

BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE

Referencia: NFJ057129

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 29 de diciembre de 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 390/2012

SUMARIO:

Responsabilidad de la Administración. No se aprecia ninguna actuación antijurídica de la Administración por las actuaciones que realizó, una vez declarado el concurso, en el sentido de no votar a favor de la propuesta del convenio regulador, y propiciar con ello la apertura de la fase de liquidación -en la propuesta de convenio no se contemplaba el pago de la deuda controvertida-. Ahora bien, sí que se considera que los acuerdos de liquidación e imposición de sanción y las posteriores actuaciones tendentes al cobro de las liquidaciones correspondientes al año 97 a 99 provocaron la situación de insolvencia y la declaración de concurso voluntario y ello determina que una vez anulados ese acuerdo de liquidación y sanción, deba responder la Administración por las consecuencias irreparables que le ocasionó al interesado el procedimiento concursal que no se hubiera solicitado si no se hubieran dictado y ejecutado los acuerdos de liquidación.

Por otro lado, el grado de culpa en la propia actuación de la recurrente, si bien no excluye la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño ocasionado consistente en la declaración de concurso, sí que determina la reducción de la indemnización. En efecto, hay que tener en cuenta que el legislador ha previsto mecanismos para evitar que se cause un perjuicio irreparable como consecuencia de la ejecución de los actos administrativos una vez firmes en vía administrativa, pudiendo las partes solicitar la suspensión cautelar y, en este caso, la interesada no obtuvo la suspensión de la ejecución del acuerdo de liquidación y posteriormente de la providencia de apremio en relación al IVA 97 a 99 por su falta de diligencia, ya que no acreditó los perjuicios que conllevaban para la sociedad la ejecución de la liquidación.

Cuantía. Para el cálculo de la indemnización, se considera más adecuado partir de la cifra de resultados del ejercicio tal como entiende la Administración y no de la cifra del resultados antes de impuestos, que es la propuesta por el perito, aceptándose como válido el promedio de beneficios de los 5 ejercicios anteriores al acuerdo de liquidación. Asimismo, no se considera procedente descontar del cálculo el tipo de interés correspondiente a las obligaciones del Estado a 10 años, ya que el riesgo de invertir una cantidad de dinero en obligaciones del Tesoro es mucho menor que el hacerlo en una empresa de las características de la aquí examinada, por lo que teniendo en cuenta que las rentabilidades exigidas a las acciones de las empresas cotizadas en España que utilizaban los analistas en ese periodo oscilaban en un rango de un 8,5% -10,5 por ciento, se considera procedente aplicar una tasa del 10 por ciento.

PRECEPTOS:

Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 139, 141 y 142.

PONENTE:*Doña Lucía Acín Aguado.*

Magistrados:

Don ANA MARIA SANGÜESA CABEZUDO

Don FRANCISCO DIAZ FRAILE

Don ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO

Don JOSE FELIX MENDEZ CANSECO

Don LUCIA ACIN AGUADO

SENTENCIA

Madrid, a veintinueve de diciembre de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 390/12, ha interpuesto RECUPERADORA ECOLÓGICA

ASTUR SLU LIQUIDACIÓN CONCURSAL representada por el Procurador de los Tribunales D. Nicolás Álvarez Real contra la resolución de 10 de abril de 2012 del Presidente de la Agencia Estatal de Administración por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma autoridad de 15 de diciembre de 2011 por la que se desestima su solicitud de indemnización de daños y perjuicios. Ha sido parte demandada la Administración General del Estado que ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 3.358.380,80 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

El 21 de junio de 2012 la parte recurrente interpuso ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional recurso contencioso- administrativo contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia. Turnado a esta sección y admitido a trámite, se reclamó el expediente administrativo. Presentada demanda el 5 de noviembre de 2012 la parte solicitó " dicte en su día sentencia en la que desestimando íntegramente el mismo declare la disconformidad a derecho y anule la resolución recurrida, declare la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada y condene a la misma al pago de 3.358.380,80 euros, incrementada en el interés legal a contar desde la fecha de formulación de la reclamación en vía administrativa (13/1/2011) hasta la fecha en que se dicte sentencia en el presente procedimiento, con imposición de costas a la Administración demandada en caso de oposición".

