

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 7 de Madrid, de fecha quince de diciembre de dos mil seis, desestima la demanda de recusación formulada frente a Agencia Estatal de la Administración Tributaria, administrador concursal acreedor nombrado en el concurso de Forum Filatélico, S.A.: «ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO. Fue turnada a este Juzgado demanda incidental sobre recusación del administrador concursal acreedor Agencia Estatal de la Administración Tributaria presentada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira en nombre y representación de Forum Filatélico, S.A. contra la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en la que tras exponer los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que en las misma constan solicitaba que se dictara sentencia conforme a sus pedimentos, con expresada condena en costas al demandado.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la demandada, quien en plazo legal se personó en debida forma y presentó contestación, oponiéndose a las peticiones de la demanda conforme a la relación de hechos y fundamentos expuestos en su escrito. Posteriormente se formularon demandas de recusación del administrador concursal acreedor por parte de D. Sebastián López Imaz, Asociación de Consumidores y Usuarios Urkoa, Asociación "Perjudicados Forum 9 de mayo" y D<sup>a</sup>. Pilar Rivera Rodríguez ,representados por los procuradores Sra. Olmos Gilsanz , Sra. Uroz Moreno y Sr. Santias Viada que se registraron como incidentes n° 348/2 006, 371/2006 y 427/2006, que fueron acumuladas al presente incidente, tramitándose conjuntamente. De las referidas demandas se dio traslado a la demandada Agencia Estatal de la Administración Tributaria que contestó en el sentido de oponerse a las mismas.

TERCERO. Se acordó convocar a las partes a la correspondiente vista la cual se celebró el día fijado y en la que comparecieron ambas partes, ratificándose en el escrito de demanda las demandantes y la parte demandada se ratificó en su contestación. Resueltas las cuestiones de índole procesal, que pudieran impedir la prosecución del proceso y fijados por las partes los hechos sobre los que se sustentan las pretensiones, ante la falta de conformidad se recibió el pleito a prueba.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, se propusieron y practicaron aquellas que fueron admitidas y declaradas pertinentes, con el resultado que obra en autos, con todo lo cual quedaron los presentes autos conclusos para sentencia.

QUINTO. En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia por razón del trabajo acumulado que pesa sobre este juzgado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO. Se interpone demanda incidental de recusación del administrador concursal acreedor alegándose sustancialmente por los demandantes que: la citada entidad no es acreedora de la concursada, pudiendo incluso llegar a ser deudora; no puede ser administradora de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, no puede ejercer el comercio y ha prestado servicios profesionales a la deudora durante los últimos tres años, lo que le hace estar incurso en la causa de incompatibilidad del artículo 28.1 de la Ley concursal; además la recusada carece de los requisitos de imparcialidad y objetividad, por ser la causante de la situación que ha llevado al concurso de la deudora; se alega

igualmente que está incurso en la causa de recusación del artículo 124.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber emitido informe contrario a los intereses de la concursada con anterioridad a su nombramiento y en el supuesto del artículo 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tener interés directo o indirecto en la causa, ya que sería acreedor y deudor; se afirma, igualmente, que la recusada es persona especialmente relacionada con el deudor por haber desempeñado el cargo de administrador de la sociedad concursada, ha sido denunciante y parte procesal contraria a la concursada, con participación sustancial en el asunto dado el ejercicio de sus funciones públicas y formal confrontación con la masa del concurso. Respecto de D. Mariano González Gonzalo solo se le recusa por parte de D<sup>a</sup>. Pilar Rivera Rodríguez, los motivos son el no ser acreedor la Agencia Estatal y los intereses contrapuestos de la Hacienda pública. Por su parte la administradora concursal recusada alega la falta de legitimación activa de Asociación de Consumidores y Usuarios Urkoa y Asociación "Perjudicados Forum 9 de mayo", el carácter extemporáneo de la recusación y se opone a todos y cada uno de los argumentos esgrimidos de contrario.

SEGUNDO. Respecto a la falta de legitimación activa de Asociación de Consumidores y Usuarios Urkoa y Asociación "Perjudicados Forum 9 de mayo" conviene recordar que la misma ya se resolvió en la vista y al considerar que era una falta de legitimación ad processum se estimó, dando lugar al sobreseimiento de la demanda en relación a dichas demandantes, dictándose, en relación a Asociación de Consumidores y Usuarios Urkoa resolución escrita, contra la que no cabía recurso.

