

III. OTRAS DISPOSICIONES

TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

11620 *Conflicto de jurisdicción n.º 6/2013, suscitado entre la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Galicia y el Juzgado de lo Mercantil, n.º 2 de A Coruña.*

TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Art. 38 LOPJ

Presidente Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero

Sentencia n.º: 9/2013.

Fecha Sentencia: 01/10/2013.

Conflicto de Jurisdicción: 6/2013.

Fallo/Acuerdo: Sentencia Resolviendo Conf. Jurisdicción.

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón.

Secretaría de Gobierno.

Tribunal Supremo.

Conflicto de Jurisdicción: 6/2013.

Secretaría de Gobierno.

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón.

Sentencia núm. 9/2013

Excmos. Sres.:

Presidente:

Don Gonzalo Moliner Tamborero.

Vocales:

Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

Don José Antonio Montero Fernández.

Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

Don Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón.

Don Fernando Ledesma Bartret.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción constituido por su Presidente y los Excmos. Sres. Vocales anteriormente citados, dotados de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dictan la siguiente:

SENTENCIA

En la villa de Madrid, a uno de octubre de dos mil trece.

Visto por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, constituido por los miembros relacionados al margen, el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil

número 2 de La Coruña y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Galicia, en el concurso 16/2013, relativo a la entidad Real Club Deportivo de la Coruña, S. A. D., con arreglo a los siguientes:

Antecedentes de hecho

Primero.

En el año 2012 la Agencia Estatal de Administración Tributaria embargó los créditos de titularidad del Real Club Deportivo de la Coruña, S. A. D., frente a Mediaproducción, S. L. (conocida como MEDIAPRO). Estos créditos se refieren a los derechos de emisión audiovisual de las temporadas 2011/2012 y 2012/2013. Las diligencias de embargo tienen fecha de 27 de abril de 2012 y 27 de junio de 2012.

Como resultado de estas diligencias de embargo la entidad Mediaproducción, S. L. (MEDIAPRO), ingresó, el día 11 de octubre de 2012, en la cuenta de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de La Coruña la cantidad de 12.907.834,83 euros. De esta cantidad, 3.000.000 de euros correspondían a la temporada 2011/2012; otra parte, al primer pago de la temporada 2013, y el resto, al Impuesto sobre el Valor Añadido y diligencias de embargo no atendidas hasta la fecha.

Segundo.

El 4 de octubre de 2012 el Banco Gallego, S. A., formuló sobre esta cantidad una tercería de mejor derecho. Argumentaba que las cantidades embargadas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria estaban sujetas a un derecho de prenda, fijado en el contrato suscrito el día 1 de marzo de 2002.

La tercería fue admitida a trámite y las cantidades fueron ingresadas en consignación en el Tesoro, pero no ha sido cancelada la deuda tributaria ni podrá serlo hasta que se resuelva la tercería de mejor derecho.

Tercero.

Por Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de La Coruña, de 11 de enero de 2013, se declaró en situación de concurso voluntario a la entidad Real Club Deportivo de la Coruña, S. A. D. Se sigue desde entonces el procedimiento concursal número 16/2013.

En el seno de este procedimiento, y como primera medida, la concursada solicitó del Juzgado que se levantara este embargo trabado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria ya que las cantidades, unos doce millones de euros, eran necesarias para la continuación de la actividad de la empresa, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El Juzgado de lo Mercantil desestimó esta medida cautelar.

Frente a la desestimación se presentó por la administración concursal recurso de reposición y en Auto de 14 de febrero de 2013 el recurso fue estimado parcialmente, suspendiendo el procedimiento administrativo y concediendo plazo a las partes para que presentaran sus argumentos en relación con la necesidad de los bienes para la continuación de la actividad de la concursada.

En Auto de 25 de febrero de 2013 los bienes se declararon no necesarios.

Contra este Auto presentó recurso la administración concursal, recurso que fue parcialmente estimado en relación con la cuantía que corresponde al IVA repercutido por MEDIAPRO, respecto del crédito. Por este Auto de 1 de abril de 2013 se estima el recurso y se ordena que la cantidad que corresponde al IVA se ingrese a disposición de la administración concursal.

Cuarto.

La Agencia Estatal de Administración Tributaria remitió oficio de inhibición al Juzgado. Entendía que el Juzgado pretendía paralizar un procedimiento de embargo ya finalizado,

retrotrayendo sus efectos, a un momento anterior a la declaración de concurso, ya que las cantidades se ingresaron en la Agencia antes de esta declaración. Por otra parte, la competencia para decidir sobre la tercería de mejor derecho ha sido atribuida a la Agencia Estatal de Administración Tributaria por las leyes.