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda, presentó escrito el 5 de diciembre de 2012 en que solicitó la desestimación del recurso. Solicitado el recibimiento a prueba, y practicadas las declaradas pertinentes, presentadas conclusiones quedaron el 11 de junio de 2013 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó el 2 de diciembre de 2014 en que así tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La cuestión que se plantea en este recurso es si procede declarar la responsabilidad patrimonial de Estado como consecuencia de los daños y perjuicios causados a la sociedad recurrente como consecuencia del acuerdo de liquidación referido al IVA años 97 a 99 por importe de 3,5 millones de euros.

Para la resolución de este procedimiento son relevantes los siguientes hechos:

1) La Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Asturias inició el 8 de enero de 2001 actuaciones de comprobación e investigación de carácter general a la empresa "recuperadora Ecológica Astur SLU en relación con el IVA de los ejercicios 1997 a 1999. Dichas actuaciones fueron interrumpidas el 8 de septiembre de 2001 al remitir el expediente al Ministerio Fiscal iniciándose un procedimiento penal por delito fiscal que finalizó con sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Gijón (autos PA 196/04) por la que se absolvió a D. Faustino socio único y administrador de la citada empresa de los delitos que venía acusado. En concreto señala dicha sentencia: " no consta que el referido acusado en el impuesto sobre el valor añadido correspondiente a los ejercicios de los años 1998 y 1999, distorsionando la realidad de las operaciones económicas que realizaba la sociedad, hubiera declarado como transacciones nacionales adquisiciones intracomunitarias dejando de ingresar en el Tesoro Público las correspondientes cuotas de IVA soportado ". La sentencia fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Oviedo el 22 de marzo de 2005 .

2) El 11 de octubre de 2005 la AEAT reanudó la Inspección, y el 22 de noviembre de 2005 se dictaron dos resoluciones: acuerdo de liquidación resultando una deuda tributaria de 2.202.515,48 euros (1.644.210,08 euros de cuota y 558.305,40 euros de intereses de demora) y un acuerdo de imposición de sanción de 1.135.371,33 euros.

3) Interpuesta el 23 de diciembre de 2005 reclamación ante el Tribunal Económico Administrativo Regional (TEAR) de Asturias contra el acuerdo de liquidación y de imposición de sanción, solicitó en el mismo escrito la suspensión de la ejecución del acto que fue resuelta por resolución del TEAR 24 de febrero de 2006. Respecto a la sanción quedó automáticamente suspendida al amparo del artículo 212.3 de la LGT y respecto de la liquidación inadmite la solicitud al no quedar probada la existencia de perjuicios (no aporta copia de la declaración del impuesto sobre sociedades del ejercicio 2004 que dice en su escrito de interposición) ni la imposibilidad de aportar

otra garantía distinta de aval bancario. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de denegación de suspensión de la liquidación fue desestimado por sentencia de 26 de septiembre de 2008 del TSJ de Asturias.

4) El 6 de febrero de 2006 se notifica la providencia de apremio por importe de 2.643.018,58 euros (deuda tributaria derivada del acuerdo de liquidación de 2.202.515,48 euros, y recargo de apremio de 440.503,10 euros interpuesta el 9 de febrero de 2006 reclamación ante el TEAR contra providencia de apremio y solicitada la suspensión fue desestimada la petición por resolución de 30 de noviembre de 2007 en la que se señala que " el reclamante no justifica la concurrencia de perjuicio alguno o la existencia de errores materiales sino que ni tan siquiera los alega" . No consta presentara recurso contra la denegación de la suspensión.

5) La Agencia Tributaria inició el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria y dictó diligencias de embargo de depósitos y cuentas bancarias el 24 de marzo de 2006 (99.830,70 euros), de créditos el 27 de marzo y 2 de mayo (19.214 euros) compensaciones de oficio de devoluciones tributarias enero y marzo 2006 (21.935,46 euros) y embargos de bienes muebles (vehículo) de 2 de junio 2006.

6) Por auto de 22 de mayo de 2006. el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo a instancia de la entidad deudora declara a la empresa en concurso voluntario, ya que de la documentación presentada se acredita el estado de insolvencia. Las deudas generadas por la liquidación en concepto de IVA 1997-1999 (2.202.515,48 euros) y la sanción (1.135.371,33 euros) fueron reflejadas en la lista de acreedores del concurso como crédito condicional. Formulada por la Administración concursal propuesta de convenio con plan de pagos, La Agencia Tributaria que tenía el 89% del pasivo ordinario no votó a favor del convenio de acreedores (29 de junio de 2007) y en consecuencia el Juzgado de lo Mercantil dictó auto de 3 julio de 2007 de apertura de la fase de liquidación. Iniciada la fase de liquidación la Administración concursal formuló el preceptivo plan de liquidación, al que formuló oposición la Agencia Tributaria el 25 de septiembre de 2007.

