

EDJ 2010/15279

AP Pontevedra, sec. 1ª, S 8-1-2010, nº 6/2010, rec. 754/2009

Pte: Rodríguez González, Mª Begoña

Resumen

Desestima la AP el recurso de apelación formulado por el administrador concursal contra sentencia que resolvió sobre el plan de liquidación presentado. La resolución de instancia ordena la enajenación del inmueble de litis con la carga que supone el embargo a favor de la tesorería de la seguridad social, por tratarse de un privilegio de los apremios administrativos. Aclara la Sala que nos hallamos ante un proceso administrativo en el que se ha dictado providencia de embargo sobre un inmueble a instancia de la tesorería, previo a la declaración de concurso sobre un bien inmueble y que continúa vigente una vez abierta la fase de liquidación, por lo que procede rechazar la alzada. Se formula voto particular por el magistrado Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal
art.55.1 , art.56 , art.57 , art.76.3 , art.84.2 , art.148.1 , art.149.1
RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social
art.20
Ley 230/1963 de 28 diciembre 1963. General Tributaria
art.164

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	8
VOTO PARTICULAR	9

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCURSO DE ACREEDORES
CUESTIONES GENERALES
EFECTOS DE LA DECLARACIÓN
PREFERENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS
CUESTIONES GENERALES
A FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acreedor privilegiado, Administración; Desfavorable a: Concursado

Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores

Legislación

Aplica art.55.1, art.56, art.57, art.76.3, art.84.2, art.148.1, art.149.1 de Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal
Aplica art.20 de RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social
Aplica art.164 de Ley 230/1963 de 28 diciembre 1963. General Tributaria
Cita art.50.3 de RD 1415/2004 de 11 junio 2004. Rgto. General de Recaudación de la Seguridad Social
Cita Ley 58/2003 de 17 diciembre 2003. Ley General Tributaria
Cita Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal
Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
Cita art.95, art.96, art.97 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Cita art.63 de Ley 230/1963 de 28 diciembre 1963. General Tributaria

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por AAP Baleares de 8 marzo 2011 (J2011/76845)
Citada en el mismo sentido por SAP La Rioja de 20 marzo 2012 (J2012/59882)
Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN STCJ de 22 junio 2009 (J2009/151136)
Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, PREFERENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS - A FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA STCJ de 4 julio 2008 (J2008/147666)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, PREFERENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS - A FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA STCJ de 3 julio 2008 (J2008/147665)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, PREFERENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS - A FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA AJdo. Mercantil de 30 junio 2008 (J2008/130684)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, PREFERENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS - A FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA SAP Barcelona de 10 marzo 2008 (J2008/99067)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN, PREFERENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS - A FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA STCJ de 6 noviembre 2007 (J2007/342710)

Cita en el mismo sentido sobre CONCURSO DE ACREEDORES - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN STCJ de 22 diciembre 2006 (J2006/408029)

Bibliografía

Citada en "Aspectos temporales de la ejecución separada y de los embargos administrativos"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 28 julio 2009, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que apruebo el plan de liquidación formulado por la administración concursal de la entidad mercantil HISPANO RADIO ELECTRONICA SAL, con la matización de que en el mismo deberán de observarse las alegaciones formuladas por la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en el sentido de respetar la existencia del embargo trabado sobre la Finca Registral núm. 16.417 y debidamente anotado en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Pontevedra, no pudiendo en consecuencia enajenarse como libre de cargas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Hispano Radio Electrónica se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día diecisiete de diciembre para la deliberación de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

Formula Voto Particular el Ilmo. Sr. Magistrado D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud del precedente Recurso por el apelante, el administrador Concursal de Hispano Radio-Eléctrica, S.A.L se pretende la revocación de la Sentencia dictada en los autos de Incidente Concursal núm. 250-07 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de esta ciudad, que permitió mantener el embargo anotado por la Seguridad Social a pesar de que infringe el derecho de la par conditio creditorum y a los principios que informan la ley concursal. La Tesorería de la Seguridad social no goza de más privilegios que los establecidos en la citada Ley Concursal al tener anotado un embargo sobre un bien de la concursada, por lo que debe alzarse dicho embargo antes de proceder a la enajenación de la finca registral núm. 16.417.

La Tesorería General de la Seguridad Social se opone a este pedimento aduciendo que el auto de declaración del Concurso es de 29 de octubre de 2007, ostentado por tanto la TGSS todos los derechos que le otorga el art. 55.1-II de la Ley de 9 de julio de 2003 en relación con el art. 20 de la LGSS EDL 1994/16443 .

SEGUNDO.- El caso enjuiciado y sometido a nuestra consideración trata de dilucidar si la Tesorería General de la Seguridad Social, que a raíz del incumplimiento de sus obligaciones dinerarias por parte de la mercantil concursada "Hispano Radio- Eléctrica S.A.L." había iniciado la vía de apremio y trabado embargo sobre una local bajo inscrito en el Registro de la Propiedad de dicha sociedad antes de que fuera declarada en concurso, puede mantener la traba al amparo de lo previsto en el art. 55.1.2 LC, dentro del plan de liquidación presentado por la administración concursal en se ha previsto su enajenación como libre de cargas, aprovechando el marco del art. 148.1 de la LC formulando una observación en tal sentido. Lo propuesto por la TGSS es que se mantenga el embargo sobre el bien inmueble a realizar, haciendo abono de la cantidad que aseguran con el importe que se obtenga de su enajenación.

La resolución de instancia, haciéndose eco de la solicitud de la Tesorería de la Seguridad social ordena la enajenación con la carga que supone el embargo a su favor.

Normalmente cuando se inicia un procedimiento concursal los bienes del concursado tendrán gravámenes o inscripciones derivadas de las garantías que puedan haber articulado algunos créditos -hipotecas, prendas- o de la celeridad con la que algunos acreedores hayan podido actuar al margen del concurso, casos tales como los de los embargos preventivos. Ab initio, el carácter universal del procedimiento concursal lleva a pensar que al declararse el concurso dejarán de tener efecto las garantías y preferencias no concursales y operarán las concursales, reconociendo al Juez del concurso la facultad de alzar o modificar las garantías y anotaciones no concursales en beneficio de los principios del concurso. Esta afirmación, sin embargo, no tiene carácter automático y en la práctica se encuentra con algunos obstáculos tanto en las normas concursales como no concursales, una de ellos se presenta en este recurso.

El artículo 55.1.II de la Lc, que regula el privilegio de la continuación de los apremios administrativos, se encuadra en el capítulo II, De los efectos sobre los acreedores, del Título III, De los efectos de la declaración de concurso, dentro de la fase común del procedimiento concursal, en la que han de formarse las masas activa y pasiva del concurso, mientras que el artículo 148 figura en el capítulo II, De

la fase de liquidación, del Título V, De las fases de convenio y liquidación, esto es, una vez finalizada la fase común y establece una norma dirimente de los conflictos que pudieran darse al aplicarse las normas generales de liquidación, el artículo 147.