En cuanto a la causa de recusación consistente en la no concurrencia de la condición de acreedora de la recusada, debe destacarse, como ya se hizo en la vista, que dicha cuestión ya fue resuelta por auto de fecha 2 de noviembre de 2.006, de este Juzgado, en el que se resuelve el recurso de reposición contra el auto de declaración de concurso, en el que se indicaba que: La agencia estatal certificó su deuda el siete de junio del 2006, certificación que consta de la presunción de legalidad propia de todo acto administrativo; constaba, por tanto, con anterioridad a la fecha de declaración del concurso y, aparentemente, era titular de un crédito ordinario o con privilegio general no garantizado. Tampoco consta que este crédito fuera artificiosamente creado por el administrador judicial designado por el Juzgado central de instrucción 5 como consecuencia de la intervención, sino que éste solicitó autorización para pagar esas y otras cantidades al juez de instrucción que, por resolución de 24 de mayo de 2006, aportada por la Agencia estatal de la Administración tributaria, limitó los pagos que podía realizar dicho administrador judicial a aquellos que podían considerarse urgentes o necesarios, pagos que no incluían las deudas tributarias, ello con la finalidad de garantizar la par conditio creditorum y no primar a unos acreedores sobre otros. Por consiguiente, desde un punto de vista formal la Agencia estatal de la Administración tributaria reunía las condiciones necesarias para ser considerada acreedora a los efectos de ser nombrada miembro de la administración concursal. Por tanto, dicho aspecto, que no es materia de recusación pues se regula en el artículo 27 y no en el 28 de la Ley concursal ya está resuelto y no procede volver a pronunciarse sobre el mismo.

TERCERO.- Se alega por la recusada el carácter extemporáneo de la recusación, pues se infringe el artículo 33 de la Ley concursal en relación con el artículo 125.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece, que en caso de que la causa de recusación sea anterior al nombramiento la recusación deberá formularse dentro de los dos días siguientes al nombramiento. A este respecto debe indicarse, tal y como se hacía en la sentencia de

este Juzgado de fecha 23 de noviembre de 2.006, que resolvía la demanda de recusación del administrador concursal letrado que: el momento de conocimiento del hecho puede no deducirse de la demanda y precisar de prueba para su determinación, como ha ocurrido en el presente caso, pero el hecho de que ya se haya admitido a trámite la demanda no es óbice para que se analice la concurrencia de tal requisito, que afecta al interés del recusante. En efecto, la norma lo que pretende es impedir que quien conoce la causa de recusación actúe tarde, despreocupadamente, o lo haga de modo interesado, retrasando el momento de la recusación a aquel que más convenga a sus intereses..En el presente caso, todas y cada una de las circunstancias que los demandantes alegan para fundamentar su solicitud de recusación son anteriores al nombramiento de: Agencia Estatal de la Administración Tributaria como administradora concursal, nombramiento que se produjo por medio del auto de declaración de concurso de fecha 22 de junio de 2.006, Desde la fecha de la intervención judicial de la concursada el 9 de mayo de 2.006 ha existido una amplia cobertura informativa a través de todos los medios de comunicación, de lo que cabe concluir que todos los recusantes conocían las circunstancias que aquí alegan con anterioridad a la fecha del nombramiento.

Queda por determinar en que momento conocieron los recusantes el nombramiento. Así, resulta que Forum Filatélico, S.A. fue notificada del auto de declaración de concurso en fecha 22 de junio de 2.006, D<sup>a</sup>. Pilar Rivera Rodríguez reconoce que la aceptación del cargo se le notificó el día 7 de julio de 2.006 y D. Sebastián López Imaz tuvo conocimiento en fecha 4 de julio de 2.006, pues en esa fecha se le tuvo por personado en los autos. Si se examinan las fechas de interposición de las demandas de recusación 27 de julio de 2.006 en el caso de Forum Filatélico, S.A. , 21 de julio de 2.006 en el caso de D<sup>a</sup>. Pilar Rivera Rodríguez y 1 de septiembre de 2.006 en el caso de D. Sebastián López Imaz resulta que se ha sobrepasado con creces, no solo el plazo de dos días previsto en el artículo 125.2 de la Ley procesal, sino la previsión del artículo 33 de la Ley concursal que habla de la interposición tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa de recusación. Solo por este motivo ya debe rechazarse la recusación formulada por los demandantes.

