

POSIBILIDADES DE ANTEPOSICIÓN EN EL COBRO A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA EN LAS EJECUCIONES EXTRACONCURSALES: UN ANÁLISIS DE LA EFICACIA PRELATIVA DE LOS PRIVILEGIOS CREDITICIOS FISCALES

DANIEL CASAS AGUDO

Doctor Europeo en Derecho Tributario

Universidad de Bolonia

Departamento de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Granada

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Eduardo ABRIL ABADÍN, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Gabriel CASADO OLLERO, don Javier LASARTE ÁLVAREZ, don Jesús RUIZ HUERTAS CARBONELL y doña María Asunción SALVO TAMBO.

Extracto:

CON el presente trabajo nos proponemos constatar el comportamiento exacto de los principales privilegios crediticios a favor de la Administración tributaria, a saber, los contenidos en la Sección de la LGT dedicada a las «Garantías de la deuda» –el derecho de preferencia general de los arts. 77 LGT y 64 RGR y el derecho de preferencia especial de los arts. 78 LGT y 67 RGR– en las situaciones de concurrencia crediticia surgidas en los procedimientos de ejecución individuales o colectivos extraconcursoales (aunque también se realizará una reflexión sobre la clasificación de estos privilegios en la Ley 22/2003, Concursal). Para ello, llevaremos a cabo una profundización, por un lado, en el análisis de la virtualidad de los mentados privilegios y, por otro lado, en la posición ocupada en las reglas de ordenación y clasificación de créditos por parte del crédito tributario. De este modo, obtendremos, en sentido negativo, como resultado paralelo a este examen de la eficacia garantista de los privilegios fiscales diseñada por el legislador a la hora de configurar sus respectivos regímenes jurídicos, una imagen de los espacios restantes al resto de acreedores concurrentes, ya sean estos quirografarios o privilegiados, para ser preferidos a la Hacienda en el cobro sobre el producto resultante de la realización del bien o bienes pertenecientes al deudor.

Palabras clave: privilegio crediticio, derecho de prelación general, hipoteca legal privilegiada, anteposición y procedimientos de ejecución.

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión.
2. Cuestiones preliminares.
 - 2.1. El crédito tributario como crédito privilegiado.
 - 2.2. El acervo de privilegios del crédito tributario español.
 - 2.3. La concurrencia extraconcursal de créditos como presupuesto de los privilegios crediticios. Breve referencia a la clasificación de los privilegios ficiales en el ámbito concursal.
3. Eficacia y límites del derecho de prelación general del artículo 77 LGT.
 - 3.1. Introducción.
 - 3.2. Estado de la cuestión con anterioridad a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de Modificación Parcial de la LGT: la doctrina jurisprudencial del TS.
 - 3.3. El artículo 134.2 LGT tras la Ley 25/1995.
 - 3.4. Los límites del derecho de prelación general tras la Ley 58/2003, de 18 de diciembre, General Tributaria.
 - 3.5. El nacimiento del derecho de preferencia general.
4. La hipoteca legal tácita o *derecho de prelación especial* de los artículos 78 LGT y 65 RGR.
 - 4.1. Naturaleza jurídica del derecho de prelación especial de los artículos 78 LGT y 65 RGR.
 - 4.2. Ámbito objetivo: constatación de los impuestos bajo cobertura del derecho de prelación especial del artículo 78 LGT.
5. El privilegio tributario en relación con otros créditos privilegiados del ordenamiento jurídico: la clasificación y ordenación de créditos.
6. Conclusión.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

De entre las diversas técnicas de aseguramiento con que de común han contado los acreedores, el privilegio crediticio es una de las de mayor tradición. El Derecho Tributario no ha permanecido ajeno a esta realidad desde el momento en que, una vez encuadrada la relación entre el ciudadano-contribuyente y el Fisco en términos de obligación *ex lege*, la posición de este respecto a los otros posibles acreedores del obligado tributario en la realización coactiva de sus bienes se recondujo al esquema civilista del concurso de acreedores, resolviéndolo a través del instrumento del privilegio. En todos los elencos de expedientes técnicos configurados para la defensa de la pretensión crediticia de la Hacienda que se han ido sucediendo históricamente se previeron privilegios o alguna de las formas que primitivamente adoptaron, lo cual no es de extrañar, pues la entidad del específico interés público del que el Fisco es albacea y la perentoria necesidad de financiar el incipiente gasto público hicieron de siempre merecedora a la Hacienda, a ojos del legislador, de la condición de acreedora privilegiada. Tal es así que el privilegio crediticio ha pasado de ser una categoría típicamente civilista para convertirse en un concepto más de la dogmática de la rema tributarista del ordenamiento, donde se ha fraguado una disciplina unas veces complementaria a la civil y otras autónoma a esta.

A pesar de tratarse de un tema ya abordado por la doctrina tributarista, su importancia permanece vigente aún hoy día y se ve notablemente reforzada por el continuo proliferar de normativa que prevé nuevos instrumentos de garantía que vacían prácticamente de contenido el principio de igualdad de los acreedores (o *par conditio creditorum*). Por otro lado, entendemos que es este un tema que dista de hallarse agotado a la vista de los incipientes problemas jurídico-prácticos que se derivan del actual régimen jurídico de los privilegios en ambos ordenamientos. Precisamente, una de las dimensiones del citado régimen y objeto de estudio del presente trabajo, a saber, la eficacia de los derechos de preferencia o «capacidad de estos para *aislar* o salvaguardar al acreedor privilegiado –en este caso, la Administración tributaria– del resto de acreedores concurrentes», se ha erigido en uno de los aspectos de la configuración normativa de este tipo de garantía técnica a favor de la Hacienda pública más conflictivos y que mayor interés ha despertado en la doctrina y jurisprudencia, especialmente, por lo que se refiere al privilegio general del artículo 77 LGT.

2. CUESTIONES PRELIMINARES

2.1. El crédito tributario como crédito privilegiado.

A título de aproximación al carácter privilegiado del crédito de la Administración tributaria y como ejercicio de clarificación terminológica, debemos comenzar aduciendo que el crédito tributario, entendido como el derecho subjetivo y económico de los entes públicos para obtener el ingreso tributario debido¹, es un crédito privilegiado, pudiendo entenderse tal condición tanto en un sentido amplio como en uno estricto. Puede afirmarse que el crédito tributario es un crédito privilegiado en un sentido lato, pues se encuentra garantizado por el ordenamiento tributario en toda su extensión, toda vez que le dedica un número importante de instituciones y de sus normas sustantivas y procedimentales a garantizar la posición del acreedor². Se trata de privilegios que se manifiestan de muy diverso modo y que contribuyen a garantizar los derechos de la Hacienda anteponiéndolos a los de otros, reservando un procedimiento especial de ejecución a sus créditos cuando estos se encuentran bajo determinadas circunstancias, etc. Es de notar que el importante catálogo de privilegios, así como de garantías personales o reales que le asisten, funcionan con carácter normal en contraste con el papel excepcional que de común juegan en las obligaciones contractuales y en la gran mayoría de las obligaciones *ex lege*³. Por otro lado, la gran cantidad de instrumentos existentes que conllevan un efecto mediato o inmediato de facilitar y asegurar la satisfacción del interés de la Hacienda, plasmado en su derecho de crédito, y que tradicionalmente ha sido una de las principales responsables de la confusión que ha existido en la doctrina en relación a qué debía entenderse por garantía del crédito tributario en sentido estricto y cuáles eran estas⁴. Este carácter privilegiado del crédito se manifiesta, en definitiva, en todos los extremos de su regulación, pues sobre ella se proyectan todos los privilegios que asisten a la Administración en cualquiera de los ámbitos en que actúe y que en materia tributaria se complementan con las garantías propias del tributo que constituyen de por sí, como vimos, auténticos privilegios del actuar administrativo⁵.

¹ GARCÍA DE LA MORA, L., MARTÍNEZ LAGO, M. A.: *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*, Ed. CEF, Madrid, pág. 205.

² En este sentido, BAYONA DE PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, M.ª T.: *Compendio de Derecho Financiero*, Librería Compás, Alicante, 1991, pág. 346.

³ HERRERO MADARIAGA, J.: «Algunas observaciones sobre el derecho de retención del artículo 75 de la Ley General Tributaria». *Revista Hacienda Pública Española*, núm. 59, 1979, pág. 257.

⁴ A modo de mera aproximación introductoria, podemos citar como medidas que procuran el aseguramiento de la obligación tributaria los institutos contemplados en los artículos 77 a 82 LGT (Ley 58/2003) bajo la rúbrica «Garantías de la deuda tributaria» en los que encontramos el derecho de prelación, la hipoteca legal tácita, un derecho real de afección de bienes, el derecho de retención, las medidas cautelares (que puede adoptar la Hacienda pública ante indicios racionales de que el cobro se viera frustrado o gravemente dificultado) y las garantías en aplazamientos y fraccionamientos de pago. Aparte de las formalmente calificadas por la ley «garantías tributarias», de las que por otro lado y como posteriormente veremos no todas lo son en puridad, nos encontramos con esos otros institutos a los que hacemos referencia cuya funcionalidad conlleva, aunque solo sea indirectamente, una disminución del riesgo de insatisfacción del derecho de la Administración, como son por ejemplo las distintas clases de obligados tributarios, el procedimiento administrativo de apremio, las facultades administrativas en los procedimientos de gestión o el régimen de incumplimiento de la obligación tributaria.

⁵ MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., POVEDA BLANCO, Fco.: *Derecho Tributario*, Aranzadi, 6.ª Ed., 2001, pág. 195. En Italia, la noción de «privilegio fiscal», usada de común en la práctica financiera, es sinónima de la que en estas líneas hemos denominado «carácter privilegiado del crédito tributario en sentido lato», dado que abraza todo un complejo de normas excepcionales y prerrogativas establecidas a favor del Estado y de otros entes públicos para asegurar una rápida e integral percepción

Además de lo anterior, y descendiendo ya a la acepción de «privilegiado» de la condición del crédito tributario que a nosotros nos interesa, por razón de la importancia que los ingresos públicos tienen para la existencia y el funcionamiento del Estado y demás entes públicos a los que se concede, el crédito tributario es un crédito privilegiado en sentido estricto o técnico pues cuando ha vencido y no ha sido satisfecho, su titular goza de prelación para el cobro en concurrencia con otros acreedores, llamados por ello acreedores ordinarios, sobre el producto derivado de la realización de los bienes del deudor o de alguno o algunos de estos ⁶. Este carácter privilegiado del crédito tributario no concede al acreedor un derecho especial de realización sobre los bienes del deudor como sucede con otras medidas de garantía y consiste, en definitiva, en una ruptura o excepción al principio general de igualdad de trato de los acreedores ⁷. La razón del privilegio de los créditos tributarios descansa, como observa RODRÍGUEZ BEREJO ⁸, en el interés de la vida en general y de la función de los entes públicos, lo que lleva a la necesidad de otorgar privilegios crediticios para la recaudación de los ingresos que les permita la efectiva realización de sus fines. Como afirma el profesor GARCÍA NOVOA ⁹, «*la consideración del crédito tributario como crédito privilegiado es una cuestión ideológica, y en cierto punto axiológica. Va a depender de los principios y valores que se considere que deben prevalecer en aquellas situaciones de insolvencia patrimonial entre los particulares, y en especial, de particulares que desarrollan una actividad empresarial*».

Junto a los créditos de los trabajadores, los créditos públicos son los que han visto en mayor medida intensificada su protección en la última etapa de desarrollo del Derecho a la tutela preferencial del crédito, lo que constituye un rasgo común en la evolución de la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Como señala GARRIDO ¹⁰, el origen histórico de la categoría de los créditos públicos privilegiados radica en el privilegio del Fisco el cual se extendía a las relaciones jurídico-tributarias así como a los nuevos tributos que iban surgiendo al desarrollarse aquellas. Así pues, en términos generales, los créditos tributarios quedan tutelados a través de privilegios generales para los tributos directos y privilegios especiales o prendas legales para los indirectos. Por otro lado, existe una tendencia a extender el privilegio no solo al importe del tributo sino también al de las multas que lleven aparejadas la exacción del mismo.

Debe indicarse además que, a causa de las funciones, cada vez mayores asumidas por el Estado, especialmente en el ámbito de la Seguridad Social, los créditos de esta reciben una tutela aproximada a aquella de la que gozan los créditos tributarios todo lo cual determina al Estado y sus organismos como el principal acreedor privilegiado en las quiebras y concursos.

de sus derechos económicos; ya sea desde una óptica sustancial en cuanto confieran al ente un tratamiento de favor respecto a otros acreedores con los que se encontrasen en concurso o bien en la medida que se refieran a fórmulas procesales. GAETANO, P.: «Il privilegi (diritto civile e tributario)» en *Novissimo Digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, pág. 970.

⁶ En esta línea, MOLINA GARCÍA, quien refiere que «*la idea de preferencia del Estado para el cobro de sus créditos supone, a nuestro entender, una singularidad que viene a redundar en un privilegio a la hora de estructurar la satisfacción de sus créditos*». MOLINA GARCÍA, A.: *La prelación de créditos del Estado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 165.

⁷ RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Comentarios a los artículos 71 a 76» en *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, Tomo I, Edersa, 1982, pág. 627.

⁸ RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Las garantías del crédito tributario», Civitas, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 30, pág. 194.

⁹ GARCÍA NOVOA, C.: «La necesaria modificación de las garantías del crédito tributario en una futura LGT», *Crónica Tributaria*, núm. 107/2003, pág. 71.

¹⁰ GARRIDO, J. M.^a: *Tratado de las preferencias del crédito*, Ed. Civitas, Madrid, 1.^a Ed, 2000, págs. 302 a 303.

2.2. El acervo de privilegios del crédito tributario español.

A diferencia de lo que ocurre en algunos ordenamientos de nuestro entorno como el italiano, donde el Código Civil (en adelante Cc) y la legislación tributaria especial han optado por un sistema de previsión de privilegios crediticios que podríamos calificar de «particularista», el legislador español huye del casuismo y diseña un sistema («generalista») asentado exclusivamente sobre tres figuras, el derecho de prelación general del artículo 77 LGT, la hipoteca legal privilegiada del artículo 78 LGT, y el derecho de afección real del artículo 79 LGT¹¹, cuya eficacia garantista se proyecta bien de un modo absolutamente genérico (como es el caso del privilegio general del artículo 77 LGT, que se extiende a cualquier crédito tributario guarde o no relación con los bienes o derechos que tenga el deudor¹²), bien a través de fórmulas insertas en los presupuestos de las normas que contienen dichos privilegios que, mediante una abstracta descripción estructural de hechos imposables¹³, delimitan de esta forma un ámbito plural de impuestos sobre los que resulta aplicable el derecho de preferencia de estos privilegios (como sucede con los privilegios especiales de los arts. 78 y 79 LGT) que, no obstante, puede verse reducido en la práctica a un único impuesto, como acontece, según defiende un determinado sector doctrinal como veremos, con el derecho de afección real de los artículos 79 LGT y 64 LRHL.

En esta línea destacaremos que ya con anterioridad a la modificación parcial de la LGT operada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, que dio nueva redacción, entre otros, a los artículos 129 y 132 de la LGT de 1963¹⁴, las SSTS de 17 de marzo de 1978 y 3 de mayo de 1988¹⁵ estructuraron la preferencia de los créditos tributarios españoles en base a dos ejes que aún hoy, bajo la vigencia de la nueva LGT (Ley 58/2003), sostienen el sistema de protección preferencial o conflictual de tutela del crédito tributario. La letra del fundamento jurídico 1.º de estas sentencias reza del siguiente modo: «a) *En la prelación por afección o hipoteca legal tácita en seguridad del cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de contribuyentes e impuestos que graven a los bienes inmuebles* –supuestos de los artículos 78 y 79 LGT–; b) *en la prelación general*

¹¹ Y ello con independencia, como afirma SOLCHAGA LOITEGUI, de la hipoteca expresa (art. 66 RGR), que pueda constituir el Estado para asegurar un crédito determinado. SOLCHAGA LOITEGUI, J.: recensión a la obra de MOLINA GARCÍA, A. «La prelación de créditos del Estado», *Hacienda Pública Española*, 1978, núm. 51, pág. 373.

¹² TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: «Las normas financieras y tributarias de la nueva Ley Concursal», *Nueva Fiscalidad*, núm. 8, diciembre 2002, pág. 36.

¹³ En el caso de la hipoteca legal privilegiada del artículo 78 LGT: «...los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, ...». Por lo que se refiere al derecho de afección del artículo 79 LGT: «...tributos que graven tales transmisiones, adquisiciones o importaciones, ...».

¹⁴ Con anterioridad a esta modificación, el artículo 129 configuraba la expedición de la certificación de descubierto como presupuesto procedimental necesario para que pudiera consumarse la ejecución coactiva de los bienes del obligado al pago. Con la Ley 25/1995, el artículo 129 pasó esencialmente a caracterizar el procedimiento de apremio y a sentar las reglas de preferencia de este respecto a otros procedimientos de recaudación, ya fueran singulares o universales, judiciales o no judiciales. El artículo 132 por su parte abordaba uno de los actos que eventualmente pueden acaecer en el seno del procedimiento de apremio en el caso de que se proceda al embargo de bienes susceptibles de acceso a un registro: la anotación preventiva de embargo (de la que nos ocupamos en el presente trabajo al analizar la necesidad de esta por parte del privilegio general del artículo 77 LGT para el despliegue por este último de su plena virtualidad preferencial). Por la referida norma de modificación parcial, el artículo 132 pasó a regular el embargo de fondos, valores u otros bienes entregados o confiados a una determinada oficina de una entidad de crédito u otra entidad depositaria.

¹⁵ [R. 1052] y [R. 3874], respectivamente.

para los restantes tributos, no protegidos por dicha hipoteca legal tácita al no gravar periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público –derecho del artículo 77 LGT–»¹⁶.

