



Roj: **SAP B 12748/2019 - ECLI:ES:APB:2019:12748**

Id Cendoj: **08019370152019101904**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **25/10/2019**

Nº de Recurso: **713/2019**

Nº de Resolución: **1907/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 7, 24-10-2018,
SAP B 12748/2019**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120178006413

Recurso de apelación 713/2019 -3

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Barcelona

**Procedimiento de origen: Incidente concursal impugnación inventario /lista de acreedores (Art 96 LC)
138/2018**

Parte recurrente/Solicitante: Ayuntamiento de Terrassa

Procurador/a: Carmen Ribas Buyo

Abogado/a: Amado Martínez Ruiz

Parte recurrida: Terrassasports, S.L.

Procurador/a: Beatriz Amoraga Calvo

Abogado/a: Albert Díaz Pérez

Cuestiones.- Impugnación lista. Crédito por derivación de responsabilidad tributaria.

SENTENCIA núm.1907/2019

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

DON MANUEL DÍAZ MUYOR

DOÑA MARTA CERVERA MARTÍNEZ

En Barcelona a veinticinco de octubre de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Excmo. Ayuntamiento de Terrassa



Parte apelada: TERRASSASPORTS 2001 S.L.

Administración concursal

Resolución apelada: Sentencia

-Fecha: 24 de octubre de 2018

-Demandante: TERRASSASPORTS 2001 S.L.

-Demandada: Excmo. Ayuntamiento de Terrassa y la administración concursal.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

" *Estimo parcialmente la demanda de impugnación de la lista de acreedores formulada por TERRASSASPORTS 2001 S.L., contra la administración concursal y contra la concursada, determino que el crédito reconocido al Ayuntamiento de Terrassa, por importe de 1.775.883,68 euros, debe figurar en la lista definitiva con la calificación de subordinado y condicional del artículo 87.2 de la LC, sin hacer imposición de las costas del incidente.*"

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la demandada. Del recurso se dio traslado a la concursada y a la administración concursal, que presentaron escrito de oposición.

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 27 de junio de 2019.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. En el concurso de TERRASSASPORTS 2001 S.L., la administración concursal reconoció al Excmo. Ayuntamiento de Terrassa un crédito condicional del artículo 87.2º de la LC, en relación con el artículo 87.1º, de 1.775.883,68 euros con la siguiente calificación:

-Crédito con privilegio general del artículo 91.4º de la LC de 725.473,06 euros.

-Crédito ordinario del artículo 89.3º de la LC de 725.473,06 euros.

-Crédito subordinado del artículo 92.3º y 92.4º de la LC de 324.937,56 euros.

2. El crédito tiene su origen en la resolución del Excmo. Ayuntamiento de Terrassa de 12 de enero de 2017 por la que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.2, apartado b), de la Ley General Tributaria, se declaraba la responsabilidad solidaria de la concursada de la deuda tributaria de FUNDACIÓ PRIVADA ESPORTIVA TERRASSA por haber incumplido una orden de embargo. Dicha resolución ha sido recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa.

3. La concursada presentó demanda de impugnación de la lista, interesando que el crédito por derivación de responsabilidad fuera reconocido como contingente y con la calificación de subordinado. La administración concursal se allanó parcialmente a la demanda, admitiendo la subordinación del crédito, pero no su reconocimiento como contingente.

4. La sentencia de instancia, con fundamento en distintas resoluciones de esta Sección que analizan la calificación del crédito por derivación de responsabilidad tributaria, estima en parte la demanda y ordena que el crédito se incluya en la lista de acreedores como subordinado. Mantiene, por el contrario, el carácter de crédito condicional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87.2º de la Ley Concursal.

5. La sentencia es recurrida por el Excmo. Ayuntamiento de Terrassa. Alega que la concursada es responsable de una deuda tributaria y no de una sanción, por lo que no puede incardinarse el crédito en el artículo 92.4º de la Ley Concursal.

6. Tanto la administración concursal como la concursada se oponen al recurso y solicitan que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- La responsabilidad tributaria del artículo 42.2º,b) de la LGT y la calificación del crédito en el concurso.



7. La cuestión litigiosa reside en determinar cómo debe reconocerse en el concurso el crédito que nace de un expediente administrativo de derivación de responsabilidad tributaria del artículo 42.2º, apartado b), de la Ley General Tributaria. Según la sentencia apelada, la responsabilidad que contempla dicho precepto tiene naturaleza sancionadora y como tal sanción merece ser calificada en el concurso como crédito subordinado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 92.4º de la LC. Dicho precepto dispone que son créditos subordinados "los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias".

8. Recordemos que el artículo 42.2º, apartado b), de la Ley General Tributaria, dispone lo siguiente:

2. También serán responsables solidarios del pago de la deuda tributaria pendiente y, en su caso, del de las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del período ejecutivo, cuando procedan, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria, las siguientes personas o entidades:

b) Las que, por culpa o negligencia, incumplan las órdenes de embargo.