Se establece, por tanto, dentro de la fase común del concurso, la regla general que impide el inicio de ejecuciones singulares o la continuación de apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor con la excepción prevista en el artículo 55.1 párrafo 2º, relativa a la posibilidad de continuar los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y se hubieran embargado bienes del concursado con anterioridad a la declaración del concurso ("Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor."). Como ha señalado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en la sentencia de 22 de diciembre de 2006 EDJ 2006/408029 , la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquella es anterior en el plano temporal a esta. Se configura, así, la continuación del procedimiento de apremio como una facultad de la Administración, que habrá de decidir si desea continuar el procedimiento ya iniciado o bien abandonarlo. Ahora bien, una vez declarado el concurso, el nudo gordiano de la cuestión consiste en determinar hasta dónde puede llegar dicha continuación desde un punto de vista procesal, si se podrán ejecutar los bienes del deudor a fin de cobrar la deuda de la Tesorería sin límite temporal y con absoluta preferencia a otros acreedores, y, finalmente, cómo y por qué órgano judicial se ha de seguir este procedimiento.

La regla general de imposibilidad de seguirse ejecuciones separadas, durante la sustanciación del concurso no es una norma absoluta sino que, aparte de la excepción que acabamos de contemplar, existen otras en la misma Ley como el del art. 84.2.1º relativa a los créditos contra la masa, respecto de los que el art. 154.2 indica que "habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea el estado del concurso"; asimismo el art. 76.3 establece que los titulares de créditos con privilegios sobre buques o aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante las acciones específicas reconocidas al efecto. La voluntad del legislador se ha reforzado en la reforma de la LGT operada por la Ley 58/03 de 17 de diciembre EDL 2003/149899 cuyo art. 164 dispone que el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.

Como decíamos, la Ley no indica la forma ni el plazo en que la Administración debe comunicar su elección a los administradores concursales (como sí hace en el caso de garantías reales en el art. 57), pero en ningún modo le permite abstraerse de la sustanciación del procedimiento concursal, dado que su crédito formará parte necesariamente de la masa pasiva del concurso, y los bienes del concursado que haya embargado serán parte de la masa activa y, por tanto, si una vez abierta la fase de liquidación, el plan de liquidación elaborado por la administración concursal prevé la enajenación de los bienes cuya realización pretende con la vía de apremio, deberá hacer las observaciones pertinentes en el plazo conferido al efecto, pues de no hacerlo así, el plan de liquidación se aprobará y será al que habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa sin excepción, según el art. 148 LC.

Como norma general en la vía de apremio ordinaria (ex LEC EDL 2000/77463) la cancelación de anotaciones, embargos y garantías se efectúan una vez que se ha realizado el bien, actuando el auto de adjudicación como instrumento legal para clarificar la situación registral de las cargas y pendencies que existen sobre los bienes del deudor. Este Auto en el procedimiento concursal puede no existir en la medida que la administración concursal realiza todas las operaciones de liquidación sin necesidad de tener que recabar al Juez tales autos de adjudicación, más aún, si nos ponemos en el caso de titulares de créditos que gozan de la preferencia a que aludimos del art. 55.1.II Lc. Precisamente lo que sucede en el presente caso, y su singularidad es que la "observación efectuada" al plan de liquidación no consiste en la manifestación de que ha continuado o que desea continuar la vía de apremio, sino que acepta el plan de liquidación propuesto por la administración concursal pero con la carga anotada en que consiste el embargo sobre el inmueble.

Vaya por delante que el presente supuesto no se considera que nos hallemos ante un derecho real de garantía sobre cosa ajena a que se remite el art. 56 de la Ley concursal, en las que el legislador opta por la paralización temporal de las ejecuciones en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. En estos casos salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados sobre los que la propia Exposición de Motivos añade: "Naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial y el convenio sólo les afectará si su titular firma la propuesta, vota a su favor o se adhiere a ella o al convenio aprobado. De no estar afectados por un convenio, los créditos con privilegio especial se pagarán con cargo a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía. La ejecución se tramitará ante el juez del concurso. No obstante, en tanto subsista la paralización temporal de estas acciones, la administración concursal podrá optar por atender con cargo a la masa el pago de estos créditos. Aun en caso de realización, el juez podrá autorizarla con subsistencia de la carga y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, o mediante venta directa, con aplicación del precio al pago del crédito especialmente privilegiado. Se articulan, así una serie de fórmulas flexibles tendentes a evitar que el ejercicio de los derechos reales de garantía perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso" y aunque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares...", y a continuación añade: "se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas".

Por el contrario nos hallamos ante un proceso administrativo en el que se ha dictado providencia de embargo sobre un inmueble a instancia de la TGSS, previo a la declaración de concurso sobre un bien inmueble y que continúa vigente una vez abierta la fase de liquidación. El art. 148 LC, ubicado en la sección 3ª, capítulo II del título V, dedicada a las operaciones de liquidación, aborda el denominado plan de liquidación, indicando que, dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación (prorrogables por un período igual si la complejidad del concurso lo justificara), la administración concursal

presentará al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos (apartado 1º). El mismo precepto dispone que, durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la secretaría del juzgado el plan de liquidación, "el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación". Se trata de un verdadero incidente de oposición al plan dado que la ley habla de que, durante 15 días, el deudor y los acreedores podrán formular observaciones o realizar propuestas de modificación, si las hay, el Juez del concurso atendiendo a los intereses de éste, puede aprobar el plan en los términos presentados o introducir en el plan las modificaciones propuestas que considere adecuadas. En la resolución recurrida el juez del concurso decidió mantener el bien inmueble objeto de plan con la anotación preventiva a favor de la Tesorería que formuló la observación.

TERCERO.- Pues bien, la peculiaridad de este caso, como indicábamos más arriba, es triple: a) la Tesorería General de la Seguridad social no hizo saber a los Administradores concursales su voluntad de seguir la ejecución separada una vez declarado el concurso, a pesar de haberse iniciado antes la vía de apremio y de dictarse providencia de embargo, también es cierto que no hizo saber lo contrario; b) cuando se le pone de manifiesto el plan de liquidación formula como observación que no se opone a la enajenación de la finca sobre la que pesa el embargo, pero que se haga constar la carga, eso es, opta por una vía intermedia, no lleva a cabo propiamente una ejecución separada, pero a la vez no se opone a la enajenación si es que figura el gravamen que no se purga con motivo del concurso, lo que no implica sino hacerse pago con su importe el crédito garantizado; c) aunque es obvio señalarlo, la TGSS recurrida no ha "continuado el procedimiento administrativo de ejecución" desde que se dictó la providencia de embargo, que no obstante permanece vigente y no ha caducado.

