



Roj: **SAP V 2784/2016 - ECLI: ES:APV:2016:2784**

Id Cendoj: **46250370092016100756**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **01/06/2016**

Nº de Recurso: **1012/2016**

Nº de Resolución: **705/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **BEATRIZ BALLESTEROS PALAZON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**ROLLO NÚM. 001012/2016**

**SENTENCIA NÚM.: 705/16**

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

DOÑA BEATRIZ BALLESTEROS PALAZÓN

En Valencia a uno de junio de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON/ DOÑA BEATRIZ BALLESTEROS PALAZÓN, el presente rollo de apelación número 001012/2016, dimanante de los autos de Incidente **Concurzal** - 001394/2013, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a Eduardo , representado por el Procurador de los Tribunales ELENA HERRERO GIL, y asistido del Letrado JOSE REMIGIO CANO-COLOMA ABAD y de otra, como apelados a AEAT, ADMINISTRADOR **CONCURSAL** y Santiago representado por el Procurador de los Tribunales MARIA MERCEDES POLO LOPEZ, y asistido del Letrado ABOGADO DEL ESTADO, PAULA MELO PALOMARES y JOSE LUIS HIGON MARTINEZ, en virtud del recurso de apelación interpuesto por Eduardo .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VALENCIA en fecha 04/04/14 , contiene el siguiente FALLO: " *Que desestimando como desestimo la demanda sostenida por el Procurador Sra. Herrero Gil en la representación que ostenta de D. Eduardo , acuerdo confirmar los terminos del reconocimiento y clasificacion del **credito** de la AEAT que ha venido contemplado por el Administrador **concurzal** en la lista de acreedores que integra el informe rendido en el seno del concurso num. 673/2013 de este Juzgado, y debo confirmar la procedencia de la consideracion del **credito** impugnado de la titularidad de Dña. Santiago como **credito** contra la masa. Sin pronunciamiento en materia de costas procesales. "*

**SEGUNDO** .- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por Eduardo , dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

**TERCERO** .- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Planteamiento.

La representación del concursado D. Eduardo plantea recurso de apelación contra la sentencia de 4 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado Mercantil núm. 1 en el seno del concurso abreviado 673/2013, que resuelve un incidente **concurzal** de impugnación de la lista de acreedores ( art. 96 LC ) que desestimaba la demanda incidental interpuesta por el mismo concursado.

El concursado planteaba demanda impugnando la calificación del **crédito** reconocido a la Agencia Tributaria (en adelante AEAT) por importe de 611.278,36 euros. Solicitaba que se calificara, en su totalidad, como **crédito** subordinado en virtud del art. 92.4 LC al considerar que la **derivación** de responsabilidad basada en el art. **42 LGT** es una sanción.

De forma acumulaba también impugnaba la calificación de **crédito** contra la masa reconocido a D<sup>a</sup> Santiago , exesposa del concursado, en virtud de pensión compensatoria reconocida en proceso de familia, amparado en el art. 84.2.4º LC en concepto de alimentos. Solicita que la totalidad del **crédito** reconocido sea calificado como **crédito** ordinario porque no gozan de la naturaleza de alimentos.

En el incidente **concurzal** se opusieron, en tiempo y forma, los dos acreedores y la Administración **Concurzal** (en adelante AC).

La sentencia de primera instancia desestimó ambas pretensiones, confirmando el informe provisional del Administrador **Concurzal**.

El concursado plantea recurso de apelación frente la sentencia de primera instancia insistiendo en sus pretensiones. Respecto el **crédito** de la AEAT, insiste en que es un **crédito** subordinado en virtud del art. 92.4º LC porque la **derivación** de responsabilidad tributaria se ejerce por la potestad sancionadora de la AEAT, aunque la legislación tributaria no le atribuya tal naturaleza.

No cita normativa ni jurisprudencia que ampare su recurso.

Respecto el **crédito** de D<sup>a</sup> Santiago , reitera que la pensión compensatoria no es una pensión de alimentos y que la totalidad del **crédito** debe ser calificado como **crédito** ordinario.

La AEAT se ha opuesto al recurso de apelación. Alega que hay que diferenciar los arts. **42** y **43 LGT** y que sólo se ha reconocido carácter sancionado al supuesto contemplado en el art. **42.1.a) LGT** , citando jurisprudencia sobre la materia.