Siguiendo esta genérica configuración del sistema de privilegios en garantía del crédito tributario español realizada por las anteriores sentencias y asentada básicamente sobre la distinción de los parámetros de preferencia general y preferencia especial, nos disponemos a analizar en el presente trabajo, en un primer momento, el alcance exacto de la eficacia del privilegio general del artículo 77 LGT –configurado por el legislador a través de la enumeración de una serie de excepciones a la mentada efectividad–, para pasar seguidamente al estudio del principal instituto representante de la preferencia especial técnica en el sistema tributario: el derecho del artículo 78 LGT. Habida cuenta de la identidad ontológica existente entre el derecho de prelación general y el privilegio ínsito en el expediente del derecho real de afección de los artículos 79 LGT y 67 RGR, las consideraciones que hagamos al hilo de la primera de la figuras señaladas serán del todo aplicables al caso de la afección real de bienes.

Como último apunte en esta introducción al sistema de privilegios crediticios fiscales, debe advertirse que el vehículo normativo esencial que se adoptará en el cumplimiento de los objetivos marcados será la legislación fiscal, y en especial la LGT, habida cuenta de la superación llevada a cabo por este cúmulo normativo respecto al artículo 1.923.1.º del Cc y del artículo 194 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH)¹⁷. En desarrollo de esta última afirmación, señalaremos que los privilegios del Cc aparecen hoy superados o tácitamente derogados por la hipoteca legal tácita del artículo 78 LGT, que amplía la preferencia de la Hacienda pública a dos anualidades frente a cualquier acreedor, aunque este hubiera inscrito sus derechos. De igual manera, el artículo 1.924 Cc, que establece como sabemos el privilegio general, queda superado por el instituto del artículo 77 LGT¹⁸.

2.3. La concurrencia extraconcursal de créditos como presupuesto de los privilegios crediticios. Breve referencia a la clasificación de los privilegios ficales en el ámbito concursal.

La concurrencia crediticia extraconcursal constituye, junto con la concursal, uno de los ámbitos naturales donde se desenvuelve la eficacia prelativa de los privilegios. Teniendo en cuenta esta premisa,

¹⁶ Continúan ambas sentencias describiendo la efectividad de los dos grupos de expedientes preferenciales delimitados por ellas: «...mientras que en el primer caso opera una hipoteca legal privilegiada sin necesidad de acto constitutivo, ni de inscripción, que prevalece sobre cualquier otro acreedor o adquirente con eliminación radical de la regla básica en la colisión de derechos prior tempore potior iure, en el segundo supuesto el privilegio del Estado se detiene ante los acreedores que 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, como claramente lo impone la regulación normativa de prioridad de grado y no de fecha».

¹⁷ El fenómeno de superación de la normativa codificadora responsable de la disciplina «general» o «primaria» de la materia que nos ocupa –los privilegios fiscales–, no es exclusivo del ámbito tributario, sino que también se constata en la rama laboral del ordenamiento jurídico. En efecto, como ha señalado la STS de 1 de febrero de 1994 [R. 855], el régimen de protección de los créditos salariales, contemplado en el artículo 32 del ET, ha superado el del Cc, «otorgando preferencias distintas y mucho más intensas». Sentencia citada por LOZANO CABALLERO, J. M.ª: «Título XVII. De la concurrencia y prelación de créditos» en la obra colectiva. A.A.V.V.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. Tomo II. Artículos. 1.088 a 1976*. PASQUAU LIAÑO, M. (direcc.), Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 3.389.

¹⁸ En este sentido, GARRIDO, J. M.ª: *Tratado de las preferencias del crédito*, op. cit., pág. 469.

lo que aquí sigue constituye una reflexión acerca de la disensión doctrinal existente en torno a la eventual posibilidad de que los privilegios crediticios puedan desplegar su virtualidad en un procedimiento de ejecución individual. De igual modo, pretendemos, por su innegable conexión con la materia objeto de nuestro estudio, ofrecer unas breves pinceladas acerca del tratamiento sufrido por los privilegios sancionados en la LGT en la nueva Ley Concursal (en adelante LC) de 2003 a fin de poder ofrecer al lector una imagen que, aunque somera, certera, del comportamiento de estos en su otro gran estadio de acción: los procedimientos concursales.

En relación a la primera de las cuestiones arriba señaladas, –la concurrencia extraconcursal de acreedores como premisa de los privilegios–, como expone RODRÍGUEZ BEREJO, la eficacia de estos se manifiesta solamente en caso de concurso, es decir, cuando previo embargo y enajenación del patrimonio o de los bienes embargados se procede a repartir el valor obtenido por la realización de los mismos¹⁹. Así pues, parece que la noción de privilegio presupone necesariamente la concurrencia de dos o más acreedores sobre el precio producido por la venta de los bienes de pertenencia de un deudor común. De la misma opinión parece GAETANO, para quien el concurso con otros acreedores resulta una condición básica para que el privilegio pueda devenir operativo²⁰. Para BENNANI la prelación, en tanto que razón de preferencia, solo puede explicarse en un contexto de concurrencia de acreedores en el cobro de lo obtenido en la expropiación de los bienes del deudor²¹.

GULLÓN defiende, en cambio, la aplicabilidad extraconcursal de los privilegios pues de lo contrario, según este autor, el privilegio devendría una institución inútil. Cita dos sentencias del Tribunal Supremo (en adelante SSTs), de 29 de octubre de 1927 y de 11 de febrero de 1928, en que se argumenta a favor de la efectividad del privilegio con anterioridad a la situación de concurso²². En esta misma línea, en la doctrina italiana, TUCCI señala la expropiación forzosa entre los presupuestos de los privilegios independientemente de si esta es individual o concursal, con más acreedores concurrentes²³.

Según PUIG PEÑA, en opinión que aquí suscribimos, el acreedor puede hacer valer también su preferencia a través del mecanismo de la tercería de mejor derecho²⁴. En efecto, como advierten las SSTs de 25 de septiembre de 1985 [R. 4408], 5 de noviembre de 1997 [R. 7932] y 20 de enero de 2004 [RJ 2004\204](FJ 5.º), la concurrencia de créditos tiene lugar tanto en los casos de ejecución colectiva como en las ejecuciones individuales cuando se ha interpuesto una tercería de mejor derecho. La diferencia entre ambos tipos de ejecuciones, como señala la STS de 5 de noviembre de 1997, radica en que *«las tercerías de mejor derecho (...) son procesos en los que se produce el concurso de varios acreedores, con pretensión de cobrar sus créditos con el producto de los bienes embargados concretos y no sobre el patrimonio universal del deudor»*. Y el concurso al que se refiere la anterior

¹⁹ RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Las garantías del crédito tributario», *op. cit.*, pág. 195.

²⁰ GAETANO, P.: «I privilegi (diritto civile e tributario)» en *Novissimo Digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, pág. 963.

²¹ BENNANI, V.: *Voz «Prelazione»* en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966, pág. 622.

²² GULLÓN BALLESTEROS, A.: *El crédito privilegiado en el Código Civil*, ADC, 1958, pág. 478.

²³ TUCCI, G.: en «Privilegi (Diritto Civile)», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXIV, Roma, 1991, pág. 3 y «I privilegi», en la obra colectiva *Trattato di Diritto Privato. Directo da Pietro Rescigno, 19, Tutela dei diritti*, Tomo I, UTET, pág. 476.

²⁴ PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derechos Reales*, Ed. Nauta, Barcelona, 1966, pág. 319.

STS se desenvuelve, como precisan las SSTS de 23 de enero de 1958 [R. 545], de 21 de febrero de 1975 (R. 666) y de 16 de febrero de 1998 (R. 870), en «...un proceso singular, de dos ejecuciones simultáneas contra un mismo deudor y unos mismos bienes» a las que, como precisó la STS de 7 de noviembre de 1930 [R. 1241/1930-1931], se aplican los preceptos que determinan las reglas para la clasificación y pago de créditos ²⁵.

Por lo que se refiere al segundo de los aspectos que explicitamos al comienzo de este epígrafe, debemos indicar que entre las novedades más importantes incorporadas por la LC, en lo que a nosotros nos interesa, aludiremos en primer lugar a que el artículo 89.1 clasifica los créditos en el concurso de privilegiados, ordinarios y subordinados. El segundo párrafo de este artículo a su vez distingue entre los privilegiados aquellos que tienen privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor. A su vez, el artículo 91.4 LC califica como crédito con privilegio especial las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal, y otorga la misma condición privilegiada si bien solo hasta el 50% de su importe, a los créditos tributarios y demás de Derecho público que no gocen de la condición de privilegio especial o general según los artículos 90.1 y 2 LC respectivamente ^{26, 27}. Por último y muy especialmente, en relación a la prelación para el cobro, el artículo 156 establece que, una vez satisfechas las *deudas de la masa* de la masa activa del concurso y tras ser pagados los créditos con privilegio especial con cargo a los bienes o derechos que les estén afectados, se pagarán los créditos con privilegio general según el orden del artículo 91 LC en el que las retenciones tributarias ocupan el segundo lugar tras los créditos por salarios que no tengan atribuido un privilegio especial. Los créditos tributarios, en cambio, ocupan el cuarto lugar después de los salarios, retenciones tributarias y los créditos por trabajo personal no dependiente y derechos de autor ²⁸.

Sentado lo anterior, ya estamos en condiciones de valorar la trascendencia de la nueva catalogación que de los dos privilegios a los que nos referimos, el general y el especial de los artículos 77 y 78 de la LGT, respectivamente, lleva a cabo la LC. Por lo que respecta a la categorización del derecho de prelación general de la Administración tributaria llevado a cabo por la nueva LC, último hito sufrido en su proceso

²⁵ Sentencias obtenidas de: LOZANO CABALLERO, J. M.ª: «Título XVII. De la concurrencia y prelación de créditos» en la obra colectiva AAVV: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. Tomo II. artículos. 1.088 a 1.976*. PASQUAU LIAÑO, M. (direcc.), *op. cit.*, pág. 3.380.

²⁶ El citado artículo 90 LC enumera los créditos que gozan de la condición de privilegiados especialmente, atribuyendo la mentada condición a aquellos garantizados por hipoteca –ya sea esta voluntaria o legal, mobiliaria o inmobiliaria–, a los créditos refaccionarios, a los prendiarios, a los créditos por cuotas de arrendamiento financiero y a aquellos créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.

²⁷ La cuestión relativa a la reducción de los privilegios de los créditos públicos fue una de las más controvertidas en la tramitación de la LC. Podemos percibir el ánimo reduccionista de los privilegios públicos ya en textos prelegislativos integrantes del reciente proceso de reforma del Derecho concursal español. Así, la propuesta de Anteproyecto de LC del profesor Ángel ROJO, de 1995, donde se incluía una limitación de los créditos fiscales y parafiscales del 10% de la masa pasiva del concurso lo que suponía una notoria reducción. En el Anteproyecto de LC, la limitación de los privilegios de los créditos públicos era del 50% de la masa pasiva. En el Proyecto de LC, se confirió un privilegio global para los créditos públicos, fiscales y parafiscales, del 50% del importe de dichos créditos. Por último, en la LC (Ley 22/2003) finalmente aprobada se mantuvo esta limitación de los privilegios de los créditos tributarios hasta el 50% de sus respectivos importes (art. 91.4.º: «Los créditos tributarios [...] hasta el 50% de sus respectivos importes»).

²⁸ CAZORLA PRIETO, L. M.ª: *Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Thomson-Civitas, 2004, págs. 417 y 418.

de evolución normativa, el número cuatro de su artículo 91 («Créditos con privilegio general»), contenido en la Sección 3.^a («De la clasificación de los créditos») del Capítulo III («De la determinación de la masa pasiva») del Título IV («Del informe de la administración concursal y de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso»), lo considera como crédito con privilegio general:

«4.º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda pública y para el conjunto de créditos de la Seguridad social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe».

No obstante la dicción del artículo transcrito, la citada reducción del privilegio general de la Hacienda posee un carácter enormemente relativo dado que el apartado segundo del artículo 77 LGT circunscribe el sometimiento de los créditos tributarios a la LC solo al caso de convenio concursal y por los créditos a los que afecte ²⁹.

Por otro lado, por lo que se refiere a la hipoteca legal tácita de la Administración tributaria, esta recibe el tratamiento de privilegio especial a efectos concursales ³⁰, tal y como se desprende de la letra del artículo 90.1 de la LC, a cuyo tenor: «Son créditos con privilegio especial: 1.º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, ...» (el subrayado es nuestro).

3. EFICACIA Y LÍMITES DEL DERECHO DE PRELACIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 77 LGT

3.1. Introducción.

De común, el estudio del estatuto jurídico del único privilegio general del crédito tributario español se ha cerrado con el análisis de los límites establecidos a su virtualidad prelativa. La importante extensión de los privilegios generales unida al hecho de que las deudas tributarias pueden acumularse y

²⁹ No obstante esto, el Proyecto de LGT remitido al Senado se mostraba acorde con la citada reducción del derecho de prelación general del artículo 77 LGT al introducir un apartado segundo a este artículo que sometía, en caso de concurso, a los créditos tributarios a lo establecido en la LC. Sin embargo, y como indica SÁNCHEZ PINO, la aceptación en el Senado de la enmienda núm. 332 al Proyecto de LGT produjo un cambio cualitativo al modificar este apartado circunscribiendo el sometimiento de los créditos tributarios a la LC solo en caso de convenio concursal. De este modo el privilegio general previsto en el artículo 77 LGT comentado solo se vería reducido por la limitación cuantitativa descrita cuando se suscriba un convenio concursal en que se incluyan los créditos tributarios. De este modo, se rompe con la idea manifestada en la Exposición de Motivos de la LC de reducción de los privilegios de los créditos tributarios. La enmienda 332 solo veía justificada la reducción del citado privilegio general para apoyar la viabilidad futura de la empresa, algo que no se da en el caso de que el concurso desemboque en la liquidación de la empresa. SÁNCHEZ PINO, A. J.: «La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 8, abril 2004, pág. 25.

³⁰ MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M.: «Aspectos tributarios de la nueva Ley Concursal», *Revista Quincena Fiscal*, marzo 2005, núm. 6, pág. 43 y GÓMEZ MARTÍN, F.: «Créditos tributarios y de la Seguridad Social en sede concursal», *Impuestos*, núm. 19, octubre 2005, pág. 28.

alcanzar cifras importantes hace que se plantee la necesidad de instituir un límite temporal al privilegio³¹. Sin embargo, el derecho de prelación general *ex* artículo 77 LGT no encuentra un límite del citado carácter, abarcando de este modo cuotas de toda clase de tributos con independencia del momento, en caso de los impuestos instantáneos, o del período impositivo, para el supuesto de los impuestos periódicos, en los que aquellas se hubieran devengado. Por contra, y como hemos tenido oportunidad de ver en el epígrafe anterior, el mentado privilegio general encuentra un límite cuantitativo a sus márgenes de eficacia en el ámbito del concurso para aquellos casos en los que se vea afectado por un convenio concursal según prescribe el artículo 91. 4.º de la LC. Por lo demás, la propia letra del artículo 77. 1 LGT³² nos revela otra serie de límites calificados por algún autor como *objetivos*³³: en particular, la Hacienda pública no puede ejercitar sus derechos respecto de los bienes que, estando en poder del deudor tributario, sean propiedad de terceras personas³⁴; tampoco sobre los bienes que estén gravados por un derecho real de hipoteca, prenda o de cualquier tipo, inscrito en el correspondiente registro

³¹ GARRIDO, J. M.ª: *Tratado de las preferencias del crédito*, *op. cit.*, pág. 475.

³² «La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública...» (los subrayados son nuestros).

³³ PÉREZ DE AYALA, J. L. y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M.: *Fundamentos de Derecho Tributario*, 6.ª ed., Ed. de Derecho Reunidas, 2004, págs. 225 y 226. Aparte de los límites calificados de *objetivos*, estos autores señalan como límites *subjetivos* del privilegio general del artículo 77 LGT su concurrencia con otros créditos privilegiados tales como los que los empleados por sus salarios y la Seguridad Social por sus cuotas tuvieran contra el deudor tributario. Cabe observar no obstante cómo la citada calificación de límites se permuta en ocasiones en la doctrina y jurisprudencia, denominándose subjetivos a los primeros y objetivos a los segundos [por ejemplo: STSJ La Rioja de 21 de julio de 1997 (JT 1997, 1145)].

³⁴ Por lo que respecta a los «acreedores de dominio», realizar dos observaciones: en primer lugar, la incorrección técnica en que incurre el artículo 77 LGT (y sus predecesores) con la referencia al dominio pues, si realmente en el citado artículo se regula un privilegio y estos tienen por finalidad regular la concurrencia de créditos, sobre la referencia a aquel y a los demás derechos reales en tanto que tales. En este sentido ZABALA, LLOPIS y DAGO afirman que: «la dicción literal del precepto no deja lugar a dudas sobre su verdadero alcance, ya que habla de acreedores, lo que se refiere sin duda a derechos de crédito» (ZABALA RODRÍGUEZ FORNÓS, A., LLOPIS GINER, F., DAGO ELORZA, I.: *Aspectos sustantivos y procedimentales de la recaudación (Comentario al RD 1684/1990)*, CISS, 2.ª ed., Valencia, 1993, pág. 239). En segundo lugar, como indica GÓMEZ CABRERA, el término «acreedor de dominio» es en sí un contrasentido pues el acreedor es el sujeto activo de una relación obligatoria y por ende personal mientras el dominio es el prototipo de derecho real (en este sentido también: MOLINA GARCÍA, A.: *La prelación de créditos del Estado*, *op. cit.*, pág. 179). No obstante, como agudamente revela este autor, la expresión «acreedores de dominio» fue acuñada por la doctrina civilista para referirse a los propietarios no poseedores como, por ejemplo, los dueños de cosas dadas en depósito, guarda o comodato. Entendido así, el precepto recobra un sentido lógico. GÓMEZ CABRERA, C. en: *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales (Prelación, garantías, tercerías, ejecuciones preferentes, suspensiones de pagos y quiebras)*, Ed. Aranzadi, 2000. pág. 48. En un sentido similar se expresa AROZARENA Y POVÉS quien, al referirse a la deficiente técnica jurídica con que fue elaborado el artículo 71 LGT («dicción confusa y poco rigurosa») afirma: «...se da cabida en él, bajo la genérica denominación de "acreedores", a titulares de derechos de muy distinta naturaleza, algunos de los cuales sí merecen realmente tal nombre, como los que tengan a su favor un crédito de carácter meramente personal, pero reforzado con una garantía real, cual es la hipoteca, mientras que otros no pueden, en absoluto, ser considerados como acreedores desde el momento en que son titulares del dominio o de cualquier otro derecho real no accesorio, o sea, no constituido en garantía de un crédito...». AROZARENA Y POVÉS, R.: «Los registros públicos de bienes ante los procedimientos recaudatorios», *Crónica Tributaria*, núm. 17, 1976, pág. 30. La referencia a los acreedores de dominio constituye un punto en el que resulta especialmente patente la deficiente redacción que el artículo 77 LGT hereda de sus predecesores. Con tal mención a los acreedores de dominio, se equiparan, como destacaba SOLCHAGA LOITEGUI, dos derechos de clara significación procesal que derivan del embargo a favor del acreedor: por un lado el *ius perseguendi* que faculta a los acreedores por un derecho de dominio a separar el bien mediante la correspondiente tercería de dominio, y, por otro lado, el *ius prelationis*, cuyos titulares solo pueden pretender el ejercicio prioritario de su derecho mediante la tercería de mejor derecho. SOLCHAGA LOITEGUI, J.: «Anotación preventiva de embargo ordenada por la Hacienda Pública», en la obra colectiva *Estudios de Derecho Tributario, Vol. II*, IEF, Madrid, 1979, pág. 1.426.

antes del vencimiento del crédito tributario cuya prelación se hace valer. En estos casos, el tercero en cuestión podrá ejercitar la correspondiente tercería, que deberá ser, según el caso, de dominio, o de mejor derecho, las cuales serán resueltas por la propia Agencia Estatal de Administración Tributaria, respecto a cuya decisión expresa podrá interponerse la correspondiente demanda judicial.

