



Roj: **AJM B 2726/2021 - ECLI:ES:JMB:2021:2726A**

Id Cendoj: **08019470122021200226**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **19/07/2021**

Nº de Recurso: **34/2021**

Nº de Resolución: **372/2021**

Procedimiento: **Pieza de medidas cautelares**

Ponente: **MARIA ISABEL LOPEZ MONTAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta13 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 930002311

FAX: 938844955

E-MAIL: mercantil12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120218005294

P.S.Medidas cautelares coetáneas - 34/2021 -A

Materia: Concurso voluntario ordinario de 50 a 100 mil. €

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 5459000010003421

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

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Barcelona

Concepto: 5459000010003421

Parte demandante/ejecutante:

Procurador/a:

Abogado/a: Parte demandada/ejecutada: GM FUEL TANK, S.L.U.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a: ARTURO JESUS DEL BURGO AZPIROZ

AUTO Nº 372/2021

Magistrada que lo dicta: María Isabel López Montañez

Barcelona, 19 de julio de 2021

HECHOS

PRIMERO.- Por este Juzgado se dictó en fecha 21 de abril de 2021 auto de declaración de concurso voluntario de la mercantil GM FUEL TANK, S.L.U.

SEGUNDO.- En fecha 1 de julio de 2021 la representación procesal de GM FUEL TANK, S.L.U. se presentó escrito interesando como medida cautelar la consistientes en la suspensión inmediata de los acuerdos de adopción de medidas cautelares realizados por la AEAT frente a las tres filiales del grupo, GM FUEL SERVICE



SL, GM FUEL ATLANTICA SL y GM FUEL IBERICA SL, procediéndose a la restitución de las cantidades y bienes embargados.

TERCERO.- Por providencia de 1 de julio de 2021 se acuerda la formación de pieza separada y el traslado a las partes personadas para la formulación de alegaciones.

CUARTO.- La Diputación Foral de Bizkaia y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria se opone a la adopción de las medidas cautelares interesadas mediante escritos de 9 y 14 de julio, respectivamente.

Por su parte, la Administración Concursal mediante escrito de 13 de julio interesa la adopción de las medidas cautelares.

II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Solicitud de medidas cautelares.

1. La concursada pone de manifiesto en su escrito que la AEAT en fecha 29 de junio de 2021 le comunicó el inicio de actuaciones con propuesta, puesta manifiesto y trámite de audiencia de expediente de derivación de responsabilidad subsidiaria" así como "Acuerdo de adopción de medidas cautelares", en relación con las siguientes entidades: GM FUEL SERVICE SL, GM FUEL IBERICA SL, GM FUEL ATLANTICA SL, GORALME SL y D. Hipolito .

2. Alega la concursada que con esta actuación, la AEAT no pretende otra cosa que eludir las consecuencias del concurso de acreedores de GM FUEL TANK y obtener el cobro de las deudas pendientes, vía reclamación al resto de entidades del grupo y al propio administrador social. Y lo hace, además, provocando un perjuicio evidente en el patrimonio de la empresa concursada, toda vez que las empresas a las que ha embargado son precisamente los tres clientes de la concursada y cuyas deudas conforman la práctica totalidad de la masa activa del concurso; lo que supone en la práctica la liquidación del grupo GM FUEL y, en consecuencia, la pérdida de la masa activa de la concursada y la imposibilidad de atender al convenio de acreedores que se pretende plantear.

3. En cuanto a la afectación a la masa activa de la concursada, manifiesta la concursada que la AEAT ha iniciado expediente de derivación de responsabilidad por importe de 55.467.293,22 euros, para lo cual ha procedido a la traba de los siguientes embargos preventivos en relación con todas las entidades que conforman el grupo:

GM FUEL SERVICE SL

- Saldos en cuentas o depósitos abiertos en todas las entidades de crédito.
- Créditos reconocidos a favor de GM FUEL SERVICE SL.
- Acciones y valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios.
- Participaciones en instituciones de Inversión Colectiva.
- Vehículos.

GM FUEL IBERICA SL

- Saldos en cuentas o depósitos abiertos en todas las entidades de crédito.
- Créditos reconocidos a favor de GM FUEL IBERICA SL.

GM FUEL ATLANTICA SL

- Saldos en cuentas o depósitos abiertos en todas las entidades de crédito.
- Créditos reconocidos a favor de GM FUEL ATLANTICA SL.
- Acciones y valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios.

4. Se embarga asimismo bienes del administrador, D. Hipolito (incluyendo sus cuentas personales y su propio sueldo), y de la entidad GORALME SL, si bien, al no formar parte de masa activa del patrimonio de la concursada, no se interesan medidas cautelares.