Ciertamente la Ley concursal no ha fijado un plazo ni ha señalado en el caso -como sí lo hace en el art. 57 respecto de las garantías reales- la manera en que se llevará a cabo esta ejecución separada, tampoco establece un mecanismo para comunicar esta circunstancia, menos aún se prevé que sobre los bienes que integren la masa puedan existir trabas como la que ahora nos ocupa, sino mas bien todo lo contrario. La audiencia o posibilidad de alegaciones aparece así como el cauce a través del cual los interesados pueden y deben hacer valer las posibles discrepancias u objeciones al plan de liquidación, ya que, de otra forma, quedarán vinculados por su contenido, como se deduce del tenor del apartado 2º in fine del art. 148 cuando ordena: "Transcurrido dicho plazo sin que se hubieran formulado, el juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa. En otro caso, la administración concursal informará, en el plazo de diez días, sobre las observaciones y propuestas formuladas y el juez, según estime conveniente a los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones en función de aquéllas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación".

En esta línea cabe resaltar que, si lo que se pretende -según resulta de los arts. 148 y 149.1.1ª LC -, es favorecer la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado, bien para facilitar su adquisición por un tercero a fin de que continúe la actividad y permita la supervivencia de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, bien para obtener un mejor precio, ese objetivo puede lograrse más fácilmente con una ejecución colectiva de la que, no obstante, el acreedor privilegiado podrá excluir el bien afecto a su crédito, pero siempre que comunique expresamente su voluntad en el momento adecuado a tal efecto, debiéndose resolver cualquier duda en el sentido más favorable a la ejecución colectiva. Aun en caso de realización, el Juez podrá autorizarla con subsistencia de la carga y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, o mediante venta directa, con aplicación del precio al pago del crédito especialmente privilegiado. Se articulan, así una serie de fórmulas flexibles tendentes a evitar que el ejercicio de los derechos reales de garantía perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso y en el presente supuesto, desde esta perspectiva sería posible desde luego, optar por la aplicación subsidiaria de esta normativa o bien interpretar que cabe tal posibilidad por la vía de las "observaciones" a las que alude en art. 148.1 de la LC ante el silencio de la propia Ley Concursal sobre la forma, tiempo y acreditación de esa continuación de las ejecuciones en las que se ha dictado providencia de apremio anterior a la declaración del concurso, de tal modo que el juez del concurso puede autorizar la enajenación del bien de la manera que lo hizo en la instancia haciendo uso de la facultad que le otorga el citado precepto y ante "las observaciones" que se le formulan, hacer las "modificaciones" oportunas (ex art. 142.2: "introducir en él modificaciones en función de aquéllas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias"), incluida la que ahora nos ocupa.

En esta línea la A. Provincial de Barcelona en Ss de 10 de marzo EDJ 2008/99067 y 12 septiembre de 2008 ha dicho que "Tiene razón el Magistrado de lo Mercantil cuando argumenta que esta facultad reconocida por el párrafo segundo del apartado 1 del art. 55 LC a la Agencia Tributaria es un derecho de ejecución separada que le permite cobrarse con lo realizado al margen del concurso, sin que propiamente ello le confiera ningún privilegio sustantivo.

Conviene aclarar que en la medida en que esta ejecución separada está justificada únicamente respecto de los créditos que la motivaron, lo satisfecho con la realización del embargo servirá únicamente para pagar esos créditos y no otros. A este respecto, no le falta razón a la Abogacía del Estado cuando recuerda que las reglas de imputación de pagos, cuando lo obtenido no cubra la totalidad de las deudas objeto de ejecución y para cuyo pago se trabó el embargo, serán extraconcursales y en concreto las previstas en el art. 63 LGT EDL 1963/94 : el pago se aplicará primero a las deudas más antiguas, en atención a la fecha en que fueran exigibles.

Lógicamente esta imputación de pagos, que es extraconcursal, tiene su repercusión en el concurso, en la medida en que se hayan pagado total o parcialmente los créditos clasificados en la lista de acreedores. Mientras no se verificara el pago, es lógico que la AEAT comunicara sus créditos e interesara su reconocimiento y clasificación. Y una vez abonados parcialmente estos créditos, fuera del concurso, este pago se debe tener en cuenta para evitar que cuando, según las reglas de pago del art. 154 y ss. LC, toque abonar cada uno de los créditos inicialmente incluidos en la lista de acreedores, se tenga en consideración que tales créditos ya han sido satisfechos.

De este modo, lo obtenido por la AEAT no se imputa directamente a los créditos reconocidos con privilegio general del art. 91.4 LC, sino que se imputa a los que se correspondan con los efectivamente pagados, de acuerdo con la imputación de pagos extraconcursal (los más antiguos de los créditos para cuyo pago se inició el apremio y se practicó el embargo del bien o derecho, de cuya realización proviene el pago) y que deberá justificar a la Administración Concursal al comunicar el cobro extraconcursal. Por lo tanto la regla no es aplicar proporcionalmente el importe cobrado a todas las clases de créditos clasificados, sino tener por pagados los créditos realmente extinguidos por el pago, conforme a las reglas de imputación de pagos del art. 63 LGT EDL 1963/94 .

Ello no supone propiamente una modificación de la lista de acreedores, a los efectos del art. 97 LC, sino simplemente la constatación concursal del pago extraconcursal. Lo que no debe extrañar, pues esta misma circunstancia puede ocurrir en otros supuestos en que el acreedor de la sociedad concursada ve satisfecho extraconcursalmente su crédito, durante el concurso. Ese es el caso, por ejemplo, del acreedor de la sociedad concursada que demanda extraconcursalmente al administrador y obtiene su condena al pago solidario de uno de los créditos que tiene contra la concursada; si este pago es posterior a la elaboración de la lista de acreedores, no será necesario modificar la lista, sino simplemente tener por satisfecho dicho crédito para que no llegue a pagarse si, iniciada la liquidación, se procede al pago conforme a las reglas previstas en los citados arts. 154 y ss., especialmente los arts. 156 y ss. LC."

Ahora bien, no desconocemos que la anterior tesis puede no ser compartida por otra, permítasenos llamarla, concursalista pura que se ha sustentado, por ejemplo, por el Jdo. de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao en Auto de 30 de junio de 2008 EDJ 2008/130684 cuando afirma para rechazar que la TGSS mantenga los embargos sobre bienes a realizar, haciendo abono de la cantidad que aseguran con el importe que se obtenga de su enajenación porque "convierte el embargo en un crédito con privilegio especial sobre el bien afecto, por la vía de mantener la sujeción de la garantía de un crédito que, sin embargo, ha quedado calificado en el informe de la administración concursal de forma diferente. Esto no es admisible, porque sólo caben créditos con privilegio especial en los casos que indica el art. 90 LC. En aquél se señalan cuáles son los créditos que merecen esa calificación y sobre qué bienes. Y en ningún lugar se indica que un embargo previo a la declaración de concurso tenga la cualidad de convertir ese crédito en privilegiado sobre ese bien. Por el contrario, ese embargo, y cualquier otro que afecte a la masa activa que ahora se va a realizar con el plan de liquidación, tienen que desaparecer. Cada crédito, incluidos los que se reclamaron y dieron lugar a esas medidas de sujeción, tiene su tratamiento concursal específico en el informe. Este los reconoce y califica, y si no se ha reconocido como privilegiado especial sobre el bien que sujetaba, como es el caso de autos, no puede buscarse el mismo efecto jurídico por la vía de exigir que se mantengan los embargos cuando se van a realizar los bienes, asegurando igualmente la falta de competencia del juzgado al respecto, sobre la que luego ha de volverse. Por el contrario la obligación de la administración concursal, como señala el art. 148.1 LC, es la "realización" de todos los bienes que constituyen la masa activa del deudor concursado. Con su resultado, se abonarán por su orden los créditos contra la masa que aún no hayan sido satisfechos, y posteriormente los concursales. Por lo tanto los créditos concursales que dieron lugar a los embargos que traban ciertos bienes serán satisfechos cuando corresponda, según el modo y orden que dispone la Secc. 4ª (arts. 154 y ss) del capítulo II del Título V de la Ley Concursal, y no cuando se enajene el bien embargado, aplicando al abono del embargo su importe, como sostiene la TGSS. Otra cosa supondría incumplir la obligación legal de abono en función de la calificación del crédito, aprovechando que se embargó y anotó la medida previamente a la declaración del concurso, lo que, como se ha dicho hasta aquí, no confiere privilegio alguno en la clasificación de los créditos del acreedor que lo logró".