En las líneas que siguen nos ocuparemos, por la problemática que ha implicado tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, del caso de la concurrencia del crédito de la Hacienda pública con titulares de derechos reales inscritos o acreedores anotados, lo que se encuentra inescindiblemente vinculado con la cuestión de la conexión entre el privilegio general y su constancia registral –la anotación preventiva de embargo–. Esta hipótesis a la que seguidamente prestaremos nuestra atención constituye, por el ámbito objetivo de esta garantía que asegura la satisfacción de todos los créditos de naturaleza tributaria con independencia de la categoría de tributo a la que pertenezcan³⁵, reviste una especial relevancia en relación al objetivo planteado en nuestro trabajo: constatar las oportunidades de preferencia en el cobro a la Hacienda pública a través de una imagen fiel del alcance de los privilegios a su disposición.

3.2. Estado de la cuestión con anterioridad a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de Modificación Parcial de la LGT: la doctrina jurisprudencial del TS.

Con carácter previo a la reforma operada en el artículo 134 LGT por la Ley 25/1995 asistimos a la generación e imperio de una doctrina jurisprudencial auspiciada por el TS adversa a los intereses de la Hacienda pública. Aquella, constitutiva de lo que podría denominarse como *teoría de la eficacia real limitada de la anotación administrativa*³⁶, tuvo su origen en la STS de 29 de noviembre de 1962 (RJ 1962\4749) y se basamentaba en la interpretación sistemática de los artículos 71 y 132 LGT³⁷, artículo

³⁵ Por la generalidad de su enunciado, que alude asépticamente al concepto de «crédito tributario», el artículo 77 LGT establece un privilegio para el cobro de créditos que pertenezcan a cualquiera de las tres categorías tributarias contenidas en el artículo 2.2 LGT: impuestos, tasas y contribuciones especiales. De igual modo, abarcará los recargos sobre impuestos estatales, autonómicos o locales, que también poseen naturaleza tributaria. El alcance del privilegio es sobre cualquier deuda tributaria y clase de tributo, tanto si se trata de tributos que recaen sobre bienes objeto de prelación como si se trata de tributos que gravan otros bienes distintos o cualesquiera otros objetos imponibles. RUIZ HIDALGO, C.: «La suspensión de pagos y el derecho de abstención de la Hacienda Pública», Civitas, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 101, enero-marzo 1999, pág. 80, nota al pie núm. 61. El propio artículo 77 LGT, para diferenciarlos del derecho de prelación general en él regulado, alude a otros derechos de la Administración pública que recaen sobre bienes y derechos determinados, como la hipoteca legal tácita del artículo 78 LGT o el derecho de afección del artículo 79 LGT. MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., CASADO OLLERO, G., TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Tecnos, 15.ª edición, 2004, págs. 431 y 432. A su vez, de todo lo anterior resulta claro, como indica RODRÍGUEZ BEREJO que el privilegio general establecido en el artículo 77 LGT es más amplio que el privilegio especial a favor del Estado que establecen el artículo 1.923.1 Cc y el artículo 197 LH, que se refieren solo a los impuestos que gravan los bienes inmuebles o derechos reales del deudor. RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Las garantías del crédito tributario», *op. cit.*, pág. 197.

³⁶ Denominación adoptada de: AROZARENA Y POVÉS, R.: «Los registros públicos de bienes ante los procedimientos recaudatorios», *op. cit.*, pág. 36.

³⁷ El artículo 132 disponía en su redacción originaria en la LGT de 1963 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 y con el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria». A su vez, este artículo establecía que: «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 1.923 del Código Civil».

este último que declaraba el derecho de la Hacienda a practicar anotación preventiva con el alcance que para estas establece el artículo 44 LH, que fijaba la preferencia de los acreedores anotantes en la contenida en el artículo 1.923 del Cc, es decir, exclusivamente respecto a créditos nacidos con posterioridad a la anotación, no así frente a los adquiridos antes³⁸. Ello suponía que el crédito tributario era vencido no solo por los créditos con privilegio general (como el previsto en el art. 32.1 ET para los créditos salariales) o con garantía real inscritos en fecha anterior a la de la anotación preventiva de embargo a la que aludía el artículo 71 (y alude el art. 77 de la actual LGT), sino también por los créditos comunes que hubieran obtenido anotación preventiva de embargo en fecha anterior³⁹. Esta tesis predicaba una total dependencia del privilegio general respecto de la anotación preventiva de embargo como requisito sustantivo de su eficacia prelativa, lo que suponía reducir en la práctica el instituto contenido en el antiguo artículo 71 LGT a un mero privilegio singular sobre los bienes que hubieran sido objeto de embargo amén de negar toda autonomía funcional y dogmática al instituto del privilegio⁴⁰.

A la citada interpretación jurisprudencial mantenida por el TS⁴¹, que encuentra sus causas en la deficiente técnica legislativa con que fue diseñado este privilegio⁴² y en la ausencia de una regla que determinara su ubicación exacta entre las normas de concurrencia y prelación de créditos del Cc (Título XVII), se le ha criticado que, fuera de los casos de la hipoteca legal tácita y del derecho de afección real de los artículos 78 y 79 LGT, respectivamente, suponía una equiparación absoluta de la Hacienda pública con un acreedor común⁴³. Aunque si la posición del TS podía parecer reduccionista,

³⁸ Debe precisarse no obstante que, aunque la citada línea jurisprudencial se originó en la mentada STS de 29 de noviembre de 1962, esta sentencia en concreto, por razones obvias de cronología, se asentó, no en los artículos 71 y 132 LGT de 1963, sino en el artículo 130 Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, artículo referido al cobro ejecutivo de las contribuciones directamente recayentes sobre los propios inmuebles objeto del procedimiento ejecutivo. En virtud del número 3.º del apartado segundo del referido artículo, que establece que los terceros adquirentes de un inmueble deberán pechar con la traba anotada por los débitos anteriores a la última anualidad vencida –la cual se ve garantizada por la hipoteca legal tácita del número 1.º, la sentencia antes citada interpretó que los terceros poseedores que quedaban afectados eran aquellos cuyo título de adquisición se había otorgado después de la anotación administrativa.

³⁹ URÍA FERNÁNDEZ, F.: «La Hacienda pública ante la reforma concursal», *Revista Crónica Tributaria*, núm. 102/2002, pág. 104.

⁴⁰ Ejemplo de la obligatoriedad con que se concebía la conexión entre el privilegio general del artículo 71 LGT con su plasmación registral, la anotación preventiva de embargo, lo encontramos en la letra del FJ 1.º de la STS de 30 de marzo de 1993 (1993\2540): «teniendo que constar registralmente, mediante anotación de embargo, el crédito de la Hacienda con el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, precepto que remite al artículo 1.923 del Código Civil, a efectos de preferencia para el cobro del crédito,...» (el subrayado es nuestro).

⁴¹ Entre otras: SSTS de 17 de marzo de 1978 (RJ 1978\1052), 3 de mayo de 1988 (RJ 1988\3874), 26 de marzo de 1991 (RJ 1991\2449), 1 de febrero de 1992 (RJ 1992\4982), 1 de junio de 1992 (RJ 1992\4982) o 30 de marzo de 1993 (1993\2540).

⁴² El artículo 71 era fiel heredero de los artículos donde se regulaba este privilegio en las antiguas Leyes de Administración y Contabilidad del Estado y confirmó, aunque con una redacción ciertamente defectuosa que reprodujo los defectos técnicos padecidos por sus antecedentes, el mantenimiento del privilegio general a favor de la Hacienda pública. Esta errónea redacción no se ha visto corregida en las sucesivas reformas de la LGT, en las que tampoco se ha aclarado la ubicación de este precepto entre las normas contenidas en el Cc a este respecto de la discordancia LGT-Cc, resulta interesante constatar cómo el Anteproyecto de la LGT de 1963 añadía un párrafo segundo al comentado artículo 71, anteponiendo la preferencia de este a los artículos 1.922, 1.923 y 1.924 Cc y a los artículos 912 a 914 Código de Comercio. ZABALA RODRÍGUEZ FORNÓS, A., LLOPIS GINER, F., DAGO ELORZA, I.: *Aspectos sustantivos y procedimentales de la recaudación (Comentario al RD 1684/1990)*, CISS, *op. cit.*, pág. 450.

⁴³ ARRANZ DE ANDRÉS, C.: «Sobre la naturaleza del Derecho de Prelación General y su anotación en el Registro. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de julio de 1997», *Jurisprudencia Tributaria*,

no lo era menos el criterio contenido en el artículo 34 de los RGR de 14 de noviembre de 1968 y de 20 de diciembre de 1990 que, lejos de un lógico papel de desarrollo reglamentario del artículo 71 LGT, abrazó la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal insertando un plus de rigidez al determinar la anteposición al crédito tributario de aquellos titulares de derechos de crédito cuyo derecho constase anotado en el Registro con anterioridad al de la Hacienda pública⁴⁴. Por todo ello, se ha apuntado que el referido precepto encontraba su fundamento en la referida interpretación jurisprudencial, de modo que cualquier modificación en la misma privaría a la norma reglamentaria de cobertura legal⁴⁵.

Como hemos visto, el criterio del TS dejaba sin aplicación efectiva la garantía establecida por el artículo 71 LGT, reconduciendo el crédito tributario a la garantía de los créditos de derecho común –excepción hecha de los casos en que resultaran de aplicación las figuras de los arts. 73 y 74 LGT (actuales arts. 78 y 79 de esta norma)–. A nivel doctrinal se evacuaron diferentes propuestas en orden a salvar la manifiesta antinomia planteada entre el derecho de prelación general del entonces artículo 71 LGT (vigente art. 77) y el artículo 132 LGT. Para TRUJILLO GONZÁLEZ, MARTÍN TIMÓN, AROZARENA Y POVES, SOLER ROCH y MUÑOZ MERINO, este obstáculo se salvaba concibiendo diferentes ámbitos de aplicación para ambas normas y así, mientras el artículo 71 se referiría exclusivamente a la concurrencia del crédito tributario con créditos garantizados mediante garantía real, el artículo 132 se ocuparía de los casos de colisión con créditos no hipotecarios o pignoraticios, esto es, los derechos personales que tienen acceso al Registro mediante la correspondiente anotación preventiva⁴⁶. Esta

Aranzadi, n.º 15, 1998, pág. 34. Muestra de lo afirmado lo encontramos en el FJ 3.º de la STS de 20 de abril de 1987 (RJ 1987\2715): «...este privilegio general que, *prima facie*, consagra el artículo 71 de la Ley General Tributaria, sufre la importante restricción que impone el artículo 132 de 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 y el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria" (...) norma que, inevitablemente, entra en colisión con aquella otra en la que busca apoyatura el motivo de casación desarrollado por el representante de la Administración General del Estado, privándole de la eficacia pretendida y haciéndole claudicar, por consiguiente, a la vista de que, teniendo que constar registralmente, mediante anotación de embargo, el crédito de la Hacienda "con el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria", precepto que remite al artículo 1.923 del Código Civil, a efectos de preferencia para el cobro del crédito, ha de concluirse en que, fuera de los casos de los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria, ajenos al presente, la anotación preventiva por débitos, queda sometida a la normativa del número 4.º de este precepto del Código Civil y no a la preferencia general que parece derivarse del texto del artículo 71 de la Ley General Tributaria, por fuerza de la anteposición que merece la normativa que contiene el artículo 132 de la misma Ley conforme a lo razonado a la vez que al principio restrictivo inherente a los privilegios y a la doctrina de esta Sala...» (el subrayado es nuestro). En términos idénticos o muy similares se expresan también las SSTs de 26 de marzo de 1991 (RJ1991\2449) (FJ 2.º) y de 30 de marzo de 1993 (FJ 1.º).

⁴⁴ ZABALA RODRÍGUEZ FORNÓS, A., LLOPIS GINER, F., DAGO ELORZA, I.: *Aspectos sustantivos y procedimentales de la recaudación (Comentario al RD 1684/1990)*, CISS, *op. cit.*, pág. 240.

⁴⁵ SÁNCHEZ PINO, A. J.: *Problemas fiscales de la suspensión de pagos*, Ed. Aranzadi, 1997, págs. 146 a 147. Según el citado autor, el artículo 34.1 RGR debía considerarse ilegal. Quizá por todo lo indicado, el citado precepto, en orden a salvar su extralimitación, establecía en su párrafo segundo que, cuando existiesen anotaciones de embargo practicadas con anterioridad a la del crédito del Estado sobre unos mismos bienes embargados, el órgano de recaudación podría elevar al Delegado de Hacienda el expediente a efectos de plantear, si procedía, tercería de mejor derecho.

⁴⁶ TRUJILLO GONZÁLEZ, E.: «Prelación de la Hacienda en el cobro del crédito tributario y las tercerías de dominio», *Crónica Tributaria*, núm. 17, 1976, págs. 140 y 141, MUÑOZ MERINO, A.: *Privilegios del crédito tributario. El Derecho de Prelación General*, Ed. Aranzadi, 1996, pág. 112 y ss. y MARTÍN TIMÓN, M.: *Embargos y tercerías de la Hacienda pública*, Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria, IEF, Madrid, 1978, pág. 139. Este último autor reconoce que la solución propuesta para resolver la discordancia artículo 71/artículo 132 LGT conlleva como cuestionable consecuencia el hecho de que, en su colisión con el crédito tributario, serán de mejor condición los derechos personales que los derechos reales, pues los primeros basta que se hayan constituido con anterioridad, mientras que los segundos han de tener entrada en el

opción implicaba la consecuencia de no poder reconocer a la Hacienda un mejor derecho con relación a los acreedores que anotaron (o inscribieron) su derecho en el Registro de la Propiedad con anterioridad a que aquella hiciera lo propio, es decir, que la eficacia de la anotación de la Hacienda en relación con los créditos personales bien simples, bien garantizados mediante hipoteca, era la misma que la de la anotación de embargo en general ⁴⁷. Por su parte, para SOLCHAGA LOITEGUI ⁴⁸, lo que añadía el artículo 132 LGT, para el caso de que se produjera anotación preventiva de embargo, era la preferencia específica sobre el bien al que se refiriera dicho embargo.

Por otro lado, y de modo paralelo al desarrollo y consolidación de la tesis del TS, se fue alumbrando una antítesis en sede de la Abogacía del Estado que defendía la existencia de un privilegio general para los créditos tributarios derivado del artículo 71 LGT al igual que el Consejo de Estado (Dictamen de 23 de enero de 1992), que reconoció al crédito tributario un privilegio general equiparable al del crédito de la Seguridad Social, de modo que únicamente debía ceder ante el superprivilegio salarial del artículo 32.1 ET, ciertos conceptos salariales incluidos en ese precepto y los créditos garantizados con derecho real ⁴⁹. Sin embargo, esta postura a favor de un privilegio general de la Hacienda absolutamente independiente respecto al asiento de anotación no estuvo exenta de críticas, en particular, que el reconocimiento a favor de la Hacienda de un privilegio suponía una excepción al régimen general de acreedores de Derecho común y le permitía anteponerse a cualquier acreedor, cualquiera que fuera su título, respecto de aquellos bienes que no tienen posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad. Además de esto, se denunció la inseguridad que se provocaba para el tercero que adquirió confiando en la situación jurídico-real del bien reflejada en el Registro, que confirma la inexistencia de gravámenes, hasta el momento en que dicho tercero inscribió la adquisición efectuada ⁵⁰.

3.3. El artículo 134.2 LGT tras la Ley 25/1995.

La Ley 25/1995, de 20 de julio, de Modificación Parcial de la LGT no alteró la letra del artículo 71 LGT pero sí las bases de su interpretación al dar una nueva redacción a los artículos 132 y 134 LGT, artículo este último donde pasó a regularse la facultad de practicar anotación preventiva de embargo como forma de dotar eficacia *erga omnes* a los embargos practicados por la Administración tributaria, materia antes contenida en el mentado artículo 132. En concreto,

Registro con anterioridad a la anotación preventiva de embargo. Para SOLER ROCH, el artículo 132 LGT se limitaba a «regular la concurrencia de la Hacienda Pública con otros acreedores personales que tuviesen anotado su crédito, siendo este además preferente al crédito tributario con una prelación no meramente temporal, sino también de grado». SOLER ROCH, M.^a T.: «Comentario al artículo 132 LGT», en *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras, Tomo II*, Ederasa, 1983, págs. 306 y 307.

