



Roj: **SAP B 10623/2017** - ECLI: **ES:APB:2017:10623**

Id Cendoj: **08019370152017100408**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **09/11/2017**

Nº de Recurso: **386/2017**

Nº de Resolución: **450/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL DIAZ MUYOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Cuestiones.- Calificación del crédito tributario nacido de un proceso de derivación de responsabilidad del artículo 42.1, apartado a/ de la LGT .**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

**SECCIÓN DECIMOQUINTA**

ROLLO Nº 386/2017-3ª

INCIDENTE **CONCURSAL** Nº 146/2016

JUZGADO MERCANTIL Nº 3 DE BARCELONA

**SENTENCIA núm. 450/2017**

**Ilmos. Sres. Magistrados**

LUÍS RODRÍGUEZ VEGA

MANUEL DÍAZ MUYOR

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

En Barcelona, a nueve de noviembre de dos mil diecisiete.

**Parte apelante:** EAC INVERSIONES Y PARTICIPACIONES, S.L.

- **Letrado:** José Ignacio Hernández Obelart

- **Procurador:** Jaime Romeu Soriano

**Parte apelada:** Agencia Estatal de la Administración Tributaria/Administración **Concursal**

**Representación:** Abogado del Estado

**Resolución recurrida:** Sentencia

**Fecha:** 20 de junio de 2016

-**Demandante:** EAC INVERSIONES Y PARTICIPACIONES, S.L.

-**Demandada:** Agencia Estatal de la Administración Tributaria/Administración **Concursal**.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

" *Que debo desestimar y desestimo las demandas que han dado lugar a la formación de este incidente, sin condena en costas.* "



**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la actora. Del recurso se dio traslado a las demandadas, habiéndose opuesto al mismo la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

**TERCERO.-** Recibidos los autos originales y formado en la Sala el rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 6 de julio de 2017.

Es ponente el Ilmo. Sr. MANUEL DÍAZ MUYOR.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### **PRIMERO.- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.**

La actora EAC INVERSIONES Y PARTICIPACIONES, S.L., (en adelante EAC) fue declarada en concurso el día 19 de marzo de 2015 por Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona. La AEAT presentó el día 31 de marzo de 2015 en dicho concurso una certificación en la que dicha Agencia manifestaba no ser acreedora de la concursada por ningún concepto.

La AEAT en su momento había procedido al embargo de las participaciones que Eduardo de Aysa Cardenal tenía en EAC, de la que ostentaba la totalidad del capital social, como responsable tributario de las deudas de la sociedad BOOKERS 97, S.L., de la que el mismo era administrador. Con posterioridad a haber certificado la AEAT la inexistencia de deuda alguna, esta promovió un expediente de **derivación** de responsabilidad contra la concursada, que se inició el día 14 de abril de 2015 y culminó con una resolución por la que se declaraba a EAC responsable subsidiaria de BOOKERS 97, S.L.

De la tramitación de este expediente de **derivación** de responsabilidad manifestó tener conocimiento la AC en su informe de 31 de julio de 2015, si bien en el mismo se decía que se quedaba a la espera de la comunicación correspondiente para su inclusión en los textos definitivos, si bien se era consciente de que en todo caso se incrementaría el pasivo de la concursada.

Finalmente la AEAT remitió el certificado por el que se comunicaba y solicitaba la inclusión de un **crédito** global de 1.726.524'81 euros, recibido el día 7 de septiembre de 2015.

### **SEGUNDO.- Sentencia recurrida y alegaciones de las partes en esta instancia.**

La actora, y posteriormente también la mercantil MAGNA PRODUCTIONS, S.L. formularon demanda solicitando la exclusión del **crédito** comunicado por la AEAT, y subsidiariamente la calificación del mismo como **crédito** subordinado.