Parece, en principio, que la ley en lugar de privilegiar aquellos créditos que por su especial significación merezcan ser reforzados, privilegia la rapidez de determinados acreedores que pueden acudir raudos a determinados procesos de ejecución (administrativos y del orden laboral) para satisfacer su crédito. Ello, señalan los comentaristas, puede dar lugar a que créditos a los que el legislador no atribuye especial privilegio se antepongan, de facto, a otros privilegiados e, incluso, a los créditos contra la masa (artículo 84), que pueden ver como no pueden satisfacer con bienes previamente trabados por algún acreedor que haya llevado su procedimiento de apremio o ejecución laboral a la situación procesal vista, apuntándose por alguna doctrina como única solución a este problema la interposición por esos acreedores preferentes de una tercería para hacer valer su mejor derecho en los procedimientos de ejecución singular ya iniciados, opción que otros descartan, pues la concesión de esa ejecución extraconcursal separada precisamente se establece para que esos acreedores puedan no solo continuar ejecutando sino cobrar fuera de las vicisitudes del concurso y que ese posterior concurso les repercuta en su esfera jurídica viniendo a convertir a esos acreedores en superprivilegiados.

CUARTO.- En la tesitura de tener que pronunciarse esta Sala por una u otra posición -esto es, mantenimiento del embargo, o bien purga de la traba lisa y llanamente- el Tribunal se inclina por la primera, aún reconociendo la razonabilidad de la segunda y su posible amparo igualmente en la Ley concursal. Actuando en la obligación que nos incumbe de tomar una decisión que, creemos -aunque no exenta de dudas- como la más conteste la voluntad de legislador, entendiéndolo asimismo, que el único sentido que cabe encontrar a un posible interés de la Tesorería para personarse en el concurso si puede ejecutar separadamente no es solo que pretenda alcanzar un acuerdo con el concursado a fin de facilitar la viabilidad empresarial sino también que su crédito, en tanto no ha sido cobrado, figura en su puesto correspondiente en el seno del concurso, pero al mismo tiempo también lo tiene el propio concurso para acceder al eventual sobrante del crédito que aquélla ejecute y valorando especialmente lo siguiente, aún a modo de resumen sobre lo ya dicho:

a) La Ley Concursal guarda silencio sobre cómo y hasta cuándo ha de continuar la vía de apremio para que sea objeto de ejecución separada, no indica la manera en que estos acreedores singulares pondrán de manifiesto la voluntad de mantenerse al margen del concurso. Entender que "renuncian" a la posibilidad de ejecución separada por no hacer manifestación al respecto no está previsto como sí lo está en el caso de las garantías reales en el art. 57.3 de la LC para los supuestos de garantía real que exige esa ejecución separada antes del inicio de la fase de liquidación, porque en otro caso "perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado", aún así este efecto no puede determinar la pérdida del privilegio especial sino sólo procedimental o preclusivo.

b) La Ley Concursal ha huido de las ejecuciones separadas, incluso cuando hay garantías reales se ocupa de regularlas para a someterlas a plazos perentorios, por ello cuando únicamente las admite en el caso del art. 55.1 de la LC (y excepcionalmente en otras

remisiones más concretas como la el art. 24 para excluirlas del cierre registral, además de las citadas supra), es porque verdaderamente la voluntad legislatoris era "respetarlas", item mas, cabe pensar que no ha regulado ni ha hecho referencia a las mismas precisamente porque "podrán continuarse" en todo caso. Como establece la Ss de la AP de A Coruña de 29 de septiembre de 2008 "es evidente que tal precepto (ex art. 55.1.2 Lc) merece una crítica en cuanto...puede constituir una lesión al principio de la par conditio creditorum, que no pasó desapercibida al Legislador que, no obstante desestimó la enmienda 282 del Grupo Socialista del Congreso, que se planteaba con la finalidad de dejar sin efecto el privilegio de la Administración Pública, en el procedimiento administrativo de ejecución, proponiendo la redacción siguiente del entonces art. 54.1 "declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, definitivas o provisionales, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor" con el alegato de que tal precepto contempla un trato privilegiado para la Administración pública que no se justifica en absoluto y se añadía "si se paralizan las ejecuciones hipotecarias (a pesar de que los ejecutantes tienen un privilegio especial) tienen que paralizarse también los procedimientos administrativos de ejecución". Como decimos, dicha enmienda no prosperó.

Incluso después de dictarse la Ley Concursal y por Ley 58/03, de 17 de diciembre EDL 2003/149899 se reformó el art. 164 de la LGT EDL 1963/94 para mantener y reforzar las "preferencia" administrativa para la ejecución de los bienes lo que significa que el legislador persiste en su criterio.

c) La laguna legal puede integrarse no sólo con la interpretación auténtica contenida en la Exposición de Motivos sino por el mismo art. 148.2 que permite al juez del Concurso efectuar las "modificaciones" al plan de liquidación a la vista de las observaciones que se le formulen, y aquí la TGSS no objeta nada a la enajenación del bien, ahora bien, se opone a que se enajene sin la carga en que consiste el embargo porque no ha renunciado a ella y no vemos inconveniente a que se opere por esta vía de la misma manera que en el caso del art. 155.3 aunque esté previsto para créditos con privilegios especial. Es más, el juez del Concurso no puede enajenar el bien "ocultando" la existencia de un embargo que no ha sido cancelado sino que, incluso más, nadie se lo ha pedido.

d) Entendemos que también sería posible optar por lo previsto en el art. 155.2 LC y es que "la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atenderá los sucesivos como créditos contra la masa." Es decir, que aun cuando la providencia de apremio -y en nuestro caso también practicado el embargo- se haya dictado con anterioridad a la declaración del concurso, la administración concursal puede mediante el pago de las deudas apremiadas evitar la ejecución singular del patrimonio del concursado. La fundamentación en el caso es la misma, evitar la ejecución de bienes y derechos del deudor que perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso, es el que legitima a la administración concursal para proceder al pago de la deuda con la Tesorería de la Seguridad social a fin de evitar la continuación del procedimiento de apremio y en tal caso sí procedería de oficio al levantamiento del embargo por extinción de la deuda a la que amparaba.

