le corresponde a un crédito singularmente privilegiado (que basa su garantía exclusivamente en bienes concretos del patrimonio del deudor).

En definitiva, el crédito de la Seguridad Social que a tenor de lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, tiene la consideración de crédito privilegiado, se convierte en un crédito "singularmente privilegiado" desde el momento en que se practique la correspondiente anotación preventiva de embargo sobre un determinado bien del patrimonio del deudor.

NOVENO: Lo verdaderamente importante de la cuestión recogida en el punto anterior radica en el análisis de lo dispuesto por el Código Civil en materia de clasificación de créditos, toda vez que el artículo 1921 dice lo siguiente:

> **Art. 1921** Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen.

A continuación, el Código Civil garantiza en primer lugar los créditos singularmente privilegiados (dedicando el artículo 1922 a la protección de determinados bienes muebles y al artículo 1923 a la protección de determinados bienes inmuebles) y posteriormente, en el artículo 1924, regula la preferencia de los restantes bienes muebles e inmuebles, es decir, la preferencia de los restantes créditos privilegiados.

Se puede concluir diciendo que el hecho de practicar la anotación preventiva de embargo por parte de los Recaudadores Ejecutivos de la Seguridad Social atribuye al crédito de la misma una importante mejora dentro de la graduación establecida por el Código Civil, trasladando su protección del artículo 1924 (artículo al que remite el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social) al artículo 1923, que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1921 tendrá un mejor rango preferencial.

3. LA PREFERENCIA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.

La determinación del grado preferencial que le corresponde a la anotación preventiva de embargo con relación a los restantes acreedores ha ocasionado una larga controversia en nuestro derecho, tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial, controversia que posiblemente esté provocada por la contradictoria redacción del vigente Código Civil.

El origen de esta controversia se encuentra en la redacción del artículo 44 de la Ley Hipotecaria de 1861 que, al regular la preferencia de la anotación preventiva de embargo, determinaba:

> **Art. 44** El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42, será preferido en cuanto a los bienes anotados solamente a los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a dicha anotación.(326)

En mi opinión, es importante hacer hincapié en la redacción de la Ley de 1861, pues matiza la preferencia diciendo: *"contraídos con posterioridad"*, redacción que resulta más afortunada que la actual del Código Civil, ya que el vigente artículo 1923.4 se refiere a la preferencia de la anotación sólo en cuanto a créditos posteriores, no aclarando si esa posterioridad es en el tiempo o en la preferencia. Además, suponiendo que haga referencia a los créditos temporalmente posteriores, ¿a cuál se refiere?, ¿a los [illegible]idos con posterioridad o a los anotados con posterioridad? Como puede verse, la redacción de la Ley Hipotecaria de 1861 era más concreta al hacer referencia a los créditos contraídos con posterioridad.

Más tarde, la publicación del Código Civil de 1889, en una redacción que ha sido continuamente criticada por la doctrina, regula la preferencia de la anotación preventiva de embargo en los artículos 1923.4º y en el artículo 1927.2º.

La Ley Hipotecaria de 1909, al tratar de adaptarse al Código Civil, cambia la redacción originaria del artículo 44 de la Ley de 1861, *"enturbiando"* a juicio de muchos la claridad de lo

(326) Este criterio fue ratificado por numerosas Sentencias (Sentencias de 9 de Mayo de 1873; 23 de Septiembre de 1873; 20 de Marzo de 1874; 17 de Junio de 1875; 5 de Septiembre de 1878; 10 de Octubre de 1882 y 19 de Febrero de 1886).

allí preceptuado[327]. El nuevo artículo 44 quedó redactado así:

> **Art. 44** El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42, tendrá para el cobro de su crédito, la preferencia establecida en los artículos 1923 y siguientes del Código Civil.

Esta modificación ha sido interpretada por algunos autores opinando que sólo tenía por finalidad adaptarse al Código Civil; otros, sin embargo, consideran que la repercusión es mayor, poniendo de relieve la contradicción ente los artículos 1923.4º y 1927.2º del Código Civil. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA[328], al hablar de la Ley de 1909, no duda que ésta quiso dar a la anotación del embargo plenos efectos, pues dice que el legislador de 1909 hizo una cosa más con el embargo: darle *"efecto real"* a las anotaciones, ya que en el último párrafo del artículo 24 (equivalente al actual 38 de la Ley Hipotecaria), equipara ambas figuras en relación con el tercer poseedor. Además, el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se refiere a las cargas y gravámenes anteriores y posteriores, no habiendo duda de que entre las mismas está la anotación del embargo.

Por último, la Ley Hipotecaria de 20 de Diciembre de 1944, y su definitiva redacción de 8 de Febrero de 1946, vigente en la actualidad, introdujo de nuevo una modificación en su artículo 44, en el que en lugar de remitirse a los artículos 1923 y siguientes del Código Civil, lo hace sólo al artículo 1923. Algunos autores, como señala ANA MARÍA BAYÓN MARINÉ, no han dado importancia a esta supresión, sin embargo, según buena parte de la doctrina, la nueva redacción puso fin a la polémica acerca de la interpretación que debía darse a la anterior remisión.

En consecuencia, vista la evolución experimentada, la actual regulación de la preferencia del crédito garantizado mediante la anotación preventiva de embargo se encuentra recogida en el artículo 44 de la vigente Ley Hipotecaria:

> **Art. 44** El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1923 del Código Civil.

Siendo la redacción del artículo 1923.4º del Código Civil la siguiente:

---

(327) Ver pág. 78 y ss. de BAYÓN MARINÉ, ANA MARÍA; "La anotación preventiva...", (obra citada en la NPP nº 13, pág. 31).

(328) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL; "El tópico de los efectos...", (obra citada en la NPP nº 16, pág. 32); pág. 250.

Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:

> 4º Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecuciones de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores.

Ahora bien, ¿qué interpretación se debe dar al contenido del artículo 1923.4º? y ¿cuál será la correcta utilización de este artículo en relación con el artículo 1927.2º del mismo texto? Se trata de una labor hermenéutica extraordinariamente complicada debido a la confusa redacción existente en la actualidad y que, necesariamente, obliga a puntualizar el criterio temporal recogido por el artículo 1923.4º del Código Civil.

Partiendo de los antecedentes normativos existentes y, en concreto, atendiendo a lo que disponía la Ley Hipotecaria de 1861, considero que cuando el artículo 1923.4º hace referencia a la preferencia *"sólo en cuanto a créditos posteriores"* deberá entenderse en un sentido puramente temporal, es decir, sólo en cuanto a créditos *"nacidos con posterioridad a la anotación"*.

Con la finalidad de analizar de forma estructurada la preferencia de la anotación preventiva de embargo en relación con los restantes acreedores, voy a hacer la siguiente clasificación:

- CRÉDITOS NACIDOS CON POSTERIORIDAD A LA ANOTACIÓN.
  - A.- Créditos no privilegiados.
  - B.- Créditos privilegiados.
  - C.- Créditos singularmente privilegiados.
  - D.- Créditos superprivilegiados.
- CRÉDITOS NACIDOS CON ANTERIORIDAD A LA ANOTACIÓN.
  - A.- Créditos no privilegiados.
  - B.- Créditos privilegiados.
  - C.- Créditos singularmente privilegiados.
  - D.- Créditos superprivilegiados.

3.1. Sobre los créditos nacidos con posterioridad.

A.- **Créditos No Privilegiados**.- Aquellos créditos que nacidos con posterioridad a la fecha de la anotación preventiva de embargo no ostenten ningún privilegio especial según el Derecho

sustantivo, evidentemente, serán posteriores en el orden preferencial a los créditos garantizados con la anotación preventiva de embargo.

B.- **Créditos Privilegiados.**- Los créditos que según el Derecho sustantivo gocen de un privilegio de carácter general (sobre todo el patrimonio del deudor), como es el caso de los créditos de la Seguridad Social, serán pospuestos en el orden preferencial a los créditos garantizados con anotación preventiva de embargo siempre que hayan nacido con posterioridad a dicha anotación preventiva.

Dentro de los créditos garantizados con un privilegio general ordinario, merecen especial comentario en relación con la concurrencia con una anotación preventiva de embargo los protegidos por el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, a pesar de que el citado artículo les atribuye la condición de singularmente privilegiados, es evidente que se trata de un privilegio general ordinario sobre todos los bienes del empresario(329).

Como he dicho anteriormente al hablar de la controversia sobre la naturaleza real o personal de la anotación preventiva de embargo, el litigio entre los créditos garantizados por el artículo 1923.4º del Código Civil y los garantizados por el artículo 32.3º del Estatuto de los Trabajadores (así como los garantizados por otras normas que introduzcan a su preferencia una limitación real), se resolverá en función de la consideración que se realice sobre la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de embargo.

En mi opinión, al considerar la naturaleza real de la anotación preventiva de embargo, los créditos salariales garantizados por el artículo 32.3º del Estatuto de los Trabajadores, cuando hayan sido originados con posterioridad a la fecha de la anotación, deberán posponerse en el orden preferencial a los garantizados por el artículo 1923.4º del Código Civil. Reflexión que también puede hacerse extensiva a otras normas del Derecho que introduzcan limitaciones reales a la preferencia que regulen, como es el caso del artículo 71 de la Ley General Tributaria.

C.- **Créditos Singularmente Privilegiados.**- Son créditos singularmente privilegiados aquellos cuyo privilegio recae sobre determinados bienes del deudor (un inmueble, por ejemplo). Centrándome en la garantía sobre los bienes inmuebles, puede afirmarse que los créditos garantizados por los números 1º y 2º del artículo 1923 del Código Civil (a los que hay que añadir los regulados en los artículos 73 y 74 del la Ley General Tributaria) serán preferentes a los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, aunque hayan nacido con

(329) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); 399 y ss.

posterioridad a dicha anotación preventiva. Esto es así por la redacción del ya mencionado artículo 1921 (estando ordenados dichos créditos con antelación al 1923.4º); además, el capítulo siguiente, en el controvertido artículo 1927, regula la prelación de créditos en relación a determinados bienes inmuebles:

> **Art. 1927** Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales, excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera.
>
> Si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán en cuanto a su respectiva prelación, la reglas siguientes:
>
> 1ª. Serán preferidos, por su orden, los expresados en los números 1º y 2º del artículo 1923 a los comprendidos en los demás números del mismo.
>
> 2ª. Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el número 3º del citado artículo 1923 y los comprendidos en el número 4º del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad.
>
> 3ª. Los refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro a que se refiere el número 5º del artículo 1923, gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad.

En mi opinión, el artículo 1927 está complementando lo dispuesto en el artículo 1923 y por ello matiza que entre los créditos expresados en el número 3º del citado artículo 1923 y los comprendidos en el número 4º del mismo, gozarán de prelación *"entre sí"* por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones.

Quiere esto decir que los créditos a favor del Estado, protegidos por el artículo 1.923.1º del Código Civil (cuya redacción, en mi opinión, se encuentra tácitamente derogada por el artículo 73 de la Ley General Tributaria[330]), serán preferentes *"en todo caso"* a los créditos garantizados con su anotación en el Registro, aún nacidos con posterioridad a esa anotación. Lo mismo puede decirse de los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido. Es decir, gozarán de mejor rango preferencial que los protegidos por el artículo 1923.4º, aunque se originen con posterioridad a la anotación preventiva.

Sin embargo, no pude decirse lo mismo de los créditos hipotecarios y los refaccionarios anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción, pues a pesar de que en el artículo 1923 se encuentran ordenados

(330) Confrontar el apartado 2.1 del capítulo 4º de esta segunda parte; pág. 294.

delante del número 4º, el artículo 1927 efectúa la citada matización diciendo que gozarán de prelación *"entre sí"*, por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro. Por tanto, para delimitar la preferencia de los créditos comprendidos en los números 3º y 4º del Código Civil, hay que estar a la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad. En definitiva, suponiendo que exista un crédito hipotecario nacido con antelación al crédito preventivamente anotado, pero que acceda al Registro con posterioridad a dicha anotación, la preferencia le corresponderá a la anotación preventiva de embargo.

Ahora bien, el artículo 1927.2º no dice que el crédito preventivamente anotado gozará de preferencia respecto a todos los créditos que se anoten o inscriban con posterioridad a la misma, sino que limita sus efectos a los comprendidos en los números 3º y 4º diciendo: *"entre sí"*. Por ello, pueden existir créditos que, aún no anotados o anotados con posterioridad, sean preferentes al crédito garantizado con la anotación preventiva de embargo, porque el artículo 1923.4º sólo concede preferencia a los créditos preventivamente anotados con respecto a los posteriores, pero no en relación a los anteriores preferentes aún no anotados o anotados con posterioridad[331], debido a que la anotación no muda la preferencia que tengan los créditos según el Derecho sustantivo.

En resumen, los créditos singularmente privilegiados comprendidos en los números 1º y 2º del artículo 1923 del Código Civil (a los que hay que añadir los garantizados por el artículo 73 de la Ley General Tributaria), son preferentes a los comprendidos en el número 4º aunque nazcan con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Con respecto a los restantes créditos singularmente privilegiados nacidos con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, se puede afirmar que la preferencia le corresponde a la anotación preventiva. Y, por último, con relación a los comprendidos en el número 3º del artículo 1923 del Código Civil hay que estar a lo dispuesto en el artículo 1927.2º, es decir, la preferencia en estos casos vendrá determinada *"entre sí"* por la fechas del Registro de la Propiedad.

D.- **Créditos Superprivilegiados.**- Los denominados por la doctrina créditos superprivilegiados, garantizados en el artículo 32.1 y 32.2 del Estatuto de los Trabajadores, gozan de preferencia sobre los créditos protegidos por el artículo 1923.4º, con independencia de cual sea la fecha del nacimiento del crédito salarial, dejando únicamente a salvo la problemática derivada de la prescripción en el ejercicio de las acciones por parte de los trabajadores. Asimismo,

(331) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1965; confrontar también las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 21 de Febrero de 1975, 17 de Marzo de 1978, 4 de Abril de 1980, 24 de Noviembre y 30 de Diciembre de 1986. Del mismo modo se ha pronunciado la Sala de Conflictos del citado Tribunal en Sentencias de 9 de Julio y 10 de Noviembre de 1986, y 13 de Julio de 1988.

podrían incluirse en este grupo los créditos garantizados por el artículo 9.5ª de la Ley de Propiedad Horizontal[332] y los citados créditos privilegiados por los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria.

3.2. Sobre los créditos nacidos con anterioridad.

En relación con los créditos nacidos con antelación a la fecha de la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad voy a hacer la misma distinción que en el apartado anterior:

A.- **Créditos No Privilegiados**.- Aquellos créditos a los que el Derecho sustantivo no les otorga ningún privilegio (es decir, los comprendidos en el artículo 1925 del Código Civil) tendrán que posponerse a los créditos protegidos por el artículo 1923.4º del Código Civil con independencia de que hayan nacido con antelación a la fecha de anotación en el Registro. Evidentemente, siempre que no estén anotados en el Registro, porque en ese caso dejarán de ser créditos no privilegiados.

B.- **Créditos Privilegiados** (privilegio general).- Los créditos a los que el Derecho atribuye un privilegio de carácter general gozarán de mejor rango preferencial que los garantizados mediante una anotación preventiva de embargo siempre que hayan nacido con anterioridad a la fecha de esa anotación. Esto es así porque el artículo 1923.4º atribuye la preferencia a los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes anotados, y *"sólo en cuanto a créditos posteriores"*, luego, si el crédito es anterior a la anotación preventiva de embargo, será preferente a ésta, porque, como decía anteriormente, *"el artículo 1923.4º sólo concede preferencia a los créditos preventivamente anotados con respecto a los posteriores, pero no en relación a los anteriores preferentes aún no anotados o anotados con posterioridad, como se aprende del Tribunal Supremo (Sentencia de 8 de Abril de 1965), porque la anotación no muda la preferencia que tengan los créditos según el Derecho sustantivo"*.

La preferencia de los créditos que ostentando un privilegio general hayan nacido con anterioridad a la fecha de una anotación preventiva de embargo, presenta una importante dificultad procesal, consistente en que para defender su mejor rango preferencial deberán *"necesariamente"* acudir a un juicio de tercería de mejor derecho.

Esta situación provoca en la práctica uno de los principales problemas interpretativos del

(332) Confrontar el capítulo 7º de esta segunda parte; pág. 411.

juego de las preferencias, debido a que generalmente se da el caso de que una anotación preventiva de embargo tiene mejor derecho que otra de fecha anterior en el Registro de la Propiedad, y ello está originado porque la anotación posterior en el Registro tiene su causa en un crédito privilegiado nacido con anterioridad a la primera anotación.

Ahora bien, ¿con qué finalidad se anota en el Registro un crédito que ya tiene concedida preferencia por el Derecho sustantivo? La respuesta es sencilla: porque un crédito que ostente un privilegio de carácter general, reforzará dicho privilegio con su anotación en el Registro de la Propiedad, debido a que, desde la fecha de su anotación se antepondrá a los créditos hipotecarios inscritos con posterioridad (cosa que sin la anotación no sucedería) y, además, se antepondrá a los restantes créditos que gozan de un privilegio general nacidos con posterioridad a la anotación (con independencia de que el Derecho sustantivo otorgue mejor rango preferencial al crédito nacido con posterioridad que al propio que se encuentra *"reforzado"* por la anotación).

Partiendo de una hipotética situación registral, un ejemplo ayudará a comprender mejor lo que acabo de exponer:

INSCRIPCIÓN	CONCEPTO	FECHA DE INSCRIPCIÓN
INSCRIPCIÓN 1ª	Venta.	01.01.90
ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO LETRA A	Garantizando el crédito de un proveedor obtenido en Sentencia Judicial.	01.03.92
ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO LETRA B	Garantizando el crédito de una Entidad Financiera.	01.06.92
ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO LETRA C	Garantizando un crédito por cuotas de Seguridad Social por descubiertos correspondientes al período Enero de 1990 a Diciembre del mismo año.	01.07.92

En este caso la prioridad para la ejecución le corresponde al que primero embargó (Anotación A), pero la preferencia para el cobro la ostenta el crédito de la Seguridad Social, debido a que se trata de un crédito privilegiado nacido con anterioridad a la fecha de la anotación

preventiva de embargo LETRA A y LETRA B (aún inscrito con posterioridad). Siendo importante resaltar que aunque el crédito garantizado con la anotación A sea también un crédito protegido por un privilegio general (artículo 1924.3º.B del Código Civil), ese privilegio general tiene peor rango que el que le corresponde a la Seguridad Social por aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social, que, como en su momento expuse, gozará de la preferencia del apartado 1º del artículo 1924 del Código Civil.

En el presente caso, el reforzamiento obtenido con la anotación por el crédito del proveedor ha obtenido su fin con respecto al crédito de la Entidad Financiera, pero no con respecto al crédito de la Seguridad Social, pues, siendo también un crédito privilegiado, tiene mejor rango preferencial y, además, nació con anterioridad a la fecha de la anotación LETRA A. Siendo necesario recordar en este momento lo que he dicho, en la parte primera, al hablar del nacimiento del crédito de la Seguridad Social.

Por último, es necesario insistir que para defender el mejor derecho de la Seguridad Social, en este caso, hay que acudir al juicio de tercería de mejor derecho, ya que, a tenor de lo dispuesto por la nueva regla 2ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, el posible adjudicatario resultante de la ejecución de la LETRA C no podrá instar la cancelación de las anotaciones inscritas con anterioridad.

En definitiva, los créditos que ostentan un privilegio general gozarán de preferencia respecto a los garantizados con una anotación preventiva de embargo siempre que hayan nacido con anterioridad a la misma. Pudiendo darse el supuesto de que en realidad la controversia se produzca entre dos créditos privilegiados que, además, se encuentran reforzados por la anotación, en cuyo caso deberá también resolverse mediante la aplicación del Derecho sustantivo, salvo que el nacimiento del segundo crédito sea posterior a la fecha de la anotación del primero.

¿Qué ha sucedido entonces con el efecto real de la anotación preventiva de embargo? Continuo sosteniendo que la anotación preventiva de embargo tiene efectos reales con respecto a todos los créditos nacidos con posterioridad a la anotación (no con respecto a los anteriores preferentes) y, en consecuencia, tiene preferencia sobre los créditos posteriores que gocen de un privilegio que se encuentre limitado por la existencia de otros con garantías reales constituidas con antelación, como en el caso de los protegidos por el artículo 32.3º del Estatuto de los Trabajadores.

Para finalizar este apartado tengo que decir nuevamente que los créditos privilegiados cuando refuerzan su situación mediante la anotación preventiva se convierten en créditos

singularmente privilegiados con relación al bien objeto de dicha anotación.

C.- **Créditos Singularmente Privilegiados.**- Los créditos singularmente privilegiados a los que se refieren los apartados 1º y 2º del artículo 1923 del Código Civil tienen mejor derecho que los garantizados por el apartado 4º (aunque aquéllos hayan nacido con posterioridad, como decía anteriormente).

Ahora bien, para determinar el orden de prelación entre los comprendidos en los números 3º y 4º hay que acudir a lo dispuesto por el artículo 1927.2º del mismo texto:

> **Art. 1927.**
> 2º. Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el número 3º del citado artículo 1923 y los comprendidos en el número 4º del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad.

Aquí cobra toda su importancia el apartado 2º del artículo 1927, pues un crédito hipotecario para poder ser antepuesto a un crédito preventivamente anotado, deberá estar inscrito en el Registro con anterioridad a la anotación preventiva de embargo. Sin embargo, existe una contradicción en el Código Civil, ya que puede existir un crédito hipotecario que conste en escritura pública (garantizado por el artículo 1924.3º.A) y que, nacido con anterioridad, se inscriba en el Registro con posterioridad a una anotación preventiva de embargo. En este caso, ¿qué criterio debe prevalecer?, toda vez que los créditos que consten en escritura pública gozan de un privilegio general. En mi opinión la respuesta debe inclinarse en favor de la especificidad del apartado 2º del artículo 1927 del Código Civil: *"gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad"*.

Su justificación descansa en que los créditos hipotecarios y los garantizados mediante su anotación preventiva tienen la condición de singularmente privilegiados en función de su inscripción o anotación en el Registro, a diferencia de los créditos protegidos por los números 1º y 2º del artículo 1923, que son singularmente privilegiados con independencia de su acceso al Registro.

D.- **Créditos Superprivilegiados.**- Si los créditos denominados superprivilegiados (art. 32.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores) gozan de preferencia sobre los garantizados con anotación preventiva cuando han nacido con posterioridad a dicha anotación, en mayor medida

serán preferentes cuando han nacido con antelación. Lo mismo puede decirse respecto al privilegio del artículo 9.5ª de la Ley de Propiedad Horizontal o respecto a los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria.

3.3. Conclusión.

Atendiendo a todo lo expuesto, quiero resaltar que para determinar la preferencia de los créditos preventivamente anotados deberá prestarse atención no sólo a la fecha de las anotaciones en el Registro sino también a la fecha del nacimiento de los restantes créditos privilegiados, existiendo algunos créditos que aún nacidos con posterioridad a la fecha de la anotación son preferentes a la misma.

Resumiendo los criterios desarrollados, son preferentes a los créditos preventivamente anotados los siguientes:

1.- Los garantizados por el artículo 32.1º y 2º[333] del Estatuto de los Trabajadores, con independencia de que hayan nacido con antelación o no a la fecha de la anotación en el Registro.

2.- Los créditos protegidos en los números 1º y 2º del artículo 1923 del Código Civil, igualmente con independencia de la fecha de su nacimiento. Tratamiento que deberá hacerse extensivo a los créditos protegidos por los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria y a los garantizados en el artículo 9.5ª de la Ley de Propiedad Horizontal.

3.- Los restantes créditos protegidos en los números 3º y 4º del artículo 1923 en función de lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 1927: *"gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad"*.

4.- Los créditos privilegiados nacidos con anterioridad a la fecha de la anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad (aún no anotados o anotados con posterioridad).

Aquí es donde un crédito de la Seguridad Social puede ser preferente a una anotación preventiva de embargo, aunque el crédito de la Seguridad Social no se haya anotado o se haya anotado con posterioridad, siempre que dicho crédito de la Seguridad Social haya nacido con

(333) Respecto a los garantizados por el artículo 32.2 del Estatuto de los Trabajadores, ver el apartado 3, del capítulo 2º, de esta parte segunda, pág. 201.

anterioridad a la fecha de la anotación preventiva. Preferencia que deberá hacerse valer, como he dicho anteriormente, mediante el oportuno juicio de tercería.

A *"sensu contrario"*, la anotación preventiva de embargo es preferente a los siguientes créditos:

1.- A los créditos singularmente privilegiados incluidos en los números 3º y 4º del artículo 1923 del Código Civil inscritos o anotados con posterioridad en el Registro de la Propiedad.

2.- A los créditos privilegiados nacidos con posterioridad a la fecha de la anotación preventiva. En mi opinión, deben incluirse en este grupo los créditos garantizados por el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores y aquellos otros que estén sometidos a una limitación de carácter real en su preferencia.

3.- A todos los créditos de cualquiera otra clase que no ostenten ningún privilegio, ya sean nacidos con posterioridad o con anterioridad a la fecha de la anotación preventiva.

Para finalizar este apartado quiero terminar diciendo que la confusa regulación actual de la preferencia de los créditos privilegiados provoca situaciones absurdas difíciles de resolver en la práctica, situaciones que probablemente se han ido originando a lo largo de los años como consecuencia del avance experimentado por algunos créditos y que hace necesaria una nueva regulación de esta materia para que una cuestión de semejante repercusión económica no continúe descansando sobre unos cimientos tan inciertos.