9. Sobre otro supuesto de derivación de responsabilidad tributaria, análogo al presente, fundado en el artículo 42.1º, apartado a) de la LGT, esto es, por haber causado o colaborado el sujeto responsable en la realización de una infracción tributaria, nos pronunciamos en nuestra Sentencia de 28 de junio de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:5461), sentando como criterio que, por derivar la responsabilidad de un acto ilícito, debía considerarse como una auténtica sanción y, en consecuencia, el crédito debía calificarse en el concurso como subordinado. Reproducimos a continuación los fundamentos de dicha resolución:

"11. El Tribunal Supremo Sala 3ª (Sentencia de 10 de diciembre de 2008, ECLI:ES: TS:2008:7359), al igual que el Tribunal Constitucional (Sentencia 76/1990, de 16 de abril), tiene dicho que el expediente de derivación de responsabilidad tributaria cumple una finalidad sancionadora, que prevalece sobre otras funciones distintas que también están presentes en la norma, como la indemnizatoria o reparadora del daño. Esa función sancionadora se destaca para dotar al expediente de las garantías necesarias y para descartar que se trate de una responsabilidad objetiva.

12. Por su parte, la Sala 1ª del Alto Tribunal (Sentencia de 29 de enero de 2009, ECLI:ES:TS:2009:47), al analizar la calificación en el concurso de los recargos administrativos, admite que el término "sanción" del artículo 92.4º de la Ley Concursal debe entenderse en un sentido amplio, que vincula con el incumplimiento de un deber jurídico y que opera para castigar un comportamiento que el ordenamiento desapueba o rechaza. Dentro de ese concepto hay que distinguir entre las sanciones propias, que comprende las punitivas, que son consecuencia de la potestad sancionadora de la Administración, y las impropias, que carecen de la entidad cualitativa y cuantitativa de las propias, y que no están sujetas a los estrictos principios de la legalidad constitucional sancionadora. Esa distinción es utilizada por el Tribunal Supremo para incluir como crédito subordinado del artículo 92.4º a los recargos ejecutivos o de apremio.

13. En el caso que no ocupa, a diferencia de lo que sucede con los recargos, la derivación de responsabilidad exige el cumplimiento de los principios de legalidad sancionadora. En este sentido podemos citar la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 10 de noviembre de 2011 (ECLI:ES: TS:2011:7894) (FJ 4.2), en la que se dice que:

<<La STC 85/2006, de 27 de marzo, establece, con carácter general, que cuando la responsabilidad subsidiaria que la Administración tributaria derive tenga un contenido punitivo por extenderse a las sanciones, deberán observarse las mismas garantías materiales y procedimentales que en un procedimiento sancionador, garantías que se deducen de los artículos 25.1 y 24.2 de la Constitución. Y es que la extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias está condicionada al respeto de los principios informadores del Derecho administrativo sancionador. Así lo había reconocido ya el Tribunal Supremo al establecer en su sentencia de 16 de diciembre de 1992, en relación con la extensión de la responsabilidad a las sanciones derivadas de infracciones cometidas por personas jurídicas, que se requiere que los administradores hayan tenido un comportamiento malicioso o negligente y que éste quede suficientemente acreditado para que sirva de fundamento al acto mediante el cual se deriva la responsabilidad tributaria a los mismos, incumbiendo la prueba de esta conducta a la Administración, que ha de motivarla>>.

10. Dicha Sentencia contó con un voto particular discrepante, que descartaba que la obligación tributaria que nace de un acto administrativo de derivación de responsabilidad del artículo 42 de la Ley se configurara como una sanción. Para los firmantes del voto particular, la Ley General Tributaria distingue claramente entre la obligación tributaria en sentido estricto, que engloba la obligación principal (artículo 19) y las obligaciones tributarias accesorias (los intereses de demora del artículo 26 y los recargos de los artículos 27 y 28), de un lado, y las sanciones, de otro. El artículo 25 expresamente señala en su apartado tercero que la sanción no forma parte de la obligación tributaria como tal. Quien causa o colabora en la realización de una infracción tributaria (también



quien incumple una orden de embargo) es un obligado tributario más (artículo 35.5º de la LGT).Esto es, para el obligado tributario por derivación de responsabilidad su deuda tributaria también se desglosa en principal, intereses, recargos y sanción. Y su traslación al concurso, según el voto particular, debe respetar esos conceptos, es decir, el concurso no convierte en sanción aquello que la Ley General Tributaria considera obligación tributaria. En definitiva, la calificación en el concurso del crédito tributario de un responsable solidario de la deuda tributaria debe merecer la misma calificación que tendría el crédito del deudor principal. No es posible, por tanto, que toda la deuda tributaria pueda considerarse como "multa" o "sanción pecuniaria" (artículo 92.4º de la LGT).

11. La Sentencia sigue el criterio mayoritario de esta Sección y confirma la calificación de todo el crédito tributario como subordinado. Pues bien, a salvo que el Tribunal Supremo llegue a sentar jurisprudencia en sentido contrario, mantenemos la postura que fijamos en la Sentencia citada, por lo que debemos desestimar el recurso.

TERCERO.- Costas procesales.

12. Atendidas las dudas jurídicas suscitadas no se imponen las costas de ninguna de las dos instancias (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Terrassa contra la sentencia de 24 de octubre de 2018, que confirmamos. Sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias.

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.