



Roj: **SJM B 4063/2022 - ECLI:ES:JMB:2022:4063**

Id Cendoj: **08019470032022100171**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **20/04/2022**

Nº de Recurso: **21/2022**

Nº de Resolución: **225/2022**

Procedimiento: **Pieza incidente concursal. Oposición calificación (Art. 171 LC)**

Ponente: **BERTA PELLICER ORTIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona**

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 12 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549463

FAX: 935549563

E-MAIL: mercantil3.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120208014579

**Concurso consecutivo 1341/2020-Sección sexta: calificación del concurso 1341/2020-Pieza Incidente concursal oposición calificación ( art.451 LC ) 21/2022 C5**

--

Materia: Concurso consecutivo

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 2237000010002122

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES 55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona

Concepto: 2237000010002122

Parte concursada: Sergio

Procurador/a:

Abogado: Mario Palomar Sarabia

Administrador Concursal: Teodoro

**SENTENCIA nº 225/2022**

**Magistrada: Berta Pellicer Ortiz**

**Lugar: Barcelona**

**Fecha: 20 de abril de 2022**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por Auto de 18 de enero de 2021 se declaró el concurso voluntario consecutivo de Sergio .

**SEGUNDO.-** Abierta la sección de calificación, dentro del plazo de personación previsto en el art. 447 TRLC ( art. 168 LC), se personaron acreedores. En concreto , la AEAT , por medio de escrito de fecha de 08/10/2021,



formuló alegaciones a los efectos de que la Administración concursal y/o el Ministerio Fiscal pudieran fundar la calificación del concurso como culpable.

**TERCERO.-** Dado traslado a la administración concursal, emitió su informe el día 15/10/2021, solicitando que se declare el concurso como fortuito. Por escrito posterior, de fecha de 16/11/2021, se pronunció respecto de las alegaciones formuladas por la AEAT, ratificándose en la solicitud de que el presente concurso sea calificado como fortuito. De dicho informe se dio traslado al Ministerio Fiscal, que emitió su informe en fecha de 02/12/2021, solicitando que el concurso sea calificado como culpable.

La concursada ha presentado escrito de oposición a la calificación culpable, quedando los autos en la mesa de S.Sª para resolver a tenor de lo que dispone el art 451.2 TRLC.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Marco jurídico* .

El art 442 TRLC (art. 164 L) dispone: " 1. *El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, directores generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso*".

El art 443 TRLC establece una serie de supuestos cuya concurrencia determinará, "en todo caso", que el concurso se declare como culpable. Se trata de presunciones que, de acreditarse su concurrencia, determinará *iuris et de iure* la calificación del concurso como culpable, al presumirse tanto el dolo o culpa grave, como la agravación del estado de insolvencia. En cambio, el art 444 TRLC ( art. 165.1 LC) contempla conductas que permiten presumir, salvo prueba en contrario, la existencia de dolo o culpa grave. Por tanto, fuera de los supuestos contemplados en los art 443 y 444 TRLC ( arts. 164.2 y 165.1 LC), al administrador que califique el concurso como culpable le corresponde la carga de la prueba, debiendo probar tanto el dolo o la culpa grave como la generación o agravación de la insolvencia.

Fuera de tales casos, el concurso deberá ser calificado como fortuito, de conformidad con el art 441 TRLC ( art. 163 LC).

En consecuencia, resultará necesario evaluar la generación del estado de insolvencia y las causas de la misma, así como si ha mediado dolo o culpa grave del deudor, siendo además preciso evaluar si concurre alguna de las causas de culpabilidad del art 443 o las presunciones de culpabilidad del art 444 TRLC. Finalmente, el concurso se debe calificar como fortuito salvo que por imperio de las previsiones de los art 442,443 y 444 TRLC se deba calificar como culpable.

Por otro lado, el art 455 TRLC ( art. 172 LC) regula el contenido de la sentencia de calificación. Además de la calificación del concurso como fortuito o como culpable, con indicación de las personas afectadas por la calificación, el artículo 455.2.2º TRLC, prevé la inhabilitación de las personas naturales afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos.

Asimismo, las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices perderán cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa, con condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, y a indemnizar los daños y perjuicios causados. Por último, el art 455.4 TRLC dispone que " *La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados*".