5. Pues bien, **dichos embargos se realizan sobre la totalidad del patrimonio de los deudores de la concursada, privando por tanto a esta última de cualquier posibilidad de cobro.** Añade la concursada en su escrito que la propia AEAT en su acuerdo de medidas afirma: "En el curso del procedimiento concursal, se aporta el inventario de los bienes y derechos de la sociedad deudora, cuyo análisis deja patente que **la mayoría de los activos están**



constituidos por derechos de crédito frente a las propias empresas de grupo" (página 7); "Resulta relevante que la mayoría del inventario de la sociedad está comprendido por las facturas pendientes de emitir por las sociedades

presuntamente responsables, en particular:

- Facturas pendientes de emitir GM FUEL SERVICE SL: 43.788.375,30 euros
- Facturas pendientes de emitir GM FUEL IBERICA SL: 9.139.248,86 euros
- Facturas pendientes de emitir GM FUEL ATLÁNTICA SL: 6.257.916,48 euros.

6. Por último, señala la concursada que de llevarse a cabo esta medida, las tres entidades deudoras de la concursada quedarían sin ningún patrimonio ni viabilidad económica con que poder hacer frente a las deudas contraídas, imposibilitando por tanto cualquier opción de cobro por parte de GM FUEL TANK. De esta forma, conllevaría la necesidad de liquidación inmediata de la concursada, frustrando toda perspectiva de continuidad para la que se presentó el concurso de acreedores. Así, aporta mediante escrito de 7 de julio de 2021 informe pericial en el que se acredita la paralización total del grupo GM FUEL desde el 29 de julio y el consiguiente cierre al que se verá abocado en los próximos días de mantenerse los embargos preventivos declarados por la AEAT.

SEGUNDO.- Alegaciones de las partes.

7. La Abogada del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria manifiesta en su escrito que el procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria se dirige a entidades no incluidas en el ámbito subjetivo del presente concurso; y los bienes y derechos embargados en virtud de las citadas medidas cautelares no están incluidos en la masa activa del concurso de GM FUEL TANK, S.L.

Asimismo, añade que la AEAT está legitimada para dirigir su actuación recaudatoria contra entidades distintas de la concursada en ejercicio legítimo de su potestad de autotutela y, en cualquier caso, las decisiones que se adopten en el marco del procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria son susceptibles de recurso administrativo.

8. En el mismo sentido se pronuncia la Diputación Foral de Bizcaia en su escrito de 9 de julio de 2021. Como alegación de carácter procesal, solicita la inadmisión de la solicitud de medidas cautelares por falta de ofrecimiento de caución. Y como alegación de carácter procesal, manifiesta la falta de competencia del Juzgado Mercantil para la adopción de la medida cautelar interesada puesto que se refieren a personas jurídicas distintas de la concursada.

9. Por su parte, la Administración Concursal interesa la adopción de las medidas cautelares sustentándose en la jurisdicción "exclusiva y excluyente del juez del concurso", prevista en el art. 54 TRLC, y que "se extiende a cualquier medida cautelar que afecte o pudiera afectar a los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa". Y relaciona esta competencia del juez del concurso con dos de las finalidades propias del concurso: la sujeción general del patrimonio del deudor para su sometimiento a las soluciones concursales (art. 192 TRLC); y el mantenimiento de la empresa en funcionamiento.

TERCERO.- Presupuestos para la adopción de las medidas cautelares.

10. En este punto, procede entrar a valorar la concurrencia de los presupuestos para el mantenimiento de la medida cautelar acordada, como son el *fumus bonis iruis* y el *periculum in mora*. Pues bien, aunque la Agencia Estatal de la Administración Tributaria actúa en el ámbito de un procedimiento administrativo de recaudación tributaria, conviene traer a colación la doctrina del TS sobre la interpretación del art. 55 de la LC (actual 142 TRLC), expuesta en la STS N° 319/2018, de 30 de mayo, según la cual:

"2. *Desestimación de los motivos primero, segundo y tercero.* Al regular los efectos de la declaración de concurso sobre las ejecuciones y apremios administrativos contra el patrimonio del deudor, el art. 55 LC parte de una regla general: la imposibilidad de iniciarse ejecuciones singulares o apremios administrativos (apartado 1) y la suspensión de las que estuvieran en curso (apartado 2).

Esta regla general es una medida que facilita la solución colectiva a la situación de insolvencia, en cuanto que preserva la integridad del patrimonio del concursado por si resulta necesario para un eventual convenio o también una liquidación global de la unidad productiva; y, lo que es más importante, facilita que se cumpla la *par condicio creditorum* (representado por las reglas concursales de prioridad de cobro) en el pago de los créditos del deudor concursado.