CUARTO.- No obstante lo anterior, las causas invocadas por los demandantes para justificar su recusación no tienen entidad para estimarla y dejar sin efecto el nombramiento. Las causas de recusación invocadas por las demandantes pueden agruparse en tres grupos. El primero se referiría a la existencia de incompatibilidades previstas en el artículo 28 de la Ley concursal por no poder ser administradora de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, no poder ejercer el comercio y haber prestado servicios profesionales a la deudora durante los últimos tres años, además de poderla considerar persona especialmente relacionada con el deudor por haber desempeñado el cargo de administrador de la sociedad concursada.

En cuanto a la prohibición de ejercer el comercio o la imposibilidad de ser administrador de sociedades, la previsión normativa no parece que pueda aplicarse a las administraciones públicas, que están sometidas a un régimen especial y cuya posible nombramiento como administradores concursales acreedores está expresamente contemplado, en artículo 27.1, En cualquier caso, habrá que acudir al contenido de los artículos 124 de la Ley de Sociedades Anónimas y 58.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, así como el artículo 14 del Código de comercio y de estos preceptos se infiere que la prohibición afecta los funcionarios, siempre que tengan encomendados a su cargo asuntos propios de la sociedad afectada, y no al ente; por lo que

la recusación por este motivo debía recaer en D. Mariano González Gonzalo, algo que no se ha hecho, pues el único que lo recusó no alegó dichos motivos y además, se trataría de una incompatibilidad por razón del cargo excluida por aplicación del apartado 5º del artículo 28 de la Ley concursal. En cuanto al hecho de haber prestado servicios profesionales a la concursada debe destacarse qué tal previsión tiene su fundamento en relación a los administradores concursales profesionales, no así respecto al acreedor que si es posible haya prestado servicios de tal naturaleza. En cualquier caso no se han prestado tales servicios, pues la prestación de servicios presupone la existencia de una relación contractual de arrendamiento de servicios, normalmente retribuida, que *no* se ha concertado entre la concursada y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. El nombramiento de un funcionario' de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria como administrador judicial de la deudora lo fue para prestar un servicio a la administración de justicia y cumpliendo un mandato judicial en el ámbito de una intervención en un proceso penal, situación que, en modo alguno, es equiparable a lo que es una prestación de servicios libremente concertada. Esta misma conclusión valdría para la consideración de la administradora concursal recusada como persona especialmente relacionada con el deudor, pues su nombramiento como tal administrador de la sociedad, lo fue al margen de cualquier designación o acuerdo con la concursada y su actuación fue transitoria, provisional, limitada e instrumental de las labores propias de la instrucción que llevaba a cabo el limo. Sr. Magistrado del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, quien, al fin, supervisaba y autorizaba los actos del administrador designado, a la sazón persona distinta de la aquí designada como administrador concursal representante de la entidad pública.

QUINTO.- si segundo grupo se refiere a causas que afectan a la imparcialidad u objetividad de la recusada. Entrarían en este ámbito la alegación de ser la causante de la situación que ha llevado al concurso de la deudora, el haber formulado denuncia y ser parte procesal contraria a la concursada, con participación sustancial en el asunto, dado el ejercicio de sus funciones públicas contra la concursada; se alega igualmente que está incurso en la causa de recusación del artículo 124.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber emitido informe contrario a los intereses de la concursada con anterioridad a su nombramiento.

Una mera lectura de los motivos alegados permite concluir que tales causas no pueden ser de aplicación estricta al administrador concursal acreedor que, precisamente por tal condición, ostenta un interés contrario al del deudor y frecuentemente será o habrá sido denunciante o parte contraria en relación a la deudora. La Ley concursal contempla el nombramiento de las administraciones públicas como acreedores, por tanto, se trata de un supuesto expresamente previsto en la Ley. La administración tributaria, entre otras, tiene la misión legal de velar por el cumplimiento por parte de los contribuyentes de sus obligaciones fiscales, el cumplimiento de esa misión", que le es propia, no es motivo para excluirle de la posibilidad de ser nombrado administrador concursal acreedor, máxime cuando se limitó a poner los datos en conocimiento de la Fiscalía que fue quien interpuso la querrela.