Respecto a la interpretación de los citados preceptos, se habían generado dos corrientes jurisprudenciales claramente diferenciadas lideradas por la sección 28ª de Madrid y la sección 15ª de Barcelona, pero el Tribunal Supremo puso fin a dicha indeterminación jurídica estableciendo que son dos los juicios de valor que deben realizarse en la sentencia de calificación. Por un lado, debe realizarse el juicio de culpabilidad de conformidad con los art. 443 y 444 TRLC ( arts. 164.2 y 165.1 LC), de modo que si se acredita la concurrencia de tales presupuestos, el concurso debe calificarse como culpable (en el caso del art. 443 TRLC ( art 164.2 LC) sin admitir prueba en contra y en el caso del art. 444 TRLC ( art. 165.1 LC) con posibilidad de prueba en contra al tratarse de una presunción *iuris tantum*). Por otro lado, un segundo juicio, el de responsabilidad concursal, debiendo el juez motivar el porqué del *quantum* indemnizatorio que se le atribuye a la persona afectada por la declaración de culpabilidad, en función de su participación en la generación o agravación de la insolvencia.



Por último, el art 456 TRLC ( art. 172 bis LC) dispone que si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, "la sentencia podrá, además, condenar a " *la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*", calificando por tanto la responsabilidad concursal como una responsabilidad por daños, en lugar de una responsabilidad cuasi objetiva o sanción.

#### **SEGUNDO.- Pretensiones de las partes y causas de culpabilidad :**

I.- En la presente pieza de calificación concursal, se ha personado la AEAT como acreedor que ha efectuado alegaciones para la calificación del concurso como culpable , por concurrir los supuestos del art 442 TRLC (cláusula general ) y 443.1º, 2º, 4º y 5º TRLC (presunción iuris et de iure) y 444.2º TRLC (presunción iuris tantum).

II.- La administración concursal ha solicitado que el concurso sea calificado como fortuito.

III.- El Ministerio Fiscal , funda la calificación del concurso como culpable en la concurrencia de las siguientes causas de culpabilidad: *Dolo o culpa grave en la generación y agravación del estado de insolvencia: Art 442 TRLC .*

Todo ello se fundaría en que el concursado fue administrador mancomunado de la sociedad AIDE DE CAMP, S.L., cargo que ejerció desde el 04/10/2004 , habiendo presentado la renuncia al cargo el 25/01/2007 , que fue aceptada por la Junta de socios el 20/11/2007. La referida sociedad fue objeto de actuaciones inspectoras por parte de la AEAT, por Impuesto de Sociedades , de los ejercicios 2004 a 2007 e IVA de los ejercicios 2005 a 2007, en el curso de la cuales detectó operaciones simuladas con la sociedad CAMARA DE ZELL, S.L., todo ello con la finalidad última de dejar de ingresar en la AEAT ciertas cantidades por estos impuestos con motivo de la actividad real llevada a cabo por la sociedad AIDE DE CAMP, S.L.. Ello dio lugar a que se efectuaran regularizaciones por estos impuestos a la sociedad AIDE DE CAMP, S.L., y , además , se procedió a abrir el correspondiente procedimiento sancionador , en el que se impuso la sanción correspondiente , más recargo de apremio. Posteriormente , el 19/02/2015 , se adoptó acuerdo de derivación de responsabilidad al concursado por las deudas de la sociedad AIDE DE CAMP , S.L. , que se fundó en el art 43.1. a) LGT, resolución que ha adquirido firmeza.

El Ministerio Fiscal considera que concurre la cláusula general del art 442 TRLC , por cuanto el concursado , en la manera con que actuó como administrador de la sociedad , presentado por la misma declaraciones tributarias no veraces, provocó su propia situación de insolvencia por derivación de responsabilidad , de las deudas tributarias de la sociedad hacia su persona. Añade, además , que ello se corrobora a través de los textos definitivos , por cuanto el 81,73% del total de pasivo corresponden a la deuda con la AEAT.

En atención a lo anterior, solicita que el concurso sea calificado de culpable por concurrir los requisitos del art 442 TRLC y que se declare persona afectada por la calificación al deudor Sergio . Por ello, pide su inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona por un periodo de 6 años, siendo que, además, el Ministerio Fiscal , pide que se le deniegue el BEPI.

#### **TERCERO.- Sobre la delimitación del objeto litigioso y la intervención del acreedor .**

En relación a la posición que el acreedor ostenta en este procedimiento, procede indicar que sobre la delimitación del objeto litigioso en el incidente de calificación se ha pronunciado el *Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de abril de 2016 (ROJ: STS 1327/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1327 )* que con cita de una Sentencia anterior de 3 de febrero de 2015 (ROJ: STS 560/2015 - ECLI:ES:TS:2015:560) recordaba que "sin perjuicio de la eventual intervención de terceros, conforme al art. 168 LC, la legitimación para pedir que se califique culpable el concurso, con los consiguientes pronunciamientos, corresponde exclusivamente a la administración concursal y al ministerio fiscal. Solo a ellos les corresponde emitir "propuestas de resolución", según lo previsto en los dos primeros apartados del art. 169 LC " .

