

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjería. Improcedencia de expulsión sancionadora a extranjera sin papeles embarazada y que posteriormente da a luz a su hijo en España.

Fundamenta la sentencia apelada la conformidad a Derecho del acuerdo de expulsión en la motivación y proporcionalidad del mismo, sin que fuera argumento exculpatorio la simple referencia a que el motivo de entrada en nuestro país de la apelante fue turístico.

Al margen de incidir en la falta de proporcionalidad y de motivación de la sanción impuesta, la apelante que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva al no dar respuesta a su argumento de arraigo en nuestro país y el hecho sobrevenido de haber tenido un hijo de nacionalidad española.

En la nota que la demandante aportó al acto de la vista oral se hace mención al nacimiento de un hijo en España, presuntamente español, respecto del que se ha iniciado expediente para la adquisición de la nacionalidad española, por lo que se solicitaba el archivo del expediente sancionador en base al principio de unidad familiar, sin que en la sentencia apelada se diera respuesta a dicha alegación y que al tratarse de una cuestión que afecta al fondo del asunto debe ser resuelta por este Tribunal.

De la documentación aportada al acta de la vista oral, como de la posterior aportada junto con el escrito de formulación de apelación, queda acreditado que el día 17 de febrero de 2006 la apelada tuvo un hijo, nacido en un Hospital de la localidad gaditana de El Puerto de Santa María y que, según certificación del Consulado General de Bolivia en Madrid, país del que es nacional la actora, no se encuentra inscrito en los Libros de Nacimiento de dicha Oficina Consular y que, por tanto no tiene la nacionalidad boliviana a tenor de lo dispuesto en el art. 36.2.a) de la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia, lo que, de conformidad con nuestra legislación le otorga presuntamente la nacionalidad española.

Es cierto que el hecho del nacimiento no había tenido lugar al dictarse el acuerdo de expulsión, ni incluso al interponerse el recurso contencioso-administrativo, pero constituye un hecho sobrevenido que debe considerarse al examinarse la legalidad de una resolución de naturaleza sancionadora que, obviamente, se dicta con la finalidad de ser cumplida.

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

En supuesto similar esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse. Así, en la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2005 (recurso de apelación nº 181/2005) dijimos que: *“consta que la actora, en sus alegaciones puso de manifiesto que se encontraba embarazada, lo que tendría que haber llevado a algún acto de instrucción a efectos de aplicar o no la sanción de expulsión, en vez de ignorar sencillamente y llanamente el hecho. Es más el parto se produce el mismo día en que se dicta el acuerdo impugnado, y se produce el nacimiento de una hija que, por no poder tener la de la madre, tiene nacionalidad española de origen, lo que hace que no pueda imponerse la sanción de expulsión. Así, como hemos dicho en otras ocasiones, si el propio artículo 57 prevé que no podrán ser expulsados los familiares que allí se dicen de extranjeros a los que no se puede aplicar la sanción de expulsión, precisamente porque no pueden separarse, con mayor razón, no podrá aplicarse tal sanción a la madre de un español, que en modo alguno puede ser expulsado y respecto al que la madre tiene los deberes inherentes a la patria potestad. Por todo ello, interpretando conjuntamente el artículo 57 de la Ley de Extranjería y los artículos 110 y 154 y siguientes del Código Civil, tendremos que concluir que tampoco pueden ser expulsados los padres de hijos españoles menores de edad, como es nuestro caso”*.

Por lo allí dicho y aquí reiterado debemos declarar la nulidad sobrevenida del acuerdo de expulsión, revocando por dicha razón la sentencia apelada.

(St. de 23 de abril de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Alta por omisión del censo. Extranjería. Falta de uniformidad en las Sentencias de TSJA sobre la documentación acreditativa de la residencia de hecho.

Considera el juzgador de instancia que la legalidad del Acuerdo de la Oficina de Atención al Ciudadano del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera denegando la certificación de inscripción padronal deriva del hecho de que ninguno de los dos documentos aportados por la solicitante se encuentran entre los relacionados en la Resolución de 15 de abril de 2005 de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local, dictada a los efectos de expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia de extranjeros en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004 y que la Disposición Transitoria Tercera del R.D. 2393/2004, en cuanto norma de naturaleza excepcional, no puede ser de interpretación extensiva, según resulta del art. 4 del Código Civil.