Quinto.

En Auto de 28 de junio de 2013 el Juzgado de lo Mercantil número 2 de La Coruña desestima la inhibición solicitada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y mantiene su jurisdicción.

En este Auto de 28 de junio de 2013 el Juzgado estima que la competencia le corresponde. Aunque la diligencia de embargo es anterior a la declaración de concurso, el artículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, permite la continuación de los procedimientos administrativos de ejecución siempre que el procedimiento de apremio hubiera terminado y el crédito a favor de la Administración se hubiera cobrado. En otro caso, el órgano jurisdiccional puede determinar si el bien en concreto es ó no necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor.

Se citan varias Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, comenzando por la Sentencia de 22 de diciembre de 2006, y se entiende que si bien el procedimiento de embargo ha finalizado el procedimiento de apremio no lo ha hecho, ya que la cantidad debida no ha sido pagada a la Hacienda Pública.

Sexto.

Recibido el expediente en el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, se dio traslado para alegaciones al Ministerio Fiscal y a la Abogacía del Estado.

El Ministerio Fiscal, en su escrito de 18 de julio de 2013, considera que la competencia para conocer de la cuestión corresponde al Juzgado de lo Mercantil, número 2 de La Coruña. Estima que el procedimiento de apremio no ha terminado, ya que el crédito ha sido consignado en espera de la resolución de la tercería de mejor derecho. La consignación no supone la extinción de la obligación. Siendo así, es el Juez quien debe decidir sobre la concurrencia de los presupuestos del artículo 55 de la Ley Concursal, según doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

La Abogacía del Estado en el Tribunal Supremo estima que en el conflicto de jurisdicción A38/6/2013 la competencia viene claramente atribuida a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Cita los artículos 164 de la Ley General Tributaria y 55 de la Ley Concursal y estima que en este caso lo único que resta es determinar la preferencia del tercerista o de la Administración sobre las cantidades obtenidas en el procedimiento. Las cantidades ejecutadas no pertenecen a la concursada, de modo que el Juez del concurso carece de potestad sobre ellas ya que salieron del patrimonio del deudor en fecha anterior a la declaración de concurso. En este momento, es el órgano de recaudación quien debe resolver sobre su destino final ya que la tercería de mejor derecho no ha suspendido el procedimiento de ejecución.

Añade que en la fecha de declaración del concurso (11 de enero de 2013) el bien objeto de embargo ya había sido realizado y en este momento las cantidades en litigio o bien pertenecen a la Administración tributaria o bien pertenecen al tercerista, pero a quien no pertenecen es al concursado.

Y finalmente señala que entre la notificación de las diligencias de embargo a MEDIAPRO (en abril y junio de 2012) y el ingreso de las cantidades por parte de la entidad (octubre de 2012) transcurrieron varios meses. Tanto es así que se inició un expediente de derivación de responsabilidad solidaria. La tercería fue presentada el 4 de octubre de 2012, pocos días antes de que MEDIAPRO ingresara las cantidades a disposición de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, el 11 de octubre de 2012. De aceptarse el argumento del Juzgado se avalaría un uso fraudulento de la tercería de mejor derecho: su mera presentación produce como efectos que los ingresos obtenidos por el Tesoro no sigan su destino natural.

Se señaló la audiencia para la decisión de este conflicto el día 1 de octubre de 2013, a las diez horas, siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, quien expresa el parecer del Tribunal de Conflictos.

Fundamentos de Derecho

Primero. *Objeto del conflicto.*

El conflicto de jurisdicción se suscita por la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en relación con los embargos trabados sobre los créditos de titularidad del Real Club Deportivo de la Coruña, S. A. D., frente a Mediaproduccion, S. L (conocida como MEDIAPRO), y el Juzgado de lo Mercantil número 2 de La Coruña que, en Auto de 1 de abril de 2013, ha ordenado que la suma que corresponde al IVA repercutido se ingrese a disposición de la administración concursal.

Se ha de recordar que MEDIAPRO puso a disposición de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria la cantidad total de 12.907.834,83 euros, tras las diligencias de embargo emitidas el 27 de abril de 2012 y 27 de junio de 2012. El Juzgado ha considerado que parte de estos bienes son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, en aplicación del artículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Segundo. *La concurrencia del proceso concursal y el procedimiento administrativo.*

El objeto del litigio consiste en determinar si el Juzgado de lo Mercantil es competente para ordenar que se alcen unos embargos acordados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con anterioridad a la fecha del Auto de declaración del concurso decretado por el citado Juzgado. No se discute que las diligencias de embargo son anteriores a la declaración del concurso.