Recordar la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015 (ROJ: STS 560/2015 - ECLI:ES:TS:2015:560 )* sobre la actuación del acreedor en la sección de calificación, quien se le reconoce la posibilidad de actuar en el procedimiento como parte coadyuvante, sosteniendo la calificación formulada por la administración concursal o el ministerio fiscal, así como la posibilidad de apelar la sentencia dictada en primera instancia. Concretamente indica el Tribunal que "(l) o que le ha negado es la posibilidad de impugnar la sentencia de calificación por no estimar una pretensión que no había sido introducida en el informe de la administración concursal ni en el dictamen del ministerio fiscal, y por ello no formaba parte del objeto litigioso " .

Asimismo *Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1005 )* declara que los acreedores están legitimados para recurrir la sentencia que no estima todas las pretensiones formuladas por la administración concursal o el Ministerio Fiscal, aunque estos no formulen recurso, aunque sin poder introducir



en el recurso pretensiones que no hubieran sido formuladas inicialmente por la administración concursal ni por el Ministerio Fiscal.

Por lo tanto, el objeto litigioso debe quedar delimitado por los hechos, razones jurídicas y peticiones efectuadas por el AC o por el Ministerio Fiscal en sus escritos iniciales, en atención a las causas de calificación culpable puestas de relieve por estos instantes del procedimiento, ya que será sobre la base de los mismos que los demandados se defenderán.

#### **CUARTO.- Valoración.**

Esta juzgadora, tras valorar la prueba practicada conforme a las reglas de la sana crítica, ha alcanzado la convicción de que procede la calificación del concurso como fortuito.

En este sentido, debe partirse de los hechos que han resultado acreditados en la presente pieza separada, fundamentalmente a través de la documental aportada por la AEAT y de las propias actuaciones:

1.- El concursado fue administrador mancomunado, que no único, de la sociedad AIDE DE CAMP, S.L., cargo que ejerció desde el 04/10/2004, habiendo presentado la renuncia al cargo el 25/01/2007, que fue aceptada por la Junta de socios el 20/11/2007.

2.- La sociedad de la que fue administrador mancomunado fue inspeccionada por la AEAT, con posterioridad a la renuncia del concursado, por IS e IVA de los ejercicios 2004 a 2007, lo que dio lugar a Actas de Inspección por importe de 665.625,29€, que junto con intereses y recargos ascendieron a 948.936,62 €

3.- Habiendo renunciado al cargo de administrador en 2007 no es hasta el año 2015 cuando la AEAT deriva la deuda de la sociedad AIDE DEL CAMP, S.L. al Sr Sergio y lo hace como responsable subsidiario, ex art 43.1.a) LGT.

4.- Queda acreditado que la deuda con la AEAT representa más del 81% del total pasivo del concurso.

5.- Únicamente interesa la calificación del concurso como culpable el Ministerio Público y lo hace por la cláusula general del art 442 TRLC.

#### **QUINTO.- Dolo o culpa grave en la generación y agravación del estado de insolvencia.**

Partiendo de lo actuado no puede afirmarse que concurre en el deudor dolo o culpa grave en la generación y agravación del estado de insolvencia, del art 442 TRLC (art. 164.1 LC).

En este sentido, para aplicar la causa general de culpabilidad se requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.- " **Un comportamiento activo o pasivo del deudor o de sus representantes legales, y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho o directores generales.**

2.- **Que ese comportamiento tenga una carga de antijuridicidad elevada, ya que ha de ser a título de dolo o culpa grave, no bastando ningún otro tipo de negligencia.**

3.- **Un resultado: la generación o agravación del estado de insolvencia.**

4.- **La relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto afectado por la calificación y el resultado, es decir, que la generación o agravación del estado de insolvencia se deba a la actuación del declarado como culpable**

Analizando todo ello en el caso concreto no puede alcanzarse la conclusión de que la insolvencia del Sr Sergio se haya generado o agravado como consecuencia de una conducta dolosa o con culpa grave del mismo. En este sentido el Ministerio Fiscal, propone la calificación como culpable en base a un cierto automatismo, pues sostiene que "el concursado, en la manera con que actuó como administrador de la sociedad, presentado por la misma declaraciones tributarias no veraces, provocó su propia situación de insolvencia por derivación de responsabilidad, de las deudas tributarias de la sociedad hacia su persona". Sin embargo, teniendo en cuenta que era administrador mancomunado de la sociedad, no acaba de concretar qué actuación propia en la gestión de la sociedad mercería la culpabilidad, máxime teniendo en cuenta que el concursado aporta Acta de Manifestaciones de fecha de 05/02/2015, en la que consta que los socios y los miembros del órgano de administración de AIDE DE CAMP, S.L., indicaron que el Sr Sergio no ejercía funciones ejecutivas y que era el Letrado de la sociedad para temas laborales.