7) La reclamación económico administrativa contra los acuerdos de liquidación e imposición de sanción (IVA 1997-1999) fue desestimada por resolución del TEAR de Asturias de 23 de noviembre de 2007. Interpuesto recurso de alzada fue estimado por resolución del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) de 3 de noviembre de 2009 que anula el acuerdo de liquidación e imposición de sanción señalando que " En base al artículo 66 RGIT , la Inspección reanuda las actuaciones inspectoras tras la devolución del expediente, pero este Tribunal entiende que no adopta los acuerdos de liquidación y sanción de acuerdo con los hechos que los Tribunales consideran probados. De los hechos probados resulta que no consta distorsión de la realidad de las operaciones y la Inspección regulariza lo que a su juicio es una distorsión de la realidad, indicando como indicios los mismos hechos enjuiciados por los Tribunales y sobre los cuales estos se pronunciaron". La Agencia Tributaria el 10 de diciembre de 2009 anula el acuerdo de liquidación y de imposición de sanción devolviendo lo ingresado 405.820,08 euros mas intereses de demora.

La resolución recurrida considera que aunque el TEAC ha disentido de la Administración Tributaria en relación con el valor probatorio de la dilatada serie de indicios que cita en la resolución, tanto el número de tales indicios como su innegable relevancia acreditan a todas luces que la actuación de la Agencia Tributaria se basó en todo momento en criterios razonados y razonables, sin que existiera ningún atisbo de arbitrariedad por lo que, a tenor de la doctrina del Tribunal Supremo en ningún caso se podría reputar como antijurídico, el perjuicio cuyo resarcimiento solicita la mercantil reclamante.

Al objeto de fundamentar el recurso la parte actora alega que la empresa durante los años 1999 a 2005 vino obteniendo beneficios en la actividad empresarial de residuos metálicos y venta al por mayor de chatarra y como consecuencia del acuerdo de liquidación y sanción por un importe conjunto de 3.337.886,70 euros dictados sin respetar tal como señala el TEAC los hechos probados de la sentencia penal (RECOASTUR SLU no declaró como transacciones nacionales lo que eran adquisiciones intracomunitarias) provocó su insolvencia y la declaración de concurso de acreedores, con la agravante de que la AEAT aun conociendo el riesgo de que fueran anuladas la liquidación y la sanción impidió que la mercantil continuase con su actividad empresarial al votar en contra de la propuesta de convenio y plan de liquidación formuladas por la Administración concursal, causando un perjuicio irreparable. Reclama los siguientes daños: 1) 48.457,28 euros en concepto de honorarios profesionales devengados en procedimientos administrativos y jurisdiccionales. 2) Lucro cesante. 3.309.923,58 euros calculados a 31 de diciembre de 2010 según formula de renta perpetua prepagable tomando como beneficio estimado 172.198,93 euros a partir de la media de beneficios de la mercantil en los ejercicios 1999 a 2005 o bien 1.301.339,66 euros para el supuesto de que la mercantil continuase su actividad tras el proceso de liquidación concursal.

El Abogado del Estado plantea la falta de legitimación activa de la parte actora para presentar el recurso ya que a fecha de la demanda la sociedad recurrente reconoce que ha quedado extinguida. Entiende que la actuación de la Administración no es antijurídica ya que la actuación de la Administración fue razonable al haber sido absuelto el recurrente en el procedimiento penal por la aplicación del principio de presunción de inocencia y por tanto a pesar de la falta de prueba para imputar un delito puede recopilar datos suficientes para comprobar si la deducción se aplicó de forma irregular, teniendo en cuenta que el Juzgado de lo Penal nº 3 de Gijón en sentencia de 21 de junio de 2005 en una cuestión idéntica a la planteada ante el Juzgado de lo Penal nº 1 pero

referida a los años 2000 y 2001 declaro probado la existencia de adquisiciones intracomunitarias, Considera que la cuestión planteada ofrecía dudas ya que el TEARC de Asturias confirmó el acuerdo de liquidación y que siendo firmes los acuerdos de liquidación referidos a los periodos 2000 a 2002. En cuanto a los daños reclamados considera que no existe relación de causalidad, que no consta que las diligencias de apremio provocaran la de la actividad de la empresa, que fue el extraordinario volumen de deudas lo que provocó que la empresa fuera declarada en concurso, que la votación en contra del convenio era legítima en la medida que la propuesta del convenio no proponía el pago de la deuda pendiente para con la Hacienda Pública con recursos en trámite o con autos de delito en curso. Subsidiariamente entiende que el informe pericial es inadmisibile al haberse presentado de forma extemporánea y en todo caso los importes no están justificados.

