

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 6 de Madrid, de fecha veintiséis de febrero de dos mil ocho, estima la demanda de recusación formulada contra la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (A.E.A.T.), administrador concursal acreedor nombrado en el concurso de AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A.: «ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Los expresados demandantes formularon demanda de fecha 24-7-2006 que fue turnada a este Juzgado contra los ya citados demandados, por los cauces del incidente concursal, interesando en el suplico se tuviera por recusada a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante A.E.A.T.), su cese y separación como administradora concursal acreedora y la designación de nuevo administrador acreedor; alegando los hechos y fundamentos de derecho que constan en las actuaciones, así

SEGUNDO.- Por Auto de este Juzgado de fecha 27-7-2006 se inadmitió de plano la demanda incidental formulada, siendo recurrida tal resolución ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, quien estimó el recurso por Auto de 5-7-2007, ordenando la admisión de la demanda de recusación y continuación de las actuaciones por sus cauces.

TERCERO.- Por Providencia de éste Juzgado de 27-9-2007 se admitió a trámite la demanda formulada, acordándose de conformidad con el Art. 184.4 de la Ley Concursal el traslado de la demanda a las partes demandadas y ya personadas como parte en la pieza 1ª; haciendo las advertencias legales.

CUARTO.- Por escrito de fecha 9-10-2007 del Procurador Sr. Torrecilla Jiménez en representación de Dña. Teresa Crespo y otros, se contestó a la demanda formulada en el sentido de oponerse a la misma e interesar su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida,

De igual modo por escrito de fecha 19-10-2007 del Procurador Sr. Torres Alvarez en representación de la mercantil Afinsa Bienes Tangibles, S.A. se contestó a la demanda formulada en el sentido de manifestar su conformidad con las causas de recusación invocadas, en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

De igual modo por escrito de fecha 19-10-2007 del Procurador Sr. Venturini Medina en representación de D. Vicente Martín Peña se contestó a la demanda formulada en el sentido de manifestar su conformidad con las causas de recusación invocadas, en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Igualmente, por escrito de 19-10-2007 de la Abogacía del Estado en representación y asistencia de la A.E.A.T. se contestó a la demanda formulada en el sentido de oponerse a la misma e interesar su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

Finalmente, por escrito de 2-1-2008 de la Administración concursal, se contestó a la demanda formulada en el sentido de oponerse a la misma e interesar su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

QUINTO.- Admitidas a trámite las contestaciones, por Providencia de fecha 14-1-2008, de conformidad con el Art. 194 de la Ley Concursal y Art. 414 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se convocó a las partes a la celebración de la vista.

SEXTO.- Dentro de los tres días siguientes a la citación para la vista, las partes propusieron de conformidad con el párrafo 3º del Art. 440.1 de la L.E.Civil, las citaciones de testigos y demás citaciones que estimaron oportunas, las cuales previa su admisión, fueron practicadas en el acto de la vista

SÉPTIMO.- Abierto el acto de la vista, compareció la parte actora, representada y asistida en el modo indicado, ratificando su escrito de demanda, proponiendo los medios de prueba que estimó oportunos, siendo inadmitida la prueba de interrogatorio de Dña. Ana Fernández Daza, formulando protesta la parte proponente.

Compareció igualmente Dña. Teresa Crespo y otros 59.003 en el modo señalado, ratificando su escrito de contestación, no proponiendo más prueba que la documental unida.

Compareció igualmente la mercantil concursada Afinsa Bienes Tangibles, S.A., en el modo señalado, ratificando su escrito de contestación, no proponiendo más prueba que la documental unida.

No compareció, pese a estar citado en legal forma, D. Vicente Martín Peña.

Compareció igualmente la A.E.A.T., en el modo señalado, ratificando su escrito de contestación, no proponiendo más prueba que la documental unida.

Compareció igualmente la Administración concursal, en el modo señalado, ratificando su escrito de contestación, no proponiendo más prueba que la documental unida.