Por otro lado, como señala el concursado en su escrito de oposición a la calificación culpable, las conductas objeto de calificación, aunque no tienen un periodo determinado en el art 442 TRLC (en este sentido STS202/2017, 29/03/2017, sí tienen una limitación en cuanto a las personas afectadas por la calificación si se trata de concursos de personas jurídicas, de 2 años, de manera que el Sr Sergio, en el eventual concurso



de la sociedad ya no podría ser persona afectada por la calificación , atendiendo al cese en su cargo en 2007, pero en base a los mismos hechos , se pide la calificación como culpable en su concurso como persona física.

En este caso , la derivación de responsabilidad al concursado de las deudas de la sociedad se fundó en el art 43.1 a) LGT, que establece que : *"Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 1 del artículo 42 de esta ley, los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones".

Este artículo implica que los administradores de hecho o de derecho de la empresa responderán subsidiariamente de las sanciones impuestas y de la totalidad de la deuda tributaria de la sociedad cuando no hayan actuado con la debida diligencia, siendo que para imputar responsabilidad subsidiaria al administrador basta con una conducta pasiva ( en el sentido de no evitar) , así como el incumplimiento de la obligación de vigilancia que , de haber sido ejercida, hubiera evitado la infracción . Y , partiendo de ello , es cierto que es posible sostener que la situación de insolvencia del concursado se ha podido generar o agravar por el hecho de que se le derivó responsabilidad por las deudas tributarias de la Sociedad AIDE DE CAMP, S.L. (que representa un 81,73% del total pasivo del concurso) pero ello no basta para concluir que el concurso deba ser calificado como culpable por el art 442 TRLC , en tanto que exige una conducta dolosa o con culpa grave del deudor. Y aquí es donde adquiere relevancia el fundamento de la derivación de responsabilidad , que los es subsidiaria ex art 43.1.a) LGT y no solidaria ex art 42 LGT , para lo cual bastaría una negligencia leve ( un conducta pasiva o no haber adoptado las actuaciones necesarias para el pago del tributo y en base a lo cual la Legislación Tributaria le obliga a compensar el daño que deriva de su negligencia, que no es propiamente una sanción sino una garantía de la deuda tributaria) . Por ello asiste la razón al concursada cuando alega que la relación entre el art 43 LGT y el art 442 TRLC presenta claras fricciones , porque para la calificación del concurso como culpable se exige dolo o culpa grave civil , mientras que en la derivación del art 43.1 LGT - responsabilidad subsidiaria- no ha de existir una conducta activa del administrador en la comisión de la infracción, bastando con una mera negligencia.

Frente a ello, los supuestos de derivación ex art 42 LGT-responsabilidad solidaria- sí que exigirían la participación activa del administrador en la comisión de la infracción , y por tanto una conducta dolosa o con culpa grave, en tanto que el art 42.1 a) LGT establece la responsabilidad solidaria de quienes sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria , estableciendo que :

*"Serán responsables solidarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:*

1. Las que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extenderá a la sanción".

En definitiva , para que los administradores incurran en este supuesto, es necesaria la realización por parte de éstos de actuaciones determinantes y decisivas en la comisión de la infracción.

Partiendo de todo ello , el hecho de que no se haya actuado con la diligencia necesaria para cumplir con la obligación del pago de los tributos no es directamente encuadrable en la cláusula general del art 442 TRLC , en un caso como éste , en que la derivación se ha fundado en el art 43.1. a) LGT y todo ello por cuanto además , la AEAT en ningún momento apreció la posible comisión de un delito , ni de una conducta dolosa que determinara la responsabilidad solidaria del concursado , ex art 42 LGT , que además no se ha acreditado que ejerciera funciones ejecutivas , siendo el Abogado Laboralista de la Sociedad. Por ello , si la única causa de la derivación de responsabilidad es el art 43.1 a) LGT, a falta de otros elementos acreditados, la conclusión es precisamente que no hay dolo o culpa grave, requisito indispensable para la calificación culpable a tenor del art 442 TRLC, por lo que el presente concurso se debe calificar como fortuito.

#### **SEXTO.- Costas.**

Dada la especial naturaleza del procedimiento, no se imponen las costas a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLO**



**QUE DEBO DECLARAR FORTUITA la calificación del concurso** de Sergio , absolviendo a los demandados de las peticiones frente al mismo deducidas, sin expresa condena al pago de las costas de este incidente

Contra esta sentencia cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación el cual se presentará ante este Juzgado y del que conocerá la sección 15ª de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Barcelona.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