Segundo.

Plantea en primer lugar el Abogado del Estado la falta de legitimación activa de la parte actora para presentar el recurso ya que a fecha de la demanda la sociedad recurrente reconoce que ha quedado extinguida, por lo que ha perdido su personalidad jurídica y únicamente la administración concursal, en caso de reapertura del concurso podrá ejercitar acciones de reintegración o liquidación de bienes que ha aparecido con posterioridad a petición y en nombre de los acreedores y no en nombre de la sociedad en liquidación que ya está extinta. En este caso hay que tener en cuenta que la fecha relevante es la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo el 22 de junio de 2011, fecha en la que la sociedad no estaba extinguida, tal como se recoge en la diligencia de constancia del Secretario del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 4 de marzo de 2013 en la que se indica que el 26 de septiembre de 2012 se dictó auto declarando la conclusión del concurso, en el que figuraba como concursada la entidad recuperadora Ecológica Astur SLU. Ahora bien dado que la sociedad está extinguida a la fecha de esta sentencia, deberá ser el Juzgado de lo Mercantil de Oviedo que ha tramitado el procedimiento concursal el que deberá resolver las cuestiones que pueda plantear la Agencia Tributaria en relación al pago de la cantidad fijada como indemnización, siendo una cuestión ajena a este recurso.

Tercero.

El artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. El artículo 142.4 de la misma Ley 30/1992, de 26 de noviembre dispone que "la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización"

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2007 (recurso de casación 5866/2003) "tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuricidad del daño que se plasma, entre otras, en sentencias 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 20-10-98, 16-9-99 y 13-1-00 que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuricidad del daño, por la existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados".

Luego para que exista lesión en sentido propio no es suficiente con que exista un perjuicio material, sino que se requiere que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, y el perjuicio es antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre y cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo. En tal sentido el artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone claramente que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley". Es decir, para que concurra el requisito de la lesión a efectos de su resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de actos administrativos es preciso que la actuación de la Administración no se haya mantenido en unos márgenes de apreciación razonables ni razonados.

En este caso, considera este Tribunal que la actuación de la Administración no se ha mantenido en unos márgenes de apreciación razonables ni razonados. La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Gijón (autos PA 196/04) de 15 de noviembre de 2004 por la que se absolvió a D. Faustino socio único y administrador de la citada empresa de los delitos que venía acusado señala como hechos probados "no consta que el referido acusado en el impuesto sobre el valor añadido correspondiente a los ejercicios de los años 1998 y 1999, distorsionando la realidad de las operaciones económicas que realizaba la sociedad, hubiera declarado como transacciones nacionales adquisiciones intracomunitarias dejando de ingresar en el Tesoro Público las correspondientes cuotas de IVA soportado". Esos hechos declarados probados en esos términos por la sentencia penal (que ni siquiera se recogen en el acta de disconformidad ni el acuerdo de liquidación sino solo se hace referencia a que la Magistrada

no se pudo formar una convicción con la seguridad exigible en materia penal acerca de si el acusado declaró como transacciones nacionales adquisiciones intracomunitarias) resultan vinculantes para la Administración tributaria tal como establece el artículo 180 de la Ley General Tributaria al señalar que "De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados" . En el supuesto analizado la Administración no respetó estos hechos probados. Así la Inspección, una vez notificada la sentencia reanuda las actuaciones inspectoras y dicta acto de liquidación en relación al IVA año 1998 y 1999 en el que considera que se producen adquisiciones intracomunitarias de bienes y que las mercancías han sido adquiridas por el obligado tributario a proveedores en Portugal, por lo que se exige el IVA devengado por dichas adquisiciones y no se admite la deducción del IVA soportado. Es decir la Inspección claramente parte para realizar la regularización de un hecho que la sentencia penal considera que no existe. Así lo entendió el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) de 3 de noviembre de 2009 que anula el acuerdo de liquidación e imposición de sanción señalando que " En base al artículo 66 RGIT , la Inspección reanuda las actuaciones inspectoras tras la devolución del expediente, pero este Tribunal entiende que no adopta los acuerdos de liquidación y sanción de acuerdo con los hechos que los Tribunales consideran probados. De los hechos probados resulta que no consta distorsión de la realidad de las operaciones y la Inspección regulariza lo que a su juicio es una distorsión de la realidad, indicando como indicios los mismos hechos enjuiciados por los Tribunales y sobre los cuales estos se pronunciaron".