Entre los absurdos existentes en la actualidad, hay uno que recuerda al juego infantil del *"piedra-tijera-papel"* en el que la piedra vence a la tijera, la tijera vence al papel y el papel vence a la piedra. Imaginemos la siguiente situación registral:

INSCRIPCIÓN	CONCEPTO	FECHA DE INSCRIPCIÓN
INSCRIPCIÓN 1ª	Venta.	01.01.90
ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO LETRA A	A favor de la Entidad Financiera "X".	01.03.91
INSCRIPCIÓN 2ª	Hipoteca a favor de la Entidad Financiera "Y".	01.06.91
ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO LETRA B	A favor de la Seguridad Social garantizando una deuda del año 1990.	01.07.91

En este caso la anotación preventiva de embargo LETRA A tiene mejor derecho que la inscripción hipotecaria, por aplicación del apartado 2º del artículo 1927 del Código Civil; la inscripción hipotecaria tiene preferencia sobre el crédito de la Seguridad Social; y por último, el crédito de la Seguridad Social es preferente a la anotación preventiva de embargo LETRA A, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1923.4º del Código Civil.

¿Qué solución debe darse? Probablemente la única respuesta lógica es la propugnada por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en su obra "El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo; hacía una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español".

4. LA NUEVA REGLA SEGUNDA DEL ARTÍCULO 175 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

> Cuando, en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta.
>
> La Cancelación se practicará a instancia del que resulte ser dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, expedido de acuerdo con lo previsto en el artículo 1518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La modificación de la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, introducida por el Real Decreto 1.368/1992, de 13 de Noviembre, ha venido a puntualizar una serie de situaciones prácticas de importantes consecuencias en la realidad registral. Estas modificaciones, que afectan sustancialmente al crédito de la Seguridad Social, se pueden resumir en los siguientes puntos:

PRIMERO.- La enajenación judicial de una finca, en virtud de un procedimiento de apremio, provocará la cancelación de *"todas"* las anotaciones posteriores, incluso las que garanticen derechos preferentes a la anotación que se ejecuta; por ejemplo: una anotación preventiva de embargo practicada con fecha 1 de Enero de 1992, provocaría la cancelación de otra anotación, de fecha posterior, aunque se refiera a créditos tan privilegiados como los salarios del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores.

La razón de ser estriba en que una cosa es la prioridad en la ejecución y otra distinta la preferencia para el cobro; quiere esto decir que quién ostente un mejor derecho, deberá, necesariamente, acudir al proceso de ejecución que se está llevando a cabo como consecuencia de otra anotación anterior, dicha personación en el proceso se realizará mediante la correspondiente tercería de mejor derecho.

En consecuencia, si un acreedor considera que goza de un mejor derecho para el cobro, con respecto a otro acreedor que se encuentra garantizado con una anotación anterior, deberá defender ese derecho en el correspondiente juicio de tercerías, toda vez que existen mecanismos legales suficientes para que tenga conocimiento de la fase de ejecución en la que se encuentra la anotación anterior (Regla 5ª del art. 131 de la LH.; art. 1490 de la LEC.; expedición de

certificación de cargas, con la correspondiente nota marginal, de fecha anterior a la anotación, etc.).

De lo expuesto hay que deducir que la modificación operada en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario no entra a valorar la preferencia en el cobro, pero sí la situación registral de la finca, cancelándose todas las anotaciones posteriores a la enajenación judicial.

SEGUNDO.- La nueva redacción de la regla segunda del artículo 175 dice *"aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores"*.

A.- ENAJENACIONES ANTERIORES.

Es posible que con esta modificación se pueda hablar de forma definitiva de los efectos *"erga omnes"* de la anotación preventiva de embargo y, consiguientemente, de los efectos reales de la misma, con la importantísima repercusión que ello tiene en cuestión de prelación de créditos.

Según la nueva redacción, se cancelarán las enajenaciones anteriores siempre que estén inscritas con posterioridad, con ello, el criterio tradicionalmente sostenido de considerar que una enajenación elevada a escritura pública tenga efectos aunque no esté inscrita en el registro[334], ha sido sutilmente modificado, ya que si alguien pretende hacer valer su dominio deberá realizarlo con antelación a la ejecución mediante la presentación de la tercería de dominio. Con ello, el Registro de la Propiedad protegerá a quien quiera ser protegido y, evidentemente, quien no ha acudido al Registro para inscribir un derecho, corre el riesgo de no ser protegido por la realidad registral.

B.- GRAVÁMENES ANTERIORES.

Lo mismo que para las enajenaciones anteriores se puede decir para los embargos y otros gravámenes anteriores, aquél que quiera estar protegido por la realidad del Registro deberá inscribir su derecho. Consecuentemente, los embargos practicados que no se encuentren inscritos están asumiendo el correspondiente riesgo jurídico.

Con la nueva redacción se reafirma algo que ya estaba superado por la doctrina y es que, la naturaleza de la anotación preventiva de embargo, no tiene efectos constitutivos del mismo, pero

---

(334) Especialmente interesante resulta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de Septiembre de 1988. Comentada por GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, JAVIER; "El embargo ..."(obra citada en la NPP nº 299, pág. 341); págs. 27 y ss.
Confrontar también SANSMARTIN FERRER, RAFAEL;"La concurrencia de procedimientos y de embargos en el..." (obra citada en la NPP nº 47, pág. 113); págs. 66 y 67.
Ver también las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1982; 24 de marzo, 8 de julio y 31 de octubre de 1993; 3 de noviembre de 1984; y 7 de mayo y 25 de septiembre de 1985.

sí afectará a la preferencia del crédito y a la seguridad jurídica del mismo.

TERCERO.- El apartado primero de la nueva regla segunda del artículo 175, termina diciendo *"[...] y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta"*.

¿Cómo puede decir que siempre que no están basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación, si previamente ha dicho que se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores?. Cabe preguntarse, si son posteriores, ¿Cómo pueden ser anteriores?

La respuesta radica en que el artículo hace referencia a posibles prórrogas de una anotación, prórrogas que pueden estar inscritas con posterioridad a la anotación que se ejecuta, pero no están afectadas por ella. También puede hacer referencia a la inscripción de derechos que se encuentran suspendidos en su anotación (libro de suspensiones del Registro o asientos de presentación que todavía no han dado lugar a una inscripción) y , fundamentalmente, ésta protegiendo las enajenaciones efectuadas como consecuencia de la ejecución de una anotación anterior, como no podía ser de otra manera, ya que si en el Registro de la Propiedad aparece la inscripción de una enajenación efectuada en la ejecución de la anotación preventiva LETRA A, pero dicha inscripción se produce en el Registro con posterioridad a otra anotación preventiva de embargo -LETRA B-, dicha enajenación no puede verse perjudicada por la anotación LETRA B debido a que está basada en un derecho anotado con anterioridad a la anotación de embargo y no afectado por ésta.

CUARTO.- La nueva redacción, en relación con la original, presenta un importante problema interpretativo con respecto a las anotaciones anteriores, pero no preferentes al crédito que se ejecuta. ¿Deberán ser canceladas? (Hay que recordar que la anterior redacción decía: *"cuando en virtud de procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca «se cancelarán las inscripciones y anotaciones de créditos no preferentes al del actor»"*.)

Parece lógico que si se ejecuta la anotación preventiva que garantiza un crédito salarial del art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, se cancelen todas las anotaciones, incluso anteriores. No obstante, el nuevo artículo del Reglamento Hipotecario silencia esta cuestión. Además, con respecto a la cancelación de las cargas anteriores, la nueva redacción dada al artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 10/1992, de 30 de abril, determina que quedarán subsistentes no sólo las cargas y gravámenes preferentes sino también las simplementes anteriores.

No parece lógico, sin embargo, que el criterio a seguir sea el mantenimiento de las cargas anteriores no preferentes, para que en el futuro se tenga que presentar una tercería de mejor derecho, por parte de los trabajadores, en la ejecución de esa carga que no se canceló, siempre que continúen teniendo un crédito salarial por no haberse satisfecho en su totalidad en la ejecución de su procedimiento. Ahora bien, tampoco parece ajustado a Derecho que en un proceso de ejecución de un determinado crédito privilegiado se resuelva, dentro del mismo, la cancelación de las cargas no preferentes, pero anotadas con anterioridad. Supongo que el Registrador se enfrentaría a la duda de acatar el mandamiento de cancelación ordenado por el Juez o por el Órgano Administrativo que llevó a cabo la ejecución, o por el contrario respetar lo dispuesto por el legislador, que nada ha previsto de la cancelación de las cargas inscritas con anterioridad.

En mi opinión, la única solución válida será que con carácter previo a la ejecución de la anotación que cree ser preferente a las cargas anotadas con anterioridad, ésta obtenga en la jurisdicción competente el reconocimiento de su mejor derecho (mediante la resolución de la correspondiente tercería). Una vez reconocido por la jurisdicción civil (con excepción de lo dispuesto en el artículo 272 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral) el mejor derecho de la anotación posterior, el Órgano Administrativo o Judicial encargado de llevar a cabo dicha ejecución, podrá ordenar al Registro la cancelación de las anotaciones presentadas con anterioridad y sobre las que se le ha reconocido su mejor derecho. Eliminando de esta forma las dudas que actualmente se están planteando cuando se pretenden cancelar inscripciones o anotaciones anteriores a la posterior preferente que ejecuta.

Consecuentemente, el Registrador deberá proceder a la cancelación de las anotaciones o inscripciones anteriores a la que se ejecuta, siempre que haya quedado acreditado judicialmente el mejor derecho de la anotación posterior.

CONCLUSIÓN.- Con la nueva redacción del reiterado artículo, introducida por el Real Decreto 1.368/1992, de 13 de Noviembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario y del Reglamento Notarial, ha salido fortalecida la posición del Registro de la Propiedad y, con ello, la seguridad jurídica, pudiendo concluirse, como decía anteriormente, que quién quiera protección registral deberá buscarla mediante la inscripción de sus derechos, no dando la espalda al Registro.

No obstante, como he recogido en el apartado cuarto, el problema surge con respecto a las cargas anteriores no preferentes, cuestión que tendrá que ser resuelta en el futuro y que podría

haberse previsto en esta modificación. En todo caso, la tesis que he defendido al respecto parece un camino perfectamente lógico de solución del problema.

CAPÍTULO 6º

LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS EN EL DERECHO MARÍTIMO

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN 383
2. EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1926 388
2.1. Los créditos privilegiados 388
2.2. Graduación de la preferencia 391
3. EL CONVENIO DE PRIVILEGIOS E HIPOTECAS MARÍTIMAS (Ginebra, 19 de Abril - 7 de Mayo de 1993) 393
3.1. Los privilegios marítimos 393
3.2. La prelación de los privilegios marítimos 395
4. EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES 397
4.1. Consideraciones previas 397
4.2. El embargo preventivo de buques en el convenio de 10 de Mayo de 1952 399
4.3. La anotación preventiva de embargo de buques 401
5. EL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL DERECHO MARÍTIMO 404
5.1. Cuestiones generales 404
5.2. Aspectos procesales del embargo de buques practicado por la Seguridad Social 407
6. CONCLUSIONES 409

1. INTRODUCCIÓN.

El marcado carácter internacional del Derecho Marítimo supone que la problemática derivada de la concurrencia de acreedores sea aún más compleja, si cabe, que en el resto de nuestro ordenamiento jurídico. La continúa mobilidad de los buques ha hecho necesaria, a través de los tiempos, la coordinación internacional de los privilegios en este campo.

En este sentido, resulta imprescindible el conocimiento del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas, firmado en Bruselas el 10 de abril de 1926, ratificado por España el 2 de junio de 1930 ("Gaceta" núm. 212, de 31 de julio de 1931)[335].

Posteriormente, el Convenio de 1926 ha sido sustituido por el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas, hecho en Bruselas el 27 de mayo de 1967[336]; éste reemplaza en las relaciones entre los Estados que lo ratifiquen o se adhieran al mismo, al firmado el 10 de abril de 1926. España no figura entre los países a los que es de aplicación dicho Convenio, por lo que el Convenio de 1926 continúa vigente.

Por último, en lo que al campo internacional se refiere, el 6 de mayo de 1993 fue aprobado por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas / Organización Marítima Internacional, el texto del Convenio sobre los privilegios marítimos y la Hipoteca naval, que ha estado abierto a la firma en la sede de las Naciones Unidas desde el 1 de septiembre de 1993 hasta el 31 de agosto de 1994, inclusive.

Nuestro Derecho positivo regula los créditos privilegiados del Derecho marítimo en los artículos 580 y 581 del Código de Comercio, de 22 de agosto de 1885, y en los artículos 31 a 36 de la Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893[337]. En materia de Seguridad Social, la protección de su crédito deberá realizarse mediante la aplicación del artículo 9 del Decreto 2.864/1970, de 30 de agosto, texto refundido que regula el Régimen Especial de Trabajadores del Mar; arts. 40 y 42 del Decreto 1.867/1970, de 4 de julio, que regula el Régimen Especial de los

---

(335) Puede verse en:
MENÉNDEZ, AURELIO e IGLESIAS, JUAN LUIS. "Código de las Leyes marítimas"; Madrid 1980; págs. 1717 y ss.

(336) El texto de 1967 puede consultarse en la Revista Española de Derecho Marítimo, 1968, Fascículo 1, pág. 64.

(337) Es discutida la aplicación de los privilegios regulados de forma absoluta por otras ramas del derecho (art. 32 del Estatuto de los Trabajadores, por ejemplo).

Trabajadores del Mar y artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; siendo importante resaltar que, a excepción del Convenio de las Naciones Unidas de 6 de mayo de 1993, ninguna de las restantes normas reguladoras de los privilegios marítimos se había ocupado hasta ahora de la preferencia del crédito de la Seguridad Social.

No estando aún vigente el Convenio de 1993, la problemática se centra en determinar el grado de aplicación del Convenio de Bruselas de 1926 en nuestro ordenamiento jurídico. J.M. RUIZ SOROA[338] ha mantenido una lógica posición contraria a la doctrina mayoritaria; posición que se vio refrendada por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 1989[339]. J.M. RUIZ SOROA, en las páginas 58 y 59 de la obra citada, dice lo siguiente:

> La opinión mayoritaria de la doctrina española distingue en este punto según sea la nacionalidad del buque afectado; si éste es español, la normativa aplicable es la recogida por el C.Co. y la L.H.N.; si es extranjero perteneciente a país que haya ratificado el Convenio de 1926, se aplicará éste; si pertenece a país extranjero no signatario, se le aplicará el C.Co./L.H.N. Esta opinión, como hemos demostrado más ampliamente[340] carece de todo apoyo argumental sólido y contradice frontalmente la interpretación literal, lógica e histórica del art. 14 del Convenio, que es el que determina su ámbito de aplicación: «...se aplicará en cada Estado contratante cuando el buque gravado pertenezca a un Estado contratante».
>
> El único requisito de aplicación exigido por la norma es el de la nacionalidad del buque de un país contratante: y ello se cumple, en primero y más importante lugar, con los buques españoles. Principio que viene corroborado por una interpretación histórica del Convenio y sus tareas preparatorias, y, sobre todo, por las consecuencias absurdas a que conduce la opinión mayoritaria: se afirma, en efecto, como principio básico, que a los buques españoles no se les aplica el régimen del Convenio; pero habrá de admitirse que ello no es así, y por el contrario sí se les aplica, si el tribunal competente pertenece a otro país signatario. Con lo que llegamos a la absurda conclusión de que la aplicación del Convenio a los buques españoles depende del lugar donde se trámite la ejecución judicial. Más aún, no se comprende sobre qué base podría un tribunal español negar la aplicación del Convenio si el, o uno de los, acreedores personados es nacional del país signatario: con lo que, incluso en España, la aplicación del Convenio dependerá de la nacionalidad de los acreedores ejecutantes.
>
> El grado de confusión que generaría la opinión mayoritaria sería bastante para no seguirla, con independencia de su nulo fundamento. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 16.5.1989, ha confirmado la postura que mantenemos, declarando aplicable el régimen

(338) RUIZ SOROA, J.M. "Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero, personal auxiliar"; I.V.A.P. 1990; págs. 53 y ss.

(339) Sentencia del Tribunal Supremo, sobre prelación de créditos marítimos, de 22 de mayo de 1989, (Aranzadi núm. 3877), puede verse también en:
ARROYO, IGNACIO. "Jurisprudencia Marítima (1988-1989)"; Volumen III, 1992; págs. 200 y ss.

(340) RUIZ SOROA, J.M.; "Crédito marítimo con garantía real sobre el buque. Normativa española de origen interno e internacional"; Bol. A.E.D.M., 5/6; págs. 192 y ss.

del Convenio a un supuesto totalmente nacional, en el que tanto los acreedores como el buque eran españoles, en base precisamente al art. 14 «que ninguna supeditación establece a que sean los afectados por el privilegio extranjeros con relación al buque, sino simplemente a que éste pertenezca a Estado signatario del Convenio».

La conclusión que defendemos, con este privilegiado apoyo, es que el Convenio de 1926 ha venido a modificar, derogando todos los puntos contrarios a su normativa, el régimen contenido en el Código de 1885 y la L.H.N. de 1893. En concreto, en el punto crucial relativo al orden de prelación de créditos privilegiados e hipotecarios, el *único régimen jurídico* vigente en nuestro país es el de los arts. 2, 3 y 4 del tan citado Convenio. Incluso a los buques extranjeros del país no signatario, en caso de no alegarse o probarse su Derecho Nacional, habría de aplicárseles en España el Convenio, por ser éste el único Derecho vigente; ello se interpreta con nitidez sobre la base del art. 10-2º C.C., en el sentido de que el legislador español sólo legisla para buques españoles, pues a los extranjeros se les aplica su propio Derecho. Luego no existen dos regímenes jurídicos según la nacionalidad, sino uno solo.

Para finalizar este primer apartado y con la intención de aclarar definitivamente la problemática de la aplicación del Convenio de Bruselas de 1926, me parece interesante recoger los fundamentos de la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1989:

CONSIDERANDOS: 1) La interdependencia de las relaciones jurídicas en un ámbito superador de fronteras entre Estados ha venido a consagrar la realidad de una verdadera Comunidad jurídica supranacional asentada en Tratados y Convenios Internacionales, de modo que el Derecho de cada país no puede ya concebirse como simple resultante de parciales actividades legislativas de los Estados, sino que sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas de ámbito supranacional. Tal es, en realidad, el fundamento justificador y básico del Capítulo Tercero del Título III de la vigente Constitución Española (art. 93 a 96, ambos inclusive) que, dando reconocimiento a los Tratados y Convenios Internacionales, los incorpora al Ordenamiento interno una vez que, válidamente celebradas, hayan sido publicados íntegramente en el Boletín Oficial del Estado (art. 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil).

Frente a la antigua doctrina dominante entre los internacionalistas clásicos que sostenían el criterio de que los Tratados y Convenios Internacionales no eran en sí mismos fuente creadora de Derecho Interno, sino una regla solamente vinculante entre los Estados signatarios que para dotarla de fuerza de obligar respecto de sus ciudadanos necesitaban del acto jurídico interno adecuado (Ley, Real Decreto, etc..), la práctica de las más intensas y coordinadas relaciones internacionales y la consagración plena de Organizaciones supranacionales ha llevado a ese reconocimiento de la aplicación entre los Estados signatarios como Derecho interno, una vez cumplidas las formalidades previstas para formar parte del Ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados firmantes, sin necesidad de que se produzca ninguna otra disposición legislativa por parte de éstos, confirmadora o desarrolladora de lo que ya pasó a ser Derecho interno.

2) En línea con lo anteriormente expuesto procede la desestimación del primer motivo del presente recurso, en el cual la entidad recurrente, al amparo del nº 5 del artículo 1692 de la Ley de enjuiciamiento Civil, denuncia infracción del artículo 2, párrafo 2, en relación con los artículos 1 y 14 del Convenio Internacional para la unificación de

ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas firmado en Bruselas el 10 de abril de 1926, ratificado por España el 2 de junio de 1930 y publicado en la Gaceta de Madrid de 31 de julio del mismo año. Como certeramente se indica en la sentencia recurrida el Convenio, al haber pasado a formar parte del Ordenamiento jurídico español, tiene plena vigencia en nuestro país, sin poder entenderse derogado por el Estatuto de los Trabajadores de posterior publicación, porque al garantizar la Constitución Española el principio de legalidad y de jerarquía normativa (art. 9.3), ha de primar el citado Convenio de reglas uniformes, referente específicamente al privilegio de los créditos resultantes del contrato de servicios del Capitán, de la tripulación y de las otras personas al servicio de a bordo con relación a las hipotecas del buque, en ortodoxa aplicación del principio de derecho de que lo especial (normas del aludido Convenio concretadas a preferencias de créditos sobre buques), no puede entenderse derogado por lo general (normas del mencionado Estatuto de los Trabajadores referentes a éstos en general). Y sin que a ello obsten las objeciones expresadas en el desarrollo del motivo que se examina: en primer lugar, a causa de que el referido Convenio, en cuanto es específicamente regulador de -fijar de común acuerdo ciertas reglas uniformes relativas a los privilegios e hipotecas marítimas-, como pone de manifiesto su Exposición inicial fundamentadora, viene a significar y representar una normativa general y prevalente, cualquiera que sea la nacionalidad, de privilegio de créditos referentes al buque hipotecado con aplicación directa e integradora en España como regulación que forma parte de su Ordenamiento jurídico interno y, en consecuencia, con alteración en tal particular de la preferencia de créditos de los artículos 580 del Código de Comercio y 31 de la Ley de Hipoteca Naval que genéricamente establecen el orden de prelación de los créditos sobre el buque, al haber sido desvirtuadas éstas por la específica regulación contenida en el tan repetido Convenio, en virtud del referido principio de Derecho de que lo especial deroga lo general; en segundo lugar, debido a que si ciertamente el artículo 14 del mencionado Convenio establece que sus disposiciones se aplicarán en cada Estado contratante cuando el buque grabado pertenezca a un Estado contratante, así como en los demás casos previstos en las leyes nacionales y que, sin embargo, ello no atenta al derecho de los Estados contratantes a no aplicar las disposiciones del referido Convenio en favor de lo que pertenezca a un Estado no contratante, esta normativa hay que entenderla en el sentido de que el privilegio de créditos que el meritado Convenio contiene solamente tiene aplicación cuando se trate de buque gravado perteneciente a un Estado contratante y no al que no haya suscrito el Convenio, y con posibilidad de no aplicar las disposiciones de éste cuando quien reclama el privilegio de su crédito no pertenezca a Estado contratante, pero conduce, en contra de lo alegado por la entidad recurrente, a que tenga que producirse situación de relación entre extranjero y país contratante o signatario del invocado Convenio, como resulta de éste al prevenir en el párrafo segundo de su artículo 3 que si las leyes nacionales pueden conceder el carácter de privilegiados a créditos que no sean los previstos en el anterior artículo 2 ha de ser sobre la base de no modificar el lugar señalado a los créditos garantizados por hipotecas, mortgages y prendas y a los privilegios que gozan de preferencia sobre ellas, lo que viene a significar que ha de mantenerse, en todo caso, el privilegio que el tan repetido Convenio establece en el expresado artículo 2 con relación a hipotecas, mortgages y prendas sobre buques, previstas en el artículo 1, sin que ninguna supeditación se establezca a que sean los afectados por el privilegio extranjeros con relación al buque, sino simplemente a que éste pertenezca a Estado signatario del Convenio; y en tercer lugar, en cuanto a que algunos de aquellos países no se hayan limitado a ratificar o suscribir el Convenio sino que expresamente lo introdujeron en su Derecho nacional sustituyendo específicamente la correlativa legislación propia, ello no resulta trascendente para España a los efectos de la verdadera vigencia del Convenio en nuestro país, pues aquel aspecto de derogación expresa necesario legalmente en otros países, resultaría en el nuestro

redundante a la vista del artículo 1.5 del Código Civil y artículos 96.1 de la Constitución, que viene a excluir la expresa derogación desde el momento en que aquella legislación pasa a formar parte del Ordenamiento interno, una vez ratificado y publicado el Convenio, integrándose plenamente en nuestro Ordenamiento con aplicación, por tanto, *ope legis*; todo ello de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 93 a 96 de la Constitución, artículo 1, nº 5 del Código Civil y artículo 5, nº 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3) La desestimación del primer motivo del recurso supone e implica la del segundo que, al amparo del nº 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta la entidad recurrente en pretendida infracción del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, en relación con los artículos 580.6 del Código de Comercio y 31.2 de la Ley de Hipoteca Naval, puesto que la parte recurrente al plantearlo hace supuesto de la cuestión, lo que no es procedente en casación según tiene declarado y reiterado esta Sala en Sentencias, entre otras, de 22 de febrero y 15 de noviembre de 1985, 24 de enero y 6 de junio de 1986 y 15 de junio y 16 de julio de 1987. Al reconocerse y declararse la prevalencia del Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926, suscrito y ratificado por España el 2 de junio de 1930 y publicado en la Gaceta de Madrid de 31 de julio del mismo año, sobre la legislación y preceptos que en este segundo motivo se invocan, éstos han de ceder a la preferente aplicación de las reglas y normas del Convenio, no siendo en consecuencia viable la infracción que en este segundo motivo se denuncia, haciendo supuesto de la cuestión.

4) La desestimación de los motivos supone la del recurso, con imposición de la costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido según previene el artículo 1715, in fine de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este criterio ha sido también mantenido con posterioridad por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990[341], según la cual, las normas del Convenio de Bruselas se aplican siempre que el buque en cuestión pertenezca a uno de los Estados signatarios del mismo. Por lo tanto, el Tribunal aplicará las normas del Convenio cualquiera que sea el Estado al que pertenezca el titular del crédito contra el buque.

(341) Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1990, (Aranzadi núm. 4791), también puede verse en: ARROYO, IGNACIO. "Jurisprudencia Marítima ..."; Obra citada; pág. 387 y ss.

2. EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1926.

A la vista de lo expuesto en el apartado anterior, la normativa vigente en España sobre la clasificación de los créditos privilegiados en derecho marítimo es la determinada por el Convenio de Bruselas de 1926, que ha sustituido a las disposiciones existentes en esta materia hasta la fecha de su ratificación y publicación (arts. 580 y 581 del Código de Comercio y arts. 31 a 36 de la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893).

2.1. Los créditos privilegiados.

En consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 2 del citado Convenio de 1926, tienen el carácter de privilegiados sobre el buque, sobre el flete del viaje durante el cual ha nacido el crédito privilegiado y sobre los accesorios del buque y del flete adquiridos después de comenzado el viaje:

> **Artículo 2.-** Tienen el carácter de privilegiados sobre el buque, sobre el flete del viaje durante el cual ha nacido el crédito privilegiado y sobre los accesorios del buque y del flete adquiridos después de comenzado el viaje:
>
> 1º Las costas judiciales debidas al Estado y los gastos ocasionados en interés común de los acreedores para la conservación del buque o para conseguir su venta y la distribución del precio; los derechos de tonelaje, de faro o de puerto y de los demás derechos e impuestos públicos de la misma clase; los gastos de pilotaje, los gastos de custodia y conservación desde la entrada del buque en el último puerto.

J.M. RUIZ SOROA[342] distingue en este apartado una doble clase de créditos: unos, dirigidos a la conservación del buque durante el proceso de ejecución. Otros, en los que se manifiesta un exclusivo interés en favorecer a ciertas administraciones públicas, así como evitar que el buque sea detenido en los puertos como garantía del pago de tasas portuarias.

> **Artículo 2.-** Tienen el carácter de privilegiados sobre el buque, sobre el flete del viaje durante el cual ha nacido el crédito privilegiado y sobre los accesorios del buque y del flete adquiridos después de comenzado el viaje:
>
> 2º Los créditos resultantes del contrato de servicios del Capitán, de la tripulación

(342) RUIZ SOROA, J.M.; "Manual de Derecho Marítimo...", (obra citada en la NPP nº 338, pág. 384); pág. 66.

y de otras personas al servicio de a bordo.

Es importante resaltar que los créditos laborales aquí garantizados tienen una protección muy superior a la establecida por la normativa específica para el resto de los créditos de los trabajadores (art. 32 ET).

Los créditos del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores se refieren exclusivamente a salarios y no a todas las indemnizaciones[343], distinguiendo tres tipos de protección: la del apartado 1 (créditos superprivilegiados de los últimos 30 días), la del apartado 2 (objetos elaborados) y la contemplada en el apartado 3 que incluye los restantes créditos salariales, pero con la reserva hipotecaria allí contenida. En definitiva, los créditos salariales protegidos por el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores deberán posponerse en gran medida a los posibles créditos garantizados con derechos reales.

Sin embargo, la protección otorgada por el Convenio de Bruselas de 1926 a estos créditos es mucho más amplia, pues sólo cederán su preferencia ante los créditos garantizados, por el último viaje, en el apartado 1 del artículo 2. Además, como he dicho anteriormente, los créditos *"laborales"* (no sólo salariales) aquí protegidos incluyen todas las indemnizaciones. Consecuentemente, serán preferentes, sin limitación alguna, incluso a los posibles créditos hipotecarios inscritos con anterioridad (Sentencia T.S. de 22 de mayo de 1989).

Asimismo, hay que significar que los créditos laborales resultantes de un contrato único de enrolamiento para diversos viajes concurren todos en el mismo grado con los créditos del último viaje. Cuestión que tiene especial importancia, pues, según dispone el artículo 6 del Convenio: *"Los créditos privilegiados del último viaje son preferentes a los de los viajes anteriores"*.

> **Artículo 2.-** Tienen el carácter de privilegiados sobre el buque, sobre el flete del viaje durante el cual ha nacido el crédito privilegiado y sobre los accesorios del buque y del flete adquiridos después de comenzado el viaje:
>
> 3º Las remuneraciones debidas por salvamento y asistencia y la parte correspondiente al buque en las averías gruesas.
>
> 4º Las indemnizaciones por abordaje u otros accidentes de navegación, así como por los daños causados en las obras de los puertos, docks y vías navegables; las indemnizaciones por lesiones corporales a los pasajeros y a las tripulaciones; las indemnizaciones por pérdidas o averías de la carga o de los equipajes.

(343) Ver el apartado 4, del capítulo 2º, de esta segunda parte. Pág. 222

> 5º Los créditos procedentes de contratos celebrados o de operaciones efectuadas por el Capitán, fuera del puerto de matrícula, en virtud de sus poderes legales, para las necesidades reales de la conservación del buque o para la continuación del viaje, sin distinguir si el Capitán es o no al mismo tiempo propietario del buque y si el crédito es suyo o de los proveedores, reparadores, prestamistas u otros contratantes.

Según expone J.M. RUIZ SOROA[344] en la obra citada, este privilegio del apartado 5º carece actualmente de sentido mantenerlo.

Las hipotecas, mortgages y prendas sobre buques, previstas en el artículo primero (constituidas regularmente según las leyes del Estado contratante a que el buque pertenece e inscritas en un registro público), ocupan el lugar inmediato después de los créditos privilegiados enumerados en el citado artículo 2 (Artículo 3, párrafo primero).

El párrafo segundo del artículo 3 atribuye a las leyes nacionales la posibilidad de conceder el carácter de privilegiados a otros créditos que no sean los previstos en el artículo 2, pero éstos siempre se colocarán tras los privilegiados de dicho artículo 2 y tras las hipotecas, mortgages y prendas sobre buques. En mi opinión, una vez reconocida la aplicación prioritaria del Convenio de Bruselas de 1926, los créditos privilegiados por el Código de Comercio y por la Ley de hipoteca Naval tienen la consideración de créditos marítimos privilegiados (por aplicación de lo dispuesto en el citado párrafo segundo del artículo 3 del Convenio de 1926), pero el privilegio otorgado por dichas normas deberá, en todo caso, respetar lo establecido en los artículos 2 y 3 del Convenio de 1926.

En definitiva, serán considerados créditos marítimos privilegiados tanto los establecidos por los citados artículos del Convenio de Bruselas de 1926, como los regulados por los artículos 580 y 581 del Código de Comercio y por los artículos 31 a 36 de la Ley de Hipoteca Naval. Ahora bien, el orden de prelación de los privilegios marítimos viene determinado inexcusablemente por lo dispuesto en el Convenio de 1926 y, sólo con posterioridad a estos créditos, puede hablarse de los privilegios de la normativa nacional. En este sentido, los créditos a favor del Estado no incluidos en el artículo 2 del Convenio de 1926, deberán posponerse a todos los protegidos en dicho Convenio, a pesar de que la Ley de Hipoteca Naval los anteponía a la propia Hipoteca.

Para finalizar con el análisis de este apartado es interesante recordar que en el Protocolo de Firma del Convenio se incluye la posibilidad de que la legislación de cada Estado tome

(344) RUIZ SOROA, J.M.: "Manual de Derecho Marítimo...", (obra citada en la NPP nº 338, pág. 384); pág. 68.

determinadas decisiones en orden a la prelación de estos créditos:

> 1.- Se entiende que la legislación de cada Estado queda en libertad:
> 1º De establecer entre los créditos incluidos en el número 1º del artículo 2º un orden determinado, inspirado en la defensa de los intereses del Tesoro.
> 2º De conceder a las Administraciones de los puertos, docks, faros y vías navegables que han hecho extraer los restos de un naufragio u otros objetos que dificultan la navegación, o que son acreedores por derechos de puerto o por los daños causados por la falta de un buque, el derecho, en caso de faltas de pago, de retener el buque, los restos del naufragio u otros objetos, de venderlos y de indemnizarse por el precio de la venta, con preferencia a otros acreedores; y
> 3º De regular el orden de los acreedores por daños causados a las obras de los puertos, de manera distinta a la consignada en el artículo 5º y en el artículo 6º.

En dicho Protocolo de Firma, quedan a salvo las disposiciones de las leyes nacionales de los Estados contratantes que otorguen un privilegio a los establecimientos públicos de seguro, respecto de los créditos que resulten del seguro del personal de los buques.

A mi juicio, las situaciones de necesidad garantizadas por el Sistema Público de Seguridad Social, así como las debatidas dificultades que atraviesa la financiación de dicho Sistema, hacen aconsejable que el crédito de la Seguridad Social sea potenciado por nuestra legislación, aprovechando con ello la posibilidad establecida por el descrito Protocolo de Firma del Convenio de Bruselas de 1926. Resulta sorprendente que la normativa de Seguridad Social no se haya preocupado de garantizar su crédito en el campo del derecho marítimo (a pesar de lo dispuesto en el Protocolo de Firma del Convenio de 1926); considero que el artículo 22 de la nueva Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994 debería haber hecho alguna referencia a la preferencia del crédito de la Seguridad Social en el derecho marítimo. Es más que probable que la especificidad de los privilegios en el derecho marítimo haya supuesto que el legislador, al regular la preferencia del crédito de la Seguridad Social, se olvidara de contemplar su incidencia en el campo del derecho marítimo. No obstante, siempre estamos a tiempo de fortalecer la posición del Sistema de la Seguridad Social dentro de este ámbito, especialmente si consideramos lo regulado por el artículo 4 del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la Hipoteca Naval de 1993.

2.2. Graduación de la preferencia.

Como he expuesto, los artículos 2 y 3 del Convenio de 1926 regulan los distintos créditos

marítimos privilegiados; pero la graduación de estos privilegios queda establecida por los artículos 5 y 6:

> **Artículo 5.-** Los créditos referentes a un mismo viaje tienen el carácter de privilegiados en el mismo orden con que figuran en el artículo 2º. Los créditos incluidos en cada uno de los números concurren con igual derecho y a prorrata en caso de insuficiencia del precio.
>
> Los créditos incluidos en los números 3 y 5 en cada una de estas categorías, se pagan preferentemente en el orden inverso de la fecha en que se han originado.
>
> Los créditos referentes a un mismo suceso se reputan de la misma fecha.
>
> **Artículo 6.-** Los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los viajes anteriores.
>
> Sin embargo, los créditos resultantes de un contrato único de enrolamiento para diversos viajes concurren todos en el mismo grado con los créditos del último viaje.

Es decir, el Convenio de 1926 distingue la regulación de los créditos privilegiados (artículos 2 y 3) de la graduación que debe presidir dichos privilegios (artículos 5 y 6).

3. EL CONVENIO DE PRIVILEGIOS E HIPOTECAS MARÍTIMAS (Ginebra, 19 de Abril - 7 de Mayo de 1993).

La Asamblea General de la Naciones Unidas (NU), mediante la Resolución 46/213 del 20 de diciembre de 1991, decidió la convocatoria de una Conferencia de Plenipotenciarios de NU/OMI, cuyo objetivo sería examinar una propuesta de convenio e incorporar los resultados de su labor en un Convenio sobre privilegios e hipotecas marítimas. El 6 de mayo de 1993, la Conferencia, aprobó el texto del Convenio, que estuvo abierto a la firma en la sede de la Naciones Unidas desde el 1 de septiembre de 1993 hasta el 31 de agosto de 1994, inclusive. Este Convenio entrará en vigor en los Estados, seis meses después de la fecha en que dichos Estados hayan manifestado su consentimiento en obligarse por él.

Consecuentemente, las disposiciones de este Convenio no son aplicables en la actualidad a nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, creo que es necesario dedicar un apartado del presente capítulo a su análisis, debido a las importantes novedades que podría introducir en el campo de los privilegios marítimos, especialmente en lo referente al crédito de la Seguridad Social.

3.1. Los privilegios marítimos.

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, los siguientes créditos contra el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque estarán garantizados con un privilegio marítimo sobre el buque:

> a) Los créditos por los sueldos y otras cantidades debidos al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación del buque en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre.

Es necesario resaltar que, tanto en la normativa nacional como internacional, es la primera vez que aparece reconocido como un crédito marítimo privilegiado el crédito por cuotas de la Seguridad Social. Ahora bien, la redacción del artículo puede plantear en el futuro una nueva discusión sobre la naturaleza jurídica de la cuota de la Seguridad Social: Hay dos tesis

contrapuestas; 1.- la mantenida por los que sostienen que la cuota es única, a pesar de que este distribuida a los efectos de su ingreso en cuota obrera y cuota empresarial, y 2.- la de aquellos que consideran que se trata de dos cuotas distintas.

En realidad, la totalidad de la cuota de Seguridad Social relativa a un trabajador es pagadera en su nombre, con independencia de que una parte le corresponda abonar al empresario (cuota empresarial) y otra al propio trabajador (cuota obrera). La cuota que va a generar el derecho a las prestaciones es única y, consecuentemente, toda ella es pagadera en nombre del trabajador. En su momento, la base reguladora de la correspondiente prestación estará determinada por las bases de cotización del trabajador; sin embargo, la cuota no es más que un porcentaje que se aplica a la base de cotización y que, en nuestro país, se encuentra distribuida, básicamente, en cuota obrera y cuota patronal. Pero, insisto, la cuota pagadera en nombre del trabajador (la que dará lugar a las prestaciones) es única[345].

Asimismo, es importantísimo destacar que la regulación de este Convenio antepone, por primera vez en la historia de nuestro derecho, el crédito de la Seguridad Social (por la cuotas de los trabajadores pagaderas en su nombre) a los créditos hipotecarios.

> b) Los créditos por causa de muerte o lesiones corporales sobrevenidas en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque.
>
> c) Los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque.
>
> d) Los créditos por derechos de puerto, de canal o de otras vías navegable y practicaje.
>
> e) Los créditos nacidos de culpa extracontractual por razón de la pérdida o el daño material causado por la explotación del buque distintos de la pérdida o el daño ocasionados al cargamento, los contenedores y los efectos del pasaje transportados a bordo del buque.
>
> 2. Ningún privilegio marítimo gravará un buque en garantía de los créditos a que se refieren los apartados b) y e) del párrafo 1 que nazcan o resulten:
>
> a) De daños relacionados con el transporte marítimo de hidrocarburos u otras sustancias nocivas o peligrosas, por los que sea pagadera una indemnización a los acreedores con arreglo a los convenios internacionales o las leyes nacionales que establezcan un régimen de responsabilidad objetiva y un seguro obligatorio u otros medios de garantía de los créditos.
>
> b) De las propiedades radiactivas o de su combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas del combustible nuclear o de los productos o desechos radiactivos.

(345) Sobre la naturaleza jurídica de la cuota ver entre otros a ALMANSA PASTOR, JOSÉ MANUEL; "Derecho de la..." (obra citada en la NPP nº 9, pág. 25); págs. 285 - 286.

SEGUNDO.- Las hipotecas y mortgages, y los gravámenes reales inscribibles del mismo género que en los sucesivo se denominarán *"gravámenes"*, constituidos sobre buques de navegación marítima serán reconocidos y ejecutables en los Estados Partes, a condición de que hayan sido constituidos e inscritos en un registro, que puedan ser libremente consultados por el público y que, en dicho registro o en alguno de los documentos se especifique, por lo menos, el nombre y la dirección de la persona a favor de la cual se haya constituido el gravamen (artículo 1).

Hay que observar que la redacción habla de *"Hipotecas, Mortgages y los gravámenes reales inscribibles del mismo género"*, cuestión que puede permitir incluir en este artículo las anotaciones preventivas de embargo que garanticen cualquier crédito relacionado con la actividad del buque, y no sólo los créditos marítimos enumerados por el artículo 1 del Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas el embargo preventivo de buques de navegación marítima, de 10 de mayor de 1952[346] (a diferencia de lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio de Bruselas de 1926, que hacía referencia a las Hipotecas, Mortgages y Prendas sobre buques).

TERCERO.-Todo Estado Parte podrá conceder, en virtud de su legislación, otros privilegios marítimos sobre un buque para garantizar créditos, distintos de los mencionados en el artículo 4, contra el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque, a condición de que esos privilegios, entre otras cosas, se pospongan a los privilegios marítimos enumerados en el artículo 4, así como a las hipotecas, mortgages o gravámenes inscritos que se ajustan a lo prevenido en el artículo 1.

3.2. La prelación de los privilegios marítimos.

El orden de prelación que establece este Convenio es el siguiente:

1.- Los privilegios marítimos que garanticen créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque tendrán preferencia sobre todos los demás privilegios marítimos. Éstos tendrán prelación entre sí por el orden inverso al de la fecha de nacimiento de los créditos

(346) Este Convenio puede verse en:
MENÉNDEZ, AURELIO y IGLESIAS, JUAN LUIS; "Código de las Leyes marítimas", (obra citada en la NPP nº 335, pág. 383); págs. 1722 y ss.

garantizados.

2.- Los privilegios marítimos enumerados en el artículo 4 tendrán preferencia sobre las hipotecas, mortgages y gravámenes inscritos y ningún otro crédito tendrá preferencia sobre tales privilegios marítimos. Dentro de los del artículo 4, los contemplados en los apartados a), b), d) y e) del párrafo 1 concurrirán entre ellos a prorrata (los del apartado e) son los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque).

3.- Las hipotecas, mortgages y gravámenes inscritos tendrán preferencia sobre todos los restantes créditos que no estén incluidos en el artículo 4.

4.- Todo Estado Parte podrá establecer en su legislación que , en caso de venta forzosa de un buque varado o hundido, tras su remoción por una autoridad pública en interés de la seguridad de la navegación o de la protección del medio ambiente marino, los gastos de esa remoción se pagarán con el producto de la venta antes que todos los demás créditos que estén garantizados con un privilegio marítimo sobre el buque.

Cuestión que, en su caso, convertiría a este crédito en el mejor garantizado.

5.- Si en el momento de la venta forzosa el buque se halla en posesión de un constructor o de un reparador de buques que, con arreglo a la legislación del Estado Parte en que se realiza la venta, goza de un derecho de retención, el constructor o reparador de buques deberá entregar al comprador la posesión del buque, pero podrá obtener el pago de su crédito con el producto de la venta una vez satisfechos los créditos de los titulares de los privilegios marítimos mencionados en el artículo 4.

4. EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES[347].

4.1. Consideraciones previas.

La singular consideración sobre la naturaleza de los buques (según la cual a los efectos de lo dispuesto en la Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893, los buques mercantes se considerarán como bienes inmuebles; mientras que, según establece el artículo 585 del Código de Comercio, *"para todos los efectos del Derecho sobre los que no se hiciese modificación o restricción por los preceptos de este Código seguirán los buques su consideración de bienes muebles"*) hace necesario efectuar algunas matizaciones previas para alcanzar una mayor comprensión de la problemática que pretendo plantear en torno al embargo preventivo de los mismos.

J.M. RUIZ SOROA, en la obra citada[348], distingue acertadamente entre el embargo ejecutivo y el embargo preventivo de buques, realizando una interesante argumentación sobre las notorias imperfecciones que presenta el Convenio Internacional sobre Embargo Preventivo de Buques de Navegación Marítima, de 10 de mayo de 1952.

Sin embargo, considero que en relación con el embargo de buques hay que hacer una tercera distinción, además de las planteadas por J.M. RUIZ SOROA. Debiendo distinguirse entre:

1.- Embargo ejecutivo.- Embargo al que se refiere, entre otros supuestos, la Ley de Hipoteca Naval en los artículos 42 y 43. La finalidad del mismo, evidentemente, es proceder a la venta judicial del buque.

2.- Embargo preventivo de carácter cautelar y que lleva aparejada la inmovilización del buque.- Es el embargo previsto por el Convenio Internacional de 10 de mayo de 1952, regulado en el apartado 2 del artículo 1.

3.- Anotación preventiva de embargo, inscrita en el correspondiente registro.- Nada impide que de conformidad con la normativa general (en especial, con lo dispuesto en los arts. 1397 y

(347) MÍNGUEZ BENAVENTE, JOSÉ RAMÓN: "La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social en el ámbito del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar"; Tribuna Social, editorial CISS, nº49, enero 1995; págs. 81 - 84.

(348) RUIZ SOROA, J.M.; "Manual de Derecho Marítimo...", (obra citada en la NPP nº 338, pág. 384); págs. 77 y ss.
(Esta obra resulta, en mi opinión, de obligada lectura para cualquier persona que quiera profundizar en esta materia).

ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) se efectúe el embargo preventivo del cualquier bien del deudor (incluidos los buques). No existiendo, como dice RUIZ SOROA, restricción alguna por el tipo de crédito (sea o no *"marítimo"*, sea o no *"privilegiado"*) y, en cambio, sí existe una muy importante por la personalidad del propietario: sólo pueden embargarse los bienes del deudor.

En este caso, la anotación preventiva de embargo también tiene carácter cautelar, pero no lleva necesariamente aparejada la inmovilización del buque.

Esta triple distinción del embargo sobre los buques nos lleva a comprender la posibilidad existente en nuestro derecho de que un acreedor no privilegiado (según el derecho marítimo) y que no tiene la titularidad de un crédito marítimo, pueda efectuar una anotación preventiva de embargo sobre un buque.

Con esto quiero defender que el crédito de la Seguridad Social, al que incomprensiblemente no se le ha otorgado ningún privilegio en este campo (a excepción de lo dispuesto en el Convenio de 1993, que todavía no es de aplicación en nuestra legislación), puede originar una anotación preventiva de embargo sobre un buque, según mandamiento dictado por el Recaudador Ejecutivo de la Seguridad Social[349].

No obstante, el grado de prelación de la anotación preventiva de embargo que garantice el crédito de la Seguridad Social con respecto a los créditos hipotecarios inscritos con posterioridad a dicha anotación, puede resultar controvertido, como más adelante expondré, debido a la redacción del artículo 3 del Convenio de Bruselas de 1926 en relación con el artículo 32.4 de la Ley Hipotecaria Naval.

Para finalizar estas consideraciones previas, voy a exponer esquemáticamente la normativa aplicable a las distintas situaciones que pueden plantearse en relación con el embargo preventivo de los buques:

A.- Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, de 10 de mayo de 1952.

Resultará de aplicación en los siguientes casos:

(349) Los mandamientos expedidos por los Recaudadores Ejecutivos de la Seguridad Social tienen la misma virtualidad que los emanados de la Autoridad Judicial (Art. 123.1 del Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social).

1.- Embargo de buques extranjeros en España (tanto de buques que naveguen bajo pabellón de un Estado contratante, como los que enarbolen pabellón de un Estado no contratante).

2.- Embargo de buques españoles que naveguen en otro Estado contratante.

B.- Normativa nacional sobre el embargo.

1.- Será de aplicación a los buques españoles que resulten embargados dentro del territorio español: *"Ninguna disposición del presente Convenio modificará o afectará la Ley interna de los Estados contratantes en lo que concierne al embargo de un buque dentro de la jurisdicción del Estado cuyo pabellón enarbola, por una persona que tenga su residencia habitual o su principal establecimiento en dicho Estado"* (Artículo 8.4 del Convenio de 1952).

4.2. El embargo preventivo de buques en el convenio de 10 de Mayo de 1952.

Como anteriormente he dicho, este Convenio, en lo que a nuestro derecho se refiere, es de aplicación a los embargos de buques extranjeros en España y a los embargos de buques españoles que naveguen en otro Estado contratante. El Convenio sólo se aplicará a los buques de navegación marítima, dejando fuera a los buques fluviales o lacustres, así como los pecios o restos que sean trasladados como chatarra sin carácter de buque registralmente identificado[350]; igualmente parecen excluidos los remolcadores y gabarras.

El Convenio de 1952 limita la posibilidad del embargo a la existencia de un crédito marítimo de los enumerados en su apartado 1) del artículo 1, entre los que no se encuentra el crédito por cuotas de la Seguridad Social. En esta relación de créditos marítimos se encuentra una de las notorias imperfecciones que destaca Ruiz Soroa, pues esta lista de créditos marítimos que dan lugar al embargo no coincide con la lista de privilegios marítimos establecida por el Convenio de 1926. Situación que se agrava si analizamos los créditos de los trabajadores, ya que estos tendrán preferencia sin limitaciones, debido a que el Convenio de 1926 atribuye dicha preferencia a los créditos laborales (incluidas todas las indemnizaciones), mientras que la posibilidad de embargo regulada por el Convenio de 1952 se limita a los créditos salariales, que, evidentemente, no debería incluir a las indemnizaciones; cuestión que nos lleva al absurdo de que pueda existir

(350) RUIZ SOROA, J.M.; "Manual de Derecho Marítimo...", (obra citada en la NPP nº 338, pág. 384); pág. 79.

un crédito que goce de preferencia, sin posibilidad de garantizar su crédito mediante el embargo del buque, y, por el contrario, exista otro crédito que debe posponerse al primero y que sí tenga la posibilidad de embargar al buque.

Otra de las dificultades que plantea el Convenio de 1952 es la de atribuir a un crédito no privilegiado una de las características esenciales de los privilegiados: la reipersecutoriedad (posibilidad de persecución del bien con independencia de quién sea su poseedor).

El embargo al que se refiere el Convenio de 1952 tiene exclusivamente finalidad de garantía: *"Embargo significa la inmovilización de un buque con la autorización de la Autoridad Judicial competente para garantía de un crédito marítimo, pero no comprende el embargo de un buque para la ejecución de un título"* (art. 1, apartado 2)).

El Convenio de 10 de mayo de 1952, al igual que ha podido suceder durante un tiempo con el Convenio de Bruselas de 1926, planteó algunas dudas en cuanto a su grado de aplicación, lo que dio lugar a la publicación de la Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre el embargo preventivo de buques extranjeros por créditos marítimos. La necesidad de esta Ley ha sido discutida por la doctrina(351): *"en el fondo, la Ley de 1967, además de ineficaz, era innecesaria en su totalidad, y constituye un ejemplo de las ideas más restrictivas y chauvinistas que han existido en torno a la relación entre Derecho Interno y Convenios Internacionales: su redactores creían que el Convenio de 1952 no era Derecho aplicable directamente"*.