La representación de D<sup>a</sup> Santiago también se opone al recurso de apelación, defendiendo que debe reconocerse como pensión de alimentos todos los importes derivados de procesos de familia y, por tanto, también la pensión basada en el art. 97 LC . Igualmente invoca jurisprudencia.

La AC también se opone al recurso de apelación. Respecto el **crédito** reconocido a la AEAT niega el carácter sancionador del mecanismo de la **derivación** de responsabilidad. En relación al **crédito** de D<sup>a</sup> Santiago describe que en un proceso de familia se impuso al concursado 1.500 euros en concepto de pensión compensatoria y 1.500 euros en concepto de pensión de alimentos para cada uno de los hijos, que el concursado ha pagado 600 euros y adeuda 37.000 euros.

Añade que el **crédito** de D<sup>a</sup> Santiago se reconoció como consecuencia del incidente **concurzal** planteado por la acreedor (incidente **concurzal** 1299/2014) y resuelto en la sentencia de 15 de julio de 2015 -anterior a la ahora impugnada- que solicitó el reconocimiento de **crédito** contra la masa respecto las pensiones postconcursoales.

A la vista de las posiciones de las partes del recurso de apelación, existen dos controversias radicalmente distintas acumuladas en el mismo incidente **concurzal** y, por ende, en el mismo recurso de apelación. Sin embargo, deberán ser resueltas separadamente. Se seguirá el mismo orden de impugnación planteado en la demanda.

Por otro lado, conocida y acreditada la existencia de la sentencia de 15 de julio de 2015, dictada por el mismo Juzgado en el mismo concurso, sin que conste que haya sido apelada por el concursado -aquí apelante- habrá que determinar la eficacia que dicha sentencia produce en el presente recurso de apelación.

**SEGUNDO.-** Impugnación del **crédito** reconocido a la AEAT

El fundamento del recurso de apelación planteado por el concursado reconoce que la legislación tributaria no atribuye carácter sancionador al expediente de **derivación** de responsabilidad; y se sustenta, exclusivamente, en que se ejerce por la potestad sancionadora de la AEAT, sin invocar norma o jurisprudencia que lo fundamente.



La pretensión del apelante se sustenta en el art. 92.4 LC , que dispone " serán **créditos** subordinados los **créditos** derivados de multas y sanciones pecuniarias ". Al igual que sucede respecto los intereses y recargos, contemplados en el art. 92.3 LC , el fundamento de esta calificación subordinada radica en se trata de prestaciones accesorias cuya finalidad es incentivar el cumplimiento de una obligación principal tributaria, por lo que tienen carácter coercitivo. Sin embargo, como esta finalidad desaparece tras la declaración del concurso porque ya no es posible requerir de pago al deudor-concurtido y la AEAT queda afectada por el orden y prelación de **créditos** prevista en la Ley **Concursal**, estas obligaciones accesorias se califican como **créditos** subordinados.

La finalidad del procedimiento de **derivación** de responsabilidad del art. **42 LGT** es indemnizar, compensar, garantizar o resarcir al erario público de los daños y perjuicios causados por la empresa como consecuencia de la infracción tributaria cometida, gracias a la colaboración de su administrador social ( STC 164/1995, de 13 de noviembre ). En consecuencia, el importe que la AEAT pueda imponer al administrador tras finalizar el procedimiento, no es una deuda tributaria de naturaleza accesorias, como sí sucede con los recargos, sanciones, multas, etc. sino una deuda autónoma e independiente. Y, este importe abarca tanto el principal, como las multas, los recargos, las sanciones propiamente dichas, los intereses, etc. que se hubieran podido imponer al infractor

Vemos, por tanto, que el concepto de "deuda o pena tributaria" derivada de dicho procedimiento y el concepto de "sanción pecuniaria" son dos nociones diferentes que no se pueden confundir ni identificar. De hecho el propio art. **42 LGT** contempla que en dicho procedimiento se podrán incluir también las "sanciones", lo que denota que son dos conceptos jurídicos distintos.

El hecho de que el procedimiento de **derivación** de responsabilidad del art. **42 LGT** tenga naturaleza o comparta rasgos del procedimiento sancionador, tal como ha concluido la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo (en este sentido, SAN, sección 5ª, de 2 de marzo de 2015 SAN, Sección Séptima, de fecha 28 de enero de 2013 o STS de fecha 10 de diciembre de 2010 y 8 de noviembre de 2010 y la Sentencia de Pleno del TC de 26 de abril de 1990, núm. 76/90 ) no significa que la cantidad resultante de ese procedimiento sea propiamente una "sanción" pues repito, la naturaleza de una y otra deuda son distintos.