e) No tendría sentido permitir la continuación de la vía de apremio y la competencia administrativa para cobrar individualizadamente su crédito mediante la ejecución de bienes concretos del deudor y acto seguido limitarla a la par conditio creditorum. En tal caso el procedimiento de apremio se convertiría en una simple medida cautelar de la Administración pues sólo podría llegar hasta la anotación preventiva de embargo. Nos preguntamos para qué sirve ese "embargo cautelar" si es que luego el titular de la garantía (claro está, en las condiciones del art. 55.1.2 Lc exclusivamente) no puede hacerla efectiva sobre ese bien. Más inútil nos parece que pudiera ejecutarla con el compromiso de depositar su resultado en el concurso "a resultas" de la calificación de su crédito; no se nos oculta que ningún interés tendría la Administración en ejecutar un bien a su costa para que luego se beneficiaran otros antes que ella con su resultado.

f) No obsta a la ejecución separada la posible existencia de un crédito preferente de cualquier otro acreedor del concursado que habría de articularse a través de la tercería de mejor derecho porque la preferencia de ejecución no implica la preferencia crediticia, evidentemente, y dado el carácter excepcional con el que la ejecución separada ha sido reconocida en la LC, sólo tiene sentido que la Administración continúe la ejecución iniciada cuando con ella se consiga la satisfacción de la deuda apremiada.

g) La Ss del Tribunal de Conflictos de 6 de noviembre de 2007 EDJ 2007/342710 reitera la doctrina de que "una vez declarado el concurso, la Administración General del Estado, en este caso la Tesorería General de la Seguridad social, sólo puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso", es decir que en una interpretación a contrario, antes de la declaración del concurso la ejecución separada permite la supeditación de la ejecución del bien para la satisfacción del crédito por más que en aquel momento temporal una vez declarado el concurso, "debe excluirse cualquier actuación o medida de ejecución de los bienes del deudor que pueda obstaculizar la realización de la masa del concurso por el órgano jurisdiccional" por lo que la competencia de esta ejecución recaerá sobre el Juez del concurso e incluso corresponderá igualmente al mismo "determinar cuándo debe procederse exactamente al pago de la deuda líquida de la Seguridad social cuando la citada liquidación se haya realizado con posterioridad a la declaración del concurso".

h) No nos parece de recibo que se pueda argumentar que la preferencia que establece el art. 55.1º.II sea exclusivamente cautelar o procedimental, desligada de la preferencia sustantiva para el cobro del crédito puesto que ello implicaría desatender el concepto jurídico procesal civil de "embargo" sobre un concreto bien al que "sujeta" y que no debe confundirse con la preferencia de créditos para que las que existen otras soluciones en el Ordenamiento jurídico (por ej. la tercería). Dentro del marco normativo del Concurso la preferencia es la que fija el propio art. 55.1º.II interpretado en todo el conjunto del mismo y en la universalidad de la ejecución dentro de la que el legislador ha entendido y ha querido mantener la preferencia para el cobro de procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio antes de la declaración de concurso, posiblemente sustentado en la naturaleza Pública del acreedor y en facultad de autotutela de la Administración, como era ya tradición en nuestro Derecho de ejecución colectiva, aunque ahora de una manera sensiblemente más restringida.

i) No obsta a lo anterior el argumento de que las características y naturaleza del crédito privilegiado es sólo en el modo y manera que se contiene en los preceptos ad hoc de la Ley concursal (ex art. 154, 91 ó 90) en tanto numerus clausus porque es la misma Ley la que en otro precepto señala la preferencia en una ejecución separada y no precisa reiterarla.

j) Por último, no deja de tener interés en el caso que nos ocupa una cuestión eminentemente procesal y es el sometimiento al principio de rogación, si el juez del concurso quiere enajenar el bien inmueble en cuestión sin el embargo trabado a favor de la TGSS debe proceder a la cancelación de la carga en que consiste la traba, y la administración concursal no ha efectuado esta solicitud en ningún momento. Esto es, existe un óbice procesal que es la falta de rogación sobre la cancelación de la carga, la que, de momento no se ha purgado abriendo un debate contradictorio sobre tal cuestión.

QUINTO.- En estas condiciones nos hallamos en situación de dar una respuesta al concreto problema planteado, en el bien entendido sentido de que cuando la TGSS "observa" al plan de liquidación de la administración concursal en el sentido de que se mantenga la carga en el momento de enajenación del bien inmueble según el plan de liquidación, en el fondo lo que está solicitando y la finalidad que pretende es que con ese bien se haga pago de su crédito, ello en la medida en que esta ejecución separada está justificada únicamente respecto de los créditos que la motivaron, y lo satisfecho con la realización del embargo servirá únicamente para pagar esos créditos y no otros, única manera encontrar sentido razonable a artículo 55.1.II Lc.

Ya hemos dicho que sostenemos que la singularidad del art. 55.1.2 de la Lc le reconoce a la Administración en el presente Rollo a la Tesorería de la Seguridad social que continúe la vía de apremio lo cual no puede tener otro sentido más que el hacerse pago de la deuda con la realización de tal bien inmueble. Consideramos, además, que no es obstáculo a esta conclusión el hecho de que el crédito en cuestión de la TGSS no estuviera clasificado entre los privilegiados concursales porque el privilegio que le corresponde para su satisfacción no tiene que derivar sólo del precepto que contempla estos créditos contra la masa (art. 154.2), "privilegios" generales (art. 91) y especiales (art. 90) sino ya se contiene ab initio en el art. 55 y no precisa reiteración. Los problemas se derivan a la hora de hacer efectiva tal posibilidad desde el punto de vista temporal, si es que se declara el concurso que llega a la fase de liquidación -es decir ¿hasta cuándo?- y también procesal -esto es, el ¿cómo?-, se trata de una ejecución separada respecto de la que cabe pensar que se puede llevar a cabo por la Administración bien dentro del concurso o fuera manteniendo su facultad de autotutela.