Al margen de que la mención a la fecha de empadronamiento de la apelante se reconoce un simple error de hecho, pues la correcta es la del 10 de noviembre de 2004 y que resulte igualmente cuestionable la naturaleza de norma excepcional que el Juzgador de instancia atribuye a la Disposición

Transitoria Tercera del R.D. 2393/2004, lo cierto es que implícitamente viene a reconocer la apelante que ni la certificación emitida por una entidad bancaria referente a la apertura de una cuenta corriente el 15 de abril de 2004 ni la copia de ingresos posteriores en dicha cuenta, se encuentran entre los documentos citados en la Resolución de 15 de abril de 2005 citada. No obstante, la apelante considera que se ha realizado una interpretación de la normativa de aplicación contraria a su derecho a probar la estancia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004 para obtener la regularización, finalidad prevista en la Disposición Transitoria Tercera del R.D. 2393/2004, puesto que la Certificación del Centro de Acogida, así como el informe de la Policía Local relativo a averiguaciones sobre la fecha desde la que se encuentra en España y que la refieren a mayo de 2004, deberían ser considerados suficientes para cumplir las exigencias legales en orden a la concesión del denominado empadronamiento por omisión. Este criterio no coincide con el mantenido por este Tribunal Superior en su Sentencia del Pleno de 2 de noviembre de 2006 que, por razones de seguridad jurídica debemos seguir y donde se afirma que la solicitud de alta en el padrón municipal, en la denominada “alta por omisión” debe ir acompañada de alguno de los documentos referidos en la Resolución de 15 de abril de 2004, sin que se admita otro medio de prueba de la estancia en España desde determinada fecha. De aquí que deba desestimarse el recurso de apelación. No obstante la desestimación íntegra de la pretensión anulatoria articulada en el recurso de apelación, la cuestión en el mismo tratada no ha recibido una respuesta uniforme por los Tribunales, incluido el que dicta esta sentencia, razón suficiente para considerar que concurren circunstancias que justifican la no imposición de las costas originadas en segunda instancia. (art. 139.2 LJCA)

(St. de 14 de mayo de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García.)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Valoración de terrenos. Valor del Acta previa a la ocupación. La sentencia no entra en la alegación de la fecha en que se inicia el expediente expropiatorio y valora conforme a lo aprobado por las partes.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Cádiz, adoptado en sesión celebrada el día 27 de junio de 2003, fijando en 3.805,83 €, incluido premio de afección, el justiprecio correspondiente a la expropiación de 1.726 m² de suelo correspondiente a la finca nº 11-140.0006, llevada a cabo por la Demarcación de Carreteras del Estado en Andalucía Occidental para la ejecución

del Proyecto "12-CA-3700.-Duplicación Variante Chiclana N-340, K. 3,300 al 10,700".

Reclamando que el justiprecio se eleve a la cantidad de 16.602,30 €, más intereses legales y premio de afección, articula el actor su pretensión partiendo del hecho de que la falta de motivación del acuerdo del Jurado de Expropiación hace decaer la presunción de acierto del mismo, para a continuación señalar que la única valoración efectuada según criterios legales es la contenida en su hoja de aprecio y basada en informe emitido por Ingeniero Agrónomo. De este modo el demandante viene a señalar el doble error contenido en la hoja de valoración de la Administración expropiante que toma en consideración la Encuesta Anual de Precios de la Tierra correspondiente a la anualidad 2000 cuando la fecha de iniciación del expediente de justiprecio es de 10 de junio de 2002, sin que el incremento del 15% del valor medio de las tierras como factor de corrección quede justificado. Además señala el recurrente que los terrenos expropiados se encuentran situados en la Comarca Agraria II-Litoral que no se incluyen en la citada Encuesta.

Igualmente muestra su discrepancia con el Jurado de Expropiación al no valorar este la parte de cosecha perdida como consecuencia de la inmediata ocupación de los terrenos, así como la falta de acceso a la finca y que la superficie realmente expropiada fue la de 1982 m².

