

TSJ de Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 23-7-2009, nº 664/2009, rec. 180/2005. Pte: Martín Sánchez, Ascensión

#### RESUMEN

El TSJ estima en parte el recurso contencioso y anula las resoluciones del TEAR de Murcia impugnadas en cuanto a ser necesaria la notificación de las liquidaciones que integran la deuda derivada , dado que el art. 37, 3 y 4 LGT, tras disponer la necesidad de contar con la declaración de fallido del deudor principal en lo supuestos de responsabilidad subsidiaria, señala que "la derivación de la responsabilidad administrativa requerirá previamente un acto administrativo, que será notificado reglamentariamente, confiriéndoles desde dicho instante, todos los derechos del sujeto pasivo".

T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

MURCIA

SENTENCIA: 00664/2009

Este documento está impreso por una sola cara.

RECURSO núm. 178/05-y acumulado núm. 179/05 y 180/05.

SENTENCIA núm. 664/09

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN SEGUNDA

S E N T E N C I A núm. 664/09

En Murcia, a veintitrés de julio de dos mil nueve.

En el recurso contencioso administrativo núm. 178/05, y acumulado 179/05 y 180/05 tramitado por las normas ordinarias, en cuantía de 2879,79 euros de principal y referido a: Derivación de responsabilidad subsidiaria a los administradores, por deudas tributarias del deudor principal PLÁSTICOS OLFER SL.

Parte demandante:

D. Antonio, representado por el Procurador D. José Miras López, y defendido por el Abogado D. José Antonio Izquierdo.

Parte demandada:

La Administración Civil del Estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Acto administrativo impugnado:

Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Regional de Murcia de 29 de octubre de 2004, que desestimaba la reclamación económico-administrativa núm. 30/4523/01, y acumuladas la núm. 30/4525/2001, y 30/4522/2001, interpuesta la primera contra acuerdo de Derivación de responsabilidad subsidiaria por deudas tributarias de la mercantil PLÁSTICOS OLFER SL, y las otras contra liquidación correspondiente a retenciones a cuenta del IRPF del ejercicio de 1997, y al IVA del 4º trimestre de 1996, por importe de 2.007,00 €.

Pretensión deducida en la demanda:

Que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

Se declare no ser conforme a derecho y se anule la resolución recurrida, y del acuerdo de derivación de responsabilidad con expresa condena en costas a la parte demandante.

Siendo Ponente la Magistrada Iltma. Sra. D<sup>a</sup> D<sup>a</sup> Ascensión Martín Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se presentó el día 04-04-05 y admitido a trámite, y previa reclamación y recepción del expediente, la parte demandante formalizó su demanda deduciendo la pretensión a que antes se ha hecho referencia.

SEGUNDO.- La parte demandada se ha opuesto pidiendo la desestimación de la demanda, por ser ajustada al Ordenamiento Jurídico la resolución recurrida.

TERCERO.- Ha habido recibimiento del proceso a prueba, con el resultado que consta en las actuaciones y cuya valoración se hará en los fundamentos de Derecho de esta sentencia.

CUARTO.- Después de evacuarse el trámite de conclusiones se señaló para la votación y fallo el día 9-07-09.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dirige el actor el presente recurso contencioso administrativo frente a la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Murcia de 29 de octubre de 2004, que desestimaba la reclamación económico-administrativa núm. 30/4523/01, y acumuladas la núm. 30/4525/2001, y 30/4522/2001, interpuesta la primera contra acuerdo de Derivación de responsabilidad subsidiaria por deudas tributarias de la mercantil PLÁSTICOS OLFER SL, y las otras contra liquidación correspondiente a retenciones a cuenta del IRPF del ejercicio de 1997, y al IVA del 4º trimestre de 1996, e intereses de demora.

Fundamenta el actor el recurso contencioso administrativo en afirmar que:

- Que se le ha omitido el trámite de notificación de la deuda tributaria que se encontraba desglosada en:

- Clave de Liquidación núm. A-3060097530012886 concepto IVA cuarto trimestre de 1996, total 333.937 ptas. (Que para el recurrente era CLAVE A3060001400001117)

- Clave de Liquidación núm. A3060079900006479 concepto intereses de demora total 7.945 ptas.

- Clave Liquidación núm. A3060099410002008 concepto IRPF retenciones a cuenta de 1.997, total 137.275 ptas.