Actualmente, la aplicación del Convenio de 1952 no debe ser objeto de ninguna discusión, pudiendo reproducirse los argumentos expuestos por la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1989: *"Tal es, en realidad, el fundamento justificador y básico del Capítulo Tercero del Título III de la vigente Constitución Española (art. 93 a 96, ambos inclusive) que, dando reconocimiento a los Tratados y Convenios Internacionales, los incorpora al Ordenamiento interno una vez que, válidamente celebrados, hayan sido publicados íntegramente en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil)"*.

Con la intención de no separarme en exceso del objetivo de mi trabajo, voy a realizar las siguientes conclusiones en relación al citado Convenio de 1952:

1.- El embargo de buques en él regulado se limita a los buques de navegación marítima. Refiriéndose, en lo que a nuestro derecho corresponde, a los buques extranjeros en España o a los

(351) CASTRO GARCÍA ; "El embargo preventivo de buques"; Bol. A.E.D.M., nº 3, 1984; pág. 133.
RUIZ SOROA, J.M.; "Manual de Derecho Marítimo...", (obra citada en la NPP nº 338, pág. 384); pág. 80.

buques españoles que naveguen en Territorio de otro Estado contratante.

2.- El embargo únicamente podrá efectuarse cuando el acreedor alegue algún crédito marítimo de los enumerados en el artículo 1.1. del Convenio de 1952.

3.- Al no estar incluido en dicha lista, el crédito de la Seguridad Social no podrá dar lugar al embargo regulado en el Convenio de 1952.

4.- Sin embargo, nada impide que el crédito de la Seguridad Social sea preventivamente anotado en el correspondiente Registro Mercantil cuando el buque se encuentre navegando en el extranjero; cuestión que, como expondré a continuación, fortalecerá notablemente la posición de dicho crédito de la Seguridad Social (matización, que, lógicamente, también puede hacerse extensiva a cualquier otro crédito que no esté incluido en la lista de créditos marítimos del Convenio de 1952).

En definitiva, el crédito de la Seguridad Social no podrá generar el embargo previsto en el Convenio de 1952, pero sí podrá dar lugar a la oportuna anotación preventiva de embargo en el Registro Mercantil.

4.3. La anotación preventiva de embargo de buques.

Ha quedado expuesto que el Convenio de 1952 limita la posibilidad de efectuar el embargo preventivo de buques de navegación marítima a la existencia de un crédito marítimo de los enumerados en el apartado 1) del artículo 1. Pero, nada impide que de conformidad con la legislación nacional se pueda efectuar la correspondiente anotación preventiva de embargo en el Registro Mercantil, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 1397 a 1418 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 117 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento. Asimismo, por lo que respecta al crédito de la Seguridad Social, el artículo 136.4 de la Orden de 8 de abril de 1992, que desarrolla el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, dice lo siguiente: *"Cuando se decrete el embargo de una embarcación, se mandará practicar, mediante la oportuna providencia, la anotación del mismo tanto en el Registro de Matrícula de Buques de la provincia marítima en que aquélla figura matriculada como en el Libro de Buques del Registro Mercantil"*.

Consecuentemente, los créditos no incluidos en el apartado 1) del artículo 1 del Convenio de 1952 podrán originar la oportuna anotación preventiva de embargo en el Registro Mercantil, tanto en el supuesto de que el buque español se encuentra navegando dentro de nuestro territorio

como en el supuesto de que el buque este faenando fuera de la jurisdicción española. Dentro del territorio español no existirá ningún problema, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.4 del Convenio de 1952; pero, en el caso de que un buque español se encuentra en el extranjero, tampoco deberá existir ningún inconveniente para practicar la anotación preventiva de embargo, pues dicha anotación no implica la paralización inmediata del buque, según la triple distinción que he realizado en las consideraciones previas de este apartado 4.

El problema se origina al determinar el privilegio que le corresponde a la anotación preventiva de embargo sobre un buque. ¿Qué orden de prelación le corresponde a un crédito que no esté incluido en el artículo 2 del Convenio de Bruselas de 1926, y que se encuentra garantizado mediante la correspondiente anotación preventiva de embargo? Según el artículo 3 del Convenio de 1926: *"Las Leyes nacionales pueden conceder el carácter de privilegiados a otros créditos que no sean los previstos en el artículo primero (hipotecas, mortgages y prendas sobre buques), pero sin modificar el lugar señalado a los créditos garantizados por hipotecas, mortgages y prendas, y a los privilegios que gozan de preferencia sobre ellas (es decir, los créditos previstos en los apartados 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 2)"*.

En definitiva, se puede afirmar que los privilegios contenidos en los artículos 31 a 36 de la Ley de Hipoteca Naval y en el artículo 580 del Código de Comercio, tienen un carácter supletorio, subordinados a los privilegios regulados en el Convenio de Bruselas de 1926. En este sentido, la anotación preventiva de embargo, según el artículo 32.4º de la Ley de Hipoteca Naval, será preferente a las hipotecas navales inscritas con posterioridad a dicha anotación. Sin embargo, la redacción literal del artículo 3 del Convenio de Bruselas de 1926 no concede ninguna preferencia sobre las hipotecas a otros créditos que no sean los enumerados en el artículo 2, entre los que no se encuentra la anotación preventiva de embargo.

En mi opinión, la interpretación literal del artículo 3 del Convenio de 1926 hace perder la eficacia práctica de la anotación preventiva de embargo en materia de prelación de créditos, debido a que siempre existe la posibilidad de que, con posterioridad a la anotación preventiva, se origine un crédito hipotecario que resultaría preferente a la anotación. Parece más lógico el criterio establecido en el artículo 32.4 de la Ley de Hipoteca Naval, otorgando preferencia a las anotaciones preventivas practicadas con anterioridad; no obstante, la necesaria aplicación del Convenio de 1926 y la redacción de su artículo 3 plantea una seria duda en torno al grado de prelación existente en la actualidad entre una anotación preventiva de embargo y un crédito hipotecario inscrito con posterioridad.

Otra cuestión que resulta interesante puntualizar en relación con la anotación preventiva de embargo de un buque es el efecto que dicha anotación preventiva produce en su posible exportación.

El artículo 79.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, establece lo siguiente:

> **Artículo 79.:** *Importación y exportación de buques*
>
> 2. Las Empresas navieras españolas podrán exportar libremente los buques mercantes españoles de su propiedad.
>
> No obstante, cuando sobre dichos buques existan cargas, gravámenes o créditos marítimos privilegiados reconocidos por la legislación vigente e inscritos en el Registro Mercantil o en los que le sustituyan, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, el acreedor podrá exigir, previamente a la exportación, que la Empresa naviera preste garantía suficiente ejecutable sobre bienes o derechos en territorio español o que el naviero consigne el importe de la deuda en la forma prevista en los artículos 1.176 a 1.181 del Código Civil. A tal efecto, la Dirección General de la Marina Mercante notificará a los acreedores con derechos inscritos, la existencia del expediente de baja en el Registro de Buques para que puedan ejercitar el derecho que este artículo les reconoce.

En consecuencia, para fortalecer la posición del crédito de la Seguridad Social, será necesario que por parte de los Recaudadores Ejecutivos de la Seguridad Social se practiquen las correspondientes anotaciones preventivas de embargo de los buques que presenten descubiertos en sus cotizaciones y que, evidentemente, se encuentren en vía de apremio. Es decir, con independencia del efecto que la anotación preventiva de embargo pueda originar en orden a la prelación del crédito de la Seguridad Social, dicha anotación tiene una evidente repercusión en el momento en el que por parte del empresario se pretenda la exportación del buque.

Ahora bien, la disposición contenida en el citado artículo 79.2 de la Ley 27/1992, en ninguna medida modifica lo dispuesto por el artículo 9º del Decreto 2.864/1970, de 30 de agosto, ni lo dispuesto por el artículo 40 del Decreto 1.867/1970, de 4 de julio, que, como expondré a continuación, exigen como requisito necesario para que la Autoridad de Marina autorice el despacho de las embarcaciones para salir a la mar, la justificación de que el empresario se halla al corriente en las cotizaciones de la Seguridad Social.

5. EL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL DERECHO MARÍTIMO[352].

5.1. Cuestiones generales.

En el ámbito del Derecho marítimo la protección del crédito de la Seguridad Social ha pasado inadvertida a través de los tiempos. La justificación de la ausencia de protección de dicho crédito se debe a la tardía aparición de los Sistemas públicos de Seguridad Social (no hay que olvidar que los modernos sistemas de Seguridad Social tienen su origen a lo largo del siglo XX[353]).

Dentro del ámbito del Derecho Marítimo nacional, ni la Ley de Hipoteca Naval ni el Código de Comercio se han ocupado de otorgar un singular privilegio al crédito de la Seguridad Social. En el plano internacional, el Convenio de Bruselas de 1926 tampoco incluye entre los créditos privilegiados la preferencia del crédito de la Seguridad Social. Pero, aún resulta más llamativo que el Convenio de 10 de mayo de 1952 no considerase como crédito marítimo los ocasionados como consecuencia de las cotizaciones sociales; cotizaciones que tienen la finalidad de proteger las situaciones de necesidad que puedan ocasionarse en el colectivo que presta sus servicios en los buques.

Sin embargo, a pesar de que el crédito de la Seguridad Social no haya sido incluido dentro de la normativa general que regula la preferencia de créditos en el Derecho marítimo, no puede decirse que se trate de un crédito ordinario que se encuentra en el mismo plano que los restantes créditos excluidos de un singular privilegio, pues la normativa específica que regula la protección otorgada por el Sistema de la Seguridad, dentro del Régimen Especial de los trabajadores del Mar sí que establece una importante prerrogativa a los créditos de la Seguridad Social.

El Decreto 2.864/1970, de 30 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Especial de trabajadores del Mar, establece en su artículo 9º lo siguiente: *"La*

(352) MÍNGUEZ BENAVENTE, JOSÉ RAMÓN; "La recaudación ejecutiva..." (obra citada en la NPP nº 347, pág. 397); págs. 84 - 86.

(353) La primera aparición del término Seguridad Social, tal y como lo entendemos actualmente, se produce con una Ley americana de 1935, la SOCIAL SECURITY ACT.

justificación de haber sido inscrita la embarcación en el Registro[354]*, así como la de hallarse al corriente de sus cotizaciones, constituirán requisitos necesarios para que las autoridades de Marina autoricen su despacho para salir al mar".*

En el mismo sentido, el Decreto 1.867/1970, de 4 de julio, Reglamento General para aplicación de la Ley 116/1969, que regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, en el artículo 40 dice lo siguiente: *"DESPACHO DE EMBARCACIONES AL MAR. Será requisito necesario, para que la Autoridad de la Marina autorice el despacho de las embarcaciones para salir a la mar, la justificación de que el empresario se halla al corriente en las cotizaciones que por cada embarcación le corresponda".*

En consecuencia, la necesidad de que el empresario naval se encuentre al corriente en las cotizaciones de Seguridad Social, convierte al crédito de ésta en un requisito que con carácter previo y necesario debe ser liquidado para que el buque pueda hacerse a la mar, otorgando con ello un importante privilegio a dichos créditos.

La importancia práctica de estos preceptos dependerá, lógicamente, de la continuidad de la actividad. Si el empresario naval pretende seguir faenando con el buque, necesitará estar al corriente en las cotizaciones de Seguridad Social; cuestión que convierte al crédito de la Seguridad Social en un crédito que necesariamente se debe liquidar con preferencia a otros que pudieran existir (aún privilegiados). En este caso, la defensa del crédito de la Seguridad Social deberá efectuarse haciendo valer la normativa específica citada que, evidentemente, otorgará una eficacia inmediata muy superior a la protección que se pueda obtener a través de la anotación preventiva de embargo que, como anteriormente he dicho, puede plantear serias dudas en cuanto a su grado de prelación. La exigencia por parte de las Autoridades de Marina del requisito establecido en el artículo 40 del Decreto 1.867/1970 debería ser rigurosamente controlada (actualmente existen numerosos buques navegando que no se hallan al corriente en las cotizaciones de la Seguridad Social), pues, en caso contrario, la estabilidad del Sistema Público de Seguridad Social se verá en lo referente al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (como sucede en la actualidad) notablemente debilitada. Si existen argumentos jurídicos que garantizan la protección del crédito de la Seguridad Social ¿Por qué no se utilizan?

En mi opinión, la actuación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad

(354) Hace referencia al Registro que a tal efecto se llevará por la Entidad Gestora de la Seguridad Social (I.S.M.), comprensivo de Empresas, embarcaciones e instalaciones.

Social debería ser contundente en este sentido, notificando si fuera necesario a la Autoridad de Marina la existencia de la deuda que jurídicamente impide el despacho de las embarcaciones para salir a la mar. En cualquier caso, la Autoridad de Marina debería controlar con carácter previo al despacho de las embarcaciones la exigencia de que éstas se encuentren al corriente en las cotizaciones de Seguridad Social.

En el supuesto de que, generada la deuda de Seguridad Social, el buque no continúe con la actividad, la defensa del crédito de la Seguridad Social deberá efectuarse haciendo valer el grado de prelación de los distintos acreedores. Cuestión que debilitará notablemente la posición del crédito de la Seguridad Social al no estar incluido entre los acreedores privilegiados dentro del ámbito del derecho marítimo. Ahora bien, este debilitamiento de la posición del crédito de la Seguridad Social refuerza aún más lo que anteriormente he sostenido con respecto a los buques que continúen ejerciendo su actividad a pesar de la existencia de descubiertos en sus cotizaciones; si se evita el despacho de una embarcación por no estar al corriente, los únicos descubiertos que pudieran verse afectados por la concurrencia con otros acreedores privilegiados serían los generados por las cotizaciones correspondientes al último viaje, ya que los posibles descubiertos generados con anterioridad debieron liquidarse necesariamente antes de despacharse la embarcación.

En relación con la finalización de la actividad del buque es necesario tener en cuenta también la responsabilidad solidaria que pudiera corresponder al adquirente en el caso de sucesión en la titularidad de la explotación del mismo.

Con independencia de la necesidad de estar al corriente en las cotizaciones de la Seguridad Social para que sea autorizado el despacho de embarcaciones para salir a la mar, el apartado 2 del artículo 42 del citado Decreto 1.867/1970, determina el grado de prelación que corresponde a las cotizaciones efectuadas al Régimen Especial de los trabajadores del mar; no obstante, ese grado de prelación fue posteriormente modificado por el artículo decimoquinto de la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social(355) y, finalmente, por el artículo 22 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994..

En todo caso, como he venido exponiendo, la verdadera protección del crédito de la Seguridad Social en el campo del Derecho marítimo nacional deberá efectuarse haciendo valer el requisito impuesto por el artículo 40 del Decreto 1.867/1970, toda vez que la preferencia otorgada

(355) Consultar el apartado 1 del capítulo primero de la primera parte, pág. 28: *"La preferencia otorgada por la normativa actual al crédito de la Seguridad Social"*.

por el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, deberá posponerse a los créditos privilegiados por el artículo 2 del Convenio de Bruselas de 1926, considerando especialmente lo dispuesto en el artículo 3 del mismo Convenio.

Por último, quiero recordar que en el campo del Derecho internacional, el artículo 4 del Convenio de Ginebra de 1993 regula por vez primera el privilegio del crédito de la Seguridad Social; ahora bien, ese privilegio no será efectivo en tanto no entre en vigor el citado Convenio.

5.2. Aspectos procesales del embargo de buques practicado por la Seguridad Social.

Una cuestión que resulta elemental en esta materia, es la distinción que existe entre el embargo, propiamente dicho, y la anotación del mismo que, en su caso, pueda corresponder.

En alguna ocasión he oído hablar, en relación con la hipoteca, que la distinción entre el crédito hipotecario y su inscripción, es algo semejante a lo que ocurre con la figura mitológica del centauro, en la que el cuerpo del caballo y el torso humano aparecen indefinidamente unidos. Pero, en mi opinión, la relación entre la anotación preventiva y el embargo, se asemeja más a la idea que, al parecer, tuvieron los indígenas de américa cuando llegaron los primeros pobladores españoles, quienes consideraban que el caballo y el hombre formaban una especie de centauro, cuando se trataba de dos figuras *"perfectamente"* separables.

Esta distinción entre el embargo y su anotación preventiva tiene especial importancia en el ámbito del embargo de buques, debido a que, en aplicación del artículo 130 de la Orden de 8 de abril de 1992, que desarrolla el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, puede darse el caso de que la competencia para efectuar el embargo le corresponda a un Recaudador Ejecutivo de la Seguridad Social y, sin embargo, su correspondiente anotación deba realizarse por otro Recaudador Ejecutivo distinto. Ello es así porque el domicilio de un buque será el de la provincia donde radique su puerto base (art. 1.5º de la Ley 80/1980, de 10 de marzo); pero, la inscripción de dicho buque puede estar realizada -de hecho sucede habitualmente- en una provincia diferente al domicilio actual de la empresa. De esta manera, la competencia para practicar el embargo de un buque le corresponde a la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social donde se encuentre domiciliado el mismo; mientras que la inscripción de dicha anotación en el Registro de Matrículas de Buques y en el Registro Mercantil, deberá efectuarse por parte de la Unidad de Recaudación Ejecutiva competente de la provincia marítima en que figure matriculado; debiendo oficiar el Recaudador que realizó el embargo del buque al competente de la provincia donde se

encuentre matriculado; oficio que se realizará de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo 130 de la Orden de 8 de abril de 1992.

6. CONCLUSIONES.

A la vista de todo lo expuesto a lo largo de este capítulo, se pueden realizar las siguiente conclusiones:

PRIMERO.- Actualmente en España la preferencia de créditos en el derecho marítimo viene determinada por las disposiciones contenidas en el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas, firmado en Bruselas el 10 de abril de 1926.

SEGUNDO.- Entre los privilegios reconocidos por el artículo 2 del citado Convenio de 1926, no se encuentra el crédito de la Seguridad Social. No obstante, el párrafo segundo del artículo 3 posibilita a las Leyes nacionales para que puedan conceder el carácter de privilegiados a otros créditos que no sean los previstos en dicho artículo 2, pero sin modificar el lugar señalado a los créditos garantizados por hipotecas, mortgages y prendas, y a los privilegios que gozan de preferencia sobre ellas (es decir, los contenidos en el artículo 2).

Utilizando esa posibilidad se puede afirmar que el crédito de la Seguridad Social goza de la preferencia establecida en el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

TERCERO.- El orden de prelación de créditos en el Derecho marítimo está integrado en primer lugar por los créditos establecidos en el artículo 2 del Convenio de Bruselas de 1926.

Las hipotecas, mortgages y prendas sobre buque, ocupan el lugar inmediato después de los créditos privilegiados enumerados en el citado artículo 2.

A continuación, deberán considerarse los créditos privilegiados regulados en los artículos 31 a 36 de la Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893, y en el artículo 580 del Código de Comercio. Ahora bien, los privilegios contenidos en estas normas tienen que posponerse a los contemplados por el Convenio de Bruselas de 1926, entre los que se encuentra la Hipoteca Naval. Consecuentemente, el orden de prelación establecido en la Ley de Hipoteca Naval y en el Código de Comercio ha sido modificado por el Convenio de Bruselas de 1926.

Por último, serán también privilegiados aquéllos créditos que de acuerdo con la normativa general tienen reconocida alguna preferencia; es decir, los créditos protegidos por los artículos 913 y 914 del Código de Comercio y los contemplados en los artículos 1921 y siguientes del Código Civil. En este último grupo de créditos privilegiados se encuentran los créditos de la Seguridad

Social, debido a la remisión efectuada por el artículo 22 de la nueva Ley General de la Seguridad Social.

CUARTO.- En el ámbito del derecho marítimo, los créditos laborales están protegidos sin limitación alguna, incluyéndose en dicha protección los salarios y la totalidad de las indemnizaciones, a diferencia de la protección otorgada por el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO.- El Convenio de privilegios e hipotecas marítimas, celebrado en Ginebra en 1993, puede aportar importantes novedades en esta materia si llega a resultar de aplicación en nuestra legislación, especialmente en lo que respecta al crédito de la Seguridad Social.

SEXTO.- En relación con el embargo de buques, en el apartado 4 realizó una triple distinción:

1) Embargo ejecutivo; cuya finalidad es proceder a la venta judicial del buque.
2) Embargo preventivo de carácter cautelar y que lleva aparejada la inmovilización del buque; previsto en el Convenio Internacional de 10 de mayo de 1952.
3) Anotación preventiva de embargo inscrita en el correspondiente registro; sin las limitaciones establecidas por el Convenio de 1952.

SÉPTIMO.- La interpretación literal del artículo 3 del Convenio de 1926 plantea una seria duda en la determinación del grado de prelación que corresponde a una anotación preventiva de embargo con respecto a un crédito hipotecario inscrito con posterioridad a la misma.

OCTAVO.- En mi opinión, la verdadera defensa del crédito de la Seguridad Social deberá efectuarse a través de la rigurosa aplicación del requisito exigido por el artículo 9º del Decreto 2.864/1970, de 30 de agosto, y en el artículo 40 del Decreto 1.867/1970, de 4 de julio, según los cuales, será requisito necesario para que la Autoridad de Marina autorice el despacho de las embarcaciones para salir a la mar, la justificación de que el empresario se halla al corriente en las cotizaciones que por cada embarcación le corresponda.

No obstante, la anotación preventiva de embargo sobre el buque, practicada por los Recaudadores Ejecutivos de la Seguridad Social, reforzará la posición del crédito de la Seguridad Social, especialmente en aquellos casos en los que se pretenda la exportación del buque por parte del empresario responsable de las cotizaciones.

CAPÍTULO 7º

OTROS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS

SUMARIO

1. EL PRIVILEGIO OTORGADO POR EL ARTÍCULO 9º.-5ª DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL 413
   1.1. Consideraciones generales 413
   1.2. Naturaleza jurídica 414
   1.3. Cuestiones sobre su preferencia 417
      1.3.1 Concurrencia con los privilegios del Código Civil 417
      1.3.2 Concurrencia con el privilegio del crédito salarial 418
      1.3.3 Concurrencia con otros créditos privilegiados 419
      1.3.4 La graduación en el Código de Comercio 419
2. LA PROTECCIÓN DE LOS ASEGURADOS EN LA LEY DEL SEGURO PRIVADO 421
   2.1. Regulación actual 421
   2.2. La adopción de medidas cautelares 422
   2.3. La preferencia del crédito 423
   2.4. El procedimiento de liquidación previsto en el Real Decreto-Ley 10/1984 425
      2.4.1 Consideraciones generales 425
      2.4.2 La incidencia del procedimiento en la ejecución del crédito de la Seguridad Social 426
3. LA RESERVA DE DOMINIO EN LA LEY DE VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES 428
   3.1. ¿Titularidad dominical o derecho real de garantía? 428
   3.2. Breve estudio de la Ley 50/1965 430
   3.3. Conclusiones 436
4. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO (LEASING) 437

I. EL PRIVILEGIO OTORGADO POR EL ARTÍCULO 9°.-5ª DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

1.1. Consideraciones generales.

El artículo 9°.-5ª de la Ley de 21 de julio de 1960, sobre propiedad horizontal, establece lo siguiente:

> **Artículo 9.:**
>
> Serán obligaciones de cada propietario:
>
> 5.ª Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.
>
> Al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes.

Los términos absolutos que presenta la citada redacción (siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro) plantea, una vez más, la verdadera problemática existente en la actualidad en materia de prelación de créditos: la dispersión y confusión normativa que opera al respecto.

Como he venido reiterando a lo largo de distintos capítulos, el problema que ha existido en nuestra legislación y que ha dado lugar a la actual confusión normativa, se ha producido porque a medida que se veía la necesidad de favorecer la posición de un determinado crédito, el legislador, preocupado exclusivamente por dicho fortalecimiento, ha ido olvidando que junto al privilegio de ese crédito existen otros acreedores que también se encuentren privilegiados por el derecho sustantivo. De esta forma, la periódica protección otorgada por la legislación a los distintos créditos privilegiados ha determinado que unos se hayan ido superponiendo a otros, obligando a recurrir en exceso al principio de temporalidad de las leyes, según el cual la Ley posterior deroga tácitamente a la anterior que la contradiga.

Consecuentemente, a partir de julio de 1960 (fecha de la Ley de Propiedad Horizontal), el crédito a favor de la comunidad de propietarios será preferente a cualquier otro crédito. Es

decir, a pesar de la existencia de otros créditos privilegiados por el Código Civil o por la Ley Hipotecaria (entre otras normas), el crédito protegido por el artículo 9º.-5ª de la citada Ley de Propiedad Horizontal se antepondrá a todos ellos.

Ahora bien, con posterioridad a la Ley de julio de 1960, han ido apareciendo normas que también han otorgado a otros créditos la preferencia absoluta sobre los restantes acreedores; es el caso de los créditos salariales, o de determinados créditos tributarios, por ejemplo.

En consecuencia, el crédito en favor de las comunidades de propietarios protegido en el citado artículo 9º.-5ª, será preferente a cualquier otro siempre que no exista una norma posterior que atribuya a otros créditos la preferencia con idéntico carácter absoluto.

En todo caso, es preciso hacer una serie de matizaciones acerca del privilegio otorgado por la Ley de Propiedad Horizontal, centradas fundamentalmente en la naturaleza jurídica de la afección del piso o local que en ella se regula.

1.2. Naturaleza jurídica.

Como señala BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN[356], "*la doctrina destaca que se trata, ciertamente, de una afección real o de una obligación «ob rem»; pero a seguido puntualiza, mayoritariamente, que no hay aquí una hipoteca legal tácita; por el contrario, explícitamente se insiste en que la oposición del gravamen frente a terceros requiere la pertinenete constatación registral; y en que el gravamen se resuelve, además, en una cuestión de prelación, dentro de las normas del Código Civil.*". El mismo autor recuerda que el artículo 158 de la Ley hipotecaria dice que "*sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter*" y la Ley de 1960, sobre propiedad horizontal, no asigna esa cualidad a la afección real con que se sujetan pisos o locales.