Analizando cada uno de los conceptos objeto de valoración y comenzando con el referido al valor de los terrenos expropiados, llama la atención el hecho de que el actor, por un lado, fundamente su pretensión en las conclusiones contenidas en el informe emitido por Ingeniero Agrónomo acompañando a su hoja de aprecio y, por otro, cuestione la clasificación comarcal de la tierra. Decimos esto porque el Ingeniero Agrónomo utiliza como criterio de valoración el comparativo, con mención de la cercanía al núcleo urbano de Chiclana de la Frontera y los precios de zonas colindante que han tenido opción de compra y, al mismo tiempo, el actor acude como criterio de valoración al de una correcta clasificación de la tierra dentro de la Comarca Agraria II-Litoral, siguiendo la Encuesta Anual de Precios de la tierra para el año 2002.

En cualquier caso, ninguno de los criterios manejados por el recurrente acreditan la posibilidad de que el Jurado de Expropiación llegara a una valoración errónea. Así, comenzando con la Encuesta Anual de Precios se advierte, según el informe remitido por la Secretaría General de Agricultura y Ganadería de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, que en la Comarca Noroeste de Cádiz, donde se situaría el terreno expropiado, la valoración se hace depender del cultivo, del termino municipal y del paraje en que se encuentre. Si tenemos en cuenta que la finca del actor se encontraba destinada a labor de secano, pues la cosecha pendiente que se reclama lo es por trigo duro, resulta que en la Encuesta como "labor secano" solo se incluye las tierras situadas en el término municipal de Vejer de la Frontera, pero no las de Chiclana de la Frontera, donde sólo se menciona el cultivo de viñedo de transformación. No obstante, aunque acogiéramos el valor máximo de labor secano de la Encuesta

de Precios, resultaría valorado el metro cuadrado a 0,85 €, cantidad muy inferior a los 2,10 €/m² fijados por el Jurado.

En cuanto al informe emitido por Ingeniero Agrónomo, tampoco el mismo acredita una errónea valoración del Jurado de Expropiación. Dicho órgano, según indica en su acuerdo, ha tomado en consideración que la finca se encuentre próxima a núcleo urbano, que tenga acceso a vía pública y que se produzca una creciente expansión urbana hacia la zona expropiada. Utiliza, por tanto, un criterio de valoración, cual es la cercanía a núcleo urbano, idéntico al manejado por el Ingeniero Agrónomo, con la diferencia que el manejo de criterios de tal naturaleza no se corresponde con la titulación propia de un Ingeniero Agrónomo frente a la especialización del Jurado de Expropiación. Además, la referencia al precio de fincas colindantes similares se encuentra huérfana de toda acreditación, no pasando de ser una simple manifestación sin términos de comparación identificables.

Respecto al cual sea la real superficie expropiada y la reclamada valoración del precio de la cosecha pendiente no recogida dada la inmediata ocupación, son aspectos que deberían haber tenido reflejo en el acta previa de ocupación en cuanto que el art. 52-3º LEF señala que en el Acta previa de ocupación se describirán el bien o derecho expropiable y se harán constar todas las manifestaciones y datos que aporten unos y otros y que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, el valor de aquellos y los perjuicios determinantes de la rápida ocupación. La referencia en el Acta de que la superficie a expropiar es la de 1.726 m² exige, cuando menos, una prueba fehaciente de que realmente se ha privado forzosamente de una superficie de terreno mayor y, en tal sentido, sólo consta la manifestación del Ingeniero Agrónomo sin aportar elementos suficientes acreditativos de tal afirmación. Lo mismo es trasladable a la alegada cosecha pendiente de trigo duro.

En el Acta de ocupación sí se hace mención que la expropiación afecta al único acceso a la finca, solicitando por ello su reposición. Esta falta de accesibilidad la valora el expropiado en 2.103,54 € y encuentra como dificultad inicial para su aceptación el hecho de que desconocemos en absoluto cual sea el criterio utilizado para llegar a dicha cantidad, reflejándose una cantidad en la hoja de aprecio sin mayor explicación. Pero, además, nada se dice en la demanda de lo afirmado en el informe final de la Administración, obrante en el expediente administrativo, donde se señala que el acceso a la finca se repuso de forma similar al que antes tenía, aportando una fotografía y precisando que el acceso tiene lugar por el camino de servicio de la autovía que se encuentra entre la valla de cerramiento de ésta y la finca. Esta alegación obliga al expropiado a probar lo incierto de la misma y, en tal aspecto, vuelve a existir la orfandad probatoria a que hemos hechos reiterada mención en esta sentencia.

