



Roj: **AAP B 10345/2021 - ECLI:ES:APB:2021:10345A**

Id Cendoj: **08019370152021200161**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **05/11/2021**

Nº de Recurso: **2117/2021**

Nº de Resolución: **167/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

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

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801947120218005294

Recurso de apelación 2117/2021-1ª

Materia: Concurso de acreedores

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Barcelona

Procedimiento de origen: Concurso ordinario 601/2021

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0661000012211721

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012211721

Parte recurrente/Solicitante: AGÈNCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTÀRIA

Parte recurrida: GM FUEL TANK, S.L.U., LEXAUDIT & CONCURSAL SLP (Administrador Concursal)

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro, Jesus De Lara Cidoncha

Abogado/a: Arturo Jesus Del Burgo Azpiroz

Cuestiones.- Recurso contra el auto de declaración de concurso voluntario. Solicitud fraudulenta, inexistencia de pluralidad de acreedores y falta de presupuesto objetivo.

AUTO núm. 167/2021

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN F GARNICA MARTÍN

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

DON LUIS RODRÍGUEZ VEGA

En Barcelona, a cinco de noviembre de dos mil veintiuno.

Parte apelante: AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

Parte apelada: GM FUEL TANK S.L. y administración concursal**Resolución recurrida:** Auto

-Fecha: 21 de abril de 2021

-Concurrada: GM FUEL TANK S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.-** La parte dispositiva del auto apelado es del tenor literal siguiente (en su parte interesante):**"ACUERDO:**

1.- Declarar al deudor a la mercantil GM FUEL TANK S.L.U., en situación de concurso, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración y con los siguientes pronunciamientos concretos:

a) El carácter voluntario del concurso,

b) Que el deudor queda INTERVENIDO en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio.

2.- Procedimiento: (2.1) Tramitar el presente concurso por los cauces del procedimiento ABREVIADO, (2.2) declarando la naturaleza PRINCIPAL de este concurso.

3.- Se acuerda la adopción como MEDIDA CAUTELAR, de conformidad con lo previsto en el art. 28.3 TRLC, el mantenimiento del CAE que GM FUEL TANK, S.L., tiene tanto en la Diputación Foral de Bizkaia, como en la Agencia Tributaria, al objeto de asegurar la continuidad de la actividad de la compañía.

4.- Nombramiento de Administradores y aceptación: Nombrar administrador concursal a LEXAUDIT CONCURSAL, c/ Provença, 280, 3º, 2ª, 08008 Barcelona, info@lexaudit.com, teléfono 933 018 497."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. 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 30 de septiembre de 2021.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS**PRIMERO .- Términos de la controversia.**

1. La AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (en adelante AEAT) interpone recurso de apelación contra el auto que declara el concurso voluntario de GM FUEL TANK S.L., interesando que se deje sin efecto dicha resolución y se acuerde el archivo de las actuaciones. Según la recurrente, GM FUEL TANK S.L. ha instrumentalizado fraudulentamente el procedimiento concursal con el único objetivo de conseguir el mantenimiento de los Códigos de Actividad y Establecimiento (CAE) que tiene autorizados por la AEAT y la Diputación Foral de Vizcaya, y paralizar las ejecuciones administrativas iniciadas por esta última Administración Pública Tributaria. La solicitud de concurso, añade la recurrente, se efectuó inmediatamente después de que se notificara la Sentencia del Tribunal Supremo 1779/2020, de 17 de diciembre, que confirma la falta de concurrencia de los requisitos para mantener el CAE autorizado por la AEAT y coincide en el tiempo con la incoación del procedimiento de revocación del CAE autorizado por la Diputación Foral de Vizcaya.

2. Aunque el apelante esgrime que el mantenimiento del CAE acordado en sede concursal implica una intromisión en las exclusivas competencias de las Administraciones Públicas, el recurso tiene como único objeto la propia declaración del concurso. En efecto, es cierto que el auto de declaración acuerda como medida cautelar el mantenimiento del CAE que GM FUEL TANK S.L. tiene tanto en la Diputación Foral de Bizkaia como en la Agencia Tributaria. Ahora bien, es por auto de 13 de mayo de 2021 cuando, a petición de la administración concursal y con la oposición de la Diputación de Bizkaia, se ratifica el mantenimiento de la medida y se analiza la concurrencia de los presupuestos para su adopción, auto recurrido en apelación por la Diputación de Bizkaia. En este sentido, el recurso, en el que se interesa que se deje sin efecto la declaración de concurso y el archivo del expediente, expresa lo siguiente:

"El mantenimiento del CAE, acordado en sede concursal mediante auto de 13 de mayo de 2021 en infracción de la normativa tributaria, implica una intromisión en las exclusivas competencias de las Administraciones Tributarias (...) sin cobertura alguna en la regulación concursal."



