



Roj: **STSJ ICAN 2814/2015 - ECLI:ES:Tsjican:2015:2814**

Id Cendoj: **35016330012015100145**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/2015**

Nº de Recurso: **439/2013**

Nº de Resolución: **154/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **INMACULADA RODRIGUEZ FALCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Plaza San Agustín s/n

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 08

Fax.: 928 32 50 38

Sección: IRF

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Nº Procedimiento: 0000439/2013

NIG: 3501633320130000638

Materia: Administración tributaria

Resolución: Sentencia 000154/2015

Intervención: Interviniente: Procurador:

Demandante IBEROSTAR, HOTELES Y APARTAMENTOS,S.L. LEONOR ANTONIA ESPINO LEY

Demandado CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA

**SENTENCIA**

Ilmos/as Sres/as Magistrados/as

D. Jaime Borrás Moya

Presidente

Dª Inmaculada Rodríguez Falcón

D. Francisco Ubeda Tarajano

En Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de mayo de 2015

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, integrada por los Sres. Magistrados/as, anotados al margen, el procedimiento ordinario 439/2013, interpuesto por la Procuradora doña Leonor Antonia Espino Ley, en representación de Hoteles y Apartamentos S.L. , contra Resolución del Director General de Tributos de 14 de octubre de 2013.

Ha intervenido como parte demandada el/la Sr./Sra letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, en la representación que le es propia.



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora doña Leonor Antonia Espino Ley, en representación de Hoteles y Apartamentos S.L., interpuso el presente recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Director General de Tributos de 14 de octubre de 2013 que inadmitió a trámite el recurso extraordinario de revisión de actos nulos de pleno derecho interpuesto por la entidad Iberostar, Hoteles y Apartamentos, S.L contra la liquidación definitiva en concepto de recargo por presentación extemporánea correspondiente al recargo del artículo 27.5 de la Ley 58/2003, de 27 de diciembre, General Tributaria, por el concepto de transmisión de valores y derechos de suscripción del artículo 108 de la Ley 24/1998 del Mercado de Valores derivándose una deuda tributaria por importe de 48.018,75?.-

SEGUNDO.- Formuló demanda suplicando que se dicte sentencia estimando el recurso y declarando nulas la resolución recurrida, por ser disconformes a derecho;

Al mismo se opuso e/la Sr./Sra. Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, suplicando su desestimación.

TERCERO.- El procedimiento no fue recibido a prueba, y presentadas las conclusiones se declaró concluso para sentencia, señalándose para votación y fallo y designándose ponente conforme a las normas de reparto, la Ilma. Sra. Magistrada de esta Sección doña Inmaculada Rodríguez Falcón, que expresa el parecer unánime de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la Resolución del Director General de Tributos de 14 de octubre de 2013 que inadmitió a trámite el recurso extraordinario de revisión de actos nulos de pleno derecho interpuesto por la entidad Iberostar, Hoteles y Apartamentos, S.L contra la liquidación definitiva en concepto de recargo por presentación extemporánea correspondiente al recargo del artículo 27.5 de la Ley 58/2003, de 27 de diciembre, General Tributaria, por el concepto de transmisión de valores y derechos de suscripción del artículo 108 de la Ley 24/1998 del Mercado de Valores derivándose una deuda tributaria por importe de 48.018,75?.-

La resolución impugnada estimó que no concurrían las causas previstas en el artículo 217 de la LGT, ya que cualquier vicio de carácter formal o discrepancia de criterio o interpretación de la norma aplicable debió hacerse valer mediante el cauce de los recursos ordinarios, ya que la representación de la interesada podía haber ejercitado en plazo, ya que recibió personalmente la liquidación provisional en el que admite ser su domicilio fiscal dejando que la misma deviniera firme por no haber hecho uso de los recursos en el momento procesal oportuno.

SEGUNDO.- Es necesario destacar con carácter previo los siguientes datos

1.- El 20 de septiembre de 2011 se elevó a público la ejecución del contrato privado de compraventa de acciones celebrado entre las entidades Iberostar Hoteles y Apartamentos S.L y la Sociedad Activos Turísticos S.A.