OCTAVO.- Practicada la prueba, las partes, por su orden, realizaron las alegaciones finales que tuvieron por convenientes, con el contenido que resulta del acta de la vista, quedando los autos conclusos para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- La competencia objetiva y territorial para conocer de la presente causa corresponde a este Juzgado, según lo dispuesto en el Art. 8 de la Ley Concursal; debiendo tramitarse por los cauce» del incidente concursal, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 192 y 194 de la Ley Concursal.

SEGUNDO.- Insta la parte actora la recusación del Administrador concursal acreedor, por el cauce del Art. 33 de la Ley Concursal -en lo sucesivo L.CO.-, alegando tres causas o motivos, que han de examinarse separadamente.

TERCERO.- - La primera de las causas invocadas contra la A.E.A.T. -pues la recusación se dirige contra la persona jurídica y no contra la Inspectora designada en cada momento por la Agencia- es haber formulado denuncia penal previa contra la mercantil Afinsa, S.A., invocando la causa 7ª del Art. 219 de la L.O.P.J., al que se remite el Art.

124.3 de la L.E.Civil y a su vez, a éste, el Art. 33.2 de la L.Co.; a lo que se opone la Administración concursal, Dña. Teresa Crespo y otros, así como la propia A.E.A.T. afirmando que tal denuncia no existió, sino un mero informe o comunicación de los datos aparecidos en la inspección tributaria realizada a la concursada.

Para resolver tal cuestión y partiendo de las remisiones legales en cascada antes referidas, resulta que es voluntad del legislador el dotar a los Administradores concursales -sea cual fuera su condición- de las mismas garantías de independencia e imparcialidad que a los Jueces y Magistrados (Art. 33.2 L.Co. en relación con el Art. 124 L.E.Civil, que remite al Art. 219 L.O.P.J.), de tal modo que si bien dichas causas de abstención y recusación deben interpretarse restrictivamente resultan exigibles con todo rigor.

Tales exigencias resultan absolutamente necesarias, pues dadas las variadas funciones y competencias de la Administración concursal, diferentes según la clase, circunstancias y fases del concurso, dicha Administración aparece configurada legalmente como un órgano técnico de impulso del proceso y de asesoramiento y auxiliar del Juez del concurso, hasta el punto de excluir del ámbito revisor del Juez los actos y decisiones de la Administración concursal que pretendan cuestionar la inactividad o las decisiones de oportunidad tomadas por dicha Administración [Art. 192.1.2º L.Co.].

CUARTO.- Bajo tal prisma, procede estimar la causa de recusación invocada. De la mera lectura del informe de la A.E.A.T. de Dña. María Teresa Yábar fíterling de 29-6-2005 [unido a la Sección 1ª de este concurso mediante soporte digital] resulta que en su Fundamento Jurídico 1º y con invocación del Art. 95.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, procede a comunicar a la Fiscalía la existencia de hechos con apariencia delictiva, en cuanto "constituyen indicios suficientes de actividades supuestamente calificables como delito a juicio de la actuaria¹".

Siendo ello así y habiendo conceptualizado la mejor Doctrina procesalista penal a la denuncia como el acto iniciador del proceso penal constituido por una declaración de conocimiento por medio del cual se da a conocer a la Autoridad o sus Agentes la existencia de hechos que pueden presentar apariencia delictiva, resulta que el informe emitido por la A.E.A.T. (sin que pueda deslindarse -a estos efectos- entre los actos de sus miembros y de la Institución, pues aquellos se imputan a ésta) tiene la consideración de denuncia a los efectos del Art. 259, Art. 262 y 264 de la L.E.Criminal (que reproduce el deber legal de denunciar para funcionarios, cargos públicos y profesionales por hechos conocidos en el ejercicio de sus cargos), habiéndose interpuesto ante Órgano legitimado para su recepción, cual es la Fiscalía del Estado [Art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal].

No impide tal conclusión la circunstancia de existencia de un deber legal de comunicar los hechos delictivos a las instancias legitimadas para recibir tales declaraciones, ni impide tal conclusión la circunstancia de denominar "informe" a tal declaración de conocimiento, pues conteniendo hechos presuntamente delictivos así como datos y sus valoraciones que indiciariamente los acreditan, resulta que nos encontramos ante una denuncia a los efectos del Art. 219 de la L.O.P.J.; máxime cuando dichos hechos se refieren a la persona jurídica y la querrela de la Fiscalía ante los Juzgados Centrales de Instrucción se dirigen contra la persona jurídica Afinsa, S.A. .