Por tanto la actuación de la Administración se considera antijurídica.

Cuarto.

Establecido la antijuricidad de la conducta de la Administración procede determinar si existe relación de causalidad entre el daño invocado y la actuación de la Administración y cuantificar en su caso la indemnización.

Reclama en primer lugar 48.457,28 euros en concepto de honorarios profesionales devengados en procedimientos administrativos y jurisdiccionales. Se remite al informe suscrito por economista auditor de cuentas que acompañó como documento nº 8 a la reclamación administrativa (folios 60 a 65). Hace referencia a 10 facturas. La 1 a la 8 se refieren a gastos en el proceso penal, que no pueden ser indemnizados ya que ninguna irregularidad se aprecia en la actuación de la Administración tributaria en relación al proceso penal por el hecho de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública por parte del obligado tributario conforme al artículo 66 del RD 939/1986 de 25 de abril por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos. Las dos últimas facturas se refieren a la asistencia prestada durante el procedimiento de Inspección y ante los Tribunales Económico administrativos que no procede realizar su abono, ya que no constan aportadas dichas facturas y documento que acredite su ingreso.

Reclama asimismo 3.309.923,58 euros por el cese de la actividad de la empresa que imputa a las actuaciones inspectoras y recaudadoras y a la actuación seguida por la representación de la AEAT en el procedimiento concursal y ello con base al informe pericial realizado por D^a Juliana el 4 de febrero de 2013. Alega que la empresa durante los años 1999 a 2005 vino obteniendo beneficios en la actividad empresarial de residuos metálicos y venta al por mayor de chatarra y como consecuencia del acuerdo de liquidación y sanción por un importe conjunto de 3.337.886,70 euros dictados sin respetar tal como señala el TEAC los hechos probados de la sentencia penal provocó su insolvencia y la declaración de concurso de acreedores, con la agravante de que la AEAT aun conociendo el riesgo de que fueran anuladas la liquidación y la sanción impidió que la mercantil continuase con su actividad empresarial al votar en contra de la propuesta de convenio y plan de liquidación formuladas por la Administración concursal, causando un perjuicio irreparable. Esa cifra de 3.309.923,58 euros la calcula a 31 de diciembre de 2010 según fórmula de renta perpetua prepagable tomando como beneficio estimado 172.198,93 euros a partir de la media de beneficios de la mercantil antes de impuestos de los ejercicios 1999 a 2005 y aplicando una tasa de descuento de 5,4%. De forma alternativa solicitaba 1.301.339,66 euros para el supuesto de que la mercantil continuase su actividad tras el proceso de liquidación concursal si bien señala en el escrito de demanda que habiéndose procedido a la liquidación definitiva de la mercantil concursada a fecha de evacuarse el escrito, se descarta esta última. En la demanda no reclama por daño emergente tal como hizo en vía administrativa por importe de 319.931,08 euros que considera resarcido con la devolución de las cantidades ingresadas en el procedimiento de cobro de la liquidación posteriormente anulada así como los correspondientes intereses.

El Abogado del Estado considera que no existe relación de causalidad entre la declaración de insolvencia y la actuación de la Administración ya que según informe de la Administración concursal de 4 de marzo de 2007, la empresa recurrente debía a la AEAT un importe que ascendía a más de 5 millones de euros, suma a la que habría que añadir lo que debía al resto de los acreedores. El auto del concurso es de 22 de mayo de 2006 y las diligencias de embargo tuvieron lugar los días 24 de marzo, de créditos el 25 siguiente y el 2 y 8 de mayo y un embargo de un vehículo el 2 de junio siguiente, siendo el extraordinario volumen de deudas lo que provoca la declaración del concurso y no los embargos practicados que ni por sus efectos ni por el tiempo que media entre su

práctica y el auto de declaración de concurso (menos de dos meses) puede colegirse su relación de causalidad entre un hecho y otro.