Y alega:

A) Que no constan las Liquidaciones contra el responsable principal, y que por ello no pudo hacer alegaciones contra la deuda derivada . Ni tampoco otras liquidaciones, ni se le habían notificado los elementos esenciales e las liquidaciones imputadas al deudor principal y derivadas del Acuerdo de derivación de responsabilidad de 19-11-2001, (art. 40.1 2º LGT ).

B) Y la ausencia de declaración de fallido notificada al deudor principal.

La Administración demandada, reproduciendo en parte los argumentos contenidos en la resolución del TEARM impugnada se limita a señalar el art. 40,1 2 de la LGT. Y solicita se desestime el recurso.

SEGUNDO.- La cuestión planteada merece una respuesta estimatoria, por cuanto así se deduce sin dificultad de lo dispuesto en el art. 37.3 y 4 de la LGT , que, tras disponer la necesidad de contar con la declaración de fallido del deudor principal en lo supuestos de responsabilidad subsidiaria, señala que "la derivación de la responsabilidad administrativa requerirá previamente un acto administrativo, que será notificado reglamentariamente, confiriéndoles desde dicho instante, todos los derechos del sujeto pasivo", derechos que serán los previstos en el RD 1648/90 , y que se articulan desde la premisa básica que supone encontrarnos en un procedimiento distinto del que se incoó para exigir responsabilidad al deudor principal. Así, el art. 14 de Real Decreto citado establece el siguiente régimen de derechos: previa declaración de fallido, acto de derivación de responsabilidad por órgano competente para ello, precisando el contenido de dicho acto, limitándose la deuda tributaria a la cantidad inicialmente liquidada y notificada al deudor en período voluntario, con exclusión de sanciones, salvo que se aprecie responsabilidad propia del sujeto. El catálogo expuesto es exquisitamente respetuoso con el principio de la personalidad de la deuda y con el derecho de defensa en el procedimiento administrativo, principios que, sin duda, deben aplicarse a este caso, como consecuencia lógica de la previa declaración del carácter subsidiario de la responsabilidad

.

El art. 72 citado no califica el tipo de responsabilidad , pero, por aplicación del art. 37.2 L.G.T ., esta Sala ha considerado que debe entenderse como subsidiaria. En efecto, el art. 37.2 LGT establece que "salvo precepto expreso en contrario, la responsabilidad será siempre subsidiaria. Y en los apartados 3 y 4, el art. 37 agrega: "En los casos de responsabilidad subsidiaria será inexcusable la previa declaración de fallido del sujeto pasivo, sin perjuicio de las medidas cautelares que antes de esta declaración puedan reglamentariamente adoptarse. La derivación de la acción administrativa a los responsables subsidiarios requerirá previamente un acto administrativo, que será notificado reglamentariamente, confiándoles desde dicho instante todos los derechos del sujeto pasivo;" precepto que, en el caso de autos, se completa con lo dispuesto en el art. 72.1, cuando dispone que "Las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por... personas físicas serán exigibles a quienes les sucedan por cualquier concepto en la respectiva titularidad...". Partiendo de estos preceptos, esta Sala llegó a la conclusión en su sentencia de 26 de enero de 1994 de que, en estos casos de derivación de la responsabilidad , se trata de una responsabilidad subsidiaria y, por consiguiente, que ha de determinar la necesaria notificación de las liquidaciones adeudadas al responsable a efectos de su pago en período voluntario y con todos los demás derechos inherentes a la titularidad de aquellas liquidaciones, conforme a lo preceptuado en el art. 13 del Reglamento General de Recaudación . La sentencia de 15 de julio de 2000 ha reiterado que se trata de un supuesto de responsabilidad subsidiaria, declarando la nulidad del art. 13 del Reglamento General de Recaudación al calificarlo como responsabilidad solidaria. Pero es que, a mayor abundamiento, aún cuando la responsabilidad fuese solidaria, tampoco relevaría a la Administración de cursar al responsable , previamente al seguimiento de la vía de apremio contra el mismo, la notificación, cuando menos en sus esenciales elementos, de las liquidaciones adeudadas y el requerimiento para su pago en plazo. El artículo 72 de la Ley General Tributaria menciona las deudas tributarias y las responsabilidades tributarias, de ahí que el nuevo Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre (284), no se haya atrevido a suprimir una parte del precepto legal, para así eludir los problemas de su interpretación y alcance, y por ello el artículo 13, se inicia con la expresión: "1. Las deudas tributarias y responsabilidades (...)", pero lo cierto es que no define, ni delimita, ni aclara qué entiende por responsabilidades tributarias.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 85/2006 de 27 de marzo de 2.006 (Pte. Delgado Barrio), concreta el alcance de las posibilidades de alegación en relación con los casos de derivación de responsabilidad en el ámbito tributario señalando que "debe darse a las partes posibilidad de manifestar lo que estimen conveniente acerca de, al menos, las siguientes cuestiones:

En primer lugar, sobre si efectivamente la persona jurídica cometió las infracciones tributarias por las que fue sancionada, esto es, en el caso enjuiciado, si dejó de ingresar la cuota de varios tributos y, en el supuesto de que así fuese, si las omisiones se produjeron culpablemente o, por el contrario, concurría alguna causa de exclusión de la responsabilidad (art. 77 LGT ); en segundo lugar, en caso de que la entidad hubiera cometido las infracciones tributarias, debe darse a los recurrentes la posibilidad de alegar acerca de cuáles son las sanciones que correspondía imponer por los ilícitos cometidos y, por ende, en la medida en que las sanciones se determinan en función de un porcentaje de la cuota tributaria dejada de ingresar, también en relación con la cuantía de las cuotas defraudadas; y, en tercer lugar, obviamente, debe permitírseles asimismo discutir sobre la pertinencia de la derivación de responsabilidad acordada o, lo que es igual, acerca de si se han producido las circunstancias y comportamientos que exige el art. 40 LGT para derivar la responsabilidad . Precisamente en la línea de lo que acabamos de señalar, el art. 37 LGT establecía que desde la notificación del acto de derivación de responsabilidad se conferirán a los responsables "todos los derechos del deudor principal"; y el art. 174.6 (se refiere al punto 5) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre , general tributaria, dispone ahora que en el recurso o reclamación contra el acuerdo de declaración de responsabilidad "podrá impugnarse el presupuesto de hecho habilitante y las liquidaciones a que alcanza dicho presupuesto", pudiendo como consecuencia de la resolución de dichos recursos o reclamaciones revisarse "el importe de la obligación del responsable ".

En consecuencia, al no haber sido notificadas las liquidaciones, la recurrente se vio privada de la posibilidad de discutir las, lo que determina la anulación en este punto, para que le sean notificadas debidamente las liquidaciones que integran la deuda derivada .

En relación con este punto se puede traer nuevamente a colación la anteriormente citada sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 2.003 cuando hace en su Fundamento décimo importantes consideraciones acerca de la trascendencia del contenido del expediente administrativo:

"Ya en este punto, es de recordar que el llamado recurso contencioso-administrativo da vida a un proceso de cognición cuya estructura se ajusta plenamente a las reglas generales de dicha clase de procesos, en los que, en lo que ahora importa, resulta necesaria, en primer lugar, la introducción de los datos de hecho precisos para poder juzgar sobre la pretensión deducida -alegaciones- para en su caso y después proceder a la depuración de tales datos tratando de lograr un convencimiento psicológico del órgano jurisdiccional respecto de la existencia o inexistencia, veracidad o falsedad de aquellos datos -prueba. Alegaciones y pruebas, pues, configuran la estructura del proceso de cognición y por tanto del recurso contencioso-administrativo. Y ha de subrayarse que el proceso seguido ante la jurisdicción contencioso-administrativa integra en su desarrollo como trámite fundamental la remisión del expediente administrativo -art. 61 LJCA 1956, hoy art. 48 LJCA 1998 - cuyo contenido queda así vertido en el ámbito de la cognitio judicial, con una especial relevancia respecto de las partes:

a) En el terreno de las alegaciones, a su vista, como ya hemos señalado, pueden las partes, y muy concretamente el demandante, invocar motivos nuevos aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso administrativo -art. 69.1 LJCA 1956, hoy art. 56.1 LJCA 1998 -.

b) En el campo de la prueba, el expediente sirve de punto de partida para dar por acreditados unos hechos y poder intentar demostrar otros o desvirtuar aquéllos. Interesa ahora la eficacia del expediente para tener por acreditados unos hechos.