3. Además de aducir la instrumentalización fraudulenta del procedimiento concursal, el recurso añade que no existe una pluralidad de acreedores como tal y que no se ha acreditado debidamente el presupuesto objetivo del concurso.

4. Tanto la demandada como la administración concursal se oponen al recurso. Alegan, en primer lugar, que el recurso ni tan siquiera debió ser admitido a trámite, pues contra el auto de declaración de concurso voluntario sólo cabe interponer recurso de reposición. En cuanto al fondo del asunto, niegan que exista fraude y sostienen que concurren los presupuestos de pluralidad de acreedores y situación de insolvencia.

SEGUNDO.- Sobre la admisibilidad del recurso de apelación.

5. Analizaremos, en primer lugar, si el recurso fue correctamente admitido, dado que las causas de inadmisión lo son también de desestimación del recurso. Alegan las apeladas que el Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020, deja claro en su artículo 12 que *"contra el auto que inadmita o desestime la solicitud de declaración de concurso por el deudor el solicitante sólo podrá interponer recurso de reposición"*.

6. Ciertamente, el nuevo Texto Refundido introduce como novedad la regulación por separado en dos Capítulos distintos de la declaración de concurso a instancias del deudor (Capítulo III, del Título I del Libro I) y la declaración de concurso a solicitud del acreedor y de otros legitimados (Capítulo IV). El procedimiento es distinto en uno y otro caso, como diferente es también el régimen de recursos, lo que impide la aplicación extensiva del recurso de apelación directo que el vigente artículo 25 del TRLC contempla para el auto estimatorio de la declaración de concurso.

7. En una interpretación abiertamente favorable al acceso al recurso, esta Sección admitió, bajo la vigencia de la Ley de 2003, el recurso de apelación contra el auto de declaración del concurso interpuesto por los acreedores (auto de 5 de diciembre de 2018), al entender que el artículo 14.2º era una norma fragmentaria, dado que no regulaba qué recurso cabía contra el auto que declara el concurso ni contra alguno de sus pronunciamientos, más allá de la propia declaración. Además, en la medida que sistemáticamente se regulaba en una única Sección tanto la tramitación a instancias del deudor como de alguno de sus acreedores, con normas compartidas también en materia de recursos, entendimos extrapolable el régimen de recursos previstos en el artículo 20 a aquellos pronunciamientos cuya impugnación no regulaba el artículo 14.2º. Esa aplicación extensiva ya no es posible con la dualidad de procedimientos de declaración contemplada en la nueva normativa.

8. Ahora bien, el artículo 12 del Texto Refundido sigue siendo una norma incompleta, pues sólo contempla un régimen de recursos (sólo reposición) contra el auto que *"inadmita o desestime la solicitud de declaración del concurso presentada por el deudor"*. Nada dice respecto de la impugnación de la propia declaración de concurso o de alguno de sus pronunciamientos, lo que deriva la cuestión controvertida al régimen general de los recursos recogido en los artículos 545 y siguientes del TRLC (artículo 197 de la LC de 2003). Pues bien, el artículo 546 establece que contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso *"solo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto"*. Y contra los autos resolutorios de recursos de reposición promovidos en fase común (como es el caso), dice el artículo 547, *"no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días"*, esto es, cabe la apelación diferida antes regulada en el artículo 197.4º de la LC de 2003.

9. Ciertamente, la apelación directa, como denuncia la concursada y la administración concursal, no está contemplada en el TRLC contra el auto de declaración de concurso. Ahora bien, una vez abierta la posibilidad de que esa decisión sea revisada en segunda instancia, aunque sea por la vía de la impugnación diferida, estimamos que, en atención a las circunstancias concurrentes, hemos de admitir y resolver el recurso de la AEAT. En efecto, tenemos presente, de un lado, que el Juzgado admitió directamente la apelación, en lugar de dar al recurso el cauce adecuado (tramitar la impugnación como un recurso de reposición o dar a la recurrente la oportunidad de optar por la vía correcta). Por otro lado, el objeto del recurso, en el que se cuestiona la propia declaración de concurso y se interesa el archivo del procedimiento, desaconseja por completo demorar su resolución. Es posible, además, que la resolución vehicular que permitiría canalizar la impugnación diferida haya recaído. Todo ello nos lleva a admitir la apelación y a entrar a resolver sobre el fondo del asunto.