2.- La entidad Iberostar Hoteles y Apartamentos ingresó en la Oficina del Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria como sujeto pasivo a favor del Tesoro del Gobierno de Canarias, según el sello de la entidad bancaria impreso en el modelo 600, por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la cantidad de 1.280.500?, el día 20 de octubre de 2011, a las 10:31 horas.

3.- Ante la Oficina Tributaria de Fuerteventura se presentaron el 25 de octubre de 2011, los anteriores documentos.

4.- El 4 de octubre de 2011 se dictó resolución de inicio de verificación de datos y propuesta de liquidación provisional, contra la entidad Iberostar Hoteles y Apartamentos, en concepto de recargo por presentación extemporánea, por importe de 48.018,75?. La Administración aplicó el recargo del 3,75%, sobre la cuota ingresada de 1.280.500?, al estimar que la fecha de vencimiento era el 21 de octubre de 2011 y la de presentación fue el 25 de octubre de 2011.

5.- La anterior liquidación relativa al recargo por presentación extemporánea fue notificada el 18 de noviembre de 2011, en la calle Triana 120, PI1, Pta CE y posteriormente se procedió a realizar la notificación en edictos en el BOC número 14, de 20 de enero de 2012.

6.- El procedimiento finalizó con la notificación de la liquidación provisional por importe de 48.018,75?, que se produjo el 2 de abril de 2012, en el domicilio de la entidad recurrente en la calle General Riera 154, con el resultado de entregado en domicilio y recibido por doña Debora .



La causa de nulidad que adujo la recurrente fue precisamente la defectuosa notificación de la propuesta inicial de liquidación realizadas el 18 de noviembre de 2011 y el 20 de enero de 2012. A tales efectos aduce que el domicilio de la entidad conocido, constaba tanto en el contrato de compraventa de acciones, y es el domicilio de la empresa, sito en la calle Riera, 154 de Palma de Mallorca, sin que la misma mantenga ningún tipo de establecimiento en la citada dirección de la calle Triana de Las Palmas de Gran Canaria. Por su parte, la Administración no niega la defectuosa notificación de la propuesta inicial; sin embargo, estimó que no se había producido indefensión, ya que al haberse notificado correctamente la liquidación provisional que puso fin al procedimiento el 2 de abril de 2012, no podía apreciarse la presencia de una causa de nulidad.

TERCERO.- El artículo 217 de la LGT establece que "1. Podrá declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos, que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los siguientes supuestos:

e) Que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados".

E, igualmente, dispone la inadmisión a trámite de las solicitudes " 3. Se podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del órgano consultivo, cuando el acto no sea firme en vía administrativa o la solicitud no se base en alguna de las causas de nulidad del apartado 1 de este artículo o carezca manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales."

Lo primero que hemos de valorar es si se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido:

1.- Por parte de la Administración recurrente, se siguió el procedimiento de verificación de datos previsto en el artículo 131 de la LGT , a los efectos de añadir a la declaración presentada por la entidad recurrente, el recargo pertinente por haber presentado la autoliquidación tributaria fuera de plazo.

Por tanto se siguió un procedimiento administrativo, en el curso del mismo, y de conformidad con el artículo 132.3 de la LGT realizó una propuesta de liquidación, y finalmente para terminar el procedimiento una liquidación provisional.

En el procedimiento seguido se aprecia:

1.- La propuesta de liquidación fue notificada defectuosamente, en tanto, se hizo en un domicilio, que según afirma la Administración demandada era el que les constaba en su base de datos, según intercambios que realizaba con la Administración estatal. No obstante, en el propio expediente se aprecia que no tenía que haber realizado más comprobación, que revisar cual era la dirección facilitada por la Sociedad en el expediente, al presentar la escritura y la autoliquidación, que era el domicilio correcto de la entidad.