En el párrafo segundo del art. 55.1 LC, se establecen las excepciones y las salvedades, a estas últimas:

"Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que



se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

En principio, quedan exceptuados de la regla general de la suspensión de las ejecuciones individuales y apremios administrativos contra bienes del deudor concursado, los procedimientos administrativos de ejecución en que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que también se hubieran embargado bienes del concursado. Se entiende que en estos casos no se suspende el procedimiento de ejecución administrativo o, en su caso, judicial laboral, pero queda constreñido a los bienes y derechos embargados con anterioridad a la declaración de concurso. En ningún caso será posible extenderla a nuevos embargos.

En nuestro caso, los embargos acordados por la AEAT fueron anteriores a la declaración de concurso, por lo que en principio debía operar la excepción.

3. Pero estas excepciones están sujetas a dos salvedades: una relativa a la naturaleza de los bienes y derechos embargados; y otra de carácter temporal. El efecto de estas salvedades es que deje de operar la excepción.

La primera salvedad es que los bienes y derechos embargados "no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". Este art. 55.1.II LC debe integrarse con lo dispuesto en el art. 56.5 LC, merced a la remisión contenida en este último, respecto del procedimiento para determinar cuándo un bien o derecho cumple esta condición de necesario para la continuidad de la actividad económica del deudor:

"5. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar (...) si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

En consecuencia, la mera declaración de concurso determina la paralización de las ejecuciones individuales o apremios administrativos en trámite. En el caso de las ejecuciones laborales o de los apremios administrativos en que se hubieran embargado bienes o derechos del deudor antes de la declaración de concurso, para poder continuar con la ejecución se precisa la previa declaración del juez del concurso de que aquellos concretos bienes o derechos embargados no son necesarios.

4. El párrafo segundo del art. 55.1 LC establece también otra salvedad, de carácter temporal. La dicción del precepto no es muy clara, por lo que se comprende la controversia suscitada en este pleito y resulta necesario resolver los problemas que su interpretación suscita.

La redacción del precepto procede de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Con anterioridad no existía ninguna de estas dos salvedades, ni la relativa a la condición de los bienes o derechos embargados como no necesarios, ni la temporal, pero los tribunales habían negado la posibilidad de reanudar la ejecución administrativa sobre los bienes o derechos embargados antes de la declaración de concurso, cuando se pretendía hacer después de abierta la liquidación.

Con estos antecedentes, podría parecer que la reforma acogía el criterio judicial y exigía que la declaración de bien no necesario para la continuación de la actividad económica del deudor, imprescindible para poder continuar con la ejecución administrativa o laboral sobre estos bienes, se hiciera antes de la aprobación del plan de liquidación. Pero la dicción literal del precepto va más allá, pues el límite temporal no lo refiere a la petición de declaración de bien no necesario, sino a la propia continuación de la ejecución administrativa o laboral: "(h)asta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos...".

Y esta interpretación gramatical es acorde con una interpretación sistemática y teleológica del precepto, como veremos a continuación.

Es muy importante advertir que el derecho de ejecución separada del concurso que se contiene en el párrafo segundo del art. 55.1 LC no comporta ninguna preferencia de cobro. En aquellas ejecuciones, ya sean judiciales laborales o administrativas, después de la declaración de concurso sigue operando el orden de prelación de créditos concursal, el derivado de la clasificación de créditos. Eso sí, la administración concursal debe hacerlo valer a través de la correspondiente tercería de mejor derecho, que se resolverá con arreglo a las normas concursales. En este contexto, resulta razonable que si finalmente se opta por la liquidación, en la medida de lo posible, esta sea universal y afecte a todos los bienes y derechos del concursado que todavía no hayan sido realizados, pues de esa forma se facilita mejor la aplicación de la *par condicio creditorum*, representada por el orden de prelación de créditos de ese concreto concurso."

11. La citada resolución establece la regla general consistente en la imposibilidad de iniciar ejecuciones singulares o apremios administrativos y la suspensión de las que estuvieran en curso una que vez que se declare el concurso.



12. Asimismo, prevé como excepción que quedan exceptuados de la regla general de la suspensión de las ejecuciones individuales y apremios administrativos contra bienes del deudor concursado, los procedimientos administrativos de ejecución en que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que también se hubieran embargado bienes del concursado. Ello supone que no se suspende el procedimiento de ejecución administrativo o, en su caso, judicial laboral, pero queda constreñido a los bienes y derechos embargados con anterioridad a la declaración de concurso, lo que comporta que en ningún caso será posible extenderla a nuevos embargos.