⁴⁷ Por tanto, si un crédito personal privado o una situación dominical o demás titularidades de carácter real tuvo acceso al Registro antes que la constancia registral del crédito tributario, aquel gozaría de prelación con respecto a este. AROZARENA Y POVES, R.: «Los registros públicos de bienes ante los procedimientos recaudatorios», *op. cit.*, págs. 32 a 34.

⁴⁸ SOLCHAGA LOITEGUI, J.: «Anotación preventiva de embargo ordenada por la Hacienda Pública», en la obra colectiva *Estudios de Derecho Tributario, Vol. II*, *op. cit.*, pág. 1.401 y ss.

⁴⁹ URÍA FERNÁNDEZ, F.: «La Hacienda pública ante la reforma concursal», *op. cit.*, pág. 104.

⁵⁰ MARTÍN TIMÓN, M.: *Embargos y tercerías de la Hacienda pública*, *op. cit.*, pág. 135. Según este autor, estas deficiencias técnicas de la antítesis a la postura enarbolada en sede del TS era la principal responsable del longevo predicamento de aquella en la jurisprudencia de los Juzgados y Audiencias Provinciales.

la novedad esencial en la materia que nos ocupa la encontramos en el inciso final del apartado segundo de este último artículo, que establece que: «... *La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el artículo 71 de esta Ley*»⁵¹.

A partir de este momento, se imposibilitaba la interpretación sistemática defendida por el TS afirmándose la plena virtualidad del privilegio general del Erario en tanto que tal, sin las limitaciones derivadas de la anotación preventiva de embargo⁵². A pesar de esta toma de partida del legislador en el problema de la eficacia del derecho de prelación general del artículo 71 LGT, algún autor⁵³ se mostró escéptico en torno a la posible finalización de la polémica sobre la preferencia de los créditos tributarios, de hecho, se constataron pronunciamientos jurisprudenciales que persistieron en la línea jurisprudencial del TS a la que hemos hecho mención, ignorando de este modo los cambios normativos reseñados líneas arriba. Con todo, cada vez más se pudieron atisbar resoluciones sensibles a la nueva realidad positiva sancionada en la Ley 25/1995, como la SAP de León de 2 de octubre de 1996 que estableció (FJ 3.º), en relación a la redacción del nuevo artículo 134.2, que esta «*la desvincula –a la anotación preventiva– expresamente del artículo 71, por lo que la interpretación que antes se hacía al amparo del derogado artículo 132 hoy sería contraria a la Ley*»⁵⁴. No faltó tampoco un sector en la doctrina, absolutamente minoritario cabe reseñar, que abogó por una continuación de la solución propiciada por el TS al amparo de la legislación ya

⁵¹ El artículo 134.2 LGT de 1963 en la redacción dada por la Ley 25/1995 establecía: «*Si los bienes embargados fueran inscribibles en un Registro Público, la Administración tributaria tendrá derecho a que se practique anotación preventiva de embargo en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por funcionario del órgano competente, con el mismo valor que si se tratase de mandamiento judicial de embargo...*». Sin contar con el último inciso de este apartado del artículo 134 LGT, que hemos transcrito en el texto, la redacción de este precepto se asemeja en gran medida a la del antiguo artículo 132 aunque se explicita la equiparación entre la anotación preventiva de embargo de origen judicial y la de origen administrativo, lo que posee relevancia a diversos niveles, entre otros, en materia de prórroga del plazo de vigencia de la anotación preventiva, donde deberá mantenerse la doctrina establecida en la RDGRN de septiembre de 1990 sobre duración de su prórroga. URÍA FERNÁNDEZ, F.: «La Hacienda pública ante la reforma concursal», *op. cit.*, pág. 105. LAMELA FERNÁNDEZ, M.: «Aproximación a la reforma de la Ley General Tributaria», *Crónica Tributaria*, núm. 75/1995, pág. 41. Esta asimilación se mantiene en el artículo 170.2 («*Diligencia de embargo y anotación preventiva*») de la nueva LGT.

⁵² PÉREZ ROYO, F. y AGUALLO AVILÉS, A.: *Comentarios a la Reforma de la LGT*, Aranzadi. Pamplona, 1996, pág. 582. Para FALCÓN Y TELLA hubiera bastado con añadir al artículo 132 LGT la apostilla final de: «*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71 de esta Ley*». FALCÓN Y TELLA, R.: «Las garantías del crédito tributario: Perspectivas de reforma», *Revista Española de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 215, págs. 918 y 919. Para SERRERA CONTRERAS, las limitaciones impuestas al privilegio general por su vinculación con el artículo 132 LGT solo resultaban admisibles en los casos de terceros adquirentes y en los derechos de goce, en tanto que en dichos casos los bienes o derechos contra los que se dirige la Administración ya no son propiedad del sujeto apremiado, pero nunca en los casos de los acreedores comunes. SERRERA CONTRERAS, P. L.: «La prelación general de los créditos tributarios» en la obra colectiva *Estudios de Derecho Tributario, Vol. II*, IEF, Madrid, 1979, pág. 926.

⁵³ SÁNCHEZ PINO, A. J.: *Problemas fiscales de la suspensión de pagos*, *op. cit.*, pág. 146.

⁵⁴ La citada sentencia de la AP de León de 2 de octubre de 1996, pionera en la aplicación jurisprudencial de la nueva interpretación señalada, defendió también la anteposición de los créditos tributarios sobre los comúnmente privilegiados, no pudiéndose atender a las fechas para determinar la prelación de los créditos («*Los créditos tributarios se colocan por delante de los comúnmente privilegiados, pero en pie de igualdad con los créditos por cuotas de la Seguridad Social...*»). Entre las sentencias que paulatinamente asimilaron el imperativo del artículo 134 LGT encontramos también la SAP de Guadalajara de 21 de noviembre de 1996 (FJ 1.º) y la STSJ de La Rioja de 21 de julio de 1997 para la que la reforma parcial de 1995 dispuso toda clase de dudas sobre la desvinculación privilegio/anotación preventiva de embargo (un riguroso comentario a esta última sentencia lo encontramos en: ARRANZ DE ANDRÉS, C.: «Sobre la naturaleza del Derecho de Prelación General y su anotación en el Registro. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de julio de 1997», *op. cit.*).

derogada, y ello con apoyatura base de los artículos 36 del anterior RGR y 127.4 de la entonces vigente LGT de 1963⁵⁵.

En virtud de este cambio normativo, que había sido demandado por gran parte de la doctrina, el privilegio general a favor de la Administración tributaria se antepondría en todos los casos, con independencia del momento de constitución de los derechos o de adquisición de los créditos, así como del momento de acceso de estos al Registro, resultando igualmente indiferente el tipo de asiento por el que se produzca el citado acceso, ya sea mediante inscripción, ya por anotación preventiva⁵⁶, con la única excepción que la configurada en la propia letra del artículo 71 LGT: el acceso al Registro, siempre con carácter previo a la eventual anotación preventiva de la Hacienda, de una transmisión de la propiedad del bien en cuestión o la inscripción de una hipoteca o cualquier otro derecho real constituidos sobre el citado bien. De este modo, se sentó un presupuesto necesario para la emancipación del derecho de prelación general de la Administración tributaria respecto a las normas de Derecho privado reguladoras de las anotaciones de embargo, como el Cc o la LH. Así pues, la forma de llevar a cabo las anotaciones promovidas por la Hacienda pública no debía supeditarse ya al régimen privatístico, como hacía el artículo 132 LGT en su redacción anterior a la reforma de 1995 con su remisión al artículo 44 LH⁵⁷. Tal sometimiento al Derecho privado solo vendría justificado en el caso de constitución de garantías voluntarias a favor de la Hacienda, como un aval solidario, seguro de caución, una hipoteca voluntaria, prenda o una fianza personal de los previstos en los artículos 82 LGT y 66 RGR, y 46 RGR para los casos de aplazamientos y fraccionamientos de pago o en orden a obtener una garantía similar a la dispensada por las llamadas *garantías legales*, respectivamente.

⁵⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Contra el privilegio general del artículo 71 LGT. Alcance prelativo. Previo análisis del depósito configurado en el artículo 96.5 RGR», *Revista Tribuna Fiscal*, núm. 101, 1999, págs. 69 a 71. Por lo que al artículo 36.1 RGR se refiere, se señala que de llevar la prelación del artículo 71 LGT al extremo referido en el artículo 134.2 LGT, la garantía contemplada en aquel precepto reglamentario (hipoteca voluntaria) resultaría absolutamente innecesaria. En relación al artículo 127.2 LGT, donde se lleva a cabo una equiparación de la virtualidad ejecutiva de la providencia de apremio respecto a la de las sentencias judiciales, el referido autor considera, en atención a un criterio teleológico, que la intención del legislador fue la de establecer una equiparación de ambos títulos ejecutivos no solo al nivel de los efectos ejecutivos (lo que se deduce del hecho de que aparte de las sentencias, son otros muchos los títulos a los que la ley concede la posibilidad de anotación), sino también a nivel de los sustantivos de los que aquellos derivan, lo que resulta más correcto desde la óptica constitucional –razona el autor– pues sería excesivo dotar de superioridad sustantiva a la anotación resultante de una providencia de apremio respecto a la anotación de una sentencia judicial, a la que se accede por un sistema que ofrece al ciudadano todas las garantías que derivan del Estado de Derecho.

⁵⁶ Como sabemos, son varios los tipos de asientos registrales existentes: las inscripciones *stricto sensu*, las anotaciones preventivas, las cancelaciones, las notas marginales y las llamadas menciones registrales. De entre ellos, haremos una breve mención exclusivamente a las inscripciones y a las anotaciones, pues son estas los únicos cauces por los que pueden acceder al Registro las dos categorías en que se concretan las excepciones a la eficacia del privilegio general del artículo 71 LGT: los derechos reales y los derechos personales (y, en particular, los derechos crédito) respectivamente. A través de las inscripciones se constata la existencia de mutaciones jurídicas sufridas por el dominio o demás derechos reales tal como su constitución, declaración, modificación, transmisión o extinción. Por su parte, las anotaciones preventivas son asientos registrales provisionales cuyo fin es enervar la eficacia de la fe pública a favor de titulares de situaciones jurídicas no inscribibles (derechos dudosos, situaciones jurídicas pendientes de resolverse o consolidarse). Díez PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral* Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 321 y CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, FERNÁNDEZ CABALEIRO, E., AGERO HERNÁNDEZ, V.: *Manual del Registro de la Propiedad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1966, págs. 120 y 121. Sobre la distinción entre ambos tipos de asientos registrales puede consultarse: TALMA CHARLES, J.: *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Ed. Centro de estudios registrales, Monografías, Madrid, 2001, págs. 171 a 177.

⁵⁷ GARCÍA NOVOA, C.: «Elementos de cuantificación de la obligación tributaria» en la obra colectiva *La nueva Ley General Tributaria*. A.A.V.V., CALVO ORTEGA, R. (dir.), TEJERIZO LÓPEZ, J.M. (coord.), Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 334.

Con todo lo anterior, se evitaba la erosión del interés público que se encuentra en la base del derecho de prelación general y que solo debe quebrar ante otros privilegios fundados en motivaciones públicas y sociales poderosas (por ejemplo, el superprivilegio del art. 31.2 ET respecto al salario de los últimos treinta días de trabajo, con el límite del doble del salario mínimo interprofesional)⁵⁸.

3.4. Los límites del derecho de prelación general tras la Ley 58/2003, de 18 de diciembre, General Tributaria.

Con el advenimiento de la Ley 58/2003, se mantuvo, en su artículo 170.2, la opción legislativa plasmada por el legislador del 95 en el artículo 134.2 LGT y, por tanto, se revestía a aquella de unas notas de estabilidad normativa muy favorables, a nuestro juicio, para que los tímidos pronunciamientos jurisprudenciales que se atrevían a apartarse de la senda trazada por el TS puedan culminar forjando una doctrina jurisprudencial consolidada. El citado artículo 170.2 establece en su párrafo tercero: «*La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de sus créditos establece el artículo 77 de esta ley, siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho. En caso contrario, prevalecerá el orden registral de las anotaciones de embargo*». Debido a la patente homogeneidad de soluciones propuestas en la Ley 25/1995, de 20 de julio, y la nueva norma codificadora tributaria, las consideraciones que ahora se realizarán sobre esta son en gran medida intercambiables con las vertidas en el epígrafe anterior. Una vez hecha la advertencia anterior, puede aducirse que, de una mera exégesis epidérmica del precepto transcrito, se obtiene la consecuencia de que, aunque el ejercicio del privilegio general se encauce a través de la anotación preventiva en orden a calibrar su preferencia respecto a otros derechos inscritos, aquella no alterará la naturaleza del crédito tributario ni de su privilegio general⁵⁹, por lo que el crédito tributario deberá seguir considerándose privilegiado tal y como establece expresamente la literalidad del artículo 77 LGT, con independencia de su anotación, que no debe ser óbice para que, por la cualidad personal del acreedor, este gozase de los privilegios especiales que le conceden las leyes⁶⁰.

La ausencia de referencia alguna al artículo 44 LH en la letra del artículo 170.2 LGT viene a confirmar, en igual medida que como sucedió con el anterior artículo 134.2 LGT, que el privilegio del artículo 77 LGT es de grado, en consideración al origen del crédito y al bien jurídico protegido

⁵⁸ GARCÍA NOVOA, C.: «La necesaria modificación de las garantías del crédito tributario en una futura LGT», *op. cit.*, pág. 74.

⁵⁹ Sobre la inicuidad de las anotaciones preventivas respecto a los créditos y los privilegios que eventualmente estos puedan gozar, es jurisprudencia reiterada del TS desde 1917 que: «*La anotación preventiva de un embargo practicada por mandamiento judicial tiene por finalidad principal el garantizar con los bienes en que aquella se realiza las responsabilidades nacidas del crédito que motivó el despacho de la ejecución (...), pero en manera alguna modifica esa anotación la naturaleza jurídica de dicho crédito, ni convierte, por tanto, en derecho real sobre la finca anotada el personal que se trata de hacer efectivo en aquel juicio especial;...*». Por su parte la STS de 14 de noviembre de 1992 [RJ 1992\9404\FJ 5.º] establece que: «...*la anotación de embargo no inviste por sí de privilegio o preferencia a los créditos que cubre cautelarmente respecto de los anteriores y preferentes, por lo que la "preferencia simple" entre los créditos enfrentados que, como se ha visto, están ayunos de privilegio o preferencia singular, ha de ser computada a tenor de la antigüedad de los títulos en colisión...*» (los subrayados son nuestros). Integran esta doctrina, además, las SSTs de 30 de octubre de 1978 [R. 4058], 19 de octubre de 1981 [R. 3808], 14 de junio de 1988 [R. 4876], 26 de febrero de 1994 [R. 1199], 24 de febrero de 1995 [R. 1642] y 6 de abril y 6 de junio de 1996 [2881 y 4823, respectivamente]. Esta resulta igualmente mayoritaria en la doctrina. TALMA CHARLES, J.: *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, *op. cit.*, pág. 307.

⁶⁰ SÁNCHEZ PINO, A. J.: *Problemas fiscales de la suspensión de pagos*, *op. cit.*, pág. 145.

mediante el privilegio crediticio, y no de fecha⁶¹. Como afirmó la SAP de Valladolid de 28 de octubre de 2002 [JUR 2002\285491](FJ 2.º): «...*el privilegio general que el artículo 71 LGT otorga a tales créditos, es un privilegio de rango o de grado, no de fecha, por lo tanto es independiente del momento en que se llevaron a cabo los embargos y la anotación preventiva de los mismos en el Registro de la Propiedad*». Por lo que al ámbito concursal se refiere, resulta absolutamente indiferente, a efectos de la calificación otorgada a sus créditos en la LC, que la Administración trabara o no un bien o que anotara preventivamente dicho embargo. Así es, su posición acreedora no se verá alterada como consecuencia de haber llevado a cabo actuaciones ejecutivas contra los bienes del deudor en tanto que la LC no regula nada sobre la preferencia del crédito tributario al realizar embargos sobre un determinado bien⁶².

La configuración finalmente recibida en la Ley 58/2003 por el derecho de prelación general de la Hacienda pública, diseñada en los estudiados artículos 77 y 170.2 de la citada ley, confirma la tendencia hacia la *desatomización* civil de este y hacia la correlativa afirmación de su sustantividad prelativa. El privilegio general a favor de la Administración tributaria antepondrá el crédito tributario en todo caso salvo frente a derechos reales inscritos con anterioridad a la fecha de la anotación preventiva de embargo, supuesto en que la inscripción produce el cierre del Registro y el consiguiente sobreseimiento del apremio sobre el bien con arreglo al artículo 38 LH⁶³. El hecho, por otro lado, de que este privilegio permita vencer a los derechos de crédito de terceros acreedores anotados anteriormente al de la Hacienda, vía tercería de mejor derecho en los casos en que el citado crédito comenzara a ejecutarse con anterioridad, posibilidad novedosamente explicitada en el artículo 170.2 de la nueva LGT⁶⁴ y que iría contra la reiteradísima doctrina jurisprudencial según la cual la anotación preventiva solo otorga preferencia frente a créditos contraídos con posterioridad a ella⁶⁵, constituye a nuestro juicio el núcleo esencial de

⁶¹ En este sentido, GÓMEZ CABRERA, C. en: *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales (Prelación, garantías, tercerías, ejecuciones preferentes, suspensiones de pagos y quiebras)*, op. cit., págs. 52 y 53 y VILLAR EZCURRA, M.: «Algunas notas sobre la posición acreedora de la Hacienda Pública en las quiebras en el contexto de la reforma concursal», *Quincena Fiscal*, septiembre 2002, núm. 15, pág. 11. La profesora SOLER ROCH afirma al respecto que la prelación del crédito tributario: «es de grado y no simplemente de fecha, no pudiendo prejuzgar la anotación preventiva los efectos de los créditos y menos del crédito tributario, cuya eficacia se mantiene mientras no se destruye la presunción de legalidad reconocida sobre los actos de gestión tributaria». SOLER ROCH, M.ª T.: «Comentario al artículo 132 LGT», en *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, Tomo II, op. cit., págs. 306 y 307.