Desde luego nos pronunciamos a favor de que dicha ejecución separada debe llevarse a cabo dentro de la competencia del juez del concurso aunque sea instada por la Administración interesada y ello es así por los siguientes motivos:

a) Porque resulta necesario conocer directamente el resultado de la ejecución separada en caso de que haya sobrante o bien de que no lo haya para cancelar el crédito eventualmente o bien para aplicar a la par conditio creditorum tal exceso. Una cosa es que quepa la posibilidad de continuar apremios administrativos cuando la providencia de apremio sea anterior a la fecha de declaración del concurso y otra que pueda hacerse en forma autónoma o desconectada de la autoridad judicial del concurso, que es la única facultada, por ejemplo, para decidir sobre los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, y esto cualesquiera sean las circunstancias que concurren.

b) Porque la Lc en el caso del pago del crédito con privilegio especial, que aplicamos por analogía, permite que se haga "con cargo a los bienes o derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva", luego, dentro del concurso. Por lo tanto, una vez transcurridos los límites temporales señalados, se seguirá la ejecución separada sobre los bienes con garantía real para su realización, definiendo el art. 57 Ley Concursal que el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior, durante la tramitación del concurso, se someterá a la jurisdicción del Juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

c) El tribunal de Conflictos ha resuelto a favor de la competencia del juez del concurso en materias de estricto interés para el mismo, así en sus Ss de 3 de julio de 2008 EDJ 2008/147665 con cita de las de 10 de octubre de 2005 y 20 de diciembre de 2006 a propósito de la declaración de si el bien trabado se hallaba o no afecto a la actividad profesional del concursado y añadiendo en la de 4 de julio de 2008 EDJ 2008/147666 que "independientemente de la preferencia procedimental recogida en las normas, incluyendo la ley concursal, respecto de determinados procedimientos recaudatorios de la seguridad social, lo cierto es que la competencia exclusiva y excluyente del concurso incumbe al juez de lo mercantil. Ello no es óbice al reconocimiento de la existencia de deudas de la masa como establece la Ley concursal. Su naturaleza extraconcursal es indiscutible del mismo modo que su ajenidad a las limitaciones que derivan de la normativa concursal respecto a los créditos concursales. Sin embargo, el hecho de que no se integren en la masa concursal no comporta que la ejecución no se controle en el seno del proceso jurisdiccional dirigido por el Juez de lo Mercantil antes de proceder al pago de los créditos concursales, conforme al art. 154.1 de la Ley Concursal".

d) La facultad de ejecución separada a través de otro órgano que no sea el juez del concurso (por otro Juez u órgano administrativo) choca frontalmente con el art. 86 ter 1.3º de la LOPJ EDL 1985/8754 que concede al Juez de lo Mercantil que abrió el concurso competencia exclusiva y excluyente para conocer: de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Es tan tajante y clara la dicción de este precepto de la LOPJ EDL 1985/8754 que a nuestro entender hace posible que esta ejecución separada se lleve a cabo por el Juez Mercantil del concurso, el art. 55.1º.II permite que continúen de forma separada las ejecuciones ordenadas por órganos administrativos y las ordenadas por jueces laborales cuando se hubiera embargado bienes, así debe ser por la prioridad de rango en la atribución de competencia que tiene el art. 86 ter 1.3º y su inequívoca literalidad: cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado, que ni distingue ni permite distinguir entre ejecuciones ordenadas antes o después de la apertura del concurso. Si esas ejecuciones siguen sin el control del Juez del concurso, puede hacerse de facto imposible la finalidad del proceso concursal.

e) No puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del concurso. Por otra parte, resulta llamativo que el Juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial (ex art. 55) o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía en que consiste el embargo que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, podría abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.

SEXTO.- Llegados a este punto, es decir, admitiendo la preferencia para el cobro de la deuda por la Tesorería respecto del bien embargado que debe mantenerse en el plan de liquidación con la carga en que aquella traba consiste, debemos avanzar ya y tratar la cuestión del cómo se ejecuta la misma bajo el control que auspiciamos del Juez del Concurso.

Es cierto que difícilmente puede hablarse de "acumulación" y de "pieza separada" a la vez, sin ver en ellos términos procesales opuestos. Si se tramita en pieza separada, no parece que pueda atenderse a los efectos propios de la acumulación de procesos que, según los arts. 74 y 84 LEC EDL 2000/77463, implica que se siga un solo procedimiento y se resuelva en una misma sentencia. Ello ha dado lugar a dos posturas totalmente opuestas: Por un lado quien sostiene que ni el término "pieza separada", ni la referencia a la acumulación, se emplean en un sentido eminentemente técnico, sino que lo único que es común al concurso es la competencia funcional del Juez del concurso, por lo que "pieza separada", equivale entonces a competencia funcional del Juez del concurso y tramitación independiente de las normas procesales y materiales del concurso. La norma silencia como puede llevarse a cabo una ejecución acumulada en pieza separada, por lo que la solución que permita hacer una interpretación lógica, partiendo también de que la alusión a la acumulación no tiene un significado preciso, es una aplicación analógica del art. 57.1 in fine, de forma que el Juez del concurso deberá acomodarse, en la pieza separada, a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que se reanude.

En la postura contraria se encuentran quienes consideran que se produce una acumulación de procesos que implica que la enajenación de los bienes deberá efectuarse necesariamente dentro del procedimiento de ejecución colectiva y, por lo tanto, la enajenación de los bienes gravados debe llevarse a cabo de conformidad con el plan de liquidación o las normas legales supletorias (arts. 148 y 149 Ley Concursal), y a expensas de la actividad de la administración concursal, lo que, en realidad, no establece ninguna diferenciación con el otro supuesto que recoge el mismo apartado, es decir, con las acciones que no se habían iniciado aún al momento de abrirse la fase de liquidación.

Pues bien, en el caso concreto que analizamos el problema no se plantea, creemos, desde el punto de vista procesal sobre el modo de ejecución en pieza separada, sino finalmente sobre sí, enajenado el bien por la administración concursal en la forma prevista en el plan de liquidación, subsistente como lo está y preconizamos, el embargo a favor de la TGSS, esta acreedora se cobrará con carácter preferente a los demás acreedores en virtud de la preferencia que el art. 55.1.II de la Lc ha establecido, porque la vía de apremio podrá continuar en tal caso, y si el bien se enajena por la Administración concursal ella será inevitablemente la que tenga derecho a cobrarse con anterioridad a los demás por la significación que lleva implícita aquella preferencia para el cobro de la deuda le garantiza el art. 55.1.II.

En suma, que no habiendo nadie puesto en duda que el embargo trabado sobre el inmueble de la concursada no se trata de un bien afecto a la actividad profesional de la misma nos vemos en el caso de desestimar el recurso y mantener la resolución del juez a quo en el sentido de aprobar el plan de liquidación presentado por la Administración Concursal respecto del inmueble litigioso con mención del embargo que pesa sobre el mismo, sobre cuyo alzamiento no podía pronunciarse el Juez del Concurso con carácter previo al plan de liquidación porque nadie se lo había pedido, y de tal manera que deberá reintegrarse con el importe de su enajenación el crédito de la TGSS y sólo con el sobrante el abono de los créditos contra la masa y de los concursales que tengan mejor calificación.

Finalmente y como recordaba la Ss de la AP A Coruña citada supra, merezca o no crítica el precepto los operadores jurídicos la debemos acatar máxime cuando después es reiterada por el art. 164.1 b) de la Ley 58/03 EDL 2003/149899 LGT, así como por disposiciones de rango inferior como en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social art. 50.3 del R.D 1415/04, de 11 de junio EDL 2004/45068 cuando dice que "si se hubiere dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el art. 55.1 párrafo segundo de la Ley 22/03, de 9 de julio EDL 2003/29207, Concursal" (y conforme al art. 34 del R.D. Legislativo 1/94, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados). En esta tesitura lo deseable sería que el legislador en el futuro se pronunciara a propósito de la manera -modo y tiempo- en que podrá ejercitarse la facultad consagrada en el art. 55 de la Lc y a que se contrae este pleito.