2.- La liquidación provisional sí que se realizó correctamente. La entidad recurrente pudo interponer recurso contra la misma, tal y como señala la Administración. Sin embargo, contra la liquidación provisional que le fue notificada el 2 de abril de 2012, no presentó recurso de reposición, ni reclamación económico administrativa. La liquidación adquirió firmeza por no haber sido recurrida en tiempo y forma. Una vez que hubo transcurrido más de un año, desde que la liquidación devino firme solicitó la revisión de actos nulos de pleno derecho, en concreto, lo pidió en escrito presentado el 8 de julio de 2013, sin que explique las razones para ello.

Ausencia de procedimiento no hay, en tanto, se siguió un procedimiento, el de verificación de datos, en el curso del mismo se produjo, una defectuosa notificación, que podría dar lugar a la anulabilidad del acto, siempre y cuando se pudiera apreciar indefensión. En el caso, dudamos de que esta se haya producida, al haberse colocado la propia entidad, en esa situación, de un lado, presentando extemporáneamente la documentación ante la Administración Tributaria, de otro, dejando transcurrir el plazo para recurrir la liquidación sin interponer recurso alguno. Ahora bien, en el curso del procedimiento es necesario valorar si el trámite de audiencia hubiera sido esencial, de tal manera que su omisión, causase indefensión.

CUARTO.- El Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia ha señalado que para que proceda la nulidad del acto prevista en el apartado e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que exige igualmente, que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no basta la omisión de alguno de estos trámites por importante que éste sea. Ya que, cuando se ha omitido un trámite procedimental, pero no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto nos encontramos con la posibilidad de que el acto pueda ser anulable de conformidad con el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 , aunque en este supuesto sólo procedería la declaración de anulabilidad si el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o si ha producido indefensión a los interesados. Las SAN de 26 de enero de 2015, ( Rec.69/2014 )



y de 7 de abril de 2014( Rec.562/2012 ) así como las STSJ de Murcia de 19 de enero de 2015 ( Rec.340/2011 ) y del TSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2015( Rec. 534/2011 ) aplicando la anterior jurisprudencia descartan la existencia de infracción de procedimiento esencial.

En nuestro caso entendemos que nos encontramos ante un procedimiento no sancionador, se realizó la propuesta de liquidación, que fue defectuosa mente notificada, y por ello, de las dos oportunidades de audiencia que hubiese tenido, se quedó con una de ellas. Es cierto, que apreciamos que la entidad pudo defenderse, en un momento ulterior, es por ello, que pese a que no pudo presentar alegaciones frente a la propuesta de liquidación, el trámite del recurso de reposición frente a la ulterior liquidación provisional o la reclamación económico administrativa, le hubiesen permitido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno

Ahora bien observando lo anterior, no dejamos de sopesar que no existe una explicación razonable por parte de la Administración, que justifique haber notificado la citada propuesta de liquidación en domicilio distinto al que le constaba en el propio expediente de verificación de datos. Esto ha provocado la merma de una de las posibles defensas u oportunidad de audiencia que tenía la entidad recurrente. De tal manera que analizadas las conductas de ambas partes, nos encontramos, ante una situación en que la parte se ha colocado en indefensión, pero previamente, la Administración había vulnerado las reglas del procedimiento, siendo así, que es esencial, la notificación en el lugar señalado por la LGT, en concreto, según el artículo 110 de la LGT , las notificaciones han de ser presentadas en los siguientes lugares. "1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar señalado a tal efecto por el obligado tributario o su representante o, en su defecto, en el domicilio fiscal de uno u otro. 2. En los procedimientos iniciados de oficio, la notificación podrá practicarse en el domicilio fiscal del obligado tributario o su representante, en el centro de trabajo, en el lugar donde se desarrolle la actividad económica o en cualquier otro adecuado a tal fin." Sin que en el caso, resulte ni se explique por qué consta ese domicilio para esta obligada tributaria, si fue el de su representante en algún otro procedimiento, ni tan siquiera se explique las razones por las que no se notificó en el domicilio que le constaba a la administración, sin que estimemos sirva de justificación la afirmación que realiza la administración autonómica de que la citada dirección provenía de intercambios de información que realiza con la Administración estatal, sin prueba alguna de este dato.