⁶² GONZÁLEZ GARCÍA, M. J. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A.: «El crédito tributario en el Proyecto de Ley Concursal», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF. num. 24/2003, pág. 44.

⁶³ En el caso de adquirentes con título no inscrito pero anterior a la constancia del crédito tributario podrán hacer uso de la correspondiente tercería de dominio contra la Administración pues el carácter no constitutivo de la inscripción (salvo en el caso de las hipotecas, art. 1.875 Cc) permite la existencia y validez de dicho título sin ella.

⁶⁴ Si bien ello podía deducirse también de la letra del artículo 77 LGT que, como sabemos, instituye únicamente como excepción a la eficacia del privilegio los derechos reales inscritos con anterioridad, no aduciendo nada respecto a los derechos de crédito anotados con anterioridad al de la Hacienda.

⁶⁵ SSTS de 25 de septiembre de 1985 [RJ 1985\4408], de 29 de abril de 1991 [1991\3107], de 19 de octubre de 1991 [1991\3808], de 24 de febrero de 1995 [RJ 1995\1642] o la RDGRN de 21 de noviembre de 1991 [1992\2549]. Por lo que se refiere a la primera de las SSTS, esta establece en su FJ 4.º que: «...*sin embargo, las referidas anotaciones preventivas no modifican la situación jurídica preexistente a su acceso al Registro, de forma que los créditos contraídos o los actos dispositivos otorgados con anterioridad no resultan afectados por la anotación, regulándose la respectiva preferencia por lo dispuesto en el artículo 1.923 y concordantes del Código Civil al que remite el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, según los cuales gozan de preferencia los créditos preventivamente anotados en el Registro, en virtud de mandamiento judicial por embargo, sobre los bienes anotados y solo en cuanto a los créditos posteriores a la anotación*:...» (los subrayados son nuestros).

la virtualidad específica de esta garantía ⁶⁶ y una muestra significativa de la toma en consideración de la clase del crédito en cuestión –crédito fiscal– ⁶⁷. El poder de hacer valer el crédito incluso frente a acreedores que anotaron preventivamente el embargo trabado a su favor confiando en una apariencia tabular en que no existía constancia del derecho del Erario público ⁶⁸, reviste una exigencia fundamental del llamado *principio de autotutela* del crédito tributario, principio asentado en el imperativo de obtención de recursos financieros para el sufragio del gasto público y conformado por todas y cada una de las medidas que, bien en un sentido amplio o bien *ex profeso*, contribuyen a garantizar el cumplimiento del derecho de crédito tributario. De igual modo, opinamos que la constatación de la mayor o menor aplicación jurisprudencial de este último resorte señalado de la eficacia general de este privilegio constituirá, sin duda, un indicador fiel del grado de desvirtuación de la mentada naturaleza privilegiada, naturaleza de raíz incluso constitucional (art. 31 CE y STC de 26 de abril de 1990 ⁶⁹).

En apoyo de la solución finalmente propuesta, aunque estimamos que con su refrendo normativo en la LGT lo haría ya innecesario, aún pueden proponerse nuevos argumentos. En concreto, la condición de *lex posterior* y *lex specialis* de la LGT respecto a los preceptos civiles argüidos hubiera debido ser suficiente para garantizar la prevalencia en su integridad del artículo 77 LGT (art. 71 en el caso de la LGT de 1963) respecto aquellos. Además, puede traerse a colación analógicamente la doctrina defendida por el TS en caso de concurrencia de créditos con anotación preventiva de embargo a su favor con créditos salariales investidos del privilegio general ordinario del artículo 32.3 ET, auténtico correlato del derecho de prelación general del artículo 77 LGT en el ámbito laboral. En particular, las SSTs de 3 de julio de 1990 [R. 5771], 1 de febrero de 1994 [R. 855], 2 de febrero de 1995 [R. 732] y 9 de junio de 1995 [R. 4913] ⁷⁰ declaran que, ante la imposibilidad de la anotación preventiva para *mutar* la naturaleza de los créditos que por medio de ella acceden al Registro convirtiéndolos en derechos reales, que son la única excepción a la eficacia del privilegio salarial en cuestión contemplada en la letra del artículo 32.3 ET, estos serán forzosamente inferiores en *rango* a los contemplados en el citado artículo. Así pues, del examen de esta jurisprudencia vemos cómo el TS incurre en una clara incongruencia pues ante supuestos plenamente parangonables, sienta soluciones

⁶⁶ También resalta la importancia de este aspecto concreto de la eficacia del privilegio general: ARRANZ DE ANDRÉS, C.: «Sobre la naturaleza del Derecho de Prelación General y su anotación en el Registro. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de julio de 1997», *op. cit.*, pág. 35.

⁶⁷ Comparte esta postura: ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A. en A.A.V.V.: *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria*, HUESCA BOADILLA, R. (Coord.), Ed. Thomson Aranzadi, 2004, pág. 545. La misma opinión parece latir en: GARRIDO, J. M.ª: *Tratado de las preferencias del crédito*, *op. cit.*, págs. 470 a 471. SERRERA CONTRERAS, citando a su vez a MORELL Y TERRY, expresa gráficamente la degradación en su condición acreedora que, para la Hacienda, implicaba la negación de la sustantividad del instituto del artículo 71 LGT mediante la concesión a su crédito de la virtualidad de la anotación preventiva: «... **fuera de la hipoteca legal tácita, la Hacienda es una personalidad igual a cualquier otro acreedor**, y, según que su derecho se halle o no inscrito y según la fecha de la inscripción o del documento, gozará o no de preferencia». SERRERA CONTRERAS, P. L.: «Apremios administrativos y procesos de ejecución», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 104, 1973, pág. 310.

⁶⁸ ROCA SASTRE, ya llegaba a la misma solución sobre los límites del derecho de prelación general, en su versión del artículo 11 de la LACH de 1911: «*Resulta que la Hacienda tiene preferencia sobre todo otro acreedor, y hasta en contra de todo tercer adquirente, salvo cuando estos se funden en título inscrito, y que esta inscripción sea anterior a la fecha en que la Hacienda haya hecho constar en el Registro su derecho. El privilegio de la Hacienda sobre cualquier acreedor o adquirente solo se detiene frente a la inscripción del derecho de estos*». ROCA SASTRE, R. M.ª: *Derecho Hipotecario. Vol. IV. 2.º*, Ed. Bosch, 6.ª Ed., Barcelona, 1968, pág. 923.

⁶⁹ LAMELA FERNÁNDEZ, M.: «*Aproximación a la reforma de la Ley General Tributaria*», *op. cit.*, pág. 42.

⁷⁰ Sentencias tomadas de LOZANO CABALLERO, J. M.ª: «Título XVII. De la concurrencia y prelación de créditos» en la obra colectiva: AAVV: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. Tomo II. Artículos 1.088 a 1.976*. PASQUAU LIAÑO, M. (direcc.), *op. cit.*, pág. 3.390.

claramente diversas y es que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito tributario, aplica en el caso del crédito salarial su privilegio respetando la literalidad de su configuración normativa y, por tanto, su plena sustantividad, rechazando asimismo expresamente la aplicabilidad del tan mentado artículo 1.923. 4.º Cc.

No obstante, la morfología final de la eficacia del privilegio general tributario del artículo 77 LGT, estimamos con GARCÍA NOVOA que hubiera resultado más oportuno, en orden a evitar eventuales intentos de *civilización* de esta por parte de la jurisprudencia, que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, hubiese incorporado un pronunciamiento más taxativo aclarando que el crédito de la Hacienda se antepondrá a todas las situaciones en las cuales no exista un derecho real inscrito por un tercero ⁷¹.

Finalmente, debe indicarse que la solución por la que se ha optado en relación al alcance del privilegio general del artículo 77 LGT resulta del todo aplicable al caso del derecho de prelación integrado en el derecho real de afectación del artículo 79 LGT ⁷². Así pues, y de igual modo que el derecho de prelación general, el privilegio que encierra el instituto del artículo 79 LGT vencerá a los acreedores quirografarios hallando límite, exclusivamente, en las inscripciones de dominio anteriores, posponiéndose igualmente a las hipotecas inscritas también con anterioridad ⁷³. Estas excepciones a la eficacia del privilegio crediticio contenido en el citado artículo 79 LGT no puede sino recordarnos a los límites del derecho de prelación general del artículo 77 LGT, expresados en la fórmula: «*acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el Registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda pública*», a cuyo análisis dedicamos la nota al pie núm. 34. PORPETA CLÉRIGO otorga al derecho de afectación preferencia indiscutible sobre los acreedores comunes ⁷⁴. ROSSY declara que se trata de una afectación *privilegiada* por engendrar una preferencia a favor del crédito tributario garantizado frente a todos ⁷⁵. PASCUAL ESTEBAN y PASCUAL VEGA entienden que la naturaleza de los derechos de afectación en garantía del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, subespecies ambos del contenido en el artículo 79 LGT, es la de una «*prelación reforzada*» ⁷⁶. Por su parte, GARCÍA NOVOA incluye el derecho de afectación real entre los *privilegios especiales* del crédito tributario español ⁷⁷.

⁷¹ GARCÍA NOVOA, C.: «Elementos de cuantificación de la obligación tributaria» en la obra colectiva *La nueva Ley General Tributaria*. A.A.V.V., CALVO ORTEGA, R. (dir.), TEJERIZO LÓPEZ, J.M. (coord.), *op. cit.*, pág. 335. No hubiera estado de más que se incluyera como cláusula de cierre que la preferencia de cobro de la Hacienda subsistirá incluso cuando el derecho del tercero ha surgido con anterioridad a la anotación de embargo de la Administración, si el mismo no gozase de protección registral por no haberse practicado la correspondiente inscripción.

⁷² En tanto que garantía real, en el derecho de afectación tributaria de bienes es posible identificar, además, un *derecho personal de preferencia*, esto es, un privilegio crediticio. En efecto, las garantías reales se componen de un conjunto de elementos de naturaleza diversa y relacionados simbióticamente entre sí. En concreto, un derecho de prelación que se añade al derecho de crédito y que se proyecta a su vez sobre el producto de la ejecución del bien o bienes sobre los que recae el derecho real, que constituye otro de los componentes del instituto de la garantía real. El mentado derecho real se instrumentaliza para salvar el defecto estructural del derecho de preferencia –su inoponibilidad frente a terceros–, evitando, gracias a la vinculación que realiza sobre el bien, que aquel se vea vulnerado por las transmisiones patrimoniales realizadas por el deudor. GARRIDO, J. M.ª: *Tratado de las preferencias del crédito*. *op. cit.*, págs. 60 a 67.

⁷³ GÓMEZ CABRERA, C.: «Las garantías inmobiliarias del crédito local» en la obra A.A.V.V.: *Estudios sobre fiscalidad inmobiliaria y doble imposición interna*, SÁNCHEZ GALLANA, J. A. (coord.), Ed. Comares y Dodeca. Granada, 2001, pág. 429.

⁷⁴ PORPETA CLÉRIGO, F.: *Instituciones de Derecho Fiscal*. Tomo I, Ed Reus, Madrid, 1963, pág. 73.

⁷⁵ ROSSY, H.: *Instituciones de Derecho Financiero*, Bosch, Barcelona, 1959, pág. 421.

⁷⁶ PASCUAL ESTEBAN, J.L. y PASCUAL VEGA, A. M.: *Los impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y Sucesiones y Donaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 80.

⁷⁷ GARCÍA NOVOA, C.: «La necesaria modificación de la garantía del crédito tributario en una futura LGT», *op. cit.*, pág. 88.

3.5. El nacimiento del derecho de preferencia general.

A continuación, pasamos a considerar brevemente el nacimiento del derecho de preferencia general del artículo 77 LGT en tanto que cuestión íntimamente vinculada con la del alcance y virtualidad prelativa de los privilegios a favor de la Administración tributaria pues en función de cuándo se produzca el citado nacimiento, el derecho de crédito a favor de la Administración tributaria podrá entenderse como poseedor del carácter privilegiado, lo que puede tener evidentes repercusiones a efectos de concebir al citado crédito como preferente o no a los eventuales derechos de crédito concurrentes. Como nota comparativa, puede traerse a colación el caso del ordenamiento tributario italiano, donde, en función de los artículos 2747.2 y 2772.4 y 5 del *Codice Civile*, la prevalencia de los derechos adquiridos por terceros respecto a la Hacienda-acreedora privilegiada dependerá de la preexistencia o no de los citados derechos al momento del nacimiento de los privilegios de la Administración tributaria.

El nacimiento del privilegio no coincide temporalmente con el momento en que este despliega sus efectos garantistas de anteposición del acreedor privilegiado respecto a los otros acreedores concurrentes, algo que acontece una vez conformada la situación de concurso y con ello una vez determinado el elenco de los acreedores vinculados por el privilegio en cuestión así como una vez que se verifica el producto del bien o bienes ejecutados.

En torno al nacimiento del derecho de preferencia general, encontramos planteados dos criterios en la doctrina: el del momento de expiración del período voluntario de ingreso o el del momento de realización del hecho imponible, ambas posturas con argumentos a favor y en contra y con inconvenientes⁷⁸. La referencia expresa realizada por el artículo 77 LGT a que los créditos deben encontrarse *vencidos y no satisfechos* ha movido a la mayoría de la doctrina⁷⁹ a decantarse por la primera de las dos opciones. No obstante, en mi opinión, el momento de nacimiento del privilegio hay que considerarlo coincidente con el del crédito preferente y no antes ni después, aunque sus efectos eficientes solo se manifiesten cuando exista concurrencia de acreedores⁸⁰. La razón fundamental de la afirmación anterior debe buscarse en los caracteres de accesoriidad y legalidad que el privilegio posee en tanto que tal y en tanto que garantía técnica del crédito⁸¹, y que suponen, por lo que se refiere al primero de los rasgos enunciados, la imposibilidad

⁷⁸ GARRIDO, J. M.^a: *Tratado de las preferencias del crédito*, op. cit., pág. 473.

⁷⁹ MUÑOZ MERINO, A.: *Privilegios del crédito tributario. El Derecho de Prelación General*, op. cit., pág. 99 y MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., CASADO OLLERO, G., TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 15ª edición, 2004, op. cit., pág. 431. Según RODRÍGUEZ BEREJO, hasta que no haya transcurrido el período voluntario de ingreso, la Hacienda pública no podrá beneficiarse de su condición de acreedora privilegiada ni tampoco anticipar el vencimiento de los créditos, ni siquiera, como añade TEJERIZO, ante la certeza de la insolvencia del deudor, aunque, en este caso, si cabría adoptar alguna medida cautelar para garantizar el pago del tributo, según estipula el artículo 81 LGT. RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Comentarios a los artículos 71 a 76» en *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, op. cit., pág. 630, TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: «Las normas financieras y tributarias de la nueva Ley Concursal», op. cit., pág. 35.

⁸⁰ En esta línea también se manifestó ROSSY, H.: *Instituciones de Derecho Financiero*, op. cit., pág. 439.

⁸¹ Al privilegio que asiste al crédito tributario, en tanto que garantía del crédito en sentido estricto, le son predicables plenamente todas las características que la doctrina extrae del referido concepto de garantía y que son: autonomía o independencia, accesoriidad o subordinación, instrumentalidad y finalmente legalidad. A ellas deben añadirse un nuevo grupo de caracteres que la doctrina tradicionalmente ha entendido como específicos de la categoría garantista del privilegio y por ello, también de los fiscales. Estos rasgos, que constituyen una herramienta de primer orden para la proposición de soluciones así como para la comprensión de las ofrecidas a nivel tanto legislativo, como doctrinal o jurisprudencial en relación a algunos de los diversos problemas de régimen jurídico que presentan las distintas hipótesis de privilegios crediticios fiscales, son: legalidad, tipicidad, accesoriidad y relatividad.

de transmisión o extinción del privilegio si no es con el crédito al que garantiza. Aquel acompaña al derecho de crédito en todas las vicisitudes por las que el mismo atraviesa, entre ellas, y como momento inicial, su nacimiento, en virtud del principio *accessorium sequitur principalis*. Así pues, podemos hablar de una suerte de *dependencia genética* del privilegio respecto al crédito en virtud de la referida accesoriedad. Por lo que respecta a la incidencia de la legalidad en materia del nacimiento del privilegio, resulta interesante traer a colación la opinión de CICCARELLO⁸², según la cual: «mientras ningún crédito nace hipotecario (...), el crédito privilegiado típico –en cambio– es tal inmediatamente por exclusiva previsión de la Ley» (el subrayado es nuestro). Los créditos que reúnen el carácter de privilegiados lo son desde su mismo nacimiento hasta su extinción en la medida en que dicha condición proviene de un juicio de valor del legislador, el cual estima que la causa de dichos créditos es especialmente merecedora de protección. La tipificación de los créditos privilegiados por parte del legislador es la responsable de que un crédito inscribible en uno de los citados tipos tasados por ley asuma esa naturaleza desde su origen⁸³.

4. LA HIPOTECA LEGAL TÁCITA O DERECHO DE PRELACIÓN ESPECIAL DE LOS ARTÍCULOS 78 LGT Y 65 RGR⁸⁴

Constatados los límites a la prelación derivada del privilegio general del artículo 77 LGT, pasamos a continuación a considerar la eficacia del privilegio especial del artículo 78 LGT, para lo cual resulta inexcusable la indagación sobre la naturaleza jurídica concreta de este expediente técnico de garantía, pues solo así podremos comprender y, llegado el caso, justificar su extraordinaria potencia garantista.

⁸² CICCARELLO, S.: «Privilegi (Diritto Privato)», in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, 1986, pág. 726.

⁸³ Según la jurisprudencia del TS, en el caso de los privilegios laborales, contemplados en el artículo 32 ET, el momento del nacimiento de estos se produciría con posterioridad al del nacimiento del derecho de crédito a favor de los trabajadores, en concreto, con el ejercicio de la acción para hacer valer el citado derecho judicialmente salvándose así el plazo de prescripción de la preferencia previsto para estos créditos en el apartado 6 del citado artículo 32. SSTS de 29 de abril de 1991 [R. 3107] y de 20 de mayo de 1994 [RJ 1994\3715], FJ 5.º.