Ciertamente como señala el Abogado del Estado, en principio los embargos practicados no son elevados (unos 319.000 euros) ahora bien, si que aprecia esta Sala una relación de causalidad entre esos embargos y la declaración de concurso, ya que la Administración una vez iniciado el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria el 6 de febrero de 2006, inició una batería de actuaciones consistentes en diligencias de embargo de depósitos y cuentas bancarias de créditos, compensaciones de oficio de devoluciones tributarias y embargo de bienes y precisamente la declaración de concurso, pretendía evitar se dictaran nuevas diligencias de embargo para el pago de la deuda tributaria derivada de las liquidación referida al IVA 97-99. En este sentido se dictó sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 29 de septiembre de 2006 confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de 4 de enero de 2008 que ordenó el alzamiento de los embargos referidos a facturaciones devengadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso. Por otra parte el hecho de que se dictaran diligencias de embargos de cuentas bancarias, de créditos en las que se hiciera constar el importe total reclamado que ascendía a mas de 3 millones de euros, supuso la pérdida de prestigio empresarial de la sociedad recurrente que incidió en la posibilidad de obtener nuevos créditos o relaciones comerciales.

También es cierto como señala el Abogado del Estado que el importe de los créditos pendientes con la AEAT incluidos en el concurso de acreedores era de 5.493.068,60 euros. Así lo refleja el informe de la Administración concursal según indica la Unidad regional de Recaudación en su informe de 30 de mayo de 2011 en relación al expediente de responsabilidad patrimonial (folios 93 a 101 del expediente administrativo). Ahora bien si se realiza un análisis detenido se constata que de ese total, el importe de la deuda liquidada y sanción referida al IVA 97 a 99 y que ha sido anulado ascendía a 3.337.886,70 euros, cifra muy relevante. Por otra parte otro crédito incluido como crédito pendiente en el concurso de acreedores según indica la Unidad Regional de Recaudación era un crédito contingente de 1.681.746,94 euros correspondiente al delito contra la Hacienda Pública que se estaba tramitando por la deuda IVA 2000,2001, 2002. Ahora bien dicho procedimiento fue archivado por auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Gijón 16 de mayo de 2007 (diligencias previas, procedimiento abreviado 61/2006) confirmado por la audiencia Provincial de Asturias de 25 de julio de 2007. Se hace referencia en la resolución recurrida a otras deudas derivadas de liquidaciones correspondientes al IVA ejercicios 2000, 2001 y 2002 y que son firmes de forma definitiva al haberse indemitido el recurso de alzada ante el TEAC pero no se indica la fecha de los acuerdos de liquidación y sanción (folio 18 de la resolución) para determinar si las mismas incidieron o no en la declaración del concurso. También se hace referencia a las mismas en el informe de la Unidad de Recaudación. Ahora bien teniendo en cuenta que la fecha en que se interpusieron las reclamaciones económico administrativas en relación a esas liquidaciones del año 2000 a 2002 ante el TEAR fue en el año 2008 y que el plazo para presentar la reclamación es un mes desde que se notifica el acto de liquidación, difícilmente la deuda tributaria de esas liquidaciones influyó en la declaración de concurso (22 de mayo de 2006) ni tampoco en la apertura de la fase de liquidación (29 de junio de 2007). Por tanto antes de que se votara la propuesta de convenio (29 de junio de 2007) el importe de los créditos pendientes con la AEAT quedaba prácticamente limitado al derivado del acuerdo de liquidación y sanción derivados del IVA 97 a 99 ya que en esa fecha ya se había dictado auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Gijón 16 de mayo de 2007 que había archivado el procedimiento penal referido al IVA 2000 a 2002, y por tanto no existía un crédito contingente de 1.681.746,94 euros correspondiente al delito contra la Hacienda Pública referido al IVA 2000 a 2002..