La sentencia de instancia desestima la demanda por considerar que el juez del concurso carece de toda competencia para revisar la validez de la certificación emitida por la AEAT, que la recurrente entiende se ha efectuado en fraude de ley dictando un acto administrativo para ser acreedor frente a un sujeto en que no lo era, habiendo operado la prescripción tributaria y fraude de la ley en la actuación de la AEAT. Tampoco estima la petición de subordinación del **crédito** al ser ya conocido por la Administración **Concursal** y no merecer la condición de **crédito** extemporáneo.

Se recurre cuestionando estos argumentos del Juez de instancia y solicitando subsidiariamente que el **crédito** se califique como subordinado por su comunicación tardía y por la naturaleza cuasi sancionadora de la deuda que surge del expediente de **derivación** de responsabilidad.

La AEAT se opuso al recurso rebatiendo los argumentos de la recurrente en los términos que se expondrán.

### **TERCERO.- Posición del Tribunal.**

Las cuestiones que someten a consideración de este Tribunal han sido, en parte, objeto de pronunciamiento en reciente sentencia de 30 de junio de 2017 (Rollo 406/2016 ), que contiene además un voto particular discrepante.

Debe decirse que es unánime el criterio del Tribunal para rechazar la competencia del juez del concurso en relación a la validez y eficacia de los actos administrativos dictados al margen del concurso. Ello tiene como consecuencia desestimar las alegaciones de la parte recurrente en relación a la estimación, dentro del procedimiento **concursal**, tanto de la prescripción tributaria que invoca ( Arts. 66 y 67.2 de la LGT ) como de un supuesto fraude de ley, que en su caso debiera haberse puesto de manifiesto en los trámites correspondientes de alegaciones del procedimiento de **derivación** de responsabilidad.

Lo dicho impide también examinar la concurrencia, que la parte apelante niega, de los presupuestos necesarios para que se declare la **derivación** de responsabilidad ya que su examen y apreciación en su caso corresponde a



la administración correspondiente. En este sentido la sentencia ya citada afirma que " *en ningún caso compete a este tribunal revisar los actos administrativos dictados fuera del proceso **concursal**. La regularidad de esos actos debe dilucidarse en la vía administrativa y, en su caso, en la jurisdicción contenciosa administrativa. La administración **concursal**, conforme al artículo 86 de la LC, viene obligada a incluir en la lista de acreedores los **créditos** reconocidos en certificación administrativa, si bien no queda vinculada con la calificación propuesta*".

En lo concerniente a la calificación del **crédito** que resulta de la **derivación** de responsabilidad, la AEAT afirma que no cabe predicar el carácter ni sancionador ni cuasi-sancionador del expediente de **derivación** de responsabilidad ( arts. **42**, 43 y 175 y 176 de la LGT ).

Siguiendo el criterio mayoritario del Tribunal, ya expuesto en la sentencia mencionada, debe calificarse el **crédito** como subordinado. Esta resolución, a modo de corolario, y tras una desarrollada exposición termina afirmando que " *Si la **derivación** de responsabilidad deriva de un acto ilícito, no es otra cosa que una sanción, por lo que debe de ser clasificada, en su totalidad como un **crédito** subordinado*", sin perjuicio de las consideraciones que se recogen en el voto particular al que ya nos hemos referido.

Consecuencia de ello es la consideración del **crédito** de la AEAT por la **derivación** de responsabilidad de EAC en relación a la mercantil como **crédito** subordinado dado lo dispuesto en el art. el artículo 92.4º LC, al disponer que se consideren **créditos** subordinados " *los **créditos** por multas y demás sanciones pecuniarias* ", dando lugar de esta forma a estimar la pretensión que con carácter subsidiario formulaba la recurrente en su escrito de demanda.

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

Dado que la cuestión suscita dudas de derecho confirmamos la decisión de no imponer costas en ninguna de ambas instancias.

#### **FALLAMOS**

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de EAC contra la sentencia de 20 de junio de 2016, que revocamos, y ordenamos a la administración **concursal** que proceda a clasificar la totalidad del **crédito** derivado por la Agencia Tributaria como subordinado, sin imposición de las costas de la primera instancia ni del recurso y ordenamos la devolución del depósito constituido al recurrir.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.