⁸⁴ La doctrina ha tendido mayoritariamente a calificar esta garantía indistintamente como derecho de prelación especial en contrapunto con el derecho de prelación general del artículo 77 LGT al que nos hemos referido ya al comienzo del capítulo III: RODRÍGUEZ BEREJO, A.: en «*Las garantías del crédito tributario*», *op. cit.*, pág. 199, PÉREZ DE AYALA, J. L. y GONZÁLEZ GARCÍA, E.: *Curso de Derecho Tributario*, Vol I, Ed. Edersa, 2.ª ed., pág. 300, MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: «La prelación del artículo 73 de la Ley General Tributaria en relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 24, pág. 275, CORTÉS DOMÍNGUEZ, M. y MARTÍN DELGADO, J. M.ª: *Ordenamiento Tributario Español*, Civitas, Madrid, 1977, pág. 467, BAYONA DE PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, M.ª T.: *Compendio de Derecho Financiero*, *op. cit.*, pág. 296, MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., POVEDA BLANCO, Fco.: *Derecho Tributario*, 2004, *op. cit.*, pág. 193, MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., CASADO OLLERO, G., TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 15.ª edición, 2004, *op. cit.*, pág. 433, DE LA ROSA VARGAS, G.: «Las garantías específicas del crédito tributario en la transmisión de bienes (I)», *Carta Tributaria*. Monografías, núm. 211, 15 de octubre de 1994, pág. 3, PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Ed. Thomson-Civitas, 11.ª edición, 2001, pág. 254, APARICIO PÉREZ, A.: «Las garantías del crédito tributario» en el *Manual de Derecho Tributario*, SÁNCHEZ GALIANA, J.A. (coord), Ed. Dodeca-Comares, Granada, 2000, pág. 470, MENÉNDEZ MORENO, A.: *Derecho Financiero y Tributario, Parte General, Lecciones de Cátedra*, Lex Nova, Valladolid, 2000, 1.ª Ed, pág. 301, CARRERA RAYA, Fco. J.: *Manual de Derecho Financiero. Vol. II. Derecho Tributario*, Tecnos, pág. 91 y MARTÍNEZ LAGO, M. A.: *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*, *op. cit.*, pág. 206, LAGO MONTERO, J. M.ª y GUERVÓS MAILLO, M.ª A.: «Las garantías del crédito tributario (Comentario a los artículos 71, 72, 73, 74, 75 y 76 LGT)», *Revista de Hacienda Local*, núm. 88, Enero-Abril, 2000, pág. 140, MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: «Garantías y extinción», en el *Manual de Derecho Tributario*, SÁNCHEZ GALIANA, J.A. (coord), Ed Comares y Dodeca. Granada, 2001, pág. 128, CALVO ORTEGA se refiere a esa garantía como una *preferencia limitada*. CALVO ORTEGA, R.: *Curso de Derecho Financiero I. Derecho Tributario. Parte General*, Ed. Civitas, 3.ª ed., 1999, pág. 249.

El Estado posee una hipoteca legal tácita sobre todo el patrimonio de sus deudores, los contribuyentes, en los casos en que estos incurran en alguno de los presupuestos de hecho en los que esté previsto que el mecanismo de esta garantía deba ponerse en marcha⁸⁵. Se trata, con diferencia como veremos, del medio más eficaz de cuantos cuenta la Hacienda para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, dado que el derecho de prelación especial del artículo 78 LGT posee la condición de *primera hipoteca*, esto es, que otorga la facultad a su titular de anteponerse, para el cobro de las «*deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior*», incluso al tercer adquirente que inscribiera su título en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el Registro la llegada del documento en que se contenga el derecho de la Hacienda que se pretenda inscribir o anotar. Mientras un acreedor sin prerrogativas no puede señalar individualmente el objeto patrimonial con el que pretende resarcirse, ya que de su crédito responde todo el patrimonio indiscriminadamente, en caso del Estado, el bien que forma parte del aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible de un impuesto es sobre el que recae de forma directa e inmediata el poder de agresión y persecución de la citada hipoteca legal.

4.1. Naturaleza jurídica del derecho de prelación especial de los artículos 78 LGT y 65 RGR.

4.1.1. Posicionamientos existentes en la doctrina y la jurisprudencia en torno a la naturaleza del derecho de prelación especial.

La diversidad de nomenclaturas que la doctrina y la jurisprudencia han arrojado sobre esta figura solo resulta comparable a la multiplicidad de tesis existentes sobre su naturaleza. Esta falta de homogeneidad encontró su causa principal en la ausencia de unanimidad que en los grupos normativos examinados, integrantes de la historia normativa de este instituto, ha existido a la hora de definir la naturaleza jurídica de esta garantía técnica del crédito tributario español⁸⁶. De entre la maraña de propuestas existentes sobre la naturaleza de este instituto cabe destacar en primer término una tendencia, principalmente integrada por la jurisprudencia, a concebir el expediente del artículo 78 LGT como una simple preferencia de cobro⁸⁷.

⁸⁵ MOLINA GARCÍA, A.: *La prelación de créditos del Estado*, op. cit., pág. 24.

⁸⁶ Así, por ejemplo, tenemos que los artículos 168 LH de 1869 y 271 de la LH de 1944-46 calificaron de *hipoteca legal* esta figura. Por otro lado, el artículo 218 de la citada LH de 1869, el artículo 1.923.1.º, el artículo 194 LH de 1944-46 y el artículo 73 LGT de 1963 se referían a la misma como *preferencia* mientras que el artículo 12 LACH de 1911 hizo lo propio utilizando el término *prelación*. Fue el artículo 35 RGR de 1990 el que bautizó por primera vez al expediente que estamos analizado como *hipoteca legal tácita*, inaugurando una tendencia seguida hoy por los artículos 78 LGT de 2003 y 65 RGR de 2005.

⁸⁷ A nivel doctrinal, el Equipo de Redacción de la revista *Jurisprudencia tributaria* afirmó, en una línea claramente personalista respecto a la naturaleza de la garantía del entonces artículo 73 LGT que: «*La Ley, a nuestro modo de ver, no otorga, sin embargo, derecho real alguno sobre el bien gravado por el mero hecho de construir un tributo sobre el mismo*». De igual modo se afirma que: «*De ahí que reducir el privilegio del artículo 73 LGT a una "hipoteca legal" no sea exacto si con ello se rebaja esta prelación del crédito hasta el nivel de la hipoteca, que queda muy por detrás en la ordenación preferente del Código Civil y en función de su fecha de inscripción, lo que, obviamente, no puede afectar a un privilegio como el de las Haciendas Públicas, directamente otorgado por el mismo Código y sin necesidad de inscripción*». Equipo de Redacción.: «¿Existe la "Hipoteca Legal Tácita" del artículo 73 de la LGT? Una interpretación heterodoxa. Sentencias comentadas: STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 1998 (JT 1988, 1149)», *Revista de Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 15, 1998, págs. 12 y 13. En esta línea, los profesores BAYONA DE PEROGORDO y SOLER ROCH consideran que esta garantía posee una naturaleza «*análoga*» a la del privilegio del artículo 71 LGT. BAYONA DE PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, M.ª T.: *Compendio de Derecho Financiero*, op. cit., pág. 300.

Como cabe suponer, esta opción reduce la hipoteca legal tácita a un derecho personal de prelación que instituiría en este caso una suerte de privilegio especial, en tanto que referido a un bien o bienes determinados («*bienes o derechos inscribibles en un Registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos*»). Se trataría, además, de una preferencia cuyo ámbito de sujetos afectados por la misma excedería del cúmulo de acreedores concurrentes del contribuyente para implicar también a cualquier otro acreedor o adquirente, venciendo incluso las excepciones que vimos a la eficacia del privilegio general del artículo 77 LGT («*acreedores de dominio, prenda o hipoteca*»). Esta solución se encuentra mantenida, entre otras, por la STS de 15 de junio de 1974 (RJ 1974\2639) y las SSTSJ de Baleares de 10 de diciembre de 1996 (JT 1996\1490), de Cataluña de 10 de julio de 1997 (JT 1997\964), de Cantabria de 25 de noviembre de 1997 (JT 1997\1398) o de La Rioja de 7 de octubre de 1996 (JT 1996\1195)⁸⁸. No obstante, cabe apuntar que esta construcción en torno a la naturaleza del instituto contenido en el artículo 78 LGT difícilmente puede sostenerse sobre la base de un mero *privilegio especial simple*, esto es, un privilegio desvestido de todo tipo de pretensión o apósitos jurídico-reales otorgados en su defensa.

En el otro extremo de las tesis existentes en torno al privilegio especial del crédito tributario español se sitúan aquellos que estiman que la esencia del mismo consiste en un derecho real de garantía, en particular, una *hipoteca legal*, pues su constitución no deriva del acuerdo negocial de las partes sino directamente de la ley, y *tácita*, pues nace sin que su acceso al Registro de la Propiedad, a través de anotación preventiva, altere su rango⁸⁹. Entre estos dos planteamientos básicos recogidos acerca de la naturaleza de la garantía

⁸⁸ La última de las sentencias referidas establece en su FJ 4.º: «*Esta Sala no considera aplicable al supuesto la garantía del crédito tributario establecida en el artículo 73 LGT, al referirse esta a supuestos en que exista una concurrencia de créditos. En estos supuestos el privilegio de la Hacienda pública (incluida la Hacienda Local) consiste en una prelación que podrá ejercerse frente a todos los acreedores o adquirentes, aunque estos hayan inscrito sus derechos*». Se insertan además entre las filas de esta concepción de la naturaleza del artículo 78 LGT: la SSTSJ de Galicia de 5 de marzo de 1999 (1999\592), de Madrid de 15 de abril de 2002 (2002\235782), de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 1998 (JT 1998\1149) y la RDGRN de 20 de enero de 1960 (1960\117).

⁸⁹ Entre los autores: GÓMEZ CABRERA, C. en: *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales (Prelación, garantías, tercerías, ejecuciones preferentes, suspensiones de pagos y quiebras)*, op. cit., pág. 97, RODRÍGUEZ BEREJO, A.: en «Las garantías del crédito tributario», op. cit., pág. 195 y en «Comentarios a los artículos 71 a 76» en *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, op. cit., pág. 645, SERRERA CONTRERAS, P. L.: «La anualidad corriente en la hipoteca legal tácita por contribuciones», op. cit., pág. 9, FALCÓN Y TELLA, R.: «Las garantías del crédito tributario: Perspectivas de reforma», op. cit., pág. 920, SIMÓN ACOSTA, E.: «La hipoteca legal tácita en garantía de las deudas tributarias (arts. 71 a 75 LGT)» en *Comentarios a la LGT y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando SAINZ DE BUJANDA*, IEF, Madrid, 1991, Vol. II, pág. 1.082, ZABALA RODRÍGUEZ-FORNÓS, A., LLOPIS GINER, F., DAGO ELORZA, I.: *Aspectos sustantivos y procedimentales de la recaudación (Comentario al RD 1684/1990)*, CISS, op. cit., pág. 240, MUÑOZ MERINO, A.: *Privilegios del crédito tributario. El Derecho de Prelación General*, op. cit., pág. 49, MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: «Garantías y extinción», en el *Manual de Derecho Tributario*, SÁNCHEZ GALIANA, J. A. (coord.), op. cit., pág. 126, FERREIRO LAPATZA, J. J.: *La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)*, 2004, Ed. Marcial Pons, 2004, Madrid, pág. 159, CAZORLA PRIETO, L.M.º: *Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, Ed. Thomson-Civitas, 2000, pág. 397, AAVV: *La nueva Ley General Tributaria. Guía comentada*, Ed. Quantor, 2004, pág. 103, PROFESORES DEL CEF.: *Ley General Tributaria (Ley 58/2003), Comentarios y casos prácticos*, Ed. CEF, 2004, pág. 335, GARCÍA NOVOA, C.: «La necesaria modificación de las garantías del crédito tributario en una futura LGT», op. cit., pág. 84, TRUJILLO GONZÁLEZ, E.: «Prelación de la Hacienda en el cobro del crédito tributario y las tercerías de dominio», op. cit., pág. 142 y ARNÁIZ ARNÁIZ, T.: «Actuaciones y procedimiento de recaudación» en la obra: AAVV: *Visión práctica de la nueva LGT*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 217. En la jurisprudencia esta postura se postula, entre otras, en la STC de 31 de enero de 1986 (RTC 1986\14), del TS de 12 de marzo de 1951 (RJ 1951\995), de 29 de noviembre de 1962 (RJ 1962\4749), de 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988\9827) y de 30 de marzo de 1993 (RJ 1992\2540); en las SSTSJ de Cantabria de 25 de noviembre de 1997 (JT 1997\1398), de Cataluña de 8 de julio de 1995 (RJCA 1995\496), de 4 de marzo y 10 de julio de 1997, 26 de marzo de 1998 (JT 1997, 455, 964 y JT 1998\831) y de 28 de septiembre de 2000 (JT 2000\1563), de 25 de enero, 1 de febrero, 22 y 29 de marzo, 12 de abril, 3 de mayo, 28 de septiembre, 2 y 9 de noviembre de 2001 (JUR 2001, 145871, JT 2001, 949, JUR 2001, 208551, JT 2001, 1119, JUR 2001, 222790, JUR 2001, 244305 y JUR2001, 19328, JT 2001, 585 y JUR 2001,

del crédito formulada en el artículo 78 LGT, pueden encontrarse una serie de posturas intermedias como la mantenida en determinadas resoluciones judiciales consistente en afirmar el carácter privilegiado de la citada garantía sin desconocer, paralelamente, la naturaleza hipotecaria que le es predicable. Así por ejemplo, puede citarse la STS de 26 de febrero de 1980 (RJ 1980\534) que en su FJ 3.º establece: «...el privilegio de que el Estado goza en forma de hipoteca legal tácita, ...», o la STSJ de Murcia de 28 de septiembre de 1999 (JUR 1999\242146) donde se mantuvo en su FJ 2.º que: «Cuestión distinta de la anterior es la preferencia que el artículo 73 de la Ley General Tributaria otorga al Estado, Provincia o Municipio para el cobro de las deudas tributarias, denominada "hipoteca legal tácita", y que consiste en una prelación frente a cualquier otro acreedor o adquirente...»⁹⁰. En esta última línea, RUIZ HIDALGO⁹¹ parece apostar por una naturaleza mixta del derecho del artículo 78 LGT en el sentido señalado al calificarlo de «derecho de prelación absoluto de la Hacienda estatal y local frente a todos los acreedores» (los subrayados no están en el original). Como puede observarse, esta autora no duda en imputar al derecho personal de prelación un rasgo genuinamente real cual es el de la eficacia *erga omnes*. Por su parte, las SSTS de 26 de febrero de 1980 (RJ 1980\534) y de 17 de marzo de 1978 (RJ 1978\1052), en la órbita de la concepción del derecho de prelación especial como una garantía real, entienden a este como una *carga pública «ope legis»*⁹² que flotaría, como si de una carga real se tratara, sobre los «bienes o derechos inscribibles en un Registro público» y al margen del normal juego de los principios hipotecarios, en especial, del principio de prioridad⁹³. Esta construcción podría desarrollarse del siguiente modo: como sabemos, las cargas reales constituyen un subtipo de las obligaciones *propter rem*⁹⁴ y consisten en un gravamen, en este caso la hipoteca legal tácita, que recae objetivamente sobre un bien –generalmente un fundo, constitutivo de la materia imponible gravada por los tributos garantizados por la hipoteca legal tácita–, por el que cualquier propietario –los terceros adquirentes del bien sujeto a gravamen– del mismo está obligado a realizar prestaciones positivas (en nuestro caso, el pago del crédito tributario) a favor del dueño de otro fundo o de una persona determinada (la Hacienda pública), produciéndose una acción real sobre el bien gravado en caso de incumplimiento del deber en cuestión.

Debemos dejar constancia igualmente de una postura jurisprudencial minoritaria, mantenida por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 1988 y asentada en las SSTSJ de Murcia de 26 de mayo de 1997 (JT 1997\671) y de Canarias (Las Palmas) de 7 de diciembre de 1995 (JT1995\1766),

84322); del TSJ de Castilla y León de 15 de enero 2001 (JT 2001\37) y de 3 de julio de 2002 (JUR 2002\196899), del TSJ de La Rioja de 21 de julio de 1997 (JT 1997\1145), del TSJ de Canarias de 27 de julio de 2001 (JUR 2001\15709) y la resolución del TEAC de 22 de febrero de 1995 (JT 1995\463).

⁹⁰ Sentencias tomadas de: ARRANZ DE ANDRÉS, C.: «La hipoteca legal privilegiada de la Ley General Tributaria. Aproximación jurisprudencial», Cuadernos de Aranzadi. *Jurisprudencia tributaria*, núm. 32, Ed. Thomson-Aranzadi, 2004, págs. 26 y 27.

⁹¹ RUIZ HIDALGO, C.: «La suspensión de pagos y el derecho de abstención de la Hacienda Pública», *op. cit.*, págs. 80 a 81.

⁹² La citada STS de 26 de febrero de 1980 establecía que la hipoteca legal tácita es: «una carga pública "ope legis" que recae de modo directo e inmediato sobre el bien sujeto del acto imponible, se haya o no dispuesto de él, aún con anterioridad al embargo, total o parcialmente». A su vez, la STS de 17 de marzo de 1978 califica la preferencia «a manera de hipoteca legal tácita –aunque propiamente se trate de una simple carga pública, sustancialmente marginada del juego propio de los principios hipotecarios–». Sentencias obtenidas en: LOZANO CABALLERO, J. M.ª: «Título XVII. De la concurrencia y prelación de créditos» en la obra colectiva: AAVV: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. Tomo II. Artículos 1.088 a 1.976*. PASQUAU LIAÑO, M. (direcc.), *op. cit.*, pág. 3.384. También la STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 1989.

⁹³ ZABALA RODRÍGUEZ FORNÓS, A., LLOPIS GINER, F., DAGO ELORZA, I.: *Aspectos sustantivos y procedimentales de la recaudación (Comentario al RD 1684/1990)*, CISS, *op. cit.*, pág. 240.