(St. de 23 de abril de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XVI. HACIENDA PÚBLICA

Hacienda pública. Tasas y precios públicos. Tarifa portuaria. Sujeta a la reserva de Ley. Improcedencia de su regulación vía Orden Ministerial.

A la actora le fue presentada por las Autoridades Portuarias de Sevilla y Huelva facturas relativas a la Tarifa T-3, posteriores a la entrada en vigor a la Ley 27/92. El acuerdo que aquí se recurre inadmite el recurso con fundamento en que las tarifa impugnada es precio privado, por lo que no existe un propio acto administrativo de liquidación reclamable, debiendo acudir en su caso la actora a la Jurisdicción Civil.

Ciertamente cuando se dicta el acuerdo aquí recurrido aún no habían sido resueltas diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación al artículo 70 de la Ley 27/1992. No obstante, a fecha de hoy, se han dictado las sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de Abril y 10 de mayo de 2005 (esta última respecto a la redacción introducida por Ley 62/1997), en las que se resuelven las cuestiones planteadas en el sentido de que diversas tarifas portuarias, entre ellas la que aquí nos ocupa, T-3, son auténticas prestaciones de carácter público, a la que le es de aplicación el principio de reserva de Ley. Y, de acuerdo con ello, declaran inconstitucional el artículo el artículo 70.1 de la Ley en cuanto califica de precio privado lo que son “prestaciones patrimoniales de carácter público” así como el segundo apartado del mismo artículo en cuanto infringe el principio de reserva de Ley para tales prestaciones, ya que el artículo 70.2 ni siquiera establece el hecho imponible, sino que autoriza al Ministro de Fomento para definir los supuestos y la estructura tarifaria a aplicar.

En concreto la tarifa que aquí nos ocupa T-3, en la primera de las sentencias es considerada auténtica prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza tributaria, lo mismo que hace la segunda de las sentencias en relación a la concreta tarifa allí analizada.

Así, tras recordar la doctrina del propio Tribunal establecida en sentencia de 14 de diciembre de 1995, se dice en la sentencia de 20 de abril de 2005, fundamento quinto, que:

Pues bien, a la luz de esta jurisprudencia, puede afirmarse que la Orden Ministerial de 13 de abril de 1993 regula “tarifas” que constituyen verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público sujetas al art. 31.3 CE, dado que, frente a lo que mantienen el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, con independencia de que la norma califique como “servicios” todos los presupuestos de hecho que determinan su devengo, dichas tarifas se exigen, bien efectivamente por servicios que -al margen de que, como señala el órgano judicial proponente de la cuestión, puedan o no calificarse como “objetivamente indispensables”- se prestan en régimen de monopolio, bien por la utilización u ocupación de los bienes o instalaciones portuarias.

En efecto, entre los servicios que se encuentran monopolizados por la Administración, se incluyen indudablemente, en primer lugar, los de señalización marítima, que dan

lugar a la tarifa T-0 de la Orden ministerial cuestionada en el proceso a quo, servicios prestados por cada autoridad portuaria mediante instalaciones fijas de ayudas destinadas “a mejorar la seguridad de la navegación por el mar litoral español” (art. 91.1 de la Ley 48/2003), que pertenecen al dominio público portuario (arts. 4.10 de la Ley 22/1988, de 18 de julio, de costas, y 93.1 e) de la actual Ley 48/2003) e implican, además, el ejercicio de funciones públicas. Y, en segundo lugar, los llamados servicios generales de policía, que pueden determinar el devengo de las tarifas T-3 o T-4, y suponen asimismo, el ejercicio de autoridad.