En idéntico sentido se pronuncia la Dirección General de los Registros y Notariado, considerando la necesidad de la publicidad registral para hacer valer frente a terceros el privilegio

(356) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ en la página 331 de obra citada ("Los privilegios del...", NPP nº 73, pág. 143); Pág. 460.
Asimismo, BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN cita a los siguientes autores:
VENTURA-TRAVESET Y GONZÁLEZ, A. / VENTURA-TRAVESET Y MARTÍNEZ, A.; "Derecho de la Propiedad Horizontal"; 3ª ed., revisada y ampliada; Barcelona, 1976; págs. 262 y ss.
SAPENA, JOAQUÍN; "Los órganos de la propiedad horizontal: forma y eficacia de sus resoluciones"; en «RCDI», núm. 525; marzo-abril 1978; págs. 311 y ss.
FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO; "La Ley de propiedad horizontal en el Derecho Español"; Madrid, 1973; págs. 607 y ss.
PONS GONZÁLEZ, MANUEL / ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL DEL; "Régimen jurídico de la propiedad horizontal"; Madrid, 1982; págs. 145 y ss.

otorgado por la Ley de Propiedad Horizontal. Asimismo, de la doctrina emanada de las Resoluciones de dicha Dirección General pueden extraerse las siguientes conclusiones:

A.- RESOLUCIÓN DE 9 DE FEBRERO DE 1987.

"La afección real del artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal varía su cobertura a medida que transcurre el tiempo, por lo que sólo la constancia registral de la demanda de las cantidades reclamandas puede extender la afección prevista en el citado precepto."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

2. La decisión de las anteriores cuestiones exige abordar previamente la naturaleza de la afección real establecida en el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Ciertamente, este gravamen tiene carácter preferente: sobre ella no puede prevalecer ni los derechos reales (ni siquiera importa que la propiedad del piso o local no sea ya del deudor) ni ningún otro derecho de crédito. Inscrito el régimen de propiedad horizontal, consta ya suficientemente -aunque con cierta indeterminación- la carga de tal afección real preferente, que forma parte del contorno ordinario del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso. Cualquier hipoteca o embargo sobre el piso o local ha de entenderse, por tanto, que únicamente tendrá eficacia en cuanto no menoscabe la eficacia de la afección real que por ley es preferente.

3. En cuanto a su operatividad, producido el impago durante un período determinado, e instándose judicialmente la satisfacción de las cantidades debidas, todas las que están comprendidas en el límite temporal establecido -un año y la parte vencida de la anualidad corriente- a contar desde el momento mismo de la demanda, estarán amparadas por dicha afección. Ahora bien, aun cuando tal afección no puede hacerse valer inmediatamente porque las cantidades reclamadas no resulten de título con fuerza ejecutiva (art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 20 de la Ley de Propiedad Horizontal), y sea preciso una fase declarativa previa que conduzca a una sentencia condenatoria al pago, no cabe duda que el momento determinante en el cómputo de las cantidades garantizadas por el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal ha de ser el de presentación de la demanda en juicio declarativo, pues en tal instante el acreedor -comunidad de propietarios- agota todas las posibilidades legales a su alcance para obtener la satisfacción de su crédito. Ello plantea una importante dificultad: desde la demanda hasta el inicio de la ejecución y la anotación de embargo a que se refiere los artículos 921 y 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esa afección genérica daría lugar en su aplicación singular a un gravamen oculto, eficaz frente a todos, en contra del principio de publicidad, fundamento y esencia de nuestro sistema hipotecario. Por ello, la correcta armonía entre el legítimo derecho que por Ley corresponde a la comunidad de propietarios en su diligente actuación y las exigencias de seguridad del tráfico y certeza de las titularidades jurídico-reales inmobiliarias, impone la necesidad de la constancia registral inmediata de aquella demanda -en lo relativo a las cantidades objeto de cobertura real-, lo que para los supuestos en que no quepa el embargo preventivo (arts. 1.400 y 1.401 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) podrá alcanzarse a través de una anotación de las prevenidas en el artículo 42, párrafo 1º, de la Ley Hipotecaria, por cuanto en dicha demanda se insta también el reconocimiento judicial de una singular aplicación de la afección real del artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal para un período concreto. Así, la comunidad de propietarios mantendría la cobertura real de las cantidades impagadas

diligentemente reclamadas.

Por otra parte, si en el momento de interponerse la demanda, el piso o local hubiere pasado a poder de tercero en quien no concurra la condición de deudor personal de las mensualidades reclamadas, también contra él deberá dirigirse aquélla, pero no en cuanto a la pretensión personal de obtención de una sentencia condenatoria al pago, sino en cuanto a la real por la que se pretende el reconocimiento y traslado al Registro de una afección real ya existente por disposición legal, coordinándose de este modo la especial protección brindada por el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal con los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo (arts. 1, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria).

B.- RESOLUCIÓN DE 18 DE MAYO DE 1987.

"*La comunidad de propietarios puede lograr el mantenimiento de la cobertura real de las cantidades impagadas, consignando registralmente las demandas a través de una anotación del artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria; y si la finca ha pasado a tercero, sólo cabe reclamar y reflejar registralmente la afección con el alcance temporal previsto en la Ley de Propiedad Horizontal.*"

FUNDAMENTOS DE DERECHO

6. Por todo esto, en el presente supuesto, no cabe pretender el 12 de febrero de 1985 la subsistencia de cobertura real preferente que al tiempo de la demanda ejecutiva (30 de enero de 1981) amparaba a las cantidades reclamadas; la falta de constatación registral oportuna, de legitimación o la cancelación de la practicada, motiva el que aquellas cantidades fueran perdiendo la cobertura aludida a medida que transcurría el tiempo, y desapareciese por completo pasado un año -no natural, sino computable conforme al régimen de propiedad horizontal, tal como resulta de la inscripción-, desde dicha demanda. No procederá, pues, la práctica de la anotación pretendida si la finca en cuestión ha pasado a poder de terceros, por impedirlo así el principio de tracto sucesivo proclamado por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

C.- RESOLUCIÓN DE 1 DE JUNIO DE 1989.

"*El momento determinante del cómputo de las cantidades garantizadas por el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal ha de ser el de la presentación de la demanda, que deberá ser objeto de anotación en el Registro si se pretende hacer valer la preferencia frente a terceros. No habiéndose anotado la demanda, y practicadas entre tanto tres anotaciones de embargo y una de suspensión de pagos, la anotación de embargo que ahora se practica por las cantidades garantizadas por el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal no puede tener carácter preferente.*"

1.3. Cuestiones sobre su preferencia.

El carácter absoluto de la preferencia otorgada por la Ley de Propiedad Horizontal, hace necesaria la comparación de dicho privilegio con el correspondiente a otros créditos igualmente privilegiados.

1.3.1 Concurrencia con los privilegios del Código Civil.

Atendiendo al citado carácter absoluto de la preferencia otorgada por la Ley de Propiedad Horizontal y en aplicación del principio jurídico de vigencia de la ley posterior, cuando concurran acreedores privilegiados por el Código Civil (incluso los hipotecarios legales o tácitos) con un crédito de la comunidad de propietarios, sobre los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble correspondientes al último año y parte vencida del corriente, se antepodrá el citado crédito en favor de la comunidad de propietarios; siempre respetando las conclusiones que he expuesto en el epígrafe anterior.

En este mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO[357], quien sostiene que ha habido una derogación parcial del Derecho común, afirmando que en la prelación establecida por el artículo 1.923 del Código Civil hay que incluir, en primer lugar, a la comunidad de propietarios.

Asimismo, MANUEL BATLLE VÁZQUEZ[358] dice que "*la decisión absoluta de la Ley de Propiedad Horizontal obliga a anteponer este privilegio a los establecidos en los artículos 1.927 del Código Civil y 194 de la Ley Hipotecaria*".

Por el contrario, otros sectores de la doctrina, en mi opinión equivocadamente, continúan anteponiendo a la preferencia establecida por el artículo 9º.-5ª de la Ley de Propiedad Horizontal, la preferencia de las hipotecas tácitas previstas en el Código Civil[359].

---

(357) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO: "La Ley de propiedad...", (obra citada en la NPP nº 356, pág. 414); Pág. 608.

(358) BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL: "La propiedad horizontal de casas por pisos"; 6ª edición; Alcoy, 1970.

(359) Confrontar:
VENTURA-TRAVESET Y GONZÁLEZ, A. / VENTURA-TRAVESET Y MARTÍNEZ, A.: "Derecho de la...", (obra citada en la NPP nº 356, pág. 414); Pág. 263.
SAPENA, JOAQUÍN: "Los órganos de la...", (obra citada en la NPP nº 356, pág. 414); Pág. 341.

1.3.2 Concurrencia con el privilegio del crédito salarial.

En el capítulo 2º de esta segunda parte ya he analizado el privilegio del crédito salarial regulado en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. Conviene ahora puntualizar que, en caso de concurrencia del crédito privilegiado de las comunidades de propietarios con los créditos salariales protegidos por el Estatuto de los Trabajadores, tendrán preferencia los créditos superprivilegiados en el número 1 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, aunque exista constancia registral del privilegio de la comunidad de propietarios(360). Esto es así por aplicación de la ley posterior, entre otras razones; atendiendo también al carácter absoluto de la preferencia otorgada en el citado artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Idéntico sentido deberá ser aplicado cuando se trate de los créditos previstos en el número 2 del mismo artículo 32; ahora bien, como en su momento desarrollé(361), el inmueble únicamente será objeto de refacción cuando haya sido elaborado por los trabajadores; cuestión que hace muy difícil la concurrencia de estos privilegios sobre un mismo inmueble.

Por último, la concurrencia del crédito de las comunidades de propietarios con los créditos salariales garantizados en el número 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, se resolverá antendiendo a la constatación registral del privilegio previsto en la Ley de Propiedad Horizontal, pues, en caso de no estar debidamente inscrito, la preferencia corresponderá, una vez más, a los créditos salariales. En este sentido, como acertadamente dice BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN(362), *"para que un determinado crédito, en este caso, el que representan los gastos generales, pueda aprovecharse de la reserva o excepción hipotecaria (del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores), en este último precepto configurada, no basta con que le acompañe una garantía de contextura legal, sino que es absolutamente imprescindible que la misma se aproveche de las ventajas prelativas inherentes a la publicidad registral"*.

En consecuencia, los créditos salariales previstos en los números 1 y 2 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores serán preferentes, en todo caso, a los créditos garantizados por el artículo 9º.-5ª de la Ley de Propiedad Horizontal. Sin embargo, para determinar la preferencia de los créditos protegidos en el número 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, habrá

(360) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); Pág. 461.

(361) Ver el epígrafe 3.2 del capítulo 2º, de esta segunda parte (pág. 207): "Los inmuebles como objeto de refacción".

(362) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); Pág. 461.

que atender a la constatación registral del privilegio en favor de la comunidad de propietarios, que, en caso de que ésta se haya producido, otorgará preferencia a dicha comunidad.

1.3.3 Concurrencia con otros créditos privilegiados.

Además de las modificaciones experimentadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Horizontal en cuanto al privilegio del crédito salarial, existen otros créditos privilegiados que igualmente han sido potenciados con términos absolutos o cuya modificación puede afectar al privilegio otorgado por el artículo 9º.-5ª de la citada Ley de Propiedad Horizontal. Es el caso, por ejemplo, de los créditos tributarios analizados en el capítulo 4º de esta parte segunda. Nuevamente, la aplicación de la ley posterior otorgará preferencia a los créditos garantizados en el artículo 73 y 74 de la Ley General Tributaria con respecto a los protegidos en la Ley de Propiedad Horizontal. Asimismo, los créditos de las comunidades de propietarios a los que estoy haciendo referencia, cederán ante los garantizados en el artículo 71 de la Ley General Tributaria cuando el privilegio de la Ley de Propiedad Horizontal no se haya hecho constar en el Registro de la Propiedad.

En definitiva, el carácter absoluto del privilegio otorgado por el artículo 9º.-5ª de la Ley de Propiedad Horizontal, deberá tener presente las modificaciones normativas que le puedan afectar por haber sido introducidas con posterioridad a la entrada en vigor de la misma.

Asimismo, atendiendo al carácter absoluto del privilegio otorgado por el artículo 9.5ª de la Ley de Propiedad Horizontal, el crédito de la Seguridad Social cederá su preferencia ante los créditos garantizados por dicha Ley, con excepción de que la graduación se produzca en un proceso de quiebra, en cuyo caso, si no hay constancia registral del privilegio de la comunidad de propietarios, la preferencia corresponderá a los créditos de la Seguridad Social, como desarrollo a continuación.

1.3.4 La graduación en el Código de Comercio.

Los artículos 908 y siguientes del Código de Comercio regulan los derechos de los acreedores en caso de quiebra, y su respectiva graduación; estableciendo en los artículos 912, 913 y 914 la graduación de créditos que debe presidir dicho proceso. Pues bien, en el supuesto de que en un procedimiento de quiebra aparezca un crédito en favor de una comunidad de propietarios,

garantizado conforme a la Ley de Propiedad Horizontal, deberá clasificarse según lo dispuesto en el apartado 1º del artículo 914 del Código de Comercio, siempre que el privilegio en favor de la citada comunidad haya sido debidamente inscrito. En el supuesto de que no exista dicha constatación registral, el orden de graduación será, en su caso, el determinado por el apartado 3º del artículo 913 del Código de Comercio.

Todo ello sin perjuicio del derecho de los créditos salariales previstos en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores(363), y a pesar del carácter absoluto de la redacción de la Ley de Propiedad Horizontal. Consecuentemente, cuando no exista constancia registral del crédito garantizado por el artículo 9.5ª de la Ley de Propiedad Horizontal, este crédito en favor de la comunidad de propietarios gozará de peor rango que el de la Seguridad Social, que, como he dicho en capítulos anteriores, tiene la preferencia prevista en la letra D) del apartado 1º del artículo 913 del Código de Comercio, por aplicación de lo establecido en el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994.

(363) Ver el capítulo 2º, de esta segunda parte: "Los créditos salariales" (pág. 187).

2. LA PROTECCIÓN DE LOS ASEGURADOS EN LA LEY DEL SEGURO PRIVADO.

En el capítulo 1º de esta segunda parte, al desarrollar los créditos privilegiados por el derecho común, he analizado la garantía correspondiente a los créditos de los aseguradores, fundamentalmente regulada en el artículo 1.923.2º del Código Civil. Pero, simultáneamente al privilegio que puede corresponder a los aseguradores, los asegurados también gozan de ciertas garantías para el supuesto de que la entidad aseguradora no pueda hacer frente a sus expectativas de previsión. Como dicen FERNANDO DEL CAÑO ESCUDERO y J. RAMÓN DEL CAÑO PALOP[364], *"Normalmente, en cualquier clase de sociedad y cualquiera que sea su objeto social, no se llega súbitamente a la situación de no poder cumplir sus compromisos definitivamente, a la insolvencia. /.../ En cualquier actividad en la que se manejen fondos ajenos es conveniente evitar esas situaciones, pero ello es más necesario tratándose de entidades de seguros que venden seguridad en forma de promesa de una prestación, y aún es mucho más necesario si el seguro que practican es el de vida, pues ocurriría que muchas personas que durante bastantes años han estado realizando un sacrificio para mantener una operación de previsión, al final se verían defraudadas, cuando sus circunstancias posiblemente no les permitirían reparar el descalabro."*

2.1. Regulación actual.

La regulación actual de la protección del asegurado se encuentra desarrollada en la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado, y en el Reglamento de ordenación del seguro privado, aprobado por el Real Decreto 1.348/1985, de 1 de agosto (adaptado posteriormente a las Directivas de la C.E.E. mediante el Real Decreto 2.021/1986, de 22 de agosto). Asimismo, cuando la entidad aseguradora en liquidación es insolvente, el Real Decreto Ley 10/1984, de 11 de julio, regula un procedimiento específico para llevar a cabo esa liquidación.

El artículo 33 de la Ley 33/1984, sobre ordenación del seguro privado, dice lo siguiente:

> **Artículo 33.:** *Preferencia de crédito.*

(364) CAÑO ESCUDERO, FERNANDO DEL y CAÑO PALOP, J. RAMÓN DEL: "Comentarios al...", (obra citada en la NPP nº 36, pág. 63); Pág. 306.

> Los bienes respecto de los cuales se hayan adoptado las medidas previstas en el artículo 42.2, e), quedarán afectos especial y exclusivamente a garantizar el derecho de los asegurados y beneficiarios y, en su caso, los gastos de liquidación de la entidad, sin perjuicio de las cargas reales constituidas con anterioridad a la respectiva anotación registral en la que se haga constar aquella afección.

Por su parte, el artículo 42 del mismo texto legal, después de relacionar en el apartado 1 las distintas situaciones que darán lugar a que el Ministerio de Economía y Hacienda pueda adoptar las medidas cautelares previstas en el apartado 2, establece entre estas medidas cautelares la siguiente:

> Artículo 42.: *Medidas cautelares*
>
> 2. Con independencia de la sanción que en su caso proceda aplicar, las medidas cautelares de acuerdo con las características de la situación, podrán consistir en:
>
> e) Prohibir la disposición de bienes que se determinen, que quedarán bajo la responsabilidad de un depositario aceptado por el órgano de control correspondiente. Esta medida podrá completarse con las adecuadas para que la prohibición tenga eficacia frente a terceros, tales como la notificación a los establecimientos depositarios de efectivos o de valores mobiliarios y la anotación en los Registros públicos correspondientes, a cuyo efecto serán inscribibles las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda o, en su caso, del órgano de control de la Comunidad Autónoma.

Con posterioridad, los artículos 107 y 120.2 e) del Reglamento del seguro privado, reiteran la redacción de los citados artículos 33 y 42.2 e) de la Ley.

2.2. La adopción de medidas cautelares.

A la vista de la regulación establecida por la Ley de ordenación del seguro privado, resulta necesario que la Administración adopte las medidas cautelares suficientes para evitar que la posible insolvencia de las entidades aseguradoras perjudique de forma masiva a un gran número de asegurados. Ahora bien, lo que verdaderamente interesa resaltar ahora es que la preferencia otorgada por el artículo 33 a los asegurados y beneficiarios exige que la Administración haya tomado, con carácter previo, tres medidas: prohibición de disponer, nombramiento de depositario y notificación al depositario (ver artículo 104 del Reglamento); de ahí que, como señalan FERNANDO DEL CAÑO ESCUDERO y J. RAMÓN DEL CAÑO PALOP[365], "*La Ley ha tenido un gran*

(365) CAÑO ESCUDERO, FERNANDO DEL y CAÑO PALOP, J. RAMÓN DEL: "Comentarios al...", (obra citada en la NPP nº 36, pág. 63); Pág. 268.

acierto al establecer las medidas cautelares, que permitirán salvar a las entidades que estén en dificultades, aun sacrificando a determinadas personas físicas, posiblemente responsables, y si aquello no fuera posible, habría que aplicar las medidas previstas con carácter general para todas las empresas y las específicas de seguros, pero procurando que si hay que llegar a esta solución sea cuando el patrimonio todavía permita cubrir todas sus obligaciones, y ello sin perjuicio de las responsabilidades personales que procediesen.

Las medidas cautelares permiten actuar a la Administración antes de que la situación de equilibrio financiero sea irreversible, que es lo verdaderamente interesante, y ello aplicando medidas preventivas, no sanciones a la entidad que podrían agravar la situación."

2.3. La preferencia del crédito.

El citado artículo 33 de la Ley 33/1984, atribuye a los asegurados y beneficiarios del seguro privado un derecho de preferencia especial y exclusivo sobre el valor de los bienes propiedad del asegurador respecto de los cuales se hayan adoptado las medidas previstas en el artículo 42.2 e).

En alguna ocasión se ha debatido por la doctrina si los bienes afectos a garantizar esos derechos son propiedad de la entidad aseguradora o, por el contrario, son de sus asegurados. Evidentemente, los bienes continúan siendo de la aseguradora; si bien, en el caso de iniciarse un proceso de liquidación por insolvencia, los asegurados gozarán del derecho de separación de esos bienes de la masa de la quiebra; derecho de separación que les corresponderá en función del crédito, pero no del dominio, es decir, se tratará de una "*separatio ex iure crediti*" y no de una "*separatio ex iure domini*".

Asimismo, como puntualizan FERNANDO DEL CAÑO ESCUDERO y J. RAMÓN DEL CAÑO PALOP[366], el derecho de los asegurados recae sobre el valor de los bienes y no sobre los bienes mismos, pues el artículo 104.2 de la Ley 33/1984 claramente dice que continuará la liquidación intervenida al solo efecto de distribuir entre los asegurados "*el importe*" de los bienes, no los bienes mismos.

Consecuentemente, el crédito de los asegurados y beneficiarios se antepondrá al de los

(366) CAÑO ESCUDERO, FERNANDO DEL y CAÑO PALOP, J. RAMÓN DEL: "Comentarios al...", (obra citada en la NPP nº 36, pág. 63); Págs. 269 - 270.

restantes acreedores, con excepción de las cargas reales constituidas con anterioridad a la respectiva anotación registral en la que se haga constar aquella afección.

Como he ido recogiendo a lo largo de los distintos capítulos, una vez más se plantea el problema de la contradicción existente en la normativa que en nuestro derecho regula el privilegio de los créditos, especialmente si consideramos los términos absolutos con los que se regulan algunos de estos privilegios(367). Actualmente, por aplicación del privilegio de la Ley posterior, el privilegio otorgado por la Ley 33/1984, únicamente cederá ante las cargas reales constituidas con anterioridad y ante el privilegio de los créditos salariales previstos en el artículo 32.1 y, en su caso, 32.3 del Estatuto de los Trabajadores(368).

El Consejo de Estado, en el Dictamen sobre prelación de créditos de 23 de enero de 1992, concluye diciendo lo siguiente:

> A) En el supuesto de existir bienes afectos para garantizar el derecho de los asegurados y beneficiarios, de acuerdo con los artículos 33 y 42.2.e) de la Ley sobre Ordenación del Seguro Privado, su importe será destinado a pagar a los titulares de las cargas reales constituidas e inscritas con anterioridad a la anotación registral que hizo constar la afección, hasta el importe de la respectiva carga. El remanente será destinado al pago de los asegurados y beneficiarios que acrediten debidamente sus derechos, haciéndose un reparto proporcional, en su caso, entre todos ellos, y a atender los gastos de liquidación. Si se satisfacieran todos estos créditos, el resto será incluido dentro de la masa de la entidad sometida a liquidación.
>
> Todo ello sin perjuicio de que pueda ser necesario, caso de insuficiencia del resto del patrimonio, destinar parte del producto de estos bienes afectos al pago, con preferencia absoluta, al pago de los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

Por último, quiero insistir en la necesidad de que la afección de los bienes (muebles o inmuebles) que garantizan el derecho de los asegurados y beneficiarios deberá figurar inscrita en los correspondientes Registros públicos; resultando trascendental en esta materia el criterio que se siga acerca de la naturaleza de la anotación preventiva de embargo(369), pues, si consideramos su naturaleza real, el crédito garantizado por la misma también deberá anteponerse al garantizado en el artículo 33 de la Ley 33/1984, sobre ordenación del seguro privado.

---

(367) Confrontar, por ejemplo, la regulación del artículo 9.-5ª de la Ley de Propiedad Horizontal o el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

(368) Ver el capítulo 2º, de esta segunda parte: "Los créditos salariales" (pág. 187).

(369) Confrontar al apartado 2.2, del capítulo 5º, de esta segunda parte: "Discusión sobre el carácter de derecho personal o real de la anotación preventiva de embargo" (pág. 349).

Consecuentemente, considerando la naturaleza real de la anotación preventiva de embargo que he defendido en el capítulo 5º de esta segunda parte, cuando el crédito de la Seguridad Social se encuentre debidamente anotado en el correspondiente registro, se antepondrá a la afección de bienes que garantice el crédito de los asegurados y beneficiarios anotados con posterioridad.

2.4. El procedimiento de liquidación previsto en el Real Decreto-Ley 10/1984.

2.4.1 Consideraciones generales.

El Consejo de Estado, en el Dictamen elaborado sobre el orden de prelación de créditos que ha de guardarse en los procedimientos liquidatorios llevados a cabo por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA)[370], recoge las siguientes conclusiones:

> c) El procedimiento de actuación de CLEA, cuando la entidad aseguradora en liquidación es solvente, se ajusta a lo previsto en la Ley 33/1984, de Ordenación del Seguro Privado y, con carácter supletorio, en la de Sociedades Anónimas.
>
> Pero, cuando la entidad en liquidación es insolvente, el Real Decreto-Ley 10/1984 crea un procedimiento específico para llevar a cabo la liquidación; homologable a los procesos concursales mercantiles ya que, como ha tenido ocasión de decir este consejo de Estado (Dictamen nº 49.276, de 29 de julio de 1986) se trata de un procedimiento concursal de ejecución universal en vía administrativa regido por el principio "*par conditio creditorum*", en el que se sustituye la intervención judicial por la del órgano administrativo creado al efecto, la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA). La liquidación se lleva a cabo, "sin perjuicio de las garantías jurisdiccionales del artº 16 de la Ley de Suspensión de Pagos y de los artículos 902 y 903 del Código de Comercio dejando, pues, a salvo el derecho de los acreedores que no concurran a la Junta, el de los que, asistiendo, discrepan del voto de la mayoría y el de los que hubieran sido eliminados de la lista formada".
>
> Nos encontramos, pues, ante un procedimiento concursal que se desarrolla íntegramente en vía administrativa si bien la posible impugnación de su resultado, es decir, del plan de liquidación, puede residenciarse ante los Tribunales de Justicia, según la previsión constitucional contenida en el artº 117.3 de la Constitución y las reglas que respecto a la determinación del orden jurisdiccional establece el artº 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los momentos en que tal procedimiento administrativo se inicia y cierra se corresponden con sendos actos de la Dirección General de Seguros, bajo cuya tutela transcurren las operaciones de liquidación,y están definidos respectivamente en los artículos 8 y 38 del Real Decreto 2.020/1986, de 22 de agosto, a cuyo tenor cuando concurra alguna de las circunstancias legalmente previstas para que se dé la liquidación especial establecida por el Real Decreto-Ley 10/1984, de 11 de julio, la Dirección General de Seguros dictará, previa audiencia de la entidad de que se trate, Resolución disponiendo

(370) Ver N.P.P nº 14,en la página 31.

que la Comisión asuma las funciones de liquidador de la misma; resolución que deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado y se notificará a la Comisión y a la propia entidad afectada; y una vez aprobado el Plan de Liquidación por los acreedores se someterá a la ratificación de la Dirección General de Seguros.