QUINTO.- Pero si tal consideración no fuera bastante para apartar a la A.E.A.T. de la Administración concursal, concurre en la recusada la causa descrita en el nº 16 del Art.

219 de la L.O.P.J., pues resulta evidente que con anterioridad a la asunción del cargo de Administrador concursal tuvo conocimiento, por razón de sus funciones legalmente atribuidas y legítimamente ejercidas, de lo que resulta objeto -al menos en parte- del presente proceso concursal. cual fue la conducta de los Administradores y de la sociedad; hechos alegados por la demandante y congruente apreciación por este Juzgador a tenor de lo dispuesto en el Art. 218,1.2º de la L.E.Civil.

Tanto en éste supuesto como en el anterior subyace la finalidad de preservar la independencia y imparcialidad de los Jueces, Magistrados, peritos y, por remisión, de los Administradores concursales, evitando que con un conocimiento previo de los hechos objeto de proceso, pueda alterarse aquella valoración de los hechos, la adopción de decisiones y la aplicación del Derecho, tanto en el aspecto interno como externo, lo que nos lleva a examinar los conceptos de imparcialidad subjetiva y objetiva.

SEXTO.- En este sentido señala la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4ª (Caso Pescador Valero contra España), de 17 de junio de 2003 [TEDH 2003\27] al analizar la imparcialidad objetiva, que "Incluso las apariencias son importantes en este caso. En ello estriba la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (Sentencia Castillo Algar contra España de 28 octubre 1998 [TEDH 1998\51], Repertorio 1998-VTII, pg. 3116, ap. 45). De ello se desprende que para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto concreto, de una razón legítima para temer que un Juez carezca de imparcialidad, se tiene en cuenta el punto de vista del acusado pero no juega éste un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las aprensiones del interesado como objetivamente justificables (Sentencias Ferrantelli y Santangelo contra Italia de 7 agosto 1996 [TEDH 1996\34], Repertorio 1996-III, pg. 951-952, ap. 58; Wettstein contra Suiza [TEDK 2000\682], núm. 33S5S/1996, ap. 44, TEDH 2000-XII),añadiendo la Sentencia de igual Tribunal, Sección 1ª, de 28 de noviembre de 2002 [JUR 2002\38413] que "En cuanto a la diligencia subjetiva, el Tribunal recuerda que la discreción que se impone a las autoridades judiciales cuando son llamadas a juzgar, debe conducirles a no utilizar a la prensa, ni siquiera para responder a provocaciones; así lo requieren los imperativos superiores de la justicia y la magnitud de la función judicial. Concretamente, el hecho, para el presidente o el miembro de un tribunal llamado a resolver un asunto, de emplear públicamente expresiones que hacen suponer una apreciación negativa de la causa de una de las partes, es incompatible con las exigencia de imparcialidad de todo tribunal, consagradas en el artículo 6.1 del Convenio ÍRCL 1999\1190, 1572) (ver Buscemi contra Italia [TEDH 1999\35], núm. 29569/1995, ap. 67-68, TEDH 1999-VI)".

En este mismo sentido y con igual exigencia y ámbito, señala la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional [por todas. Sentencia nº 55 de 12 de marzo de 2007 {RTC 2007\55} que "es doctrina reiterada de este Tribunal que una de las exigencias inherentes al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE [RCL 1978\2836]), en tanto que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, es la imparcialidad judicial, conforme a la cual, por estar en juego la confianza que los Jueces y Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, debe garantizarse a las partes que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial. A esos efectos se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el

Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él. Se ha puntualizando, no obstante, que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de la parte, sino que lo determinante y decisivo es que las razones para dudar de la imparcialidad judicial, por un lado, queden exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos y, por otro, alcancen una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, SSTC 5/2004, de 16 de enero [RTC 2004\5], F. 2, y 240/2005, de 10 de octubre [RTC 2005\240],