Por último, el procedimiento del art. **42 LGT** lo que hace es convertir al administrador social, en responsable solidario de la deuda impagada por el obligado tributario principal al haber colaborado en la comisión de la infracción tributaria por lo que carece de sentido darle una clasificación jurídica distinta a la deuda tributaria impuesta, según estemos en el concurso de la empresa o en el del administrador, como ocurre en este caso.

En conclusión, aunque la naturaleza del procedimiento por el que se deriva la responsabilidad pueda ser sancionadora, la **derivación** de responsabilidad impone una deuda tributaria en sentido amplio y, por tanto, subsumible en el art. 91.4 en relación con el art. 89.3 LC y no una sanción pecuniaria del art. 92.4 LC . Cuestión distinta es que si en esa "deuda tributaria" se tratara de incluir por la AEAT no solo el principal sino también otros conceptos como intereses, recargos o sanciones impuestas al obligado tributario principal, etc. éstos sí que se deberían subordinar por aplicación del art. 92.3 y 4 LC , pero no la totalidad del **crédito** como pretende la parte recurrente.

Por todo lo expuesto, desestimamos el recurso de apelación planteado respecto el **crédito** reconocido a la AEAT.

**TERCERO.-** Impugnación del **crédito** contra la masa reconocido a Dª Santiago .

La AC ha aportado, con su escrito de oposición al recurso de apelación, la sentencia de 15 de julio de 2015 recaída en el incidente **concurso** 1299/2014. Recordemos que, si bien la sentencia aquí impugnada se dictó en fecha 4 de septiembre de 2014, no se interpuso el recurso de apelación hasta que se dictó el auto que cierra la fase común, que sucedió en fecha 22 de julio de 2015. Es decir, el presente recurso se plantea después que se dictara la sentencia aportada y, sin embargo, no se ha acreditado que dicha sentencia haya sido impugnada, por lo que ha devenido firme.

Dicha sentencia expone que el incidente **concurso** se interpuso por la acreedora Dª Santiago con la pretensión que se " *atendieran* " los **créditos** contra la masa por las pensiones de alimentos y pensiones compensatorias postconcursoales, que habían sido reconocidos en la lista de acreedores. Indica el AC en su oposición al recurso de apelación que, precisamente, el **crédito** ahora impugnado se incluyó en la lista de **créditos** contra la masa como reconoce dicha sentencia, que en el fallo acuerda " *Estimando como estimo formalmente la demanda de incidente **concurso** promovida por el Procurador Sra. Hidalgo Cubero en la representación que legalmente ostenta de su mandante Dña. Santiago , procede constatar en esta sede el **crédito** contra la masa titulado por la aquí actora en nombre propio y como representante de su descendencia, proveyéndose en el seno del **Concurso** en los términos enunciados al fundamento jurídico segundo* ".



En ese incidente **concurisal** no se opuso el concursado ni fue parte, razón por la que, probablemente, no ha podido formular recurso de apelación y ha presentado nuevo incidente **concurisal**.

Pues bien, es evidente que dicha sentencia firme de 15 de julio de 2015 produce efectos de cosa juzgada respecto este recurso de apelación. Así se reconoce por la **STS de 13 de abril de 2016** (ROJ: STS 1628/2016): *"(...) En su caso, podía haber propiciado un incidente **concurisal** ( art. 192.1 LC ), cuya resolución por sentencia judicial firme sí que tendría eficacia de cosa juzgada ( art. 196.4 LC ), pero en relación con las partes del incidente y lo que hubiera sido objeto de controversia ( art. 222 LEC ) "*.

Pues bien, en el presente caso concurren todas las circunstancias para apreciar la cosa juzgada. Si bien es cierto que la sentencia impugnada es de fecha anterior a la sentencia aportada por la AC, lo cierto es que la sentencia aportada devino firme (15 de julio de 2015) por falta de impugnación de la parte aquí apelante con carácter previo a la interposición del recurso de apelación (23 de septiembre de 2015).