TERCERO.- Sobre los presupuestos de la declaración de concurso. Situación de insolvencia y pluralidad de acreedores. Uso fraudulento de la solicitud.

10. Estimamos conveniente alterar el orden de las cuestiones que plantea el recurso, comenzando nuestro análisis por los presupuestos de la declaración. Recordemos que la solicitud de concurso se configura en el artículo 5 del TRLC como un deber legal a ejercitar por el deudor dentro de los dos meses siguientes a



haber conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual. Por tanto, de constatarse que la concursada no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles y, en definitiva, que se da la situación de insolvencia concursal del artículo 2 de la Ley, con pluralidad de acreedores, difícilmente cabrá apreciar un uso fraudulento del procedimiento concursal.

11. El artículo 6 del TRLC dispone que el deudor que inste la declaración del propio concurso deberá expresar en la solicitud el estado de insolvencia actual o inminente en que se encuentre y acompañar todos los documentos que considere necesarios para acreditar la existencia de ese estado. El presupuesto objetivo del concurso debe ser apreciado por el juez valorando conjuntamente la solicitud y la documentación aportada (artículo 10).

12. La AEAT alega que la concursada no realiza actividad mercantil alguna, limitándose a detentar el CAE autorizado y a liquidar los impuestos especiales del resto de empresas del grupo. Añade la recurrente que la solicitud no justifica la concurrencia del presupuesto objetivo (insolvencia actual o inminente). Pues bien, al margen de que la supuesta falta de actividad mercantil no enerva la obligación de instar el concurso, estimamos que la titularidad y gestión de los dos CAEs autorizados, para lo cual la concursada cuenta con dos empleados y unas instalaciones propias, implica el ejercicio de una actividad, por mucho que sus clientes sean empresas de su mismo grupo. En la solicitud se justifica suficientemente la situación de insolvencia, motivada por los efectos derivados de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y por la imposibilidad de atender las obligaciones contraídas con las distintas administraciones tributarias (la AEAT y la Diputación de Bizkaia). El hecho no discutido de que esta haya denegado el aplazamiento de la deuda fiscal y acordado en procedimiento administrativo el embargo de las cuentas y derechos de crédito de GM FUEL, revela una imposibilidad real de cumplir con las obligaciones exigibles (artículo 2.2º del TRLC).

13. También concurre el presupuesto de la pluralidad de acreedores. En la lista adjuntada a la solicitud se identifica a cinco acreedores, dos de ellos, la AEAT y la Diputación de Bizkaia, con cantidades muy importantes. La recurrente no cuestiona la existencia de los créditos reseñados en la lista. En realidad, pone como única objeción que la deuda de la AEAT se encontraba en el momento de la solicitud en periodo voluntario de pago sin recargos, por lo que sólo existiría un "único acreedor con deuda ejecutiva". Sin embargo, que una deuda tributaria se encuentre en periodo voluntario de pago no excluye la condición de acreedor. De hecho, la AEAT ha comunicado su crédito en el concurso.

14. En definitiva, justificada la situación de insolvencia y la existencia de una pluralidad de acreedores, no estimamos que la concursada haya instrumentalizado fraudulentamente el proceso concursal con fines distintos a los propios del concurso. La declaración de concurso no prejuzga la legalidad del régimen fiscal suspensivo al que se ha acogido GM FUEL y el cumplimiento de la normativa tributaria. Tampoco el mantenimiento de los Códigos de Actividad y Establecimiento es un efecto directo de la declaración de concurso. De hecho, esa medida se ha adoptado como una medida de aseguramiento o cautelar, que es objeto de otro recurso que pende ante esta misma Sección. Y los dos conflictos de jurisdicción planteados, primero por la Diputación de Bizkaia y luego por la AEAT, se han promovido en la pieza de medidas cautelares 18/2021 y por entender que el auto de 13 de mayo de 2021 invade las competencias atribuidas legalmente a dichas administraciones tributarias. Sólo si el mantenimiento del CAE constituyera un efecto propio de la declaración de concurso cabría considerar el uso instrumental y fraudulento del concurso.

Por todo ello, debemos desestimar el recurso.

CUARTO.- Costas procesales.

15. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone a la recurrente las costas del recurso.

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra el auto de 21 de abril de 2021, que confirmamos, con imposición de las costas del recurso a la recurrente.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso extraordinario alguno.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de este Auto, a los efectos pertinentes.

Así lo pronuncian mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados componentes del tribunal, de lo que doy fe.