El Real Decreto Ley 10/1984, de 11 de julio, en el apartado 6 del artículo 4º (modificado por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 21/1990), dice lo siguiente:

Artículo 4.:

6. No será obligatoria la solicitud por la Comisión Liquidadora de la suspensión de pagos o quiebra de la Enditad en liquidación, aun cuando presente insolvencia. La Comisión elaborará un plan de liquidación ordenado y ágil, que será sometido a aprobación en convenio de acreedores con los requisitos y formalidades establecidos en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1992 o, en su caso, en el Código de Comercio, salvo en la intervención del Juez, que será sustituida por la de la Comisión Liquidadora, sin perjuicio de las garantías jurisdiccionales derivadas de los artículos 16 de la citada Ley y 902 y 903 del mencionado Código, entendiéndose referida a dicha Comisión la mención de los Síndicos contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El plan aprobado será sometido a la ratificación de la Dirección General de Seguros. Tal ratificación surtirá los efectos previstos en el párrafo 7 del artículo 33 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, si del mencionado plan se deduce la insolvencia de la Entidad.

Las acciones de cualquier clase ejercitadas contra la entidad antes del comienzo de la liquidación o durante ésta ante cualquier jurisdicción, incluidas aquellas que persigan bienes hipotecados o pignorados, seguirán su tramitación hasta obtener sentencia firme. La ejecución de ésta, la de los embargos cautelares trabados, así como la de las providencias administrativas de apremio, quedará en suspenso en tanto se tramita por la Comisión el procedimiento liquidatorio. Si el plan de liquidación no fuera aprobado por los acreedores o ratificado por la Dirección General de Seguros, quedará expedito a aquéllos el ejercicio de las acciones legales oportunas para instar las actuaciones judiciales procedentes, y a las Administraciones Públicas, el de sus potestades para proseguir los procedimientos administrativos de apremio.

2.4.2 La incidencia del procedimiento en la ejecución del crédito de la Seguridad Social.

A diferencia de lo que sucede en caso de concurrencia del crédito de la Seguridad Social con un procedimiento concursal de ejecución universal de los que podrían denominarse "*habituales*" (es decir, suspensión de pagos o quiebra), cuya solución viene determinada por la aplicación del artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992[371]; cuando la concurrencia se produce con un procedimiento de liquidación regulado en el citado Real Decreto Ley 10/1984,

(371) Confrontar el capítulo 4º, de la primera parte: "La incidencia de los procedimientos concursales en la ejecución del crédito de la Seguridad Social" (pág. 109).

como acabo de exponer, determinará que "*Las acciones de cualquier clase ejercitadas contra la entidad antes del comienzo de la liquidación o durante ésta ante cualquier jurisdicción, incluidas aquellas que persigan bienes hipotecados o pignorados, seguirán su tramitación hasta obtener sentencia firme. La ejecución de ésta, la de los embargos cautelares trabados, así como la de las providencias administrativas de apremio, quedará en suspenso en tanto se tramita por la Comisión el procedimiento liquidatorio.*".

En definitiva, aquí si que se produce una verdadera paralización del ejercicio de las acciones individuales, sin excepción alguna. Únicamente se podría plantear la duda respecto a la paralización de las acciones ejercitadas por los trabajadores en reclamación de créditos salariales; que, en mi opinión, atendiendo al carácter absoluto de la redacción del artículo 32.4º y 5º del Estatuto de los Trabajadores, no se verán paralizadas a pesar de la existencia del procedimiento de liquidación previsto en el Real Decreto Ley 10/1984.

3. LA RESERVA DE DOMINIO EN LA LEY DE VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES.

3.1. ¿Titularidad dominical o derecho real de garantía?

El problema fundamental que plantea el estudio de la reserva de dominio prevista en el apartado 12, del artículo 6º, de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, de 17 de julio de 1965 (Ley 50/1965), consiste en determinar si tal reserva de dominio atribuye al vendedor una verdadera titularidad dominical sobre el bien, en tanto no se abonen la totalidad de las cantidades aplazadas, o, por el contrario, el vendedor gozará de un derecho preferente con respecto a los restantes acreedores, es decir, gozará de un derecho real de garantía similar a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento.

En mi opinión, la reserva de dominio regulada en la Ley 50/1965 atribuye al vendedor (o, en su caso, al financiador[372]) un derecho real de garantía, pero no significa que el vendedor conserve la propiedad del bien, pues, como dice el artículo 9º, "*la venta de bienes muebles corporales a plazos regulada en esta Ley, sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial. Si el vendedor entrega la cosa sin haber recibido simultáneamente el desembolso inicial, perderá el derecho a exigir el importe de éste, y la obligación de pago del comprador se entenderá reducida al importe del resto del precio, conservando el derecho a hacerlo en los plazos convenidos*".

Además, como más adelante desarrollaré, el artículo 19 señala que "*el acreedor para el cobro de los créditos nacidos de contratos inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 23, gozará de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1.922, número 2, y 1.926, número 1, del Código Civil*".

---

(372) La Circular de 19 de noviembre de 1968, de la Dirección General de los Registros y Notariado, recuerda que la Resolución de ese mismo Centro Directivo de 13 de noviembre de 1968, al aprobar el modelo de Contrato "R" de financiación a comprador de automóviles, admite la reserva de dominio a favor del financiador.
Ahora bien, como dice BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO; "Comentarios a la Ley de Ventas a plazos de bienes muebles"; Editorial Montecorvo, S.A.; Madrid 1977; pág. 140: "*La Ley no brinda ningún apoyo a semejante construcción. Por lo que, en realidad, se confunde la autoridad de la Ley con la del modelo «R», aprobado simplemente por una Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado*".
En este sentido, confrontar también RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143); pág. 352.

Entre los autores, hay que destacar en esta materia a RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO[373], quien abiertamente defiende la equiparación de la cláusula de reserva de dominio a una garantía mobiliaria sin desplazamiento: "*El derecho que produce la cláusula de reserva de dominio no es la titularidad dominical, a pesar de la denominación de la figura, que induce a semejante equívoco. La reserva de dominio constituye un derecho real de garantía similar a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento. Lo que responde tanto a su función económica como a las exigencias propias de su construcción jurídica.*".

BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN[374], analizando el privilegio del crédito salarial, mantiene la misma posición: "*[...] cuando los bienes del empresario han sido adquiridos a plazos, y la operación incorporó una cláusula de reserva de dominio ¿se trata de bienes ajenos, inmunes por ello al privilegio salarial?, ¿o más bien se trata de bienes propios, susceptibles de ser apremiados, en eventual concurrencia con vendedor o financiador, que de supuestos dueños, pasarían a simples acreedores más o menos privilegiados?.*

Se cuenta con una importante corriente doctrinal que abiertamente sostiene que la reserva de dominio es completamente equiparable a una garantía real mobiliaria sin desplazamiento; tesis que debe ser compartida, y que tiene su más fuerte apoyo en el artículo 19 de la Ley. [...]. En consecuencia, la ejecución laboral, por créditos del trabajador, puede dirigirse contra bienes muebles que hayan sido adquiridos al amparo de la Ley de 1965, aunque en la venta se haya incorporado una cláusula de reserva de dominio, sea en favor del vendedor, lo sea en el del financiador; quienes, si estiman que gozan de mejor prelación que dicho trabajador, podrán interponer la correspondiente tercería de mejor derecho, pero no la de dominio, porque no son dueños, sino solamente acreedores del precio, bien que enérgicamente privilegiados.".

El propio RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO[375], recoge la evolución experimentada por la doctrina y la jurisprudencia, reconociendo que la equiparación de la cláusula de reserva de dominio a un derecho real de garantía semejante a la hipoteca mobiliaria o a la prenda sin desplazamiento, no constituye hoy en día, ni mucho menos, doctrina pacífica.

Otros autores que mantienen la misma posición doctrinal son VICENTE BALDO DEL

(373) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO; "Comentarios a la Ley de...", (obra citada en la NPP nº 372, pág. 428); y "La cláusula de reserva de dominio (Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles)"; Madrid, 1971.

(374) RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ; "Los privilegios del...", (obra citada en la NPP nº 73, pág. 143).

(375) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO; "Comentarios a la Ley de...", (obra citada en la NPP nº 372, pág. 428); y "La cláusula de...", (obra citada en la NPP nº 373, pág. 429)

CASTAÑO[376], JAIME SANTOS BRIZ[377] y JOSÉ PUIG BRUTAU[378], entre otros.

3.2. Breve estudio de la Ley 50/1965.

Para continuar con el análisis del privilegio otorgado en la cláusula de reserva de dominio, interesa ahora destacar algunos artículos de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, con la finalidad de llegar a la conclusión que inicialmente he planteado: la reserva de dominio atribuye al vendedor (o, en su caso, al financiador) un derecho real de garantía similar a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento.

> **Artículo 1.:**
>
> Es objeto de la presente Ley la regulación de las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles, de los préstamos destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquellos contratos.

La Ley no se limita a regular exclusivamente las ventas a plazos, sino que también se ocupa de los préstamos destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyan.

> **Artículo 4.:**
>
> Quedan excluidas de la presente Ley:
>
> 1º Las compraventas a plazos de bienes muebles que, con o sin ulterior transformación o manipulación, se destinen a la reventa al público, y los préstamos cuya finalidad sea financiar tales operaciones.
>
> 2º Las ventas y préstamos ocasionales efectuados sin finalidad de lucro.
>
> 3º Las ventas y préstamos cuyo importe sea inferior o superior a la cantidad que se determine por el Gobierno.
>
> 4º Los préstamos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento.
>
> 5º Las operaciones de comercio exterior.

La exclusión de los préstamos garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin

(376) BALDO DEL CASTAÑO, VICENTE; "Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías"; Madrid 1974. Págs. 188 y ss.

(377) SANTOS BRIZ, JAIME; "Derecho Civil; Teoría y Práctica II. Derecho de cosas"; Madrid 1973. Págs. 683 y ss.

(378) PUIG BRUTAU, JOSÉ; "Fundamentos de...", (obra citada en la NPP nº 223, pág. 281); Tomo II, Vól II; pág. 373.

desplazamiento implica que, como destaca RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO[379], *"los particulares podrán optar por un sistema u otro, que permanecerán rígidamente separados. [...] Naturalmente que la opción teórica que ofrecen ambas leyes no quiere decir que en la práctica, y por razones económicas y jurídicas, no vaya a ser la Ley de Ventas a Plazos la que canalice casi exclusivamente este tipo de tráfico jurídico, tal y como señala LALAGUNA"*[380].

> **Artículo 6.:**
>
> Los contratos, además de los pactos y cláusulas que las partes libremente estipulen, contendrán con carácter obligatorio las circunstancias siguientes:
>
> 12. La cláusula de reserva de dominio, si así se pactara, así como el derecho de cesión de la misma o cualquier otra garantía de las previstas y reguladas en el ordenamiento jurídico.
>
> 13. La prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o del financiador, en su caso.

Este artículo 6º, además de establecer otras circunstancias que obligatoriamente deben quedar recogidas en el contrato, especifica en los apartados 12 y 13 la posibilidad de incluir en las ventas a plazos la cláusula de reserva de dominio y la prohibición de disponer.

Sobre la problemática que se desprende de la cláusula de reserva de dominio ya he analizado en el punto 1 de este mismo apartado su condición de derecho real de garantía *"a pesar de la denominación de la figura"*.

En cuanto a la prohibición de disponer regulada en el apartado 13, del artículo 6º, hay que destacar las conclusiones que sobre la misma recoge en su obra RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO[381]: *"Esta prohibición de disponer constituye una novedad en el ámbito de las transmisiones onerosas, [...]. De ahí que esta prohibición tenga poco o nada que ver con las existentes en el campo de los actos a título gratuito, a las que la doctrina ha considerado como simples restricciones que no generan un derecho. Aquí, en cambio, nos encontramos no sólo con una restricción para la titularidad del comprador sobre la cosa, sino con un verdadero derecho*

(379) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO; "Comentarios a la Ley de...", (obra citada en la NPP nº 372, pág. 428); págs. 152 - 153.

(380) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE; "Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles"; Revista Civil de Derecho Inmobiliario, número 460, mayo - junio 1967. Págs. 677 y ss.

(381) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO; "Comentarios a la Ley de...", (obra citada en la NPP nº 372, pág. 428); págs. 183 - 187.

a favor del vendedor o del financiador, derecho real de garantía similar a la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento o reserva de dominio, puesto que de acuerdo con la Ley goza exactamente de sus mismos efectos, una vez que reúna sus mismos requisitos. [...] Una vez que el contrato haya sido inscrito en el Registro, la cláusula adquiere pleno efecto frente a terceros (art. 23). [...] Pero además, el efecto más importante de la prohibición de disponer radica, de acuerdo con su condición de derecho real de garantía, en la facultad que concede de ejecución preferente sobre el bien (art. 19), al igual que la reserva de dominio.".

> **Artículo 9.:**
>
> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º, la venta de bienes muebles corporales a plazos regulada en esta Ley, sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial.
>
> Si el vendedor entrega la cosa sin haber recibido simultáneamente el desembolso inicial, perderá el derecho a exigir el importe de éste, y la obligación de pago del comprador se entenderá reducida al importe del resto del precio, conservando el derecho a hacerlo en los plazos convenidos.

En mi opinión, la redacción del artículo 9 constituye uno de los argumentos más contundentes a la hora de considerar la naturaleza de derecho real de garantía de la reserva de dominio, en lugar de atribuir una titularidad dominical al vendedor, debido a que el contrato quedará perfeccionado con la entrega de la cosa.

> **Artículo 11.:**
>
> Si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor, sin perjuicio de lo que dispone el art. 13, podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato.
>
> Cuando el vendedor optare por la resolución del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas. En todo caso, el vendedor tendrá derecho a deducir:
>
> 1º El 10 por 100 del importe de los plazos pagados, en concepto de indemnización por la tenencia de la cosa por el comprador.
>
> 2º Una cantidad igual al desembolso inicial, por la depreciación comercial del objeto.
>
> Por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor, además, la indemnización que en derecho proceda.
>
> Si el importe de los plazos satisfechos fuere insuficiente para que el vendedor se reintegre de los conceptos mencionados en este artículo, quedarán a salvo las pertinentes acciones de resarcimiento.
>
> La falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 3º para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le

correspondan como cesionario del vendedor.

La redacción de este artículo podría inducir a pensar que el vendedor continúa siendo el titular del bien hasta que no esté totalmente desembolsado el precio por parte del comprador; sin embargo, como acertadamente señala RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO[382]: *"Ni siquiera en el art. 11, cuando se hace referencia a la resolución del contrato se nos dice que dicha resolución supone un ejercicio de la reserva de dominio (lo que de algún modo debería mencionarse si se entendiese que la reserva de dominio implica la retención de la titularidad dominical, puesto que parece que la recuperación de la posesión y la resolución del contrato deberían ir unidas"*.

> **Artículo 12.:**
>
> El comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor o de un tercero que haya financiado la operación, dispusiera de la cosa o la dañare, será castigado con penas previstas en el Código Penal para los delitos de apropiación indebida o de daños, respectivamente, persiguiéndose el hecho solamente a denuncia del perjudicado.

Nuevamente, este artículo induce a la confusión al parecer partir de la base de que el vendedor o financiador conservan la propiedad. Y sin duda tal fue la idea inspiradora para el legislador, como reconoce RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO[383]. El propio autor continúa diciendo lo siguiente: *"Pero esto no tiene más consecuencia (importante sin duda) que proporcionar al comprador una sanción excesiva y desproporcionada (sobre ello volveremos al comentar ese artículo), además del efecto psicológico que ello pueda tener en las partes intervinientes Pero no cabe deducir necesariamente que la reserva de dominio suponga la titularidad dominical, ya que el Derecho penal construye sus conceptos con independencia de los del Derecho civil (como consecuencia de su autonomía) -sin perjuicio de la conexión que puedan tener y ciertamente tienen-. Y buena prueba de lo dicho es precisamente ese art. 12 en el que, como se observará, la apropiación indebida no se conecta sólo de disponer la reserva de dominio, sino también con la prohibición de disponer. Es evidente pues que la aplicación de las penas que corresponden a dicho delito no presupone necesariamente que vendedor o financiador retengan*

(382) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO; "Comentarios a la Ley de...", (obra citada en la NPP nº 372, pág. 428); págs. 177 - 178.

(383) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO; "Comentarios a la Ley de...", (obra citada en la NPP nº 372, pág. 428); págs. 178 - 179.

la propiedad del bien comprado. Por otra parte, normalmente el titular de la cláusula de reserva de dominio suele ejercerla en su función de derecho real de garantía, que concede una facultad de ejecución preferente (art. 19 de la Ley), así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17-VI-1970[384].

> **Artículo 19.:**
>
> El acreedor, para el cobro de los créditos nacidos de contratos inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 23, gozará de la preferencia y prelación establecidos en los artículos 1.922, número 2, y 1926, número 1, del Código Civil.
>
> En los casos de quiebra no se incluirán en la masa los bienes comprados a plazos mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta. En los de suspensión de pagos, el acreedor tendrá la condición de singularmente privilegiado con derecho de abstención, según los artículos 15 y 22 de la Ley de suspensión de pagos.
>
> Para la venta en subasta notarial de las cosas adquiridas a plazos, el acreedor, por Notario, hábil para actuar en el lugar donde se hallen, requerirá de pago al deudor, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación, haciendo constar que si no se efectuare el pago se procederá a la subasta de los bienes, sin necesidad de nuevas notificaciones ni requerimientos.
>
> El requerido, dentro de los tres días siguientes, deberá pagar o entregar la posesión de los bienes al acreedor o a la persona que éste haya designado al efecto en el acto del requerimiento.
>
> Cuando el deudor incumpliera la obligación de entregar la posesión de los bienes, el Notario no seguirá adelante en su actuación, y el acreedor podrá acudir a cualquiera de los procedimientos judiciales, sin perjuicio de ejercitar las acciones civiles y criminales que le correspondan.
>
> Si el deudor no pagare, pero entregare la posesión de los bienes, el Notario procederá a la enajenación de éstos en la forma prevenida en el artículo 1.872 del Código Civil.

El párrafo primero de este artículo 19 constituye, sin duda alguna, el principal argumento en defensa de la tesis que considera la cláusula de reserva de dominio como un derecho de garantía real similar a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento, pues, dicho apartado, atribuye al vendedor un derecho preferencial (remitiendo a los artículos 1.922, número 2 y 1.926,número 1, del Código Civil), pero no una titularidad dominical sobre el bien objeto de la venta.

---

(384) El propio RODRIGO BERCOVITZ dice lo siguiente: *«Lo que resulta contradictorio con pretender la titularidad dominical del ejecutante o del embargante. Esto es precisamente lo que inducía a entender en mi comentario a la Ley (Las ventas a plazos de bienes muebles) que el art. 19 no se aplicaría cuando existiese un pacto de reserva de dominio; porque partía de la errónea concepción tradicional sobre dicha reserva. Modificada mi postura a favor de su equiparación con un derecho real de garantía similar a la prenda sin desplazamiento,pasé a darme cuenta (en La cláusula de..., págs. 101-102) que, por el contrario, el art. 19 era el que contenía la eficacia propia de la reserva de dominio.»*

Por el contrario, el párrafo segundo del artículo 19 establece un derecho de separación de los bienes comprados a plazos respecto a la masa de la quiebra. Cuestión que podría dar lugar a considerar que si el vendedor goza de un derecho de separación es debido a que continúa manteniendo la titularidad dominical del bien. Sin embargo, el referido derecho de separación otorgado por la Ley de ventas a plazos, no está basado en el dominio (*separatio ex iure dominii*) sino en el privilegio establecido en el párrafo primero del mismo artículo 19; es decir, se tratará de un derecho de separación fundado en la naturaleza del crédito (*separatio ex iure crediti*). En idéntico sentido, el artículo 918 del Código de Comercio atribuye a los acreedores con prenda constituida por escritura pública o en póliza intervenida por Agente o Corredor, el mismo derecho de separación que el regulado en la Ley de ventas a plazos.

Este derecho de separación fundado en la naturaleza del crédito, unido a la consideración de acreedor singularmente privilegiado con derecho de abstención en los casos de suspensión de pagos, ratifica, una vez más, que la reserva de dominio atribuye al vendedor un derecho real de garantía, y no la titularidad dominical del bien enajenado; en cuyo caso, la Ley no establecería en las suspensiones de pagos la condición de singularmente privilegiado, sino que el bien quedaría excluido del proceso concursal.

El párrafo 3º del mismo artículo 19 introduce un nuevo argumento en favor de la tesis que estoy manteniendo, pues, al establecer la venta en subasta notarial, está reconociendo que el bien objeto de la venta a plazos corresponde al comprador a pesar de no haber abonado la totalidad del precio. Evidentemente, si el vendedor ostentara la titularidad del bien no sería necesario acudir a la subasta del mismo.

La única duda que podría plantear el análisis de este artículo 19 viene determinada por la necesidad de entregar la posesión, por parte del comprador, previsto en los párrafos 4º, 5º y 6º. Ahora bien, como acertadamente señala, una vez más, RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO[385], "*El comprador no entrega más que la posesión, no porque no tenga la propiedad, sino porque basta con aquella entrega para obtener el efecto que se persigue, que es colocar al acreedor prendario en la situación que le permita hacer uso del art. 1.872 del C.c. (para lo que es necesario que, al igual que el C.c. obtenga previamente, directa o indirectamente, la posesión de la cosa). El deudor propietario de la prenda o de la cosa sobre la que se ejecuta sólo pierde*

(385) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO; "Comentarios a la Ley de...", (obra citada en la NPP nº 372, pág. 428); págs. 174.

la propiedad sobre ella cuando se procede a su venta forzosa."[386].

> **Artículo 23.:**
>
> Para que sean oponibles a tercero las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer, que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente.
>
> El Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer se llevará por los Registradores mercantiles y se sujetará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia.

A la vista de lo anteriormente expuesto, la oponibilidad frente a tercero de las reservas de dominio o de las prohibiciones de disponer, hacen referencia a la posibilidad de ejercitar el derecho real de garantía previsto en el artículo 19, como ocurre con todos los derechos reales de garantía con eficacia frente a terceros; pues, en caso contrario, no se verían favorecidos por el privilegio otorgado en el citado artículo 19.

3.3. Conclusiones.

En consecuencia con todo lo expuesto, considero que el privilegio que la Ley de Ventas a Plazos de 17 de julio de 1965 otorga al vendedor y, en su caso, al financiador, consiste en un derecho real de garantía similar a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento. Cuestión que se deriva del análisis de la citada Ley de 1965 y especialmente de lo dispuesto en los artículos 9 y 19 de la misma; de cuyo estudio puede concluirse que, con independencia de la intención inicial del legislador, así como de la denominada "*doctrina tradicional*", lo cierto es que la redacción de la Ley 50/1965 conduce necesariamente al rechazo de las tesis que consideran que la reserva de dominio otorga una verdadera titularidad dominical al vendedor, cuando en realidad lo que otorga es un derecho de garantía.

Ahora bien, en el caso de que un crédito privilegiado conforme a la Ley de Ventas a Plazos concurra con un crédito de la Seguridad Social, la preferencia corresponderá al acreedor garantizado por el artículo 19 de dicha Ley de Ventas a Plazos, siempre que la reserva de dominio o la prohibición de disponer haya sido debidamente inscrita en el Registro al que hace referencia el artículo 23.

---

(386) En sentido contrario (equivocadamente, en mi opinión) se manifiesta ALONSO PÉREZ, MARIANO; "El riesgo en el contrato de compraventa"; Madrid, 1972. Pág. 363-371.

4. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO (LEASING).

Para finalizar este capítulo voy a hacer referencia a la figura del arrendamiento financiero, más conocida como "*leasing*", de la que hay que destacar sus diferencias con la reserva de dominio prevista en la citada Ley de Ventas a Plazos. Estas diferencias resultan especialmente interesantes en relación con los vehículos de motor, debido a la frecuente utilización de ambas figuras en la enajenación de los mismos.

La diferencia fundamental radica en la forma de perfeccionarse la compraventa. Así, mientras que en la compraventa a plazos el contrato se perfecciona con la tradición (entrega de la cosa), por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 50/1965, en el arrendamiento financiero "*leasing*" la venta únicamente se perfeccionará en el caso de que se ejercite la opción de compra prevista en dichos contratos. De esta forma, los contratos de ventas a plazos gozarán, en su caso, de un derecho de garantía, pero no otorgarán la titularidad dominical del bien al vendedor, sino que dicha titularidad corresponde al comprador desde el momento en que se perfeccione el contrato. Por el contrario, en los contratos de "*leasing*" la titularidad continúa correspondiendo al arrendador hasta que se formalice la opción de compra en favor del arrendatario.

En consecuencia, en el caso de que un bien del deudor, sometido a un procedimiento administrativo de apremio, se encuentra financiado mediante una operación de "*leasing*", el crédito de la Seguridad Social cederá ante el derecho del titular de dicho bien, que no es otro que el arrendador. En este caso, el organismo encargado de la recaudación en vía de apremio (Unidad de Recaudación Ejecutiva) podrá efectuar el embargo de la posesión, pero no el de la propiedad, porque realmente el derecho que corresponde al deudor arrendatario es el de la posesión y utilización del bien financiado.