También es indudable que se encuentran monopolizados, en la medida en que implican el uso del dominio público portuario, “la utilización de las aguas del puerto” (que pueden dar lugar a las tarifas T-1, T-3, T-4 o T-5); el uso de las “instalaciones de canales de acceso”, las “esclusas” y las “zonas de abrigo” (por el que se exige la Tarifa T-1); la utilización de las “zonas de fondeo” (que determinan la exigencia de las Tarifas T-1 o T-5); el “uso de las obras de atraque y elementos fijos de amarre y defensa” (que suponen el devengo de la tarifa T-2); la utilización de los “accesos terrestres”, “vías de circulación” y “estaciones marítimas” (por los que se exige la tarifa T-3); el uso de las “zonas de manipulación” (que dan lugar a las tarifas T-3 o T-4); la utilización de los “muelles” (tarifa T-4); la utilización de las “dársenas” (presupuesto de hecho de las tarifas T-3, T-4 o T-5); y la utilización de “las instalaciones de amarre y atraque en muelles y pantalanes” (tarifa T-5). La misma conclusión debe alcanzarse, por último, en relación con la utilización de “las grúas de pórtico convencionales o no especializadas” situadas en el puerto (tarifa T-6), la utilización de “explanadas, cobertizos, tinglados, almacenes, depósitos, locales y edificios” igualmente situados en el puerto (tarifa T-7), o, en fin, la “utilización de las instalaciones” portuarias para el suministro de productos o energía (tarifa T-8), dado que se trata de “instalaciones fijas de los puertos” que forman parte integrante del dominio público portuario estatal (art. 14.1 de la Ley 27/1992 y 93.1 e) de la Ley 48/2003).

En definitiva, debe considerarse que los “servicios portuarios” a que hace referencia la Orden ministerial cuestionada en el proceso a quo implican, bien la prestación de servicios o realización de actividades en los que existe un monopolio de derecho a favor del Estado y, en consecuencia, “los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación” (STC 185/1995, FJ 3 c), bien la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público portuario, que al ser de titularidad del Estado generan “una situación que puede considerarse de monopolio, ya que si un particular quiere acceder a la utilización o al aprovechamiento citados para realizar cualquier actividad debe acudir forzosamente a los mismos” (STC 185/1995, FJ 4 a)). De donde se deduce que las tarifas por los denominados “servicios públicos” portuarios constituyen prestaciones de carácter público en el sentido del art. 31.3 CE que, en cuanto tales, quedan sometidas a la reserva de ley (STC 185/1995, FJ 4 a); en el mismo sentido, STC 233/1999, FJ 16).

Como fundamento de su declaración de inconstitucionalidad del artículo 70, por tanto, el Tribunal Constitucional, tras analizarla, estima que la tarifa T-3, está incluida en el ámbito del artículo 70.1 de la Ley 27/1992 y es una prestación pública de naturaleza tributaria, por lo que tal consideración, a

la luz de la propia doctrina de dicho tribunal vertida en sentencia de 14 de diciembre de 1995, ha de vincularnos con el mismo alcance que el fallo.

Ciertamente, la Orden de 30 de julio de 1998, limita la tarifa T-3 a las mercancías y a la utilización de determinadas instalaciones, pero también se trata de un aprovechamiento especial de bienes de dominio público portuario y, por tanto, una situación de monopolio, por lo que igualmente ha de considerarse tasa conforme a dicha sentencia.

Por lo demás el carácter de tasa de dicho ingreso ha sido reconocido abiertamente por la Ley 48/2003.

De aquí que la determinación de estas Tarifas debió efectuarse conforme a las normas que regulan las contraprestaciones de Derecho Público, en régimen de tasas, respetando principios como el de reserva de ley y no por Orden Ministerial. La emisión de lo que, por lo demás, se denominan facturas y que debieron ser auténticas liquidaciones, en base a disposiciones de diverso rango pero afectadas de nulidad de pleno derecho por lo ya indicado, determina que debemos dejar sin efecto lo que la actora denomina liquidaciones por Tarifa T-3.

(St. 9 de abril de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XX. RESPONSABILIDAD

Responsabilidad administrativa. Plazo de prescripción de la acción. Interrupción.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 30 de octubre de 2002 desestimatorio de la reclamación nº 11/273 y 274/01 acumuladas formuladas contra sendos acuerdos del Inspector Jefe de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Cádiz practicando liquidación en relación con el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1995 e imponiendo una sanción por infracción tributaria grave, por importe respectivamente de 99.117,63 € y 56.197,26 €.

La primera cuestión que se plantea en la demanda, como irregularidad determinante de la nulidad de las liquidaciones practicadas, es el hecho de que las actuaciones inspectoras hayan sobrepasado el máximo de un año establecido en el art. 29 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, sobre Derechos y Garantías de los Contribuyentes, por cuanto se iniciaron el 30 de julio de 1999 y finalizaron el 27 de noviembre de 2000, fecha en que se dicta el acuerdo del Inspector Jefe.

En el cómputo del plazo de doce meses a que se refiere el art. 29 de la Ley 