SÉPTIMO.- Atendiendo a dicha doctrina jurisprudencial, de aplicación al cargo de Administrador concursal, resulta que la A.E.A.T. tuvo conocimiento de los hechos objeto de denuncia de modo previo a ser designada Administradora concursal, en cuanto inició en 2002 actividad inspectora de tributos sobre Afinsa, S.A. -que aún continúa-, emitió juicio de valor sobre los mismos, valorando el comportamiento -entre otros- de los Administradores sociales y de la sociedad, de su contabilidad y de la naturaleza de sus negocios, en cumplimiento de un deber legal puso tales hechos en conocimiento de las Autoridades y públicamente se ha posicionado en cuanto a tales cuestiones.

A ello debe añadirse que, en el ámbito de sus funciones, la Administración concursal deberá posicionarse sobre cuestiones tales como la posible responsabilidad de los Administradores sociales antes citados, sobre el estado de la contabilidad de la concursada, sobre la procedencia o no de propuestas de convenio, sobre la conformación del activo y el modo y forma de liquidación del mismo, sobre la conformación del pasivo; de tal modo que habiendo tenido conocimiento previo la A.E.A.T. de dichas cuestiones, optando, tomando partido y valorando, resulta que la misma carece de la imparcialidad subjetiva y objetiva necesaria para ejercer la función de Administrador concursal sin que ello suponga poner en duda -ni en éste momento ni anteriormente- la actuación de la A.E.A.T. en defensa del interés general que tiene encomendada, ni la diligencia e imparcialidad de las personas físicas que han ejercido dicho cargo.

OCTAVO.- Por último debe recordarse que es doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 24 de febrero de 2005 [RJ 2005\3614] que "Es claro que la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad de quien juzga. Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso sí quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad-como tercero ajeno a los intereses en litigio y a quienes son, o pretenden ser, sus titulares. Es por eso que el Juez ha de ser, y ha de aparecer, como alguien que no tenga respecto a la cuestión sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. Incluso las apariencias pueden tener importancia, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular 1982 [TEDH 19\2\6], caso Piersack; STEDH de 26 de octubre de 1984 [TEDH 1984\16], caso De Cuber, y STEDH de 24 de mayo de 1989 [TEDH 1989\8], caso Hauschildt). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y la imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se: acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio [RTC 1982\47], F. 3; 157/1993, de 6 de mayo [RTC 1993\157], F. 2; 47/1998, de 2 de marzo [RTC 1998\47], F. 4; 11/2000, de 17 de enero [RTC 2000\11], F. 4; y 52/2001, de 26 de febrero [RTC 2001\52], F. 3; 154/2001, de 2 de julio [RTC 2001\154], F. 3, y 155/2002, de 22 de julio [RTC 2002\155], F. 2). Da

necesidad de que el Juez se mantenga alejado de los intereses en litigio y de las partes "supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra», (STC núm. 38/2003, de 27 de febrero [RTC 2003\38])".

Atendiendo a tal doctrina resulta que la circunstancia de que la A.E.A.T. tenga que decidir, emitir juicios y valoraciones o adoptar acuerdos sobre el tiempo -pues la liquidación depende de su voluntad-, el importe y los tributos a que se referirán las futuras devoluciones de tributos pagados indebidamente por la concursada -como reconoce el propio informe de la Administración concursal-supone un vínculo evidente con uno de los extremos a resolver, que condiciona su imparcialidad objetiva; no pudiendo olvidarse que supone tal interés un importe aproximado y contingente de 150 millones de euros; cantidad muy relevante para la causa.

NOVENO.- Finalmente debe señalarse que procede la desestimación de las causas invocadas por la actora al amparo de los nº 6 (emisión de dictamen pericial previo) y nº 11 (ser instructor de la causa) del Art. 219 L.O.P.J. Y ello, en cuanto a la primera, porque si bien es cierto que en proceso penal los dictámenes periciales se incorporan como prueba documental y despliegan su fuerza probatoria en el acto del plenario -con la debida contradicción e intermediación-, resulta evidente que la actuación pericial de la A.E.A.T. no se ha desarrollado en este momento procesal.