SÉPTIMO.- En virtud de lo dispuesto en el art. 398 de la LEC EDL 2000/77463 cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Habida cuenta de las dudas de derecho expuestas con anterioridad consideramos procedente no hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

FALLO

Que desestimando el Recurso de Apelación formulado por el administrador Concursal de Hispano Radio-Eléctrica, S.A.L se pretende la revocación de la Sentencia dictada en los autos de Incidente Concursal núm. 250-07 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de esta ciudad la debemos confirmar y confirmamos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Presidente; D^a MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ponente, D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ.

Con el mayor respeto, -como no podía ser de otra manera-, al parecer mayoritario expresado en la sentencia, en el ejercicio de la facultad establecida en el art. 260 de la LOPJ EDL 1985/8754 , discrepo de su línea argumental y del contenido del fallo, que en mi opinión debería haber sido estimatorio del recurso de apelación, por lo que me veo en la obligación de exponer las razones de mi disenso:

I.- Conforme a la lógica del procedimiento universal, el concurso trata de evitar la actuación aislada de los acreedores que pretendan instar en su propio beneficio la ejecución de sus créditos sobre los bienes del concursado. La regla general es la contenida en el art. 55 LC: declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios, administrativos o tributarios (también los apremios por deudas frente a la TGSS), sobre los bienes del concursado.

El dies a quo de la prohibición de inicio de ejecuciones, como de la paralización de las pendientes, es el de la declaración del concurso, no el de la solicitud, que puede quedar distante en el tiempo.

En consecuencia, las ejecuciones despachadas y los apremios administrativos quedarán suspendidos, sin perjuicio del tratamiento concursal que merezcan los créditos correspondientes. Paralización y no ineficacia, pues si el concurso concluye por inexistencia de bienes y derechos del deudor, subsistirá la responsabilidad patrimonial universal, y los acreedores recuperarán su facultad de iniciar o continuar la ejecución forzosa.

Pero la regla general que prohíbe la continuación de ejecuciones por deudas anteriores a la declaración del concurso cuenta con tres excepciones conocidas: a) no afecta, -o lo hace con limitaciones-, a los titulares de garantías reales sobre bienes del deudor, que podrán continuar con la ejecución despachada si al momento de la declaración del concurso se hubieren publicado anuncios de la subasta del bien o derecho afecto y éste no fuera estimado como necesario para la continuidad de la actividad del deudor; b) las ejecuciones laborales, cuando antes del concurso se hubieran embargado bienes y éstos no sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado; y c) los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio, y los bienes afectados no resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial.

II.- En el asunto que ocupa el problema gira en torno a la última de las excepciones mencionadas, contemplada en el art. 55 LC, cuyo apartado segundo establece que "las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos", a salvo, se insiste, de aquellos supuestos en los que la Administración pueda continuar desarrollando su autotutela ejecutiva (cuya formulación general se halla en el los arts. 95, 96 y 97 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre EDL 1992/17271): los procedimientos de ejecución en los que la fecha de la providencia de apremio sea anterior a la declaración del concurso y los bienes que, por méritos de la diligencia de embargo, pudieran quedar afectados no fueren necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado. En la misma línea se pronuncia el art. 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , como es sabido.

Es cierto que la norma resulta incompleta en su formulación y deja sin cubrir importantes aspectos que afectan de manera esencial al régimen de ejercicio de la ejecución separada por parte de la administración. Con todo, y a diferencia del criterio mayoritario, considero que existen en la ley pautas de interpretación suficientes, que puestas en juego conducirán a un pronunciamiento de contenido opuesto al que ha gozado del favor de la mayoría.

Para ello resulta, a mi juicio, necesario ceñirse a los hechos que determinan el supuesto sometido a consideración en esta alzada, que presentan matices de interés. De este modo se evitarán digresiones, -como las diversas invocaciones analógicas al régimen jurídico en el concurso de los derechos con garantía real, contenidas en la sentencia-, que, a mi juicio, oscurecen de forma innecesaria otras consideraciones, sin duda del mayor acierto.

III.- En el supuesto enjuiciado no existe duda sobre que, no ya la providencia de apremio, sino que la posterior diligencia de embargo, fueron de fecha anterior a la declaración del concurso. La TGSS procedió a embargar el cien por cien del pleno dominio de la finca urbana propiedad de la entidad HISPANO RADIO ELECTRONICA, S.L., acordando la correspondiente anotación preventiva de embargo, que fue posteriormente prorrogada, en garantía de la deuda contraída con la Seguridad Social, por importe de 3.541,86 euros, que incluían el principal adeudado, el recargo de apremio, los intereses y las costas del procedimiento. La copia de la certificación registral, por lo demás, ofrece la completa información sobre las cargas de la finca, mucho más numerosas de lo que el debate aparentaba, información a la que cumple remitir en este lugar.

Sucedió que la TGSS no realizó ninguna actuación ejecutiva posterior, mientras que la fase común del concurso discurría por sus trámites. Abierta la fase de liquidación, la administración concursal presentó el oportuno plan, en el que preveía la enajenación de la finca, junto con otro inmueble del deudor, explicando que, merced a la situación de crisis inmobiliaria, se proponía la enajenación directa

a favor del mejor postor, siempre que se ofertara un precio superior a 297.356 euros; de no conseguirse ninguna oferta por tal importe en el plazo de tres meses, se proponía la venta en pública subasta. No se hacía referencia en el plan a la existencia de carga alguna.

En el trámite de alegaciones al plan de liquidación, la TGSS advirtió de la existencia del embargo, por lo que llamaba la atención sobre que la "adjudicación" no podía ser realizada libre de cargas, "sino que deben respetarse los embargos existentes en la misma, tal y como constan anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad".

El juzgado de lo mercantil estimó dicha pretensión, aprobando el plan, "con la matización de que en el mismo deberán de observarse las alegaciones formuladas por la TGSS, en el sentido de respetar la existencia del embargo trabado sobre la finca registral núm. 16.417...no pudiendo en consecuencia enajenarse libre de cargas".

Como puede comprobarse, tanto la pretensión como la resolución estimatoria se pronunciaban con algún grado de ambigüedad, al no extraer la consecuencia de la afirmación de haber de respetarse los embargos existentes. Entre las diversas formas en que podía interpretarse la expresión, sin duda la resolución de apelación ha acogido la de más largo alcance: lo que la TGSS pretende es que la finca se enajene con la carga, de suerte que lo obtenido como precio de la compraventa habrá de destinarse al abono de la cantidad que el embargo asegura.

Planteado así el debate, la sentencia que ha obtenido el respaldo mayoritario en la deliberación acierta, -en mi opinión-, cuando precisa que la observación al plan efectuada por el ente público no se refiere a su deseo de continuar o no con la autotutela ejecutiva, al margen del concurso, sino que "acepta el plan de liquidación propuesto por la administración concursal pero con la carga anotada en que consiste el embargo sobre el inmueble". La TGSS ha permanecido pasiva fuera del concurso.