Teniendo en cuenta estas consideraciones, en este caso aprecia esta Sala una relación de causalidad entre por una parte la evolución de la situación de la empresa a partir del año 2005, 2006, y por otra el acuerdo de liquidación (25 de noviembre de 2005), las actuaciones posteriores tendentes a obtener el cobro en vía ejecutiva de las liquidaciones no abonadas iniciadas el 6 de febrero de 2006 y la posterior declaración de concurso voluntario por auto de 22 de mayo de 2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo a la vista del informe pericial realizado por perito economista de 4 de febrero de 2013 y que fue aportado en periodo probatorio. La perito procede a analizar la situación financiera y patrimonial de la empresa y evalúa la estructura del activo y del pasivo, señalando que la contabilidad de la empresa presentaba una evolución comercial y económica constante con beneficios igualmente constantes entre los años 2001 a 2005, derivando el impacto económico negativo del año 2005 exclusivamente de las imputaciones tributarias por IVA (el beneficio del año 2005 hubiera ascendido a 236.815 euros de no haberse imputado como resultado extraordinario negativo una partida de 558.305,40 euros derivada del acta de disconformidad correspondiente al IVA 97-99). Procede a calcular el ratio de liquidez que mide la capacidad de la empresa para hacer frente a las deudas a corto plazo siendo este superior a 1 hasta 2006 en que pasa a ser menor que 1. En el año 2006, año en que se dicta el auto de concurso voluntario. a diferencia del año 2005 en que las ventas se mantuvieron en la misma línea que años anteriores, se produce un desplome en las ventas que se reducen un 40%, reflejándose además unos resultados de explotación negativos de - 2.181.777,80 euros (en concepto de sanciones por actas de inspección 97/99 y recargo de apremio 1.575.874,43 euros). Cuestiona la Administración el valor probatorio del informe de parte señalando que informe es extemporáneo ya que no fue aportado con la demanda pero el hecho es que ese informe fue admitido por auto de 17 de diciembre de 2012 que no fue recurrido en reposición por el Abogado del Estado y en el mismo se facultaba

a la parte a presentarlo antes de que concluya el periodo de practica, siendo declarado concluso el periodo de prueba el 19 de abril de 2013

Entiende esta Sala que no se aprecia ninguna actuación antijurídica de la Administración por las actuaciones que realizó, una vez declarado el concurso, referido a no votar a favor de la propuesta del convenio regulador, y propiciar con ello la apertura de la fase de liquidación (en la propuesta de convenio no se contemplaba el pago de la deuda controvertida). Ahora bien si que se considera que los acuerdos de liquidación e imposición de sanción y las posteriores actuaciones tendentes al cobro de las liquidaciones correspondientes al año 97 a 99 provocaron la situación de insolvencia y la declaración de concurso voluntario y ello determina que una vez anulados ese acuerdo de liquidación y sanción, deba responder la Administración por las consecuencias irreparables que le ocasionó al interesado el procedimiento concursal que no se hubiera solicitado si no se hubieran dictado y ejecutado los acuerdos de liquidación.

Declarado que existe una relación de causalidad entre la evolución de la situación de la empresa a partir del año 2005, 2006, y el acuerdo de liquidación (25 de noviembre de 2005) y las actuaciones posteriores tendentes a obtener el cobro en vía ejecutiva de las liquidaciones no abonadas iniciadas el 6 de febrero de 2006 y posterior declaración de concurso voluntario por auto de 22 de mayo de 2006. del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo entiende esta Sala que cabe apreciar un grado de culpa en la propia actuación de la recurrente que si bien no excluye la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño ocasionado consistente en la declaración de concurso si que determina la reducción de la indemnización. En efecto hay que tener en cuenta que el legislador ha previsto mecanismos para evitar que se cause un perjuicio irreparable como consecuencia de la ejecución de los actos administrativos, una vez firmes en vía administrativa pudiendo las partes solicitar la suspensión cautelar. En este caso, la interesada no obtuvo la suspensión de la ejecución del acuerdo de liquidación y posteriormente de la providencia de apremio en relación al IVA 97 a 99 por su falta de diligencia, ya que no acreditó los perjuicios que conllevaban para la sociedad la ejecución de la liquidación. Así el 23 de diciembre de 2005 solicitó la suspensión del acuerdo de liquidación ante el TEAR de Asturias, (el acuerdo de imposición de sanción se suspendió automáticamente). y se inadmitió la solicitud al no quedar probada la existencia de perjuicios (no aporta copia de la declaración del impuesto sobre sociedades del ejercicio 2004 que dice en su escrito de interposición) ni la imposibilidad de aportar otra garantía distinta de aval bancario. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de denegación de suspensión de la liquidación fue desestimado por sentencia de 26 de septiembre de 2008 del TSJ de Asturias. Asimismo el 6 de febrero de 2006 se notifica la providencia de apremio por importe de 2.643.018,58 euros (deuda tributaria derivada del acuerdo de liquidación de 2.202.515,48 euros, y recargo de apremio de 440.503,10 euros. Interpuesta el 9 de febrero de 2006 reclamación ante el TEAR contra providencia de apremio y solicitada suspensión fue desestimado por resolución de 30 de noviembre de 2007 " el reclamante no justifica la concurrencia de perjuicio alguno o la existencia de errores materiales sino que ni tan siquiera los alega" . No consta presentara recurso contra la denegación de la suspensión.