⁹⁴ Díez PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, *op. cit.*, pág. 44.

en virtud de la cual, el privilegio del antiguo artículo 73 LGT no podrá ser distinto de un derecho real de afección sobre un bien ⁹⁵, lo que implicaría la aplicación mecánica del régimen jurídico previsto por el artículo 41 en la anterior LGT para el ejercicio de este derecho ⁹⁶.

4.1.2. Teoría de la «estructura jurídica compleja» de la hipoteca legal tácita. Apuntes sobre su eficacia.

A nuestro juicio, las dos concepciones exclusivistas que hemos repasado en la doctrina y en la jurisprudencia simplemente logran aproximarse a la realidad del expediente garantista contenido en el artículo 78 LGT, al centrarse solamente en determinadas facetas de su naturaleza jurídica, no llegando a aprehender esta en su totalidad. Así pues, aquellas tesis que conceptúan a la hipoteca legal tácita como un derecho real no pueden dar la espalda a la *preferencia de cobro* que constituye el núcleo esencial de esta garantía; de igual modo, calificar esta garantía como una preferencia de cobro «*químicamente pura*» ⁹⁷ implicaría desconocer el importante componente de efectos jurídico-reales que comporta la figura objeto de estudio, entre los que se encuentran su oponibilidad *erga omnes*, y no solo a los acreedores concurrentes con la Administración tributaria, la *reipersecutoriedad* y el poder de ejecución, que constituyen notas típicas de los derechos reales de garantía. La hipoteca legal tácita a favor de la Hacienda constituye un supuesto de *causa de preferencia especial de origen legal* en la que encontramos amalgamados diversos componentes que resulta preciso aislar de cara a alcanzar un juicio analítico completo sobre su naturaleza. Desde nuestro punto de vista, es posible identificar, en primer término, por su nomenclatura normativa expresa y por su virtualidad ajena a la voluntad o actividad de las partes y al juego de las disposiciones relativas a la publicidad legal de las hipotecas ⁹⁸, una *hipoteca legal tácita* ⁹⁹. Avanzando un paso más en el análisis propuesto, en la mentada hipoteca legal hallamos, como en todo derecho real de garantía, un complejo jurídico unitario desde el punto de vista funcional (lo que denominamos *estructura jurídica compleja*) formado por la acción ejecutiva, el derecho de persecución y el privilegio o derecho de preferencia ¹⁰⁰, entendido este como el derecho a satisfacerse sobre el producto del bien o bienes determinados (*principio*

⁹⁵ En su FJ 2.º, la referida STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 1988, al negar la condición de hipoteca legal tácita del instituto del artículo 73 de la anterior LGT, llega a negar la misma existencia dogmática de aquella categoría jurídica: «*Aunque la garantía que venimos considerando se denomine Hipoteca Legal y, se incluya por la Ley Hipotecaria en la subsección quinta de su Capítulo quinto, bajo aquel epígrafe de "De otras hipotecas legales", realmente no es tal y no se le denomina así por la misma legislación, sino por su preferencia sobre cualquier otro acreedor en cuanto al crédito a que aquella se refiere, a favor de las personas u organismos de que se trata. Así vemos que utiliza esa denominación de preferencia, el número 7 del artículo 168 y los artículos 194 y 196 de la Ley Hipotecaria; así como los números 1.º y 2.º del artículo 1.923 del Código Civil. No estamos ante una hipoteca. No existen hipotecas legales tácitas.*»

⁹⁶ Equipo de Redacción: «¿Existe la "Hipoteca Legal Tácita" del artículo 73 de la LGT? Una interpretación heterodoxa. Sentencias comentadas: STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 1998 (JT 1988, 1149)», *op. cit.*, pág. 9. Como sabemos, el artículo 41 de la anterior LGT establecía el régimen de derivación de la acción recaudatoria a los responsables subsidiarios.

⁹⁷ GARCÍA NOVOA, C.: «Elementos de cuantificación de la obligación tributaria» en la obra colectiva *La nueva Ley General Tributaria*. AAVV, CALVO ORTEGA, R. (dir.), TEJERIZO LÓPEZ, J.M. (coord.), *op. cit.*, pág. 347.

⁹⁸ Las hipotecas tácitas han venido sometidas tradicionalmente a críticas basadas en su existencia al margen de toda publicidad, incluso sin respeto a la especialidad y determinación exigibles en todo gravamen. ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A. en AAVV: *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria*, HUESCA BOADILLA, R. (Coord.), *op. cit.*, pág. 548.

⁹⁹ El concepto clásico de *hipoteca legal* es el emanado por ROCA SASTRE en relación a la LH de 1861, que perdura aún hoy: «*aquellas hipotecas, cuya constitución, otorgada en el correspondiente título debidamente inscrito, la ley da derecho a exigir, en determinados casos, en garantía de ciertos intereses necesitados de protección especial.*» ROCA SASTRE, R. M.ª: *Derecho Hipotecario*. Vol. IV. 2.º, *op. cit.*, pág. 589.

¹⁰⁰ ROCA SASTRE, R. M.ª: *Derecho Hipotecario*. Vol. IV. 1.º, *op. cit.*, pág. 190 y ss. y GARRIDO, J. M.ª: *Tratado de las preferencias del crédito*, *op. cit.*, pág. 65, nota al pie núm. 97.

de especialidad¹⁰¹) del patrimonio del deudor con prioridad a los demás acreedores, privilegio que en el caso que estudiamos del derecho de prelación especial del artículo 78 LGT, reviste una determinada especialidad tal y como de inmediato expondremos. En este conjunto armónico de elementos típicos de toda garantía real (en nuestro caso, el expediente dogmático de la hipoteca legal tácita), el acreedor (la Hacienda pública) ve protegido, como vimos al referirnos líneas arriba—epígrafe 3.4— al privilegio inherente a la garantía real del artículo 79 LGT, a través del derecho real de garantía en cuestión, el derecho de preferencia que reforzaba a su vez su derecho de crédito¹⁰².

Llegados a este punto, resulta preciso realizar una advertencia en orden a evitar confusiones: la preferencia no puede ni debe entenderse, como lleva a cabo parte de la doctrina¹⁰³, como un reflejo o consecuencia de la existencia de un derecho real sino, exclusivamente, de un derecho de preferencia. Lo contrario supondría hacer extensiva al derecho de preferencia la absolutividad de los derechos reales y la consiguiente proclamación del principio de prioridad temporal como criterio de resolución de conflictos entre acreedores, impidiéndose de esta forma una explicación de los privilegios que, como el derecho de prelación especial del artículo 78 LGT, priman sobre las garantías reales. La anteposición de la hipoteca legal del citado artículo sobre los derechos reales, incluso hipotecas, inscritos con anterioridad, no es consecuencia de su carácter tácito, sino del carácter privilegiado que se ha añadido a esta¹⁰⁴. Esta especial eficacia del derecho de preferencia o privilegio que se inserta en la estructura de este instituto de aseguramiento del crédito tributario, justificada en la necesidad de protección del interés insito en dicho

¹⁰¹ Entendemos que la proyección de la *hipoteca legal tácita* sobre un bien o bienes determinados procede de la conjunción del *principio de especialidad hipotecaria*, que ciñe su carga al bien específicamente gravado por el crédito tributario garantizado, y de la condición *especial* del privilegio que incorpora esta garantía, que implica el despliegue de la eficacia de aquel sobre el producto derivado de la realización del valor de un determinado o determinados bienes.

¹⁰² No podemos compartir la opinión de ROCA SASTRE en virtud de la cual, «*la hipoteca a favor del Estado, las provincias y los pueblos por el importe de una anualidad vencida y de la corriente de los tributos que pesan sobre los bienes inmuebles de los contribuyentes, tiene la naturaleza de hipoteca legal tácita, y a veces solidaria, lo que hace de ella más bien una afectación derivada de un crédito singularmente privilegiado*» (el subrayado es nuestro). En ningún caso puede concebirse, entendemos, la generación de un derecho real a partir de un derecho personal como lo es un derecho de preferencia. La secuencia debe ser la relatada en el texto: el crédito resulta reforzado por el derecho de preferencia, cuya conservación se asegura, a su vez, gracias al derecho real, que no surge de aquel. No obstante la imposibilidad ontológico-dogmática señalada, esto no obstaría a que, *a sensu contrario*, de un determinado derecho real de garantía pudiera derivarse una cierta «*virtualidad prelativa*» (nunca un privilegio crediticio sustantivo) originada por determinadas circunstancias tales como, por ejemplo, el eventual juego de los principios registrales. ROCA SASTRE, R. M.^a: *Derecho Hipotecario*. Vol. IV. 2.º, *op. cit.*, pág. 917. En la línea marcada por este autor pueden citarse las SSTs de 17 de marzo de 1978 (RJ 1978\1052) y de 3 de mayo de 1988 (1988\3874), en las que se habla de la hipoteca legal tácita como una «*afectación derivada de un crédito singularmente privilegiado...*». De igual modo, en la STS de 25 de septiembre de 1985 (RJ 1985\4408) encontramos la siguiente afirmación: «*...dichos créditos singularmente privilegiados afectan a tales bienes como si de una hipoteca legal tácita se tratara...*». Sentencias obtenidas de: ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal privilegiada de la Ley General Tributaria. Aproximación jurisprudencial*, *op. cit.*, pág. 31.

¹⁰³ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Estudios sobre garantías reales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 145 a 150

¹⁰⁴ CÁRDENAS, Fco.: «*Vicios y defectos de la legislación hipotecaria. Reformas que deben hacerse en ella y examen de algunas disposiciones del proyecto de Código civil sobre esta materia*», *El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración*, tomo 12, 1852, págs. 19 y 20, citado en ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal privilegiada de la Ley General Tributaria. Aproximación jurisprudencial*, *op. cit.*, pág. 31, nota al pie núm. 6. Un determinado sector doctrinal hace recaer la causa de la anteposición de la hipoteca legal tácita a cualquier hipoteca o inscripción registral en la «*afectación*» de los impuestos o contribuciones impagadas sobre los bienes que se pretenden responsabilizar con el embargo. CASADO OLLERO, G., FALCÓN y TELLA, R., LOZANO SERRANO, C. y SIMÓN ACOSTA, E.: *Cuestiones tributarias prácticas*, 2.ª ed., La Ley, Madrid, 1990, págs. 613 a 615, MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: «*La prelación del artículo 73 de la Ley General Tributaria en relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*», *op. cit.*, págs. 276 a 277 y RUIZ HIDALGO, C.: «*La suspensión de pagos y el derecho de abstención de la Hacienda Pública*», *op. cit.*, pág. 81.

crédito ¹⁰⁵, constituye la especificidad a la que nos referíamos líneas arriba y la causa del calificativo «privilegiada» que debe añadirse a la fórmula *hipoteca legal tácita*. El mentado privilegio es de una virtualidad prelativa tal que eleva el derecho real de hipoteca que le acompaña a la categoría de *primera hipoteca* ¹⁰⁶, antepuesta, por tanto, en rango, a todas las hipotecas, aun las inscritas con anterioridad ¹⁰⁷, lo que supone que su ejecución purgará todas las demás que aparezcan constituidas sobre la finca ¹⁰⁸. De igual forma, el ser primera hipoteca supone que perjudicará a cualquier tercer adquirente con independencia de su adquisición y/o de su inscripción en el Registro ¹⁰⁹. El caso de hipoteca legal privilegiada a favor del Estado, CCAA y Entidades Locales sobre los bienes inmuebles sobre los que graven impuestos por la última anualidad de los mismos (art. 194.1 y artículo 78 LGT), son, junto a la hipoteca de los aseguradores sobre el inmueble asegurado (art. 196 LH), los dos únicos supuestos de hipoteca legal tácita privilegiada que existen en el Derecho español ¹¹⁰.

¹⁰⁵ Como refiere SOLCHAGA LOITEGUI: «El interés público inmanente en la efectividad de los créditos tributarios, justifica este carácter privilegiado de tales créditos». SOLCHAGA LOITEGUI, J.: *recensión a la obra de MOLINA GARCÍA, A. La prelación de créditos del Estado, op. cit., pág. 374.*

¹⁰⁶ Como expresó la STS de 17 de marzo de 1978 (RJ 1978\1052), la hipoteca legal tácita se halla: «...sustancialmente marginada del juego propio de los principios hipotecarios».

¹⁰⁷ Por todo lo dicho, no nos parece acertado lo afirmado en las SSTs de 23 de diciembre de 1983 y de 21 de diciembre de 1979 [RJ 1983\6998 y 1979\4448, respectivamente] en virtud de las cuales son referentes al privilegio los actos de disposición anteriores a la realización del crédito a través del procedimiento de apremio así como la hipoteca inscrita con anterioridad a dicha realización.

¹⁰⁸ Como expone la RDGRN de 22 de noviembre de 1974 (RJ 1974\5055) en su FJ 1.º: «Que el Estado goza, con arreglo a los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 130 del Estatuto de Recaudación de 1948 (...) una preferencia sobre los bienes de los contribuyentes para el cobro de los impuestos, que tiene el carácter de hipoteca legal y anterior a todas las otras que pudieran existir, aunque estén ya inscritas, siempre que se refiera al importe de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones que directa e individualmente recaen sobre los inmuebles, ...», y en su FJ 2.º: «...con la ineludible consecuencia de extinguir una hipoteca anterior no preferente y que, de no ser por aquellas circunstancias, según las disposiciones hipotecarias vigentes, debería subsistir» (los subrayados son nuestros).

¹⁰⁹ Así pues, incluso el *escudo* que diseña el artículo 34 LH para el llamado *tercero hipotecario* o *tercero registral*, cederá ante la extraordinaria virtualidad de la hipoteca legal tácita. La STS de 22 de febrero de 1995 (JT 1995\463) afirma que: «el crédito tributario es preferente incluso frente a los acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito con anterioridad a la fecha en que consta inscrito el derecho de la Hacienda Pública, en los supuestos en que el crédito tributario esté amparado por la hipoteca legal tácita». GÓMEZ CABRERA, C.: «Las garantías inmobiliarias del crédito tributario local», en la obra colectiva: *Estudios sobre fiscalidad inmobiliaria y doble imposición interna*, Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 415. De igual modo que, como vimos, el equivalente, por eficacia, al privilegio general del artículo 77 LGT en el ámbito de la protección jurídica del salario frente a los acreedores del empresario venía encarnado en el privilegio del artículo 32.3 ET, el correlato a la hipoteca legal tácita en el citado ámbito se encontraría en el «superprivilegio» (como lo ha calificado la doctrina laboralista) del artículo 32.1 ET, en la medida en que supone una preferencia sobre «cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca». No obstante, a diferencia de aquella, este *superprivilegio* no encuentra limitación alguna por razón de tiempo, sino exclusivamente desde el punto de vista de la cuantía de la retribución debida por el empresario («a los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional»). MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 9.ª edición, 2000, pág. 613.

¹¹⁰ No obstante, pueden asimilarse a estas hipotecas la preferencia establecida a favor de la Comunidad de Propietarios (art. 9 LPH). A título comparativo podemos aducir que en el ordenamiento jurídico italiano encontramos, aunque de forma marginal, un instituto equivalente a las hipotecas legales tácitas privilegiadas españolas: la llamada *hipoteca privilegiada* que la doctrina ha analizado como una hipoteca a la que se añade un privilegio y prevalece sobre las hipotecas anteriores. CHIRONI, G. P.: *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno, op. cit., pág. 147*. Según GARRIDO, las hipotecas legales son indistinguibles de los privilegios inmobiliarios, razón por la que en la doctrina francesa se habla de «privilegios inmobiliarios» mientras que otros autores prefieren la denominación de «hipotecas legales privilegiadas». GARRIDO, J. M.ª: *Tratado de las preferencias del crédito, op. cit., pág. 94, nota al pie núm. 186.*

4.2. Ámbito objetivo: constatación de los impuestos bajo cobertura del derecho de prelación especial del artículo 78 LGT.

En orden a constatar los eventuales espacios dejados por la hipoteca legal tácita a que su ente titular –la Administración tributaria– se vea postergada en la satisfacción de sus derechos de crédito, se hace imprescindible dirigir nuestra mirada, junto con la naturaleza jurídica, al elenco de impuestos cuya exacción se ve beneficiada por esta garantía.

El artículo 78 LGT, de igual forma a como sucedió desde los primeros testimonios normativos de esta garantía, encierra en su presupuesto de hecho una descripción, abstracta, de los tributos a cuyos créditos se extenderá este privilegio especial, a diferencia de lo que acontece, como sabemos, en el supuesto del derecho de prelación general del artículo 77, que asiste a la Hacienda como sabemos en la exacción de todos los créditos de naturaleza tributaria con independencia de la categoría tributaria a la que pertenezcan (art. 2 LGT). En particular, la dicción del artículo 78 LGT, que en nada innova a este respecto a su precedente, habla de: «*tributos que graven periódicamente los bienes o derechos increíbles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos*». En la regulación anterior –comentario el que sigue completamente aplicable a la situación normativa actual–, dada la dicción del artículos 31 LGP y 5 del RGR, cabía pensar que esta garantía podría asegurar no solo tributos sino también cualquier otro recurso de Derecho público. No obstante, dadas las características que deben reunir los recursos citados –*gravar bienes o derechos*–, este privilegio solo resulta predicable a los tributos ¹¹¹.

No obstante y en orden a estrechar lo máximo posible el círculo de tributos, y en especial de impuestos, posiblemente protegidos por la hipoteca legal tácita, debemos detenernos un poco en las características que estos deben reunir, que pueden obtenerse fácilmente de la exégesis del fragmento arriba transcrito del artículo 78 LGT:

- 1.º En primer término, debe tratarse de tributos cuyo hecho imponible tenga vocación de continuidad en el tiempo, esto es, deberán ser periódicos.
- 2.º En segundo lugar, por la referencia al gravamen de «*bienes o derechos...o sus productos*», nos encontramos ante tributos reales o de producto, lo que excluye los personales y sintéticos, referidos a rentas o patrimonios netos de una persona ¹¹², así como aquellos cuyo

¹¹¹ A lo sumo, como indican ZABALA, LLOPIS y DAGO, la hipoteca legal tácita podría extenderse y previa habilitación legal, a obligaciones pecuniarias de índole urbanística o a determinados precios públicos o «cánones». ZABALA RODRÍGUEZ FORNÓS, A., LLOPIS GINER, F., DAGO ELORZA, I.: *Aspectos sustantivos y procedimentales de la recaudación (Comentario al RD 1684/1990)*, CISS, *op. cit.*, pág. 242.