Se alega la causa de recusación del artículo 124.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber emitido informe contrario a los intereses de la concursada con anterioridad a su nombramiento. Tal causa es de aplicación a los administradores concursales profesionales no así al acreedor, pues es evidente que entre deudor y acreedor existe un interés contrapuesto que no ha podido ser ignorado por el legislador. En el presente caso la

recusada ha emitido para el procedimiento penal un informe, que puede ser contrario a la tesis de la concursada, pero que no deja de ser el reflejo de las tesis de la entidad pública que, como se ha dicho, por su condición de acreedora tiene un interés opuesto, no siendo esa discrepancia de criterio elemento suficiente para justificar la recusación, pues es consustancial a la bilateralidad que rige las relaciones contractuales. Si el legislador ha previsto que el acreedor forme parte de la administración concursal, habrá que asumirlo con todas las consecuencias, sin que quepa su exclusión por el mero hecho de ostentar un interés propio y discrepante respecto del concursado, pues es propio de su condición de acreedor. Por lo expuesto, tales causas de recusación no son de aplicación al presente caso.

SEXTO.- Por último, el tercer grupo estaría integrado por causas de recusación referidas a la existencia de intereses contrapuestos y abarcaría la del supuesto del artículo 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tener interés directo o indirecto en la causa, ya que sería acreedor y deudor y existiría una formal confrontación con la masa del concurso. Esta existencia de intereses contrapuestos también se predica de D. Mariano González Gonzalo, si bien va referida a la Agencia Estatal y no al mismo.

Mucho de lo ya dicho hasta ahora es de aplicación a este grupo de causas de recusación y sirve para fundamentar su rechazo. A mayor abundamiento cabe afirmar que es el legislador el que ha previsto que en la administración concursal participe un acreedor que constituye el contrapeso al papel del deudor en el proceso concursal. Se logra así un equilibrio entre la postura de la masa pasiva, la del deudor y la presencia de unos técnicos imparciales, que asumen el peso de la administración ordinaria del proceso concursal. El que el acreedor ostente un interés contrapuesto al del deudor es algo que se presume y a lo que, como ya se apuntó, no es ajeno el legislador, que lo regula expresamente. La existencia de ese interés contrapuesto y la defensa de su derecho de crédito no es incompatible con la defensa del interés de la masa, interés que en cualquier caso es de apreciación subjetiva y no apropiable por parte de ningún acreedor particular que, lógicamente, tendrá su visión sobre lo que debería ser la marcha del concurso, no necesariamente coincidente con la de la administración concursal. Pero, por ello, la Ley no contempla la administración concursal como un órgano soberano, sino que sus miembros actúan de modo colegiado, sometidos a responsabilidad ante el concursado y los acreedores y sometidas sus actuaciones trascendentes al control judicial, lo que hace que cualquier interés particular se diluya y deje de ser determinante en la tramitación del concurso. Por todo ello, dichos motivos tampoco pueden tener favorable acogida.

Las restantes alegaciones vertidas no pasan de ser apreciaciones subjetivas no susceptibles de análisis a través del incidente de recusación. Conviene recordar en este punto que el nombramiento de los administradores concursales, dentro de los límites y presupuestos legales, es discrecional del juez que analizará el supuesto concreto y nombrará la persona que considere más adecuada para cada caso, esta facultad no es revisable vía recurso, pues el artículo 39 de La Ley concursal excluye dicho trámite para estos supuestos. En cualquier caso, puede apuntarse que la designación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria como acreedora miembro de la administración concursal, dada su condición de entidad pública, da transparencia a la actuación del órgano y supone la defensa en el mismo de un interés general, permite la adscripción a las tareas concursales de personal altamente cualificado y una considerable reducción de los costes, pues la retribución del personal lo asume directamente el Estado, lo que redundará en beneficio de la masa pasiva.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 de la Ley Concursal y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación del criterio general del vencimiento las costas se imponen a los promotores del incidente.

OCTAVO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley Concursal, contra la presente sentencia no cabe recurso alguno.

VISTOS Los preceptos legales y demás concordantes de general y pertinente aplicación al presente caso, en virtud de la Potestad conferida por la Constitución de la Nación Española y en nombre de Su Majestad el Rey de España.

FALLO: Que desestimando las demandas incidentales de recusación interpuestas por los Procuradores Sr. Rodríguez Nogueira, Sra. Olmos Gilsanz y Sr. Santos Viada en nombre y representación de Forum Filatélico, S.A., D. Sebastián López Imaz y D<sup>a</sup>. Pilar Rivera Rodríguez frente a Agencia Estatal de la Administración Tributaria y D. Mariano González Gonzalo representados por el Sr. Abogado del Estado, debo declarar y declaro no haber lugar a la recusación interesada y debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra, imponiendo las costas del incidente a la parte promotora del mismo. Contra esta resolución no cabe recurso alguno». D. Santiago Senent Martínez.