Puestos en esta tesitura, estimamos que no podemos exigir más al administrado tributario que lo que es exigible a la propia Administración, de mano por la desigualdad, que existe entre uno y otro, en cualquier litigio. Así desde luego, el administrado debió recurrir en tiempo y forma, pero no para subsanar el previo defecto, que la Administración había originado en el expediente. Más cuando observamos, lo que pasaremos a analizar a continuación, que es el fondo del asunto, nos encontramos ante una liquidación por recargo, respecto a una deuda tributaria abonada en plazo, pero acreditada documentalmente cuatro días después.

QUINTO.- El plazo para liquidar el impuesto de Transmisiones Patrimoniales era de un mes, que expiraba el 21 de octubre de 2011, según la propia Administración Tributaria, hoja Anexa, documento 24 del expediente. La entidad recurrente liquidó el impuesto el día 20 de octubre de 2011; lo que realizó fuera de plazo fue la presentación ante la Administración Tributaria Canaria de la documentación, pero no así del dinero debido que estaba en la cuenta de la citada Administración por haberse hecho ya el ingreso.

El recargo aplicado está previsto en el artículo 27 de la LGT , que los define como " prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria. A los efectos de este artículo, se considera requerimiento previo cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria."

En el caso, hemos apreciado, que la autoliquidación se presentó y fue ingresada en plazo, sin embargo, la presentación de la documentación ante la Administración Tributaria Canaria, que ya disponía en su cuenta del ingreso por la liquidación, se demoró cuatro días( dos de ellos sábado y domingo).

Como ha señalado la Audiencia Nacional en Sentencia de 30 de marzo de 2011( Rec. 141/2008 ) el fin o la razón del recargo por declaración extemporánea es estimular el cumplimiento espontáneo de las obligaciones tributarias y, de forma equivalente, desincentivar su retraso, y por ello en el caso que analizaba señaló que: " no cabría aquí considerar que la conducta del contribuyente debiera ser reprochada con ese gravamen, cualquiera que fuera su naturaleza jurídica, pues la autoliquidación formulada en su día para la declaración del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al grupo consolidado se realizó dentro del plazo legal, en tanto que la que se presenta con posterioridad -frente a la que se reacciona con la imposición del recargo- no incurre en la hipótesis de la norma y, además, no lesiona o afecta al bien jurídico que se trata de proteger, lo que debería ser suficiente para excluirlo como respuesta del ordenamiento jurídico frente a la demora producida, atendida



la razón determinante de esa segunda declaración, complementaria de la que se efectuó tempestivamente en su día.(.)

Por ello, afirma que " únicamente está justificado el recargo cuando se lesiona el bien jurídico para el que la ley lo habilita, que es el del estímulo de las obligaciones espontáneas, anteriores al requerimiento de la Administración, hipótesis para el que han de evaluarse las circunstancias que rodean esa iniciativa del interesado"

Pues bien, en el caso se había aplicado un recargo para estimular el pago de una deuda tributaria que había sido pagada. Es por ello, que razones de justicia material nos inclinen a admitir que en este supuesto, la vulneración del trámite de audiencia, a la propuesta inicial fue esencial, en tanto, la Administración pretende el cobro de un recargo respecto a una deuda que ya había sido ingresada en su cuenta en plazo.

Es por ello que estimamos procedente la estimación del recurso contencioso administrativo sin imposición de costas a las partes, en tanto, las cuestiones de derecho planteadas son complejas, ambiguas y casuísticas, y por tanto, de difícil apreciación, lo que justifica la interposición del recurso, y la no imposición de costas al litigante vencido.

En atención a lo expuesto se impone la estimación del recurso sin imposición de costas, de conformidad con el artículo 139 de la LJ .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

### **FALLO**

Que debemos estimar el recurso contencioso administrativo nº 439/2013 interpuesto por la Procuradora doña Leonor Antonia Espino Ley, en representación de Hoteles y Apartamentos S.L. , contra Resolución del Director General de Tributos de 14 de octubre de 2013, que anulamos dejando sin efecto, la liquidación girada en concepto de recargo extemporánea del artículo 27.5 de la LGT , notificada el 2 de abril de 2013.

Notifíquese la presente sentencia a las partes personadas de conformidad con el artículo 248.4 de la LOPJ .

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.