Dichos requisitos, como establece la **SAP Zaragoza, Sec. 5ª, de 18 de marzo de 2016** (ROJ: SAP Z 552/2016) son los siguientes:

*"(...) su apreciación requiere la precisa concurrencia, entre los supuestos examinados, de un triple requisitos: el subjetivo, el objetivo y la causa de pedir, cuya determinación en el caso concreto puede presentar a veces ciertas dificultades. En cuanto al primer requisito, el subjetivo, éste es, la existencia de las mismas personas en ambos pleitos, o su unión por ciertos vínculos que la Ley establece, fácilmente se comprueba que las mismas personas que intervinieron en el primer pleito actúan en igual condición en este segundo, por lo que la exigida identidad subjetiva concurre sin duda alguna en los dos juicios.*

*Respecto de la identidad de objeto, también se ha dicho con insistencia que la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica, e igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente. En concreto, el artículo 222 viene a decirlo así expresamente: "1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. 2....Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen...". Existe una regla práctica para determinar si los hechos deben quedar subsumidos unos por otros, consistente en tomar la proposición establecida por el fallo anterior y compararla con la que contiene la pretensión que aspira a someter a juicio el litigante: sí ésta segunda proposición, al ser confrontada con la primera, no la contradice y puede coexistir con ella, es porque el punto no estaba decidido, pero si, al contrario, las dos proposiciones se contradicen y aparecen incompatibles es porque la segunda proposición era ya cosa juzgada. Desde esta consideración, ha de entenderse lo que se razona en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2006, entre otras muchas de igual sentido, citada por la actora en su escrito de recurso –Folio 503–, cuando en la misma se dice: "... (Los hechos) deben ser los mismos, sin alcanzar a hechos nuevos producidos tras el primer proceso...", que no es más una reiteración de lo expuesto en el anterior precepto citado.*

*La determinación de la causa de pedir puede ser algo más complicada, así como por tanto la apreciación de su posible identidad entre dos procesos, el resuelto y aquel en que se alegue, pues ha existido cierta confusión en la precisión de su concepto, habiéndose sostenido al respecto varias interpretaciones. En la tesis final se ha sostenido que la causa de pedir es el conjunto de hechos en los que se funda la petición, tratándose de identificar un aspecto de la realidad a la que se aplican unas determinadas consecuencias jurídicas. En los procesos de condena por petición de cantidades, serían los hechos concretos que han dado lugar al nacimiento del derecho de pedir esa determinada cantidad; en los procesos declarativos, la causa consiste en los hechos concretos que hicieron nacer la relación jurídica, y en los procesos constitutivos, la causa son los hechos a los que la norma vincula el efecto de crear, modificar o extinguir la relación jurídica. El Tribunal Supremo tiene dicho que: " La causa de pedir es el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas..." ( Sentencias de 13 de junio de 2005 y 1º de octubre de 2010, entre otras), sin que la esencia del asunto que ahora se examina exija mayores consideraciones, siendo suficiente con lo que acaba de señalarse ."*

En este caso concurre el triple requisito objetivo, subjetivo y de identidad de la causa de pedir. Se trata de dos incidentes concursales planteados en el mismo concurso de acreedores, en el que han sido parte las mismas representaciones (AC, concursado y Dª Santiago) y en el que se ha solicitado la calificación de un concreto **crédito** -importe derivado de la pensión compensatoria reconocida en un proceso de familia después de la declaración de concurso-. De hecho, el propio AC reconoce que su calificación como **crédito** contra la masa



-impugnada en el incidente **concurusal** que ahora se apela- fue reconocida antes de la sentencia dictada en el otro incidente **concurusal**, en el que se solicita que sea "atendido", estimando esta pretensión el Juez a quo.

En conclusión, existiendo cosa juzgada de la sentencia de 15 de julio de 2015, que ha sido firme por falta de impugnación del aquí apelante, que ni siquiera compareció ni se opuso a aquella demanda incidental, procede reconocer efectos de cosa juzgada a aquella sentencia y, en consecuencia, desestimamos el recurso de apelación formulado contra la sentencia de 4 de septiembre de 2014.

#### **CUARTO.- Costas.**

La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición de costas a la parte apelante, con base en el art. 398 LEC con relación al art. 394 LEC, por no se estima que concurren dudas de hecho ni de derecho.

Ello con pérdida del depósito constituido para recurrir, de acuerdo con la DA 15ª LOPJ.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLO**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación del concursado D. Eduardo contra la sentencia de 4 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado Mercantil núm. 1 en el seno del concurso abreviado 673/2013, que confirmamos íntegramente.

Se imponen las costas de la alzada a D. Eduardo y se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.