En cuanto a la segunda, porque el concepto de "instructor" es de estricta interpretación, de tal modo que referida al Juez de Instrucción, a los actos de instrucción y a la causa penal donde se desarrollan, resulta que la A.E.A.T. no ha desarrollado acto jurisdiccional alguno, sino, a lo sumo, mera diligencia ordenada por el Titular de la Jurisdicción.

E igual suerte desestimatoria debe tener la alegada existencia de interés directo en el asunto, invocada por Afinsa, S.A. y la actora por el cauce del nº 10 del Art. 219 de la L.O.P.J., pues se trata de hecho nuevo e invocación ajena al escrito de demanda, no articulado por el cauce del Art. 286 L.E.civil, cuando pudo y debió hacerse por escrito de modo previo al acto de la vista, ya que las resoluciones judiciales invocadas para justificar tal interés son muy anteriores a la vista.

DÉCIMO.- Dispone el Art. 196.2 L.Concursal que la sentencia que recaiga en este tipo de incidentes se rige en materia de costas por lo dispuesto en art. 3 94 L.E.Civil en cuanto a su imposición, es decir, el principio del vencimiento objetivo.

Ahora bien, estimando éste Tribunal que los temas planteados resultan seriamente dudosos en Derecho, al no haber jurisprudencia sobre una Ley novedosa, que sólo se asentará tras el paso del tiempo y una prolongada labor de la doctrina científica y jurisprudencial, procede *no* hacer imposición de las costas, de tal modo que cada una abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitades.

Vistos los preceptos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO: Que estimando la demanda de recusación formulada a instancia de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC) y a instancia de DÑA. LAURA MIGUEL RIVERA Y OTROS, quienes comparecieron representados por la Procuradora Sra. Rodríguez Teijeiro y asistidas por la Letrado Dña, María Isabel Cámara Rubio: contra la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, asistida del Letrado administrador concursal D. Francisco Javier Díaz-Gálvez de la Cámara; contra la mercantil AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A., representada por el Procurador Sr. Torres Álvarez y asistida del Letrado D. Pedro Luis Elvira Martín, declarada en concurso en proceso concursal n° 208/06 de este Juzgado, en su condición de coadyuvante; contra DÑA. TERESA CRESPO Y OTROS 59.003, representados por el Procurador Sr. Torrecilla Jiménez y asistidos del Letrado D. Jaime Gil-Robles Gil-Delgado, en su condición de coadyuvante; contra la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (A.E.A.T.), representada y asistida por la Abogacía del Estado; y contra D. VICENTE MARTÍN PEÑA, representado por el Procurador Sr. Venturini Medina y asistido del Letrado D. José Luis Plaza Valverde, en su condición de coadyuvante; debo apartar y aparto a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (A. E. A. T.) del cargo de Administrador concursal acreedor; sin hacer imposición de las costas.

De conformidad con el Art. 33.4 de la L.Co, se declara la VALIDEZ y EFICACIA de todos los actos, acuerdos y decisiones de la Administración concursal, previos a la presente Resolución.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 38.3 de L.Co. DÉSE al presente cese la publicidad dispuesta en los Art. 23 y 24 de la L.Co.; llevando testimonio de la presente Resolución a la Sección 2", donde se procederá al nuevo nombramiento; actuando entre tanto la Administración concursal de modo mancomunado.

De conformidad con el Art. 3 6.4 L.Co., caso de haberse atribuido individualmente a la Cesada competencias de la Administración concursal, DEBERÁ, en su caso, rendir cuentas de su gestión conforme a las normas del apartado 1º del Art. 181 de la L.Co., en el plazo de UN MES a contar desde la notificación de la presente.

Así por esta Mi sentencia, que se notificará a las partes en legal forma, es definitiva/ NO siendo susceptible de recurso alguno [Art. 39 L.Co.]; lo pronuncio, mando y firmo». D. Francisco Javier Vaquer Martín.