La Administración Tributaria sostiene su competencia para seguir adelante con la ejecución de bienes aduciendo dos razones. Señala que las cantidades ejecutadas ya no pertenecen a la concursada, de modo que el Juez del concurso carece de potestad sobre ellas. Estas cantidades salieron del patrimonio del deudor en fecha anterior a la declaración de concurso y solo queda resolver sobre su destino final en razón de la tercería de mejor derecho presentada por el Banco Gallego, S. A. Sostiene, por tanto, que el procedimiento administrativo ya ha finalizado. A su razonamiento añade que aceptar otros argumentos supone avalar un uso fraudulento de la tercería de mejor derecho, que tendría el efecto de impedir que los bienes pudieran ser ingresados en el Tesoro.

El Juzgado estima, por el contrario, que la deuda tributaria no se ha satisfecho de modo que el procedimiento administrativo no ha finalizado. Así las cosas, es competencia del Juez del concurso decidir si los bienes son o no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada. Con cita de la doctrina de este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción señala que estando en marcha un procedimiento administrativo de ejecución, si se produce la declaración del concurso, la Administración está obligada a dirigirse al Juez que lo tramita para que decida si los bienes o derechos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad empresarial del deudor.

Tercero. *El interés en la continuidad de la actividad empresarial del concursado.*

El artículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dispone, en la redacción que resulta de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal:

«Artículo 55. *Ejecuciones y apremios.*

1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

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.

2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.

3. Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos.

4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real.»

Se habrá de tener en cuenta que la Ley Concursal fue modificada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, para facilitar la refinanciación de las empresas que pueden atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia. En la misma línea se inserta la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que trata de evitar que la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyan con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores.

La interpretación de este precepto ha dado lugar a una consolidada línea de doctrina por parte de este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Valga la cita de las Sentencias de 22 de diciembre de 2006, 22 de junio de 2009, 10 octubre de 2010, 18 de octubre de 2010, 21 de septiembre de 2011, 11 de diciembre de 2012 y 25 de febrero de 2013.

En la citada de 11 de diciembre de 2012 se expresa esta doctrina con estos términos:

«Quinto. El criterio que marca la preferencia del procedimiento administrativo o judicial desde la perspectiva temporal, no es en definitiva en las presentes actuaciones la fecha de la Providencia de apremio o de embargo, que queda claro que es anterior a la declaración del concurso, sino si, en la fecha en que esta declaración se produce, los bienes incursos en el procedimiento de apremio administrativo se han realizado o no.

Si, como en el presente caso, en la fecha de declaración del concurso el Apremio administrativo no se ha terminado, el criterio relevante es el de si los bienes incursos en el mismo son necesarios o no para la continuidad de la actividad empresarial, momento en el que el procedimiento administrativo pierde la preferencia de la que gozaba inicialmente por razones temporales y queda sometida al concurso en los términos previstos en el art. 55 L.C.

En efecto, cuando dicho precepto dispone en su párrafo 1.º que declarado el concurso no podrán seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, está reconociendo el principio de vis atractiva del proceso concursal respecto de las ejecuciones y apremios sobre bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, que corresponde conocer a la Jurisdicción Mercantil con carácter exclusivo y excluyente, cualquiera que fuere el órgano que los hubiere ordenado, cuyas actuaciones debiera suspender tras producirse la declaración del concurso, lo que en el presente caso la Administración no hizo. (...)

Sexto. Es indudable que en las situaciones concursales el interés público, contenido y reiterado en la normativa concursal, no es otro que el mantener la continuidad de la actividad del deudor (como ha declarado expresamente esta Sala entre otros en STS 4/2005, de 19 de octubre; STS 10/2006, de 22 de diciembre) a

cuyo interés básico y fundamental, han de supeditarse ciertos privilegios, incluido el de autotutela que ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso, en los términos previstos en la legislación concursal.»

Cuarto. *La realización de los bienes y la tercería de mejor derecho.*

Como se ha expuesto, la doctrina de este Tribunal distingue dos situaciones. Si el procedimiento de apremio ha terminado y el crédito a favor de la Administración ha sido cobrado no existe posibilidad de conflicto. Si no es así, si el procedimiento está en curso, es preciso determinar si los bienes resultan necesarios para la pervivencia de la actividad del concursado o, por el contrario, no lo son, determinación que corresponde en exclusiva al Juez del concurso.

En el caso que ocupa al Tribunal la peculiaridad reside en la presentación por parte de una entidad bancaria de una tercería de mejor derecho. Se habrá de recordar que el artículo 165 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, regula la incidencia de la tercería en el procedimiento de apremio y señala:

«Artículo 165. *Suspensión del procedimiento de apremio.*

1. El procedimiento de apremio se suspenderá en la forma y con los requisitos previstos en las disposiciones reguladoras de los recursos y reclamaciones económico-administrativas, y en los restantes supuestos previstos en la normativa tributaria.