Partiendo de estos presupuestos procede fijar el importe de la indemnización. Afirma la Administración en la resolución recurrida que las cantidades declaradas como beneficios por el perito no se corresponden con el resultado contable declarado por el propio obligado tributario con ocasión de la presentación de las respectivas autoliquidaciones del impuesto sobre sociedades que constan en las bases de datos de la Agencia Tributaria: ejercicio 2002 86.073,84 euros, 2003: 122.331, 15 euros, 2004: 156.262,68, ejercicio 2005 -321.490,73 euros. y 2006 -4.273.915 euros. Efectivamente es así, pero ello no se debe a que el perito en su informe presentado en vía judicial haya incluido en su valoración distintas cifras para el mismo concepto sino que el perito considera como beneficios los resultados antes de impuestos y las cifras que aporta la Administración, es la cifra de resultados después de impuestos que también recoge la perito como resultado del ejercicio en el cuadro 1 folio 4 de su informe con cifras coincidentes con la Administración. Se considera mas adecuado para calcular la indemnización partir la cifra de resultados del ejercicio tal como entiende la Administración y no de la cifra del resultados antes de impuestos que es la propuesta por el perito.

En cuanto al periodo para calcular como media de beneficios, se considera procedente tener en cuenta la media de beneficios después de impuestos de 2001 a 2004, y no el año 2005 ni 2006 ya que el 22 de noviembre de 2005 se dictó el acuerdo de liquidación resultando una deuda tributaria de 2.202.515,48 euros (1.644.210,08 euros de cuota y 558.305,40 euros de intereses de demora) y un acuerdo de imposición de sanción de 1.135.371,33 euros ya reflejándose en el resultado de la actividad de la sociedad del año 2005 la incidencia de esas actuaciones como ya hemos razonado anteriormente.

Por lo tanto los beneficios medios después de impuestos (y no antes de impuestos) tomando el periodo 2001 a 2004 es de 93.516 euros. En cuanto a la formula aplicada por el perito en el informe aportado en vía administrativa y reitera en vía judicial procede a calcular el valor actual de una renta de 10 años descontada al tipo de interés de las obligaciones del tesoro a 10 años que es del 5,4%. No considera procedente este Tribunal aplicar ese tipo de interés del 5,4 %. ya que el riesgo de invertir una cantidad de dinero en obligaciones del Tesoro es mucho menor que el hacerlo en una empresa de las características de la aquí examinada por lo que teniendo en cuenta que las rentabilidades exigidas a las acciones de las empresas cotizadas en España que utilizaban los

analistas en ese periodo oscilaban en un rango de un 8,5% -10,5%, se considera procedente aplicar una tasa del 10% .

Aplicando la formula empleada por el perito para calcular el lucro cesante derivado del cese de la actividad pero cambiando el tipo del 5,4% al 10%, y considerando el beneficio medio después de impuestos del periodo 2001 a 2004 resulta $93.516/0,1=935.160$ euros en vez de la cifra de que resultaria si se aplicara la tasa aplicada por el perito $93.516/0,054=1.731.768$ euros.

Teniendo en cuenta la incidencia que ha tenido en el proceso la actuación de la interesada al solicitar la suspensión de la ejecución se fija la indemnización de lucro cesante en 550.000 euros, siendo ese el valor actual de la indemnización a la fecha de esta sentencia.

Quinto.

Conforme a lo razonado proceder estimar parcialmente el recurso. No se hace imposición de costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de RECUPERADORA ECOLÓGICA ASTUR SLU LIQUIDACIÓN CONCURSAL contra la resolución de 10 de abril de 2012 del Presidente de la Agencia Estatal de Administración por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma autoridad de 15 de diciembre de 2011 que se anulan y se declara el derecho de RECUPERADORA ECOLÓGICA ASTUR SLU LIQUIDACIÓN CONCURSAL a ser indemnizada en la cantidad de 550.000 euros. No se hace imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Magistrada Ponente, hallándose constituida en audiencia pública, de lo que yo, Secretario, doy fe.

D. JOSE FELIX MENDEZ CANSECO D. FRANCISCO DIAZ FRAILE D^a ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO

D^a LUCIA ACIN AGUADO ANA MARIA SANGUESA CABEZUDO

PUBLICACIÓN.-

Una vez firmada y publicada la anterior Sentencia es entregada en esta Secretaría para su notificación, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a los autos.

Madrid a Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.