Asimismo, también podrá ser objeto de embargo el derecho correspondiente al deudor arrendatario de ejercitar la opción de compra prevista en el contrato de "*leasing*".

En definitiva, en los casos de concurrencia de un crédito de la Seguridad Social con un arrendamiento financiero, el arrendador gozará del derecho que le otorga su titularidad sobre el bien, sin que dicho bien pueda ser objeto de embargo, a excepción de la posesión o la opción de compra.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo he reiterado en diversas ocasiones que uno de los problemas fundamentales planteados por el estudio de los créditos privilegiados consiste en la tremenda dispersión normativa reguladora de dichos privilegios. Esta dispersión aconseja una reforma de toda esta materia en busca de la necesaria unificación de la misma que pueda aportar el rigor jurídico suficiente en torno a una cuestión que presenta una repercusión económica difícilmente comparable.

Ante la ausencia de esa norma unificadora de la regulación de los créditos privilegiados y con la intención de evitar la confusión originada por la diversidad de la normativa existente, voy a efectuar una serie de conclusiones siguiendo la estructura de los capítulos que he desarrollado anteriormente, pretendiendo de esta forma aportar una visión generalizada y metódica de la concurrencia del privilegio de los créditos de la Seguridad Social con los fundamentales acreedores privilegiados:

PARTE PRIMERA

PRIMERO.- El privilegio de los créditos de la Seguridad Social está determinado por lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Además, puede decirse que la existencia de un procedimiento administrativo propio de reclamación de las deudas de la Seguridad Social, mediante la aplicación del vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social (Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre), atribuye al Sistema de la Seguridad Social el privilegio de llevar a cabo la ejecución de los descubiertos que al mismo se originen.

SEGUNDO.- La necesidad constitucional de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, constituye el fundamento del carácter privilegiado de los créditos de la Seguridad Social. Especialmente si consideramos las dificultades de financiación por las que actualmente atraviesan los modernos Sistemas de Seguridad Social, debido a las diferentes causas

socioeconómicas que han debilitado las teorías del Estado del bienestar.

En mi opinión, los sistemas de protección complementarios previstos en la parte segunda del artículo 41 de la Constitución española resultan evidentemente necesarios para el futuro, pero ello no debería implicar un desmedido recorte de los logros sociales alcanzados. De ahí que el fortalecimiento del sistema de financiación de la Seguridad Social determine la existencia del privilegio de sus créditos.

TERCERO.- Como he dicho anteriormente, el privilegio de la Seguridad Social no se limita al carácter preferencial de sus créditos, determinado en el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social, sino que dicho privilegio descansa también en la existencia de un procedimiento propio de recaudación, a cuyo estudio he dedicado el capítulo tercero de la parte primera.

CUARTO.- A pesar de la existencia de un procedimiento concursal o de ejecución universal, caracterizado por la paralización del ejercicio de las acciones individuales y por el sometimiento de los acreedores a las reglas de la igualdad de trato "*par conditio creditorum*", la ejecución originada por los créditos de la Seguridad Social podrá continuar cuando existan deudas en alguno de los supuestos siguientes:

1.- Deudas singularmente garantizadas con fecha anterior al proceso concursal.

2.- Deudas providenciadas de embargo con fecha anterior al proceso concursal.

3.- Deudas generadas con posterioridad al inicio del proceso concursal (deudas de la masa).

Además del privilegio de ejecución separada que en los supuestos enumerados puede corresponder a los créditos de la Seguridad Social, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 117 de la Orden de 8 de abril de 1992, que desarrolla el Real Decreto 1.517/1991, de 11 de octubre, dichos créditos de la Seguridad Social gozarán también del posible ejercicio del derecho de abstención previsto en el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y en el artículo 900 del Código de Comercio.

No obstante, según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley General de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir directamente los acuerdos o convenios en procesos concursales previstos en las secciones 1ª y 8ª del título XII del libro II y en la sección 6ª del título XIII del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Suspensión de

Pagos de 26 de julio de 1922.

PARTE SEGUNDA

PRIMERO.- Al margen de la normativa específica reguladora de los distintos créditos privilegiados, la prelación de créditos se encuentra establecida, básicamente, en los artículos 1921 y siguientes del Código Civil, y en los artículos 912 y siguientes del Código de Comercio.

La graduación de créditos contenida en el Código de Comercio se limita exclusivamente a la determinación de la prelación de créditos en los procesos de quiebra. Consecuentemente, a excepción de dichos procesos de quiebra, la prelación de créditos se determinará por la aplicación de lo dispuesto en el Código Civil y en la restante normativa específica que ha ido completando lo establecido en el mismo.

En relación con el articulado del Código Civil es necesario destacar la controversia planteada por la aparente antinomia de los artículos 1.921 y 1.922 con el artículo 1.926, y de los artículos 1.921 y 1.923 con el artículo 1.927, a la que me he referido en el capítulo 1º de la segunda parte.

El Código Civil efectúa la graduación de créditos diferenciando los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes del deudor (créditos singularmente privilegiados), de los que gozan de preferencia sobre la totalidad de bienes del deudor (créditos privilegiados). Asimismo, entre los créditos singularmente privilegiados diferencia aquéllos cuyo privilegio descansa sobre determinados bienes muebles, de lo relativos a los bienes inmuebles. La posible concurrencia de créditos privilegiados se resuelve en el Código Civil en favor de los créditos singularmente privilegiados en detrimento de los créditos que gozan de un privilegio general. Ahora bien, existen normas específicas posteriores al Código Civil que han modificado esta situación, otorgando preferencia a determinados créditos *con privilegio general* frente a los singularmente privilegiados por el Código Civil. Tal es el caso de los créditos salariales protegidos por el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, o de determinados créditos tributarios garantizados por la Ley General Tributaria, entre otros.

En relación con la graduación establecida en los artículos 912 y siguientes del Código de Comercio para los procesos de quiebra, hay que destacar la posición del crédito de la Seguridad Social dentro del apartado 1º del artículo 913, anteponiéndose, en consecuencia, a los créditos privilegiados por el Derecho común. Esta cuestión determina que, en un proceso de quiebra, el

crédito de la Seguridad Social gozará de mejor grado de prelación que otros acreedores que fuera de dicho proceso hubieran sido preferentes a la Seguridad Social; entre esos créditos hay que incluir, además que los garantizados en los artículo 1.922 y 1.923 del Código Civil, los créditos tributarios que, a mi juicio, en un proceso de quiebra deberán posponerse a los créditos de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- Los créditos salariales garantizados por los apartados 1º y 2º del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca. La doctrina ha denominado a estos créditos como "*superprivilegiados*", debido precisamente a su preferencia sobre todos los demás. Sin embargo, la existencia de otros créditos privilegiados con idéntico carácter absoluto (sobre cualquier otro crédito), obliga a tener presente el principio de aplicación de la Ley posterior, y, en este sentido, el crédito salarial protegido en los citados apartados 1º y 2º del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, en la actualidad, tiene preferencia sobre todos los créditos, incluso sobre los créditos tributarios garantizados por los artículo 73, 74 y 75 de la Ley General Tributaria, o sobre el crédito de las comunidades de propietarios protegido por el artículo 9º.5ª de la Ley de Propiedad Horizontal.

En relación con los restantes créditos salariales, garantizados en el apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, hay que destacar las modificaciones introducidas por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que limita su privilegio "*en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago*". No obstante, en lo que afecta al créditos de la Seguridad Social, la cuestión más importante que se desprende de este apartado 3º radica en la limitación que ya existía en la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores, según la cual, estos créditos salariales gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes (anteriormente decía con arreglo a la Ley Hipotecaria). En mi opinión, considerando la naturaleza real de la anotación preventiva de embargo que he defendido, los créditos de la Seguridad Social que se encuentren garantizados mediante la correspondiente anotación preventiva de embargo gozarán de preferencia sobre los créditos salariales protegidos en el apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

En el actual apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores también hay que destacar el párrafo final añadido por la Ley 11/1994: "*La misma consideración tendrán las*

indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo". De esta forma parece terminarse con la controversia suscitada en torno al privilegio de las indemnizaciones por las Salas primera y cuarta del Tribunal Supremo. Sin embargo, la redacción literal del actual apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores hace referencia exclusivamente a las indemnizaciones por despido, sin hacer referencia a las restantes indemnizaciones que puedan corresponder al trabajador; cuestión esta que puede dar lugar al inicio de una nueva discusión en torno al contenido del privilegio garantizado en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO.- Entre los tradicionales derechos reales de garantía, los créditos hipotecarios con garantía inmobiliaria gozan de preferencia sobre los restantes créditos que pudieran existir, a excepción de los que relaciono a continuación:

1.- Las denominadas hipotecas legales tácitas previstas en el artículo 1.923.1º y 2º del Código Civil (no obstante, el privilegio regulado en el apartado 1º del citado artículo 1.923 se encuentra tácitamente derogado por el artículo 73 de la Ley General Tributaria).

2.- Los créditos salariales protegidos por el artículo 32.1º y 2º del Estatuto de los Trabajadores (si bien, la aplicación del privilegio del artículo 32.2º a los bienes inmuebles deberá limitarse a aquellos supuestos en los que el inmuebles ha sido *elaborado* por los trabajadores; es decir, a las empresas de construcción).

3.- Los créditos tributarios garantizados en los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria.

4.- Los créditos a favor de las comunidades de propietarios protegidos por el artículo 9º.5ª de la Ley de Propiedad Horizontal de 1961.

5.- Las anotaciones preventivas de embargo y los créditos refaccionarios, anotados o inscritos con anterioridad al crédito hipotecario (artículos 1.923.3º y 1.927.2º del Código Civil).

6.- Determinados créditos privilegiados en el ámbito del Derecho Marítimo.

En definitiva, el crédito de la Seguridad Social podrá anteponerse al hipotecario cuando por parte de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social se haya efectuado la correspondiente anotación preventiva de embargo con anterioridad a la inscripción registral del crédito hipotecario.

En relación con la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, los créditos

garantizados con estos derecho reales tendrán preferencia sobre los restantes créditos, con excepción de los créditos salariales protegidos por el artículo 32.1º y 2º del Estatuto de los Trabajadores, de los créditos tributarios garantizados en los artículos 74 y 75 de la Ley General Tributaria y de determinados créditos privilegiados por el Derecho Marítimo. Asimismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, no podrá constituirse este tipo de garantía cuando los bienes ya estuvieran hipotecados, pignorados o embargados; de esta forma el crédito de la Seguridad Social, cuando haya dado lugar al embargo de los bienes muebles, impedirá la constitución de una hipoteca mobiliaria o de una prenda sin desplazamiento. En cualquier caso, este tipo de garantías reales parecen haber caído en desuso en favor de otras como las compraventas a plazos garantizadas con reservas de dominio o con la proliferación de otras figuras como el arrendamiento financiero "*leasing*".

Otros derecho reales de garantía que igualmente han ido perdiendo la importancia práctica que tuvieron en otro momento son la prenda, la anticresis y la fiducia. En relación con ésta última, a mi juicio, el dotar de naturaleza constitutiva a la inscripción registral del negocio fiduciario eliminaría los inconvenientes que se plantean en la actualidad para convertir en un verdadero derecho real de garantía.

CUARTO.- El privilegio de los créditos tributarios se encuentra regulado en la actualidad, fundamentalmente, en los artículos 71 y siguientes de la Ley General Tributaria.

Al igual que los créditos de la Seguridad Social, el privilegio de los créditos tributarios goza también de una prerrogativa de carácter procesal determinada por la existencia de un procedimiento propio de recaudación, aprobado por el Real Decreto 1.684/1990, de 20 de diciembre.

Sin embargo, en mi opinión, una diferencia fundamental existente entre el privilegio de la Seguridad Social y el de los créditos tributarios viene determinada por la ausencia de remisión de la normativa tributaria al sistema de graduación efectuado por el Código de Comercio para los procesos de quiebra. De tal forma que los créditos de la Seguridad Social, garantizados en el apartado 1º, letra D), del artículo 913 del Código de Comercio, se antepondrán a los créditos tributarios cuando la graduación de créditos deba realizarse en un proceso de quiebra, pues los créditos tributarios deberán incluirse, en su caso, en el apartado 3º del citado artículo 913 del Código de Comercio.

QUINTO.- La anotación preventiva de embargo no tiene carácter constitutivo, es decir, el embargo puede existir con independencia de su anotación registral. Ahora bien, dicha anotación atribuye el embargo efectuado sobre los bienes inmuebles la preferencia establecida en el artículo 1.923.4º del Código Civil.

En mi opinión, actualmente la anotación preventiva de embargo tiene naturaleza de derecho real, siendo preferente a todos los créditos nacidos con posterioridad a su inscripción registral, con excepción, lógicamente, de los mismos créditos que también se anteponen a los créditos hipotecarios, a pesar de no constar en el momento de la anotación. No obstante, la anotación preventiva no atribuye preferencia al embargo frente a los créditos privilegiados nacidos con anterioridad a dicha anotación, aunque estos créditos no se hayan anotado o se hayan anotado con posterioridad.

Esta naturaleza real de la anotación preventiva de embargo determina que la misma goce de preferencia respecto a aquellos créditos que limitan su privilegio a la existencia de un derecho real anotado o inscrito con anterioridad. En este sentido, la anotación preventiva de embargo goza de preferencia con respecto a los créditos salariales garantizados en el apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, cuando estos créditos hayan nacido con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Del mismo modo, la preferencia de la anotación preventiva se antepondrá a la de los créditos tributarios garantizados en el artículo 71 de la Ley General Tributaria, cuando éstos hayan nacido con posterioridad a la anotación.

Por lo que respecta a los créditos de la Seguridad Social, éstos tendrán preferencia sobre las anotaciones preventivas de embargo cuando dicho crédito de la Seguridad Social haya nacido con anterioridad a la anotación preventiva, aunque no se haya anotado o se haya anotado con posterioridad a la otra anotación. Sin embargo, el crédito de la Seguridad Social se verá notablemente fortalecido mediante su anotación preventiva de embargo, pues dicha anotación otorga a los créditos de la Seguridad Social preferencia frente a los créditos que limitan su privilegio a la existencia de un derecho real anotado o inscrito con anterioridad. Consecuentemente, los créditos de la Seguridad Social, cuyo embargo se encuentre anotado en el correspondiente Registro, tendrán preferencia sobre los créditos salariales garantizados en el apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los trabajadores cuando éstos hayan nacido con posterioridad a la anotación en favor del crédito de la Seguridad Social.

Por último, la eficacia "*erga omnes*" de la anotación preventiva de embargo puede afirmarse con rotundidad tras la reforma introducida en la regla segunda del artículo 175 del

Reglamento Hipotecario aprobada por el Real Decreto 1.368/1992, de 13 de noviembre.

SEXTO.- Debido a sus especiales características, en el apartado sexto de la segunda parte analizo los créditos privilegiados en el Derecho Marítimo, regulados en el Convenio de Bruselas de 1926 para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas, firmado el 10 de abril de 1926 y ratificado por España el 2 de junio de 1930.

En todo caso, la verdadera protección del crédito de la Seguridad Social en el campo del Derecho Marítimo nacional deberá efectuarse haciendo valer el requisito impuesto por el artículo 40 del Decreto 1.867/1970, de 4 de julio, que regula el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, según el cual, será requisito necesario, para que la Autoridad de la Marina autorice el despacho de las embarcaciones para salir a la mar, la justificación de que el empresario se halla al corriente en las cotizaciones que por cada embarcación le corresponda. En idéntico sentido se pronuncia el Decreto 2.864/1970, de 30 de agosto, en su artículo 9.

La ratificación del convenio de privilegios e hipotecas marítimas, celebrado en Ginebra en 1993, podría aportar interesantes mejoras en lo que respecta al privilegio del crédito de la Seguridad Social en el ámbito del Derecho Marítimo.

SÉPTIMO.- El artículo 9º.5ª de la Ley de 21 de julio de 1960, sobre propiedad horizontal, otorga a las comunidades de propietarios preferencia frente a cualquier otro crédito sobre las contribuciones, con arreglo a las distintas cuotas de participación, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble común producidas en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente, afectando a tal privilegio el piso o local, cualquiera que fuera su propietario actual. Sin embargo, la existencia de otras normas posteriores a la Ley de Propiedad Horizontal que también atribuyen la preferencia en términos absolutos obliga a tener presente el principio de aplicación de la Ley posterior; y, en este sentido, el crédito garantizado en el artículo 9º.5ª de la Ley de Propiedad Horizontal cederá ante los créditos salariales del artículo 32.1º del Estatuto de los Trabajadores (excepcionalmente, también podría ceder ante los del apartado 2º de dicho artículo 32), asimismo, deberán posponerse a los créditos tributarios regulados en los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria. En todo caso, la doctrina sostiene mayoritariamente que para hacer valer la afección real del artículo 9º.5ª de la Ley de Propiedad Horizontal, será necesaria la pertinente constatación registral de la misma.

El artículo 33 de la Ley 33/1984, sobre ordenación del seguro privado, garantiza el

derecho de los asegurados y beneficiarios sobre los bienes respecto de los cuales se hayan adoptado las medidas previstas en el artículo 42.2 e) de dicha Ley, sin perjuicio de las cargas reales constituidas con anterioridad a la respectiva anotación registral en la que se haga constar aquella afección.

La reserva de dominio prevista en la Ley de Ventas a Plazos, de 17 de julio de 1965, no atribuye la reserva de la titularidad dominical al vendedor, sino que le otorga un derecho real de garantía similar a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento. Ahora bien, en el caso de que un crédito privilegiado conforma a la Ley de Ventas a Plazos concurra con un crédito de la Seguridad Social, la preferencia corresponderá al acreedor garantizado por el artículo 19 de dicha Ley de Ventas a Plazos, siempre que la reserva de dominio o la prohibición de disponer haya sido debidamente inscrita en el Registro al que hace referencia el artículo 23.

Por último, en los arrendamientos financieros (*"leasing"*), a diferencia de lo que sucede en las compraventas a plazos, la titularidad continúa correspondiendo al arrendador hasta que, en su caso, se formalice la opción de compra en favor del arrendatario. En consecuencia, en los casos de concurrencia de un crédito de la Seguridad Social con un arrendador financiero, el arrendador gozará del derecho que le otorga su titularidad sobre el bien, sin que dicho bien pueda ser objeto de embargo por las deudas del arrendatario, a excepción del derecho que a éste le corresponde sobre la posesión del bien o sobre la opción de compra.

APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, CÉSAR
"Trabajo y Seguridad Social en la ley de Presupuestos para 1985"

ALMANSA PASTOR, JOSÉ MANUEL
"Derecho de la Seguridad Social"
7ª edición, Tecnos, 1991.

ALONSO OLEA, MANUEL
"Derecho del Trabajo"
13ª Edición, Madrid 1991.

ALONSO OLEA, MANUEL
"La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo", en II Coloquio sobre relaciones laborales.
Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza; Jaca 28.09.78 a 01.10.78. (Ponencia multicopiada.)

ALONSO PÉREZ, MARIANO
"El riesgo en el contrato de compraventa"
Madrid, 1972.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO
"Derecho Hipotecario"

ANDINO AXPE, LUIS FERNANDO
"La satisfacción de los créditos de los trabajadores en el seno de la ejecución laboral"
Revista Actualidad Laboral nº 46, Diciembre 1992.

ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO DE y ZORRILLA RUIZ, MANUEL MARÍA
"El privilegio de los llamados créditos salariales"
Revista nº 23, año 1985, del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.

ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO DE
"Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con losprocedimientos de ejecución del deudor"
R.C.D. Inm., número 494, enero-febrero 1973.

ARCOCHA BASTERRA, IGNACIO
"Los privilegios del crédito salarial y las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo"
Revista nº 28, año 1986, del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.

ARIAS RAMOS, JOAQUÍN
"Derecho romano I"
Editorial Revista de Derecho Privado, 13ª Edición, Madrid 1974.

ARROYO, IGNACIO
"Jurisprudencia Marítima (1988-1989)"
Volumen III, 1992.

BALDO DEL CASTAÑO, VICENTE
"Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías"
Madrid 1974.

BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL
"La propiedad horizontal de casas por pisos"
6ª edición; Alcoy, 1970.

BAUDRY-LACANTINERIE Y DE LOYNES
"Traité Théorique et pratique de droit civil, des priviléges et hipothéques"
París 1906, tomo I.

BAYÓN MARINÉ, ANA MARÍA
"La anotación preventiva de Embargo en el procedimiento Ejecutivo"
Master de Derecho Registral; Enero-Junio 1991; Madrid 1991.

BELTRÁN DE HEREDIA, PABLO
"El derecho de retención"
Revista de Derecho Privado, 1952.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO
"La cláusula de reserva de dominio (Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles)"
Madrid, 1971.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO
"Comentarios a la Ley de Ventas a plazos de bienes muebles"
Editorial Montecorvo, S.A.; Madrid 1977.

BIANCHI
"Dei privilegi"
Napoli-Torino 1924.

BOEHMER, G.
"Praxis der richterlichen rechtsschöpfung"
J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tubingen, 1952. "El derecho a través de la jurisprudencia"; edición española, con traducción y anotaciones de PUIG BRUTAU, Barcelona 1959.

BORRAJO DACRUZ, EFRÉN
"Comentario al Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos) de 27 de Junio de 1992"
Revista actualidad y derecho, Número 40 año 1992, referencia 649..

BORRAJO DACRUZ, EFRÉN; ÁLVAREZ DE MIRANDA, JOSÉ MARÍA; GARCÍA ABELLÁN, JUAN; MARTÍNEZ EMPERADOR, RAFAEL
"Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores"
T. VI, Madrid 1982.

BROSETA PONT, MANUEL
"Manual de Derecho Mercantil"
Tecnos, Madrid 1990, 8ª edición.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA
"Comentarios a la legislación hipotecaria vól. I"
Segunda Edición, Ed. Aranzadi 1974.

CAÑO ESCUDERO, FERNANDO DEL y CAÑO PALOP, J. RAMÓN DEL
"Comentarios al Reglamento de ordenación del Seguro Privado"
Madrid 1987.

CARAVELLI, CASIMIRO
"Teoria della compensazione e diritto di retenzione"
Milano 1940.

CARRERAS, JORGE
"El embargo de bienes"
Barcelona 1957.

CASABLANCAS GARCÍA, PEDRO
"Breves comentarios al nuevo Reglamento General de Recaudación de Hacienda"
Ediciones Valbuena-Adams, 1991.

CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA.
"Leyes de Presupuestos, protección complementaria de la Seguridad Social, incompatibilidades"
Revista Española de Dº del trabajo, nº 31, 1983.

CASTRO GARCÍA
"El embargo preventivo de buques"
Bol. A.E.D.M., nº 3, 1984.

CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE
"El negocio jurídico"
Madrid, 1967.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO
"Novedades laborales y de Seguridad Social de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1993"
Revista de trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros, nº120.

CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO, C.
"La hacienda pública en los procesos concursales".
Cuadernos de Formación de la Inspección de los Tributos, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, núm. 14/1991.

COBAU, O.
"Note in materia di privilegi sul credito d'imposta"
«Diritto e Pratica Tributaria», vól. XLVIII, 1977, núm. 3, mayo-junio.

CONDE Y MARTÍN DE HIJAS, VICENTE
"Procedimientos concursales y derechos de los trabajadores"
Colección Abogados Jóvenes, nº 1, Fuenlabrada (Madrid) 1982.

CORRAL GUERRERO, L.
"La afección tributaria de bienes"
Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de León, 1972, núm. 2.

CORTÉS-MARTÍN DELGADO, MATÍAS
"Ordenamiento Tributario español"
Tomo I, 3ª Edición, Madrid 1977.

COSSÍO
"El sistema registral mobiliario, en el Centenario de la Ley del Notariado"
Sección 3ª, -Estudios Jurídicos varios-, volumen II, año 1962.

CHICO Y ORTIZ, JOSÉ Mª y BONILLA ENCINA, JUAN FRANCISCO
"Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral"
Madrid 1964.

D'ORS, A.
"El ius offerendi de tertius"
St Biondi I.

DELGADO LÓPEZ
"La doctrina del Tribunal Supremo sobre la falta de ingreso de las cuotas obreras de la Seguridad Social retenidas por el empresario, ¿es apropiación indebida?"
Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1985.

DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO.
"Sistema de Derecho Civil"
Volumen III, 3ª Ed., Madrid 1985.

DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO.
"Sistema de Derecho Civil"
Volumen II, 5ª Ed.

DÍEZ-PICAZO, LUIS
"Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, 2ª reimpresión"
Madrid 1979.

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO
"Manual de Derecho Civil español"
Tomo II, Madrid 1981.

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO
"Manual de Derecho Civil español"
Vól III, Ed. Revista de Derecho Privado, 4ª edición, Madrid 1974.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO
"La Ley de propiedad horizontal en el Derecho Español"
Madrid, 1973.

FERREIRO LAPATZA, J.
"Curso de derecho financiero Español"
I.E.F., Madrid 1980, 4ª edición.

GARCÍA BECEDAS, GABRIEL
"La Seguridad Social complementaria en España"
III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.Generalitat Valenciana;Valencia 1993.

GARCÍA DE HARO Y GOITISOLO, RAMÓN
"El salario como crédito privilegiado"
Pamplona, 1960.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL
"Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil"
Madrid 1986.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL
"El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo, hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español"
VII Congreso Internacional de Derecho Registral.

GARCÍA GOYENA, FLORENCIO
"Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español"
Madrid 1852, tomo IV.

GARRIGUES, JOAQUÍN
"Curso de Derecho Mercantil"
Madrid 1974, 6ª edición.