Sobre esta base, importa subrayar que puede ocurrir que pese a los reiterados requerimientos del órgano jurisdiccional, la Administración no consiga cumplir su "deber" de remitir el expediente completo -este es el caso que se examina. Pero entonces las consecuencias desfavorables del incumplimiento de ese "deber" no habrán de ser soportadas por el ciudadano: las reglas sobre la carga de la prueba recogidas en el art. 114 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria -hoy, art. 105 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre - ponen a cargo de la Administración tributaria el acreditamiento de "los hechos normalmente constitutivos" de su derecho...

Si los documentos que faltan en el expediente implican falta de prueba sobre estos extremos, los declarados responsables podrán formular todas las alegaciones que estimen oportunas respecto de aquella falta, punto este a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional a la hora de

valorar la prueba. De ahí que podamos afirmar que, en principio, el incumplimiento por parte de la Administración de su deber de remitir el expediente administrativo completo no influye en las posibilidades de defensa de quien acude al proceso contencioso-administrativo impugnando una resolución de la Administración".

En este caso concreto consta en el expediente administrativo que en la sociedad PLÁSTICOS OLFER SL, existían dos administradores mancomunados D. Antonio y D<sup>a</sup> Mari Trini nombrados el 30-03 94, fecha de constitución de la sociedad y cuyos cargos finalizan el 30-03-99, ambos en los mismos términos. Y que la mercantil ceso en su actividad y baja en el IAE el día 31-03-1999. Y consta la declaración de fallido del deudor principal de fecha 20-08-2001. Y que a los administradores no se les exigió sanción tributaria alguna, por no darse el segundo supuesto previsto en el art. 40.1 LGT .

Es de significar que tanto las deudas por IVA 4T de 1996 como las derivadas de retenciones del IRPF, de 1997, se generaron en la actividad mercantil de la deudora principal con anterioridad a que la misma fuera declarada fallida en el cumplimiento de sus obligaciones y a que se dictara el acto de derivación tributaria. Las deudas además eran exigibles y existe declaración de fallido. En consecuencia se dan los requisitos exigidos por los preceptos antes citados (art. 72 LGT y 13 RGR), sin que se aprecie razón alguna por la que estas deudas no puedan ser exigidas a la actora como responsable subsidiaria. Otra cosa son las retenciones que deben practicarse a los trabajadores de la empresa en concepto de IRPF supuesto en el que la jurisprudencia entiende que no deben incluirse en el acuerdo de derivación por no haberse generado por la actividad empresarial de la deudora principal sino de los trabajadores. No cabe equiparación posible sin embargo con las deudas derivadas del impago del IVA. Así se pronuncia esta Sala y sección en Sentencia de esta Sala y Sección núm. 223/2007 de 16 de marzo .

Con respecto a la Liquidación núm. A3060099410002008 concepto IRPF retenciones a cuenta 1997, total 137.275 Ptas., fue notificada al deudor principal en el BORM y exposición en el tablón de anuncios de la Delegación en Murcia de la AEAT, una vez que la notificación por correo fue devuelta en dos ocasiones, dirigida a PLÁSTICOS OLFER SL. Balsicas Carr-Los Alcázares 30591-TORRE PACHECO-MURCIA en fecha 27-07-09, consta ausente y la ultima en la Apoderada D<sup>a</sup> Jacinta en 13-9-09, consta dirección incompleta desconocido. PD-PTE TOCINOS-CARR FILOMENA,0,BAJO, 30006 MURCIA. Y luego citación para

notificación por comparecencia del art. 105,6 LGT en el BORM DE 16 -02-2001, a PLÁSTICOS OLFER SL. Y que la liquidación Clave de Liquidación núm. A- 3060097530012886 concepto IVA total 333.937, así como la solicitud de aplazamiento que no figura suscrita por los legales representantes de la mercantil ni por la apoderada sino por D. Serafin . Consta notificación de la providencia de apremio de 19-07-974T 1996, al deudor principal en fecha 13-02-98, en la persona de D<sup>a</sup> María Antonieta, madre de D. Antonio,socio. (folios 7 y 8) y notificación de la providencia de apremio de la Liquidación A30600977000006479, al deudor principal, en la persona de un familiar Cayetano en 20-10-98 folio 10,. Y comparecencia en las dependencias de la Agencia Tributaria de D<sup>a</sup> Lucía, con NIF NUM000, madre del deudor-recurrente, en la que manifiesta conocer las dudas de PLÁSTICOS OLFER SL, por IVA 4T -96, que asciende a 543.338,5 Ptas., y se comprometa a pagarlas, hasta saldar la totalidad de las deudas, aporta fotocopia de su DNI, notificación de la liquidación en ejecutiva por dos intentos los días 21-9-2000 y 25-9-2000. Y en el BORM de 16-2-2001.Diligencias de embargo y requerimiento realizado a D<sup>a</sup> Jacinta, de fecha 4-2-98 (apoderada nombrada 30-3-94, y madre de D<sup>a</sup> Mari Trini), notificada en la persona de esta ultima, que también era socia de PLÁSTICOS OLFER SL, y prima del Sr. Antonio.