2. El procedimiento de apremio se suspenderá de forma automática por los órganos de recaudación, sin necesidad de prestar garantía, cuando el interesado demuestre que se ha producido en su perjuicio error material, aritmético o de hecho en la determinación de la deuda, que la misma ha sido ingresada, condonada, compensada, aplazada o suspendida o que ha prescrito el derecho a exigir el pago.

3. Cuando un tercero pretenda el levantamiento del embargo por entender que le pertenece el dominio o titularidad de los bienes o derechos embargados o cuando considere que tiene derecho a ser reintegrado de su crédito con preferencia a la Hacienda Pública, formulará reclamación de tercería ante el órgano administrativo competente.

4. Si se interpone tercería de dominio se suspenderá el procedimiento de apremio en lo que se refiere a los bienes y derechos controvertidos, una vez que se hayan adoptado las medidas de aseguramiento que procedan.

5. Si la tercería fuera de mejor derecho proseguirá el procedimiento hasta la realización de los bienes y el producto obtenido se consignará en depósito a resultas de la resolución de la tercería.»

La Abogacía del Estado pretende que la consignación de la cantidad que se discute puede ser interpretada como una solución equivalente a la terminación del procedimiento. De este modo, los bienes solo pueden pertenecer a la Administración tributaria o al tercerista.

El Juzgado de lo Mercantil y el Ministerio Fiscal estiman que la consignación no puede en modo alguno equivaler a la terminación del procedimiento ya que la deuda tributaria no ha sido pagada y la obligación no se ha extinguido. Por decirlo de otro modo: el procedimiento de apremio no ha terminado.

Y, efectivamente, el artículo 173 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone sobre el particular:

«Artículo 173. *Terminación del procedimiento de apremio.*

1. El procedimiento de apremio termina:

a) Con el pago de la cantidad debida a que se refiere el apartado 1 del artículo 169 de esta ley.

- b) Con el acuerdo que declare el crédito total o parcialmente incobrable, una vez declarados fallidos todos los obligados al pago.
- c) Con el acuerdo de haber quedado extinguida la deuda por cualquier otra causa.

2. En los casos en que se haya declarado el crédito incobrable, el procedimiento de apremio se reanudará, dentro del plazo de prescripción, cuando se tenga conocimiento de la solvencia de algún obligado al pago.»

A la vista de estos preceptos se habrá de coincidir en que el procedimiento de apremio no ha terminado de modo que es el Juez del concurso quien puede determinar si los bienes son precisos para la continuidad de la actividad del concursado.

Este razonamiento no puede verse desvirtuado por los argumentos de la Abogacía del Estado que se refieren a la posibilidad de un uso fraudulento de la tercería de mejor derecho. Alega que MEDIAPRO se demoró en el cumplimiento de sus obligaciones en relación con las providencias de embargo y lo cierto es que entre las providencias, dictadas en abril y junio de 2012 y el ingreso de las cantidades por parte de la entidad en octubre de 2012 transcurrieron varios meses. La tercería fue presentada el 4 de octubre de 2012, pocos días antes de que MEDIAPRO ingresara las cantidades a disposición de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, el 11 de octubre de 2012.

La Abogacía del Estado estima que aceptarse el argumento del Juzgado se avalaría un uso fraudulento de la tercería de mejor derecho pero lo cierto es que ni existe prueba de este supuesto fraude ni los conflictos de jurisdicción son el medio que nuestro ordenamiento prevé para combatirlo, de haber existido.

Quinto. *Conclusión.*

En resumen, cuando se declaró el concurso el procedimiento de apremio aún no había terminado, pues el crédito embargado a MEDIAPRO no ha sido utilizado para satisfacer la deuda tributaria. En cuando el Juez de lo Mercantil estima que parte de esta cantidad es imprescindible para la continuidad de la actividad social de la entidad Real Club Deportivo de La Coruña, S. A. D., la competencia sobre tales bienes ha de corresponder, en este caso, a dicho órgano jurisdiccional.

En consecuencia:

FALLAMOS

Que la jurisdicción sobre la que versa el presente conflicto suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil número 2 de La Coruña y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Galicia, corresponde al Juez de lo Mercantil número 2 de La Coruña.

Publíquese en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos, Gonzalo Moliner Tamborero, Joaquín Huelin Martínez de Velasco, José Antonio Montero Fernández, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón y Fernando Ledesma Bartret.