13. Y añade dos salvedades. La primera relativa a la naturaleza de los bienes, es decir, que los bienes embargados no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial, por tanto, se requiere declaración del Juez en este sentido. Y una segunda de orden temporal, en virtud de la cual, las ejecuciones laborales o administrativas sobre bienes no necesarios solo pueden continuar hasta la aprobación del plan de liquidación, no comportando tales ejecuciones separadas una preferencia de cobro.

14. Pues bien, en el presente caso, se declaró el concurso de GM FUEL TANK mediante auto de 21 de abril de 2021 y **mediante auto de 3 de junio de 2021 se declaró como necesarios los saldos y los derechos de crédito de la concursada**, así la parte dispositiva de dicho auto prevé lo siguiente:

" 1º.- *El carácter NECESARIO de los saldos y créditos comerciales que GM FUEL TANK, S.L. tenga frente a terceros, para la continuidad de la actividad de la concursada.*

2º.- *ORDENO la suspensión de los procedimientos administrativos ejecutivos o de apremio iniciados por la Diputación Foral de Bizkaia y la AEAT, así como de cualquier otro procedimiento ejecutivo sobre dichos bienes y derechos necesarios cualquiera que hubiese sido el órgano ejecutante (civil, laboral o administrativo).*

3º.- *ORDENO la devolución de las cantidades que se hubieran podido percibir desde el día 21 de abril de 2021, fecha de declaración del concurso, en dichos procedimientos administrativos.*

Los embargos trabados por la AEAT antes de la declaración de concurso y que hayan dado lugar a la percepción de cantidades antes de la declaración de concurso no pueden ser objeto de alzamiento o suspensión alguna.

Requírase a la AEAT para que en plazo de 5 días proceda de forma inmediata a suspender los procedimientos ejecutivos iniciados, con alzamiento de los embargos trabados, comunicándolo a las mismas empresas que notificó la diligencia de embargo y a depositar las cantidades ya embargadas, en su caso, en la cuenta de la concursada para su integración en la masa del concurso".

15. Dicho auto ha sido recurrido en apelación por la Diputación Foral de Bizkaia y **con posterioridad al mismo** la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en fecha 29 de junio de 2021 notifica a la concursada el inicio del expediente de derivación de responsabilidad subsidiaria por importe de 55.467.293,22 euros y el acuerdo de adopción de medidas cautelares en relación a las entidades GM FUEL SERVICE, S.L., GM FUEL ATLANTICA y GM FUEL IBERICA, S.L.

16. Tal y como consta en el informe provisional de la Administración Concursal presentado en el concurso y en el informe pericial aportado por la concursada en su escrito de 7 de julio de 2021, el inventario de la masa activa de GM FUEL TANK, S.L., asciende a un total de 87.077.421 euros, correspondiendo la partida más esencial del activo corriente el saldo pendiente de cobro de 79.742.650 euros de las tres empresas del grupo: GM FUEL SERVICE, S.L., GM FUEL ATLANTICA y GM FUEL IBERICA, S.L., únicas clientes de la concursada. Por tanto, con la situación de bloqueo de las cuentas de los tres clientes y de los saldos referidos, se bloquea totalmente la actividad de la concursada, tal y como ya ha sucedido, y consiguientemente supondrá el cierre de GM FUEL TANK, S.L.U. Y dichos saldos de clientes fueron declarados bien necesario para la continuidad de la actividad de la concursada mediante auto de 3 de junio de 2021.

17. En consecuencia, y **con el fin de garantizar la adecuada tramitación del concurso y la continuidad de la actividad de la concursada** hemos de concluir que concurre el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora* necesarios para la adopción de las medida cautelar interesada, puesto que con la misma se garantiza el mantenimiento de la integridad del patrimonio de la concursada, de su masa activa, y del mantenimiento de las relaciones laborales y de la actividad empresarial que conducirá, tal y como ha manifestado la concursada en su solicitud, a proponer una propuesta de convenio que permita satisfacer los créditos existentes.

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo la MEDIDA CAUTELAR de suspensión inmediata de los acuerdos de adopción de medidas cautelares realizados por la AEAT frente a GM FUEL SERVICE, S.L., GM FUEL ATLANTICA, S.L., y GM FUEL IBERICA, S.L., con obligación de restitución de las cantidades y bienes embargados.



Requírase a la AEAT para que en plazo de 5 días proceda de forma inmediata a suspender los procedimientos ejecutivos iniciados, con alzamiento de los embargos trabados, comunicándolo a las mismas empresas que notificó la diligencia de embargo y a depositar las cantidades ya embargadas, en su caso, en la cuenta de la concursada para su integración en la masa del concurso.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación en los términos previstos legalmente.

Así lo acuerda, manda y firma, M^a Isabel López Montañez, Magistrada Juez del Juzgado Mercantil nº 12 de Barcelona.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.