Una vez anotada la prórroga del embargo, no continuó con el proceso de ejecución.

A mi juicio, esta pasividad no puede favorecer a la entidad administrativa, que obtendría el privilegio de cobrar preferentemente su crédito, sin ser titular de ningún privilegio material y sin agotar el procedimiento administrativo de ejecución, en el seno mismo del concurso. Conviene recordar aquí que el embargo no cambia la naturaleza del derecho material del ejecutante; no crea ni declara derecho material alguno. El embargo es un acto procesal y sus consecuencias se producen fundamentalmente en ese ámbito.

IV.- La Administración Pública, en los casos en los que se haya dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, deberá dirigirse al juez del concurso interesando un pronunciamiento sobre el carácter necesario o no de los bienes embargados o que se proponga embargar. Supuesto que tales bienes fueran estimados por el juez del concurso como necesarios, operaría la suspensión de la ejecución. En caso contrario, la Administración podrá continuar con la autotutela ejecutiva, haciendo trance y remate de los bienes embargados, por el procedimiento establecido reglamentariamente, y con su producto hacerse pago, únicamente de los créditos que determinaron el procedimiento administrativo de ejecución. Se trata de una imputación de pagos extraconcursal, -art. 63 LGT EDL 1963/94 -, que habrá de comunicarse a la administración concursal, como es de evidencia, a fin de que se tenga en cuenta la extinción por pago de los créditos correspondientes. Esta solución, -no exenta de dudas, a la luz de la literalidad de los preceptos legales-, parece que viene imponiéndose en la práctica y, en todo caso, viene avalada por la doctrina emanada del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

Comparto, por tanto, la afirmación de que el privilegio de continuar el procedimiento administrativo de ejecución no es de contenido estrictamente procesal. No encuentro tampoco sentido a que la Administración pueda ejecutar de forma separada y, obtenido el valor tras la enajenación forzosa, se vea obligada a incorporarlo a la masa, a fin de que por la administración concursal se proceda al pago de los créditos en la forma establecida en la lista definitiva. Esta solución, criticable o no, -a mi juicio lo es, pues pugna con la par conditio-, ha sido la opción legislativa. Es cierto que, de esta forma, mediante la anticipada actuación de un privilegio procedimental, se está atribuyendo un privilegio sustantivo, para el cobro de créditos que no tendrán concursualmente tal condición. Quizás sólo quepa salir de esta anómala situación permitiendo a los acreedores de mejor condición el ejercicio de la correspondiente tercería de mejor derecho.

V.- Discrepo, sin embargo, de la afirmación de que la continuación del procedimiento administrativo de ejecución, en los casos en los que sea posible, deba venir atribuida al juez del concurso. Tal tesis, contenida en el fundamento jurídico quinto de la sentencia de la mayoría, a mi juicio resulta equivocada y perturbadora del proceso concursal.

El art. 55, cuando autoriza a continuar apremios administrativos o tributarios o las ejecuciones laborales, no establece que tal continuación, -ni por vía de acumulación, ni por medio de "pieza separada"-, deba atribuirse al juez del concurso, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con las ejecuciones sobre bienes con garantía real, respecto de las que el art. 57 sí contiene previsión expresa en tal sentido. Ello se deriva no sólo de la cita del art. 24.4 concursal. El art. 8, cuando atribuye al juez del concurso competencia exclusiva y excluyente sobre "toda ejecución" debe entenderse, a mi modo de ver, en los términos en los que el principio de universalidad y la consiguiente vis atractiva, -consecuencia del principio de unidad procedimental-, juegan en la ley. Otro tanto con respecto a la norma general del art. 86 ter orgánico, precepto de discutible rigor técnico, a mi modesto entender, por lo que resultan particularmente inseguras las interpretaciones basadas en su puro tenor literal. Dicho de otro modo: el juez del concurso tiene competencia sobre las ejecuciones dirigidas contra el patrimonio del concursado, a salvo de aquéllas que la propia ley permite que se desarrollen al margen del concurso. Tal es el caso, como se viene repitiendo, de las ejecuciones administrativas o laborales, en las circunstancias que la norma establece. No resulta admisible que el juez laboral se inhiba a favor del juez del concurso para que éste continúe la ejecución laboral en pieza separada, o que la Administración Pública remita las actuaciones al juez del concurso para que éste, aplicando la normativa de la ejecución administrativa (tributaria o de la Seguridad Social) prosiga con las actuaciones de ejecución. Criterio este, por lo demás, a mi juicio claramente expresado en diversos pronunciamientos del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (cfr. sentencias TCJ de 22 de diciembre de 2006 EDJ 2006/408029 y 22 de junio de 2009 EDJ 2009/151136 , entre otras).

VI.- Y también discrepo de la solución acogida finalmente en la sentencia que ha merecido la confianza del parecer mayoritario de la Sala. Como he anticipado, la TGSS permaneció inactiva y, presentado el plan de liquidación, pretende continuar haciendo valer su privilegio de autotutela ejecutiva, esta vez en fase de liquidación concursal. Tal postura no me parece admisible. La Administración

Pública suspendió de facto la ejecución. El concurso finalizó su fase común y se abrió la liquidación. Presentado el plan, la TGSS no pretende continuar, en fase de liquidación, su ejecución separada (cfr. sentencia de esta misma sección de 24 de abril de 2008, donde se advirtió a la misma entidad pública de que, de querer continuar con su privilegio ejecutivo, debía hacerlo notar como observación al plan, de suerte que, de no hacerlo, perdía todo derecho a ejecutar separadamente), sino que lo que postula es que sea el juzgado el que obligue a la administración concursal a satisfacer el crédito cuya exacción forzosa fue omitida por quien tenía el privilegio de hacerlo, introduciendo al plan la matización de que la venta del bien ha de serlo con la carga a favor de la Administración. La preferencia de la administración embargante (el "principio de prevención", positivizado en el art. 613.1 de la ley procesal para la ejecución singular) deberá hacerse valer por el cauce procesal de la ejecución separada administrativa (supuesto de que el bien embargado, se insiste, no resulte necesario para la continuación de la actividad, circunstancia que en el supuesto que ocupa no se discute).

No se trata aquí de determinar si el embargo debe o no alzarse, pues, ciertamente, nadie lo ha solicitado. Pero implícitamente la cuestión está en juego. El embargo, en principio, podrá continuar, pero el bien en liquidación, que se enajenará conforme al plan aprobado, podrá salir a venta libre de cargas, enajenándose al mejor postor, tal como la administración concursal propone y, si esto llega a tener lugar, cancelarse la carga a petición de la administración concursal o del adquirente. En caso de la que enajenación se frustre y en previsión de que el concurso pueda finalizar por causa distinta, el mantenimiento del embargo tendrá sentido.

En consecuencia, en mi opinión, debió de estimarse el recurso, dejando sin efecto la salvedad introducida al plan en la resolución combatida.

Dado en Pontevedra, a ocho de enero de dos mil diez.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 36038370012010100007