¹¹² Así, no cabría referir la garantía al IRPF. Las SSTs de 24 de marzo de 1983 [1983\1614] y de 31 de diciembre de 1982 [1982\7987](FJ 2.º) (no así la STS de 15 de junio de 1974 [1974\2639]) excluyen del ámbito de aplicación de esta garantía al IS. «*..., es sobre la base necesaria, (...), de que los impuestos o contribuciones impagados afectan a los bienes que se pretendan responsabilizar con el consiguiente embargo, pues de no ser así, en manera alguna puede responsabilizarse al titular dominical de los mismos y tercer adquirente respecto a tales créditos; y por lo que se refiere a los créditos del Impuesto de Sociedades, (...), por tratarse de un impuesto personal que no grava con tal hipoteca tácita los bienes del contribuyente deudor*» (los subrayados son nuestros). Si bien con anterioridad, la STS de 15 de junio de 1974 incluyó al IS entre los afectados por la hipoteca legal tácita. De igual modo, quedaría excluido, por su carácter personal, el ITPAJD –si bien la STS de 15 de junio de 1974 [RJ 1974\2639] concibió como privilegiados los débitos por el antiguo impuesto de transmisiones de bienes– y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelan-

hecho imponible contemple los bienes integrados en un conjunto o actividad ¹¹³. Por todo lo anterior, deberán ser igualmente tributos directos.

3.º A su vez, por «tributos que gravan bienes» deben entenderse aquellos que tienen como hecho imponible u objeto la titularidad de derechos sobre ellos: propiedad, posesión o derechos reales de uso y disfrute. Esto excluiría del ámbito de aplicación de este privilegio a aquellos tributos que no gravan los bienes a pesar de que en su hecho imponible intervenga, como un elemento más, la titularidad de derechos sobre los bienes gravados, como sería el caso del IIVTNU ¹¹⁴. Tampoco quedarían incluidos en el referido ámbito de aplicación de esta garantía aquellos tributos cuyo hecho imponible estuviera constituido, no por la titularidad de bienes inscribibles, sino por el saldo patrimonial neto de una persona, caso del Impuesto sobre el Patrimonio ¹¹⁵. La referencia a los *productos* de los bienes inscribibles, que deben proceder directamente de dichos bienes –lo que excluiría el precio de enajenación así como excluiría a los tributos cuyo hecho imponible recayera sobre la totalidad de los rendimientos de una actividad económica o conjunto patrimonial, así como a aquellos otros que se devengarán con razón de una transmisión– ¹¹⁶.

4.º En último lugar, los bienes o derechos deberán ser «inscribibles en un registro público». Como indica GARCÍA NOVOA, por Registro público debe entenderse, no cualquier registro de acceso

te, IIVTNU). En relación a esta última afirmación: ZABALA RODRÍGUEZ FORNÓS, A., LLOPIS GINER, F., DAGO ELORZA, I.: *Aspectos sustantivos y procedimentales de la recaudación (Comentario al RD 1684/1990)*, CISS, *op. cit.*, pág. 242.

- ¹¹³ El Impuesto municipal sobre Actividades Económicas (en adelante IAE) no encajaría, por la razón indicada, en el tipo diseñado en el artículo 78 LGT a pesar de ser un impuesto real, periódico, objetivo, y directo, pues grava el mero ejercicio de un actividad económica y, por lo que a nosotros interesa a efectos del privilegio especial, la titularidad de patrimonio. Como sabemos, cuando el empresario o profesional ejerzan su actividad en local determinado se le aplicarán el denominado índice de situación que pondera la situación física del local dentro de cada término municipal, atendiendo a la categoría de la calle donde radique (art. 87 TRLHL). CAZORLA PRIETO, L. M.: *Impuesto sobre Actividades Económicas y Deporte*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 89 y 125, nota al pie núm. 196. La STS de 15 de junio de 1974 [RJ 1974\2639] incluyó el impuesto industrial entre el elenco de tributos protegidos por esta garantía. Para CASANA MERINO el IAE quedaría excluido de esta garantía solo cuando la actividad no se ejerciera en un local. CASANA MERINO, F.: «Las garantías del crédito y los tributos locales», *Revista de Hacienda Local*, núm. 75, Sep/Dic, 1995, pág. 514.
- ¹¹⁴ Los elementos constitutivos del hecho imponible de este impuesto son: el incremento de valor, que se evidencie a través de la transmisión del terreno o de la constitución o transmisión de un derecho real de goce limitativo del dominio sobre los referidos terrenos y que se trate de terrenos de naturaleza urbana. QUESADA SANTIUSTE, F.: *Manual Práctico. Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, Doctrina, supuestos prácticos, formularios, normativa y jurisprudencia*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2001, pág. 32.
- ¹¹⁵ Además de por la razón indicada, el Impuesto sobre el Patrimonio debería resultar ajeno a la hipoteca legal de la Hacienda dada su naturaleza personal, puesta de manifiesto en que el sujeto actúa como aglutinador del hecho imponible, contribuyendo a su configuración. GARCÍA MORENO, A.: «Impuesto sobre el Patrimonio» en la obra A.A.V.V.: *Manual de Derecho Tributario, Parte especial*, MARTÍN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y CAYÓN GALLARDO, A. (Directores), Thomsom Aranzadi, 2004, pág. 442. CASADO, FALCÓN, LOZANO y SIMÓN entienden que este impuesto no grava bienes concretos, y menos, individualmente. CASADO OLLERO, G., FALCÓN y TELLA, R., LOZANO SERRANO, C. y SIMÓN ACOSTA, E.: *Cuestiones tributarias prácticas, op. cit.*, págs. 613 y 614. No obstante, existe alguna opinión favorable a la protección del Impuesto sobre el Patrimonio por el derecho de prelación especial sobre la base de desglosar la cuota tributaria correspondiente al bien o derecho. RODRÍGUEZ BEREJO sí se muestra a favor de la aplicación del precepto al Impuesto sobre el Patrimonio. RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Comentarios a los artículos 71 a 76» en *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras, op. cit.*, pág. 649. La inserción del Impuesto sobre el Patrimonio y el IS en el ámbito objetivo de esta garantía, como preconizan algunos autores, fue calificada por FALCÓN de: «excesos interpretativos». FALCÓN y TELLA, R.: «Las garantías del crédito tributario: Perspectivas de reforma», *op. cit.*, pág. 920.
- ¹¹⁶ SIMÓN ACOSTA, E.: «La hipoteca legal tácita en garantía de las deudas tributarias (arts. 71 a 75 LGT)» en *Comentarios a la LGT y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando SAINZ DE BUJANDA, op. cit.*, pág. 1.084.

público, sino exclusivamente aquellos que recojan la propiedad de los bienes y tengan una eficacia de publicidad material, que faculte la oponibilidad *erga omnes* ¹¹⁷. En el ordenamiento jurídico español gozan exclusivamente de estos caracteres el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, los Libros de Buques y Naves, el Registro de la Propiedad Intelectual y el de Propiedad Industrial ¹¹⁸, no así el Registro de los Permisos de Circulación de Automóviles a cargo de las Jefaturas Provinciales de Tráfico previsto en los artículos 59 y siguientes del Real Decreto Ley 339/1990, de 2 de marzo, del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de los Vehículos a motor y Seguridad Vial, que posee únicamente una función administrativa careciendo de los efectos propios de la publicidad registral. Esta circunstancia impide, a nuestro parecer de modo insalvable, que el Impuesto municipal obligatorio de Vehículos de Tracción Mecánica, impuesto real y periódico que grava la titularidad de bienes –los vehículos de tracción mecánica–, pueda gozar de la protección de la hipoteca legal tácita como algún autor ha defendido ¹¹⁹.

Una vez desgranados los requisitos prescritos en la literalidad del artículo 78 LGT, estamos en condiciones de afirmar que el privilegio crediticio contenido en dicho artículo ve reducidos en la actualidad sus márgenes de aplicación al Gravamen especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades no Residentes de los artículos 40 a 45 (Capítulo VI) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes ¹²⁰ y al IBI, que goza ya de la garantía específica del artículo 64 del TRLHL ¹²¹.

¹¹⁷ GARCÍA NOVOA, C.: «La necesaria modificación de la garantía del crédito tributario en una futura LGT», *op. cit.*, pág. 86.

¹¹⁸ GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales (Prelación, garantías, tercerías, ejecuciones preferentes, suspensiones de pagos y quiebras)*, *op. cit.*, pág. 86.

¹¹⁹ CASANA MERINO, F.: «Las garantías del crédito y los tributos locales», *op. cit.*, pág. 511 y SÁNCHEZ PINO, A. J.: *Problemas fiscales de la suspensión de pagos*, *op. cit.*, pág. 155. GARRIDO entiende que la única posibilidad de incluir este impuesto en la hipoteca legal tácita sería entender el registro de bienes muebles, un registro de gravámenes, como un registro a los efectos del artículo 78 LGT (el RD 1828/1999, de 3 de diciembre, pretende configurar el registro de bienes muebles como «un verdadero registro de titularidades»), GARRIDO, J. M.^º: *Tratado de las preferencias del crédito*, *op. cit.*, pág. 476. Resulta claro que objetivamente el IVTM resultaría morfológicamente apto para gozar de la protección del superprivilegio del artículo 78 LGT: es un impuesto directo que grava la titularidad de los vehículos de tracción mecánica aptos para circular por las vías públicas; real, pues lo fundamental en la determinación del gravamen del impuesto son los vehículos sin que a tal efecto tenga especial trascendencia quién sea la persona titular de los mismos; es periódico, cuyo período impositivo coincide con el año natural, salvo en los casos de primera adquisición de vehículos o de baja de los mismos en el Registro de Vehículos, que determina un período impositivo abreviado. GARCÍA MARTÍNEZ, A., VEGA HERRERO, F. A.: *El impuesto sobre vehículos de tracción mecánica*, Ed. Comares, Granada, 2004, pág. 6.

¹²⁰ El citado artículo 40 establece, con una redacción casi idéntica a la del artículo 32 de la Ley 41/1998 reguladora del IRNR, que: «Las entidades no residentes que sean propietarias o posean en España, por cualquier título, bienes inmuebles o derechos reales de goce o disfrute sobre estos, estarán sujetas al impuesto mediante un gravamen especial».

¹²¹ Las SSTs de 26 de febrero de 1980 [RJ 1980\534] y 3 de mayo de 1988 [RJ 1988\3874] ya extendieron la hipoteca legal tácita a favor de la contribución territorial urbana, que, al igual que la contribución territorial rústica constituye un antecedente del IBI con el que, como aduce MOCHÓN LÓPEZ, guardan una relación de continuidad, no difiriendo este sustancialmente de aquellas. MOCHÓN LÓPEZ, L.: *El valor catastral y los Impuestos sobre Bienes Inmuebles y sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*, Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 12. MARTÍNEZ LAFUENTE constata que tanto la doctrina tributarista como la hipotecarista insertaron las antiguas contribuciones territoriales en el ámbito protector del derecho de prelación del artículo 78 LGT. MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: «La prelación del artículo 73 de la Ley General Tributaria en relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», *op. cit.*, págs. 276 y 277. También resalta esa unanimidad en la doctrina: MARTÍN TIMÓN, M.: *Embargos y tercerías de la Hacienda pública*, *op. cit.*, pág. 142. Según GARRIDO, el antiguo impuesto sobre solares, aglutinado en el actual gravamen del IBI, también gozaba del privilegio crediticio en cuestión. GARRIDO, J. M.^º: *Tratado de las preferencias del crédito*, *op. cit.*, pág. 476.

El derecho de prelación especial del artículo 78 LGT, que nació en el contexto de un sistema tributario en el que apenas existían impuestos personales y en el que la hegemonía estaba en las manos de los tributos reales, aqueja hoy un cierto anacronismo pese al que, no obstante, conserva un campo de acción lo suficientemente significativo –a pesar de sus reducidas dimensiones– como para que, junto a su condición de garantía más poderosa del acervo de las poseídas por el crédito tributario español, quede justificada, entendemos, su conservación en la Sección V –de las «Garantías de la deuda»– del Capítulo IV de su Título II de la LGT.

5. EL PRIVILEGIO TRIBUTARIO EN RELACIÓN CON OTROS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: LA CLASIFICACIÓN Y ORDENACIÓN DE CRÉDITOS

Como último aspecto a tratar en el análisis general de la eficacia de los privilegios del crédito tributario que hemos venido realizando en este trabajo, en el presente epígrafe, consideraremos los privilegios fiscales en su relación e interacción con los demás créditos privilegiados contemplados en el ordenamiento jurídico. Para ello, trataremos de constatar la posición que aquellos ocupan en el sistema de clasificación y prelación de créditos ¹²² contenido en la norma codificadora civil cuya regulación al respecto constituye aún en nuestros días la piedra angular, menoscabada, en esta materia y es que, por lo que a la materia analizada en este epígrafe nos interesa, la inclusión de todos los privilegios de un sistema en un único cuerpo legal favorece enormemente la solución de problemas de graduación de los privilegios y posibilita una visión de conjunto de todas las citadas causas de preferencia que nos permite medir el impacto de las mismas sobre el sistema crediticio en su conjunto.

Entrando ya en materia, el sistema de prelación de créditos en el Cc viene determinado por la distinción entre privilegios especiales mobiliarios (art. 1.922), los privilegios especiales inmobiliarios (art. 1.923), los privilegios generales (art. 1.924) y las reglas para resolver los supuestos de colisión o conflicto entre privilegios (arts. 1.926 al 1.929) ¹²³. Esta graduación separada para las causas de preferencia sobre bienes muebles y sobre bienes inmuebles añade, en orden a elaborar una tología de privilegios, una dificultad extra a la derivada de la existencia de una doble graduación: una en el Cc y otra en el Código de Comercio. La posición que ocupa el crédito tributario en este organigrama resulta, a decir de URÍA ¹²⁴, ciertamente modesta. No le falta razón a este autor dado que a favor de la Administración tributaria el artículo 1.923 Cc reconoce un privilegio (también denominado *singularmente privilegiado*) especial inmobiliario *limitado*, pues señala que tendrán preferencia con relación a determinados bienes muebles e inmuebles y derechos reales del deudor los créditos a favor del Estado sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de la última anualidad vencida y no

¹²² PÉREZ DE AYALA califica como «límites subjetivos» al derecho de prelación de los créditos tributarios la posición ocupada por el mismo en los sistemas de clasificación de créditos. PÉREZ DE AYALA, J. L. y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M.: *Fundamentos de Derecho Tributario*, op. cit., pág. 227.

¹²³ CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de familia*, Madrid, 1959, págs. 48 a 50. Por otro lado, el sistema crediticio del Cc es de una extremada sencillez que puede resumirse del modo que sigue: 1.º) Preferencia de la afección singular (principio de especialidad) 2.º) Subsidiariedad de la afección general (basado en la prioridad escrituraria).

¹²⁴ URÍA FERNÁNDEZ, F.: «La Hacienda pública ante la reforma concursal», op. cit., pág. 102.

pagada de los impuestos que gravitan sobre ellos. Por su parte, el artículo 1.924 reconoce un privilegio general (*sempliciter privilegiado*) a la Hacienda pública en el caso de créditos a favor de la provincia y el municipio por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada no comprendidos en el artículo 1.923.1¹²⁵. Por lo que al Código de Comercio se refiere, los intereses de la Administración tributaria no se ven mejor protegidos pues esta norma codificadora ni siquiera contempla los créditos de la Hacienda entre los privilegiados y solo cabría considerarlos como tales por la vía de sus artículos 913 y 914, que reconocen para el ámbito mercantil la condición de privilegiados a créditos que tuvieran tal condición en Derecho común.

6. CONCLUSIÓN

El examen realizado en las líneas anteriores de la eficacia de los privilegios crediticios previstos en la LGT en garantía de la deuda tributaria, ejecutado sobre el análisis, bien de la dinámica diseñada por parte del legislador de estas figuras –como en el caso del privilegio general del artículo 77 LGT– o a través del escrutinio de la naturaleza jurídica –supuesto de la hipoteca legal tácita del artículo 78 LGT–, arrojan como resultado que las opciones de postergación en el cobro de su crédito por parte de la Hacienda pública en contextos de ejecuciones extraconcursoales encuentran su principal ámbito de materialización en los supuestos en el que los débitos fiscales se vea garantizado en exclusiva por el llamado derecho de prelación general del artículo 77 LGT. En efecto, la configuración finalmente sancionada para este privilegio –aplicable a la generalidad de los créditos tributarios– en la reciente reforma de la norma codificadora tributaria ratificando la opción legislativa que ya se instituyera en la modificación parcial de la mentada norma por parte de la Ley 25/1995, de 20 de julio, y el extraordinario potencial garantista del derecho de prelación especial, constituyen los dos factores que erigen a los titulares de derechos reales inscritos con anterioridad a la fecha de la anotación preventiva de embargo de la Hacienda como los únicos posibles vencedores a esta en los supuestos de concurrencias crediticias verificadas en ejecuciones ajenas a las liquidaciones concursales. Esta solución resulta absolutamente paralela a lo acontecido en determinados países de nuestro entorno como es el caso de Italia, donde la prevalencia de la hipoteca respecto a los privilegios de la Hacienda depende de que aquella haya sido inscrita con anterioridad al acto sujeto al tributo¹²⁶.

¹²⁵ Si se constituyera a favor de la Hacienda una hipoteca o una anotación preventiva de embargo, se aplicarían las reglas contempladas para tales supuestos en los preceptos de preferencia.

¹²⁶ En el caso del impuesto de registro (por ejemplo), antes de la formación del acto sujeto a registro. JEMMA, V. A.: «Privilegi fiscali con particolare riguardo al diritto di seguito dei tributi indiretti», *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, III, Milán, 1956, págs. 459 y 460.