E igualmente notificada la providencia de apremio de la liquidación deuda del IVA, 4T-96 -Clave de Liquidación núm. A-3060097530012886 concepto IVA cuarto trimestre de 1996, en la persona D<sup>a</sup> María Antonieta madre del Sr. Antonio en fecha 13-02-98, y consta una solicitud de aplazamiento de la deuda del IVA, 4T-96 -Clave de Liquidación núm. A-3060097530012886 concepto IVA cuarto trimestre de 1996, total 440.180 Ptas., solicitada por Serafin con DNI NUM001 y notificada a D. Oscar (folio 4,5 y 6 del expediente advo. Del recurso 178/05). Y escrito del recurrente Sr. Antonio de fecha 5-12-2001, en el que manifiesta que esa Liquidación Clave de Liquidación núm. A-3060097530012886 concepto IVA total 333.937Ptas. le ha sido notificada el día 23-11-2001, aunque sin aportar la liquidación- (Que para el recurrente era CLAVE A3060001400001117). Folios 172 a 174 liquidaciones A3060001400001117, A306000140001139 y a3060001400001150 producto de la derivación de responsabilidad al recurrente Sr. Antonio con fecha de notificación en voluntaria 23-11-2001. Por lo que entendemos que las notificaciones al deudor principal se han efectuado correctamente. Por otro lado cabría oponer los motivos que según el 138 LGT y 99 RGR cabe alegar frente a dicha providencia de apremio (como son la falta de notificación de la liquidación apremiada en período voluntario de pago, la prescripción, el pago o aplazamiento

de la deuda en período voluntario o el defecto formal en el título expedido para la ejecución). Solamente en el caso de estimar alguno de ellos, sería posible entrar a conocer, en este recurso, sobre las cuestiones de fondo que alega el actor.

Pero es lo cierto que las citadas liquidaciones no constan en ninguno de los expedientes administrativos ni su notificación al recurrente, lo cual impide a la Sala su valoración. El TEARM no se pronuncia en sus resoluciones sobre la alegada por el recurrente ausencia de las liquidaciones.

Por último tampoco existiría razón alguna para excluir de la derivación los intereses de demora incluidos en las liquidaciones adeudadas por la deudora principal al formar parte de la deuda tributaria (art. 58 LGT ). También pueden originarse intereses de demora en contra de la actora del hecho de no haber abonado las referidas liquidaciones (que le deben ser notificadas en período voluntario de pago con ocasión de notificarle el acuerdo de derivación ) en el plazo concedido para abonarlas de forma voluntaria.

TERCERO.- En razón de todo ello procede estimar en parte el recurso contencioso administrativo formulado anulando y dejando sin efecto los actos impugnados por no ser conformes a derecho, pero que quedan anulados en cuanto ser necesaria la notificación de las liquidaciones que integran la deuda derivada ; confirmándolos en todos sus demás extremos; sin apreciar circunstancias suficientes para hacer un especial pronunciamiento en costas (art. 139 de la Ley Jurisdiccional).

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

FALLO

Estimar en parte el recurso contencioso administrativo núm. 178/05 y acumulados el núm. 179 y 180/2005 interpuesto por D. Antonio contra las Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Regional de Murcia de 29 de octubre de 2004, que desestimaba la reclamación económico-administrativa núm. 30/4523/01, y acumuladas la núm. 30/4525/2001, y 30/4522/2001, interpuesta la primera contra acuerdo de Derivación de responsabilidad subsidiaria por deudas tributarias de la mercantil PLÁSTICOS OLFER SL, a administrador y las otras contra liquidación correspondiente a retenciones a cuenta del IRPF del

ejercicio de 1997, y al IVA del 4º trimestre de 1996, respectivamente; actos que se mantienen en cuanto a la derivación de responsabilidad , pero que quedan anulados en cuanto e ser necesaria la notificación de las liquidaciones que integran la deuda derivada ; sin costas.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.