GIL SUAREZ, LUIS
"Los créditos laborales y los procesos concursales"
Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de conflictos Jurisdiccionales , de 28.01.83. R.E.D.T., Cívitas.

GIL SUAREZ, LUIS; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y MARTÍNEZ GIL, JESÚS
"El Salario como crédito privilegiado"
AA.VV, Madrid 1981.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, JAVIER
"El embargo de inmuebles y los actos dispositivos sobre éstos antes de su anotación registral"
Revista nº 46 del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya; Octubre-Diciembre 1989.

GOMÉZ MARTÍN, FERNANDO
"Actuación del auditor de cuentas en el ámbito judicial"
Ediciones del Instituto de Autidores-Censores Jurados de Cuentas de España, tomo I, Madrid 1994.

GÓMEZ-ACEBO, FELIPE
"La hipoteca de establecimiento mercantil"
Revista de Derecho Mercantil, 1955, enero-marzo.

GRECO, G.
"Contenuto ed estensione dei privilegi fiscali in Italia"
«Archivio Finanziario», vól. I, 1950.

GUILARDO ZAPATERO, VICENTE
"Comentarios al Código Civil dirigidos por Albaladejo"
Madrid 1979, (arts. 1822 a 1886).

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO
"Comentarios al Código Civil y compilaciones forales"
Dirigidos por MANUEL ALBADALEJO, tomo XXIV, Edersa 1984.

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO
"Curso de Derecho Civil (El negocio jurídico)"
Madrid, 1969.

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO
"La prelación de créditos en el Código Civil"
Librería Bosch, Barcelona 1962.

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO
"Las garantías del crédito salarial"
R.D.P. marzo 1980.

HERRERO MADARIAGA, JUAN
"Algunas observaciones sobre el derecho de retención del artículo 75 de la Ley General Tributaria"
Hacienda Pública Española, núm 59, 1979.

JAY
"Concours du privilége des fournisseurs et du bailleur".
Revue critique de la Jurisprudence en materie civile; París 1852, tomo II.

JOACHÍN KILGER
"Problematische «Masseschulden»"
Neue Juristische Woche, 1980, cuad. 6.

JORDANO BAREA
"El negocio fiduciario"
Barcelona, 1959.

JUAN DE CHURRUCA
"«Pignus» Derecho Romano de obligaciones. -Homenaje al profesor JOSÉ LUIS MURGA-"
Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS
"Derecho Inmobiliario Registral"
Barcelona 1977.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE
"Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles"
Revista Civil de Derecho Inmobiliario, número 460, mayo - junio 1967.

LAURENT
"Principes de Droit Civil"
Bruselas 1878, tomo XXIX

LE MENUET
"Du concours sur le mobilier des priviléges généraux avec les priviléges spéciaux"
Revue critique, París 1855.

LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL MARÍA
"Retención y Mandato"
publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza 1976.

SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS Y TORRES FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ
"La hacienda frente a las quiebras y suspensiones de pagos"
Colección Diálogos de Derecho (Instituto de empresa), Madrid 1992.

LUZZATI
"Dei privilegi e delle ipoteche"
Torino 1884, vól. I.

MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA
"Comentarios al Código Civil"
Madrid 1921, tomo XII.

MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ Mª y REUS GARCÍA, JESÚS
"Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil"
Madrid 1861.

MARTÍN TIMÓN, MANUEL
"Embargos y Tercerías de la Hacienda Pública"
Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda.

MAZUELOS, JUAN Mª
"Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas"
Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1955.

MENÉNDEZ, AURELIO e IGLESIAS, JUAN LUIS
"Código de las Leyes marítimas"
Madrid 1980.

MINGUEZ BENAVENTE, JOSÉ RAMÓN
"La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social en el ámbito del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar"
Tribuna Social, editorial CISS, nº49, enero 1995.

MIQUEL, J.
"El rango hipotecario en el Derecho romano clásico"
AHDE 29 (1959).

MONTOYA MELGAR, ALFREDO
"Derecho del trabajo". Vól. III, 4ª edición
Madrid 1981.

MORELL Y TERRY, JOSÉ
"Comentarios a la legislación Hipotecaria"
Madrid 1916-1920.

MORILLAS CUEVA, LORENZO
"El problema de la calificación jurídico-penal del incumplimiento empresarial en materia de altas y cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social"
Anuario de la Escuela Social de Granada, VIII y IX, 1979-1980.

NARVÁEZ BERMEJO, MIGUEL A.
"Puntos críticos sobre las garantías del privilegio salarial: aspectos sustantivos y procedimentales en los juicios concursales"
Revista Actualidad Laboral nº 13, 1993.

OLIVENCIA RUIZ, MANUEL
"Los privilegios del crédito salarial, crítica de la obra de RÍOS SALMERÓN"
Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 18, abril-junio 1984.

PALOMEQUE LÓPEZ, CARLOS
"Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución "
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución (ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979); Madrid 1980.

PÉREZ BOTIJA, EUGENIO
"El contrato de trabajo (Comentarios a la Ley, Doctrina y Jurisprudencia)"
Madrid 1954.

PÉREZ DE AYALA - GONZÁLEZ GARCÍA
"Curso de derecho tributario"
vól. I, 2ª Edición, Edersa, Madrid 1978.

PÉREZ PÉREZ, MANUEL
"Aparición histórica y evolución jurídica de los privilegios del crédito salarial"
R.D.P., enero 1981.

PÉREZ PÉREZ, MANUEL
"Concepto, naturaleza jurídica y clases de privilegios del crédito salarial"
R.E.D.T., nº 4, diciembre 1980.

PÉREZ PÉREZ, MANUEL
"El crédito privilegiado del trabajador; sujeto, objeto y ejercicio"
R.P.S. números 124 y 126.

PÉREZ PÉREZ, MANUEL
"La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador"
Barcelona 1980.

PÉREZ ROYO, F.
"El pago de la deuda tributaria"
Civitas, Revista Española de Derecho Financiero, núm. 6, 1975.

POCHINTESTA
"Dei privilegi e delle ipoteche secondo il Cod. Civile italiano"
Torino 1880.

PONS GONZÁLEZ, MANUEL / ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL DEL
"Régimen jurídico de la propiedad horizontal"
Madrid, 1982.

PUIG BRUTAU, JOSÉ
"Fundamentos de Derecho Civil"
Tomo III, Vól III, 2ª Ed., Barcelona 1974.

PUIG BRUTAU, JOSÉ
"Nueva Enciclopedia Jurídica Seix"

RAMOS FOLQUÉS, RAFAEL
"El precedente Real en las anotaciones de embargo"
Revista de Derecho Privado; 1952.

RAMOS FOLQUÉS, RAFAEL
"La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y registro; sus efectos después de la reforma de 1944"
Revista de Derecho Privado, 1951. Nº 412 y 413.

REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS
"Los créditos salariales sin privilegio especial y la tercería de mejor derecho: El artº 32.3 del Estatuto de los Trabajadores (Las indemnizaciones por despido o cese como créditos no privilegiados"
Revista Aranzadi Social; Volumen IV, 1993.

Revista Española de Derecho Marítimo, 1968, Fascículo 1.

REZA
"Efecto real Absoluto de las anotaciones de embargo"
Revista crítica de Derecho Inmobiliario.

RICA Y ARENAL, RAMÓN DE LA
"Meditaciones Hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas"
Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año 1958.

RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ
"Los privilegios del crédito salarial"
Editorial Civitas, S.A. 1984.

RIVERO LAMAS, JUAN
"Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario"
Revista Actualidad Laboral nº 8, 1988.

ROCA SASTRE, RAMÓN Mª
"Derecho Hipotecario"
5ª Edición, Barcelona, 1954.

RODRIGUEZ NAVARRO, MANUEL
"Doctrina Mercantil del Tribunal Supremo"
Tomo II, Madrid 1956.

RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO
"Las Garantías del crédito tributario"
Cívitas, Revista Española de Derecho Tributario; núm. 30, Abril-Junio 1981.

ROSSY, HIPÓLITO
"Procedimientos recaudatorios"
Madrid 1972.

RUIZ SOROA, J.M.
"Crédito marítimo con garantía real sobre el buque. Normativa española de origen interno e internacional"
Bol. A.E.D.M., 5/6.

RUIZ SOROA, J. M.
"Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero, personal auxiliar"
I.V.A.P. 1990.

SAINZ DE BUJANDA, FERNANDO
"Lecciones de Derecho Financiero"
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (Sección de publicaciones); Madrid 1979.

SANMARTÍN FERRER, RAFAEL
"La concurrencia de procedimientos y de embargos en el nuevo Reglamento y las tercerías de mejor derecho a favor del Estado"
Tribuna Fiscal. Revista Tributaria y Financiera, nº 37, Editorial CISS; noviembre 1993.

SANTOS BRIZ, JAIME
"Derecho Civil; Teoría y Práctica II. Derecho de cosas"
Madrid 1973.

SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL
"El derecho de preferencia de la anticresis"
Revista de Derecho Privado, 1943.

SAPENA, JOAQUÍN
"Los órganos de la propiedad horizontal: forma y eficacia de sus resoluciones"
RCDI, núm. 525; marzo-abril 1978.

SERRENA CONTRERAS, PEDRO LUIS
"La anualidad corriente en la hipoteca legal tácita por contribuciones"
Revista Civil de Derecho Inmobiliario, número 524, enero-febrero 1978.

SOLCHAGA LOITEGUI, JESÚS
"Crítica al libro de Antonio Molina García: La prelación de créditos de la Hacienda"
Revista de Hacienda Pública Española, número 51, 1978.

SOTILLOS URRE, J.L.
"Crítica (1989) a la Resolución de 17 de abril de 1989, (Aranzadi, 3404)"
Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, núm. 21, marginal núm. 538.

TOMÉ PAULE, JOSÉ
"Los efectos del Auto declarativo de la Quiebra"
Cuadernos de Derecho judicial (Derecho concursal), publicación del C.G.P.J., Madrid 1992.

URÍA, RODRIGO
"Derecho Mercantil"
Duodécima edición, Madrid 1982.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN
"Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión"
Revista de Derecho Notarial, 1955, abril-junio.

VENTURA-TRAVESET Y GONZÁLEZ, A. / VENTURA-TRAVESET Y MARTÍNEZ, A.
"Derecho de la Propiedad Horizontal"
3ª ed., revisada y ampliada; Barcelona, 1976.

VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO DE
"Delitos contra la Seguridad Social"
Barcelona 1991.

VILLA, LUIS ENRIQUE DE LA; GARCÍA BECEDAS, GABRIEL y GARCÍA PERROTE, IGNACIO
"Instituciones de Derecho del Trabajo. Ordenamiento y defensa de los derechos laborales"
2ª ed. revisada, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

VIOLA SAURET, J.
"Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios"
Anales de la Academia Maritense del Notariado, tomo XI.

WAGNER, H.
"Dei Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht bis zur Zeit Diokletians"
Köln-Wien 1974.

WESENBERG, G.
"Protopraxia"
RE 23/1, 986 987 con bibliografía.

WIEAEKER, F.
"Protopraxie und ius pignoris im klassischen römischen Recht"
FsKoschaker 1, 218 257.

ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, ARTURO
"La intervención de la Hacienda Pública en los procesos concursales"
Tribuna fiscal CISS. Junio 1992.

RESUMEN DE CITAS

.- LEGISLACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.

1.- LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Art. 1 (R.D.L. 1/1994) 55
Art. 2 (R.D.L. 1/1994) 55
Art. 3 (R.D.L. 1/1994) 55
Art. 7 (R.D.L. 1/1994) 55
Art. 16 (D. 2.065/1974) 92
Art. 18 (R.D.L. 1/1994) 101
Art. 19 (D. 2.065/1974) 92
Art. 22 (R.D.L. 1/1994) 27, 176
Art. 25 (R.D.L.1/1994) 69
Art. 26 (D 2.065/1974) 74
Art. 26 (L 42/1994) 75
Art. 27 (L 42/1994) 76
Art. 28 (L 42/1994) 77
Art. 30 (L 42/1994) 78
Art. 31 (L 42/1994) 80
Art. 32 (L 42/1994) 84
Art. 33 (L 42/1994) 69, 103
Art. 33 (R.D.L. 1/1994) 102
Art. 34 (R.D.L. 1/1994) 104
Art. 58 (D. 2.065/1974) 15
Art. 86 (R.D.L. 1/1994) 59
Art. 87 (R.D.L. 1/1994) 60
Art. 88 (R.D.L. 1/1994) 60

2.- LEY 40/1980 DE INSPECCIÓN Y RECAUDACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE 5 DE JULIO.

Art. 9 93
Art. 15 (Mod. L.4/1990) 17
Art. 15 Redac. Original 16
Disposición Transitoria Segunda 93

3.- REAL DECRETO LEY 10/1981 DE INSPECCIÓN Y RECAUDACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE 19 DE JUNIO.

Art. 1 94
Disposición Transitoria 94

4.- REGLAMENTO DE RECAUDACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. R.D. 716/1986 DE 7 DE MARZO.

Art. 2 95
Art. 7 96
Art. 29 26
Disposición Adicional Cuarta 96
Disposición Transitoria Primera y Segunda 96

5.- REGLAMENTO DE RECAUDACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL R.D. 1517/1991 DE 11 DE OCTUBRE.

Art. 29 26
Art. 57 131
Art. 64 69
Art. 71 70
Art. 102 106
Art. 104 107
Art. 114 115
Disposición Adicional 7ª 127
Disposición Transitoria Segunda 99

6.- ORDEN DE 8 DE ABRIL DE 1992 DE DESARROLLO DEL R.D. 1517/91.

Art. 117 . . . . . 37, 112, 118, 129, 314
Art. 126 107
Disposición Transitoria Tercera 100

7.- OTRA NORMATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Orden de 7 de Julio de 1960
Arts. 34 a 38 90

Orden de 11 de Marzo de 1987
Disposición Adicional Primera 98

Real Decreto 1328/1986 (09.03). Organización de la Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social.
Disposición Transitoria Segunda 97

Real Decreto 1724/1981 (03.08). Normas en Conciertos para la recaudación de la cuotas de la Seguridad Social en Vía Ejecutiva.
Exposición de Motivos 94

Real Decreto Legislativo 1/1994 (20.06)
Art. 24 132

.- OTRA LEGISLACIÓN.

1.- EL CÓDIGO CIVIL

Art. 1863 274
Art. 1865 276
Art. 1872 275
Art. 1881 278
Art. 1921 . . . . . 264, 361
Art. 1922 . . . . . 150-154, 263, 275
Art. 1923 . . . . . 33, 158-160, 254, 294, 365
Art. 1924 . . . . . 164, 294
Art. 1925 281
Art. 1926 . . . . . 156, 263, 275
Art. 1927 . . . . . 160, 254, 367, 372
Art. 1928 163
Art. 1929 164

2.- EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Art. 26 (antigua redacción) 224
Art. 32 (antigua redacción) 224
Art. 32 (nueva redacción) 32, 175, 193, 201, 213, 220, 221, 232, 255, 360

3.- LEY SOBRE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954.

Art. 1 260
Art. 2 260
Art. 3 261
Art. 4 261
Art. 10 263
Art. 12 259
Art. 16 262
Art. 41 268
Art. 52 260
Art. 53 260
Art. 54 260
Art. 55 260
Art. 56 271
Art. 66 268
Art. 75 273

5.- LEY GENERAL TRIBUTARIA.

Art. 41 320
Art. 71 296
Art. 73 . . . . . 161, 256, 297

Art. 74 . . . . . 256, 297, 329
Art. 75 297
Art. 76 297

6.- LEY DE VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES (Ley 50/1965,de 17 de julio)

Art. 1 430
Art. 4 430
Art. 6 431
Art. 9 432
Art. 11 432
Art. 12 433
Art. 19 434
Art. 23 436

7.- REGLAMENTO GENERAL DE RECAUDACIÓN (R.D. 1684/90, de 20 de diciembre)

Art. 33 299
Art. 34 299
Art. 35 301
Art. 36 302
Art. 37 303
Art. 38 304
Art. 39 304
Art. 95 . . . . . 314, 333
Art. 111 305
Art. 117 127

8.- OTRA NORMATIVA

Código de Comercio (R.D. de 22 de Agosto de 1885).
Arts. 913.3º y 914.2º 308

Código de Comercio (R.D. de 22 de Agosto de 1885).
Arts. 918 181

Constitución española de 1978.
Art. 41 54

Convenio de Privilegios e Hipotecas Marítimas (Ginebra, 19 de Abril - 7 de Mayo de 1993)
Art.4 . . . . . 393, 394

Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas. Firmado en Bruselas el 10 de Abril de 1926.
Art. 2 . . . . . 388, 389

Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas. Firmado en Bruselas el 10 de Abril de 1926.
Art. 3 402

Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas. Firmado en Bruselas el 10 de Abril de 1926.
Art. 5 392

Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas. Firmado en Bruselas el 10 de Abril de 1926.
Art. 6 392

Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas. Firmado en Bruselas el 10 de Abril de 1926.
Protocolo de Firma 391

Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas. Firmado en Bruselas el 10 de Mayo de 1952.
Art. 1 400

Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas. Firmado en Bruselas el 10 de Mayo de 1952.
Art. 8 399

Dictamen del Consejo de Estado sobre prelación de créditos de 23 de enero de 1992. . . . . 424, 425

Dirección General de los Registros y Notariado
Resolución de 9 de febrero de 1987 415

Dirección General de los Registros y Notariado
Resolución de 18 de mayo de 1987 416

Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 1969
Regla 19 306

Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 1969
Regla 22 300

Ley 7/1989 (12.04). De Bases del Procedimiento Laboral.
Disposición Transitoria 98

Ley 27/92, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
Art.79.2 403

Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado.
Art. 33 421

Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado.
Art. 42 422

Ley de Contratos de Trabajo de 1944 (26.01).
Art. 59 . . . . . 204, 209

Ley de Relaciones Laborales de 1977 (08.04).
Art. 32 . . . . . 205, 209

Ley de Suspensión de Pagos de 1922.
Art. 9 . . . . . 36, 170

Ley General Presupuestaria (R.D. Legislativo 1091/88, de 23 de Septiembre)
Arts. 31 y 32 297

Ley Hipotecaria (Texto refundido aprobado por el Decreto de 8 de febrero de 1946).
Art. 194 307

Ley Hipotecaria de 1861.
Art. 44 363

Ley Hipotecaria de 1861.
Exposición de Motivos 252, 349

Ley Hipotecaria de 1909.
Art. 44 364

Ley Hipotecaria de 1944 (20.12).
Art. 44 364

Ley Orgánica de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992 (26.11).
Disposición Adicional Sexta.Apartado 2 79

Ley Orgánica de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992 (26.11).
Disposición Transitoria Segunda 80

Ley Propiedad Horizontal de 1961.
Art. 9 . . . . . 255, 413

Pacto de Toledo entre PSOE, PP, IU y CIU 57

Presupuestos Generales del Estado para 1988 (23.12.87).
Exposición de Motivos 22, 23

Presupuestos Generales del Estado para 1989 y 1991.
Exposición de Motivos 22

Presupuestos Generales del Estado para 1995. Ley 41/1994 (30.12.94).
Preambulo 20

Presupuestos Generales del Estado para 1990. Ley 4/1990 (29.06).
Art. 17.bis 131

Real Decreto 1368/1992 (13.11).
Modificación Regla 2ª del art. 175 del Reglamento Hipotecario 376

Real Decreto Legislativo 1568/80 (30.06). Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Administrativo.
Art. 126 93

Real Decreto Ley 10/1984 (11.07)
Art. 4 . . . . . 128, 426

Real Decreto-Ley 14/1993,(04.08). Modificación de la Ley 30/1992, (16.11).
Exposición de Motivos y Art. único 80

Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (Decreto de 14 de febrero de 1947).
Arts. 270 y 271 307

Resolución de 6 de Septiembre de 1988 de la Dirección General de Registros y Notariado.
Considerando Quinto 346

Resolución de 6 de Septiembre de 1988 de la Dirección General de Registros y Notariado.
Considerandos Tercero y Cuarto 355

Resolución de 22 de Noviembre de 1929 de la Dirección General de Registros y Notariado
Considerando Sexto 345

.- SENTENCIAS JUDICIALES

Sentencia de 22 de mayo de 1989 385

TRIBUNAL SUPREMO. Auto de 26 de noviembre de 1979. Sala Especial de Conflictos de Competencias. 125

TRIBUNAL SUPREMO. Auto de 27 de Junio de 1992. Sala Especial de Conflictos de Competencias. 231

TRIBUNAL SUPREMO. Auto de 27 de Junio de 1992. Sala Especial de Conflictos de Competencias.
Fundamento de Derecho Cuarto 225

TRIBUNAL SUPREMO. Sala 4ª 231

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 11 de Mayo de 1992. Sala 1ª.
Fundamento de Derecho Quinto 228-230

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 13 de Diciembre de 1982 354

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 18 de Diciembre de 1989. Sala 1ª.
Fundamento de Derecho Segundo 208

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 19 de mayo de 1982
Ar. 2580 285

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 21 de Febrero de 1966.
Considerando Sexto 354

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 22 de mayo de 1989. 400

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 25 de Septiembre de 1988 354

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 27 de Octubre de 1983.
Considerando 3º 208

TSJ País Vasco, Sala de lo Social; Sentencia de 4 de Diciembre de 1990. 23

.- DIVERSOS AUTORES

ALMANSA PASTOR, JOSÉ MANUEL
"Derecho de la Seguridad Social" 52

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO
"Derecho Hipotecario" 359

ANDINO AXPE, LUIS FERNANDO
"La satisfacción de los créditos de los trabajadores en el seno de la ejecución laboral" 214

ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO DE y ZORRILLA RUIZ, MANUEL MARÍA
"El privilegio de los llamados créditos salariales" 202, 210

ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO DE
"Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor" 282, 284, 285

ARIAS RAMOS, JOAQUÍN
"Derecho Romano I" 241, 242, 245

BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL
"La propiedad horizontal de casas por pisos" 417

BAYÓN MARINÉ, ANA MARÍA
"La anotación preventiva de Embargo en el Procedimiento Ejecutivo" . 343, 346, 348

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO
"Comentarios a la Ley de Ventas a plazos de bienes muebles" . . 429, 431, 433-435

BROSETA PONT, MANUEL
"Manual de Derecho Mercantil" 172

CAÑO ESCUDERO, FERNANDO DEL y CAÑO PALOP, J. RAMÓN DEL
"Comentarios al Reglamento de ordenación del Seguro Privado" 421, 422

CASABLANCAS GARCÍA, PEDRO
"Breves comentarios al nuevo Reglamento General de Recaudación de Hacienda" 303, 320

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO
"Novedades laborales y de Seguridad Social de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1993" 21, 24

CHICO Y ORTIZ, JOSÉ Mª Y BONILLA ENCINA, JUAN FRANCISCO
"Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral" 352

CORRAL GUERRERO, L.
"La afección tributaria de bienes" 330

DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO
"Sistema de Derecho Civil" 250, 258, 262, 270

DÍEZ-PICAZO, LUIS
"Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial" 324, 325

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL
"El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo, hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español" 263, 342, 356

GARRIGUES, JOAQUÍN
"Curso de Derecho Mercantil" 173, 181

GUILLARDO ZAPATERO, VICENTE
"Comentarios al Código Civil dirigidos por Albadalejo" 279

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO
"Comentarios al Código Civil y compilaciones forales" 158

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO
"La prelación de créditos en el Código Civil" . . 152, 154, 155, 265, 266, 269, 326

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO
"Las garantías del crédito salarial" 197, 203, 206, 216

HERRERO MADARIAGA, JUAN
"Algunas observaciones sobre el derecho de retención del artículo 75 de la Ley General Tributaria" 326

JORDANO BAREA
"El negocio fiduciario" 283

JUAN DE CHURRUCA
"Pignus" 241, 243, 244, 293

LAURENT
"Principes de Droit Civil" 151

NARVÁEZ BERMEJO, MIGUEL A.
"Puntos críticos sobre las garantías del privilegio salarial: aspectos sustantivos y procedimentales en los juicios concursales" 191

PALOMEQUE LÓPEZ, CARLOS
"Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución" 54

PUIG BRUTAU, JOSÉ.
"Nueva enciclopedia Jurídica Seix" 352

RAMON FOLQUÉS, RAFAEL
"El precedente Real en la anotaciones de embargo" 353

RAMON FOLQUÉS, RAFAEL
"La notación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y registro; sus efectos después de la reforma de 1944" 353

REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS
"Los créditos salariales sin privilegio especial y la tercería de mejor derecho: El artº 32.3 del Estatuto de los Trabajadores (Las indemnizaciones por despido o cese como créditos no privilegiados)" 223, 311

RICA Y ARENAL, RAMÓN DE LA
"Meditaciones Hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas" 341

RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ
"Los privilegios del crédito salarial" 191, 193-195, 197, 203, 205, 218, 414, 418, 429

RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO
"Las Garantías del crédito tributario" 294

RUIZ SOROA, J.M.
"Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero, personal auxiliar" 384

SAINZ DE BUJANDA, FERNANDO
"Lecciones de Derecho Financiero" 41

SÁNCHEZ SOCIAS, LUIS Y TORRES FERNÁNDEZ JUAN JOSÉ
"La hacienda frente a las quiebras y suspensiones de pagos" 119, 124, 172, 181

SANMARTÍN FERRER, RAFAEL
"La concurrencia de procedimientos y de embargos en el nuevo Reglamento y las tercerías de mejor derecho a favor del Estado" 113, 129

SANZ FERNANCEZ, ÁNGEL
"El derecho de preferencia de la anticresis" 279, 280

SOLCHAGA LOITEGUI, JESÚS
"Crítica al libro de Antonio Molina García: La prelación de créditos de la Hacienda" 319

TOMÉ PAULE, JOSÉ
"Los efectos del Auto declarativo de la Quiebra" 180

URÍA, RODRIGO
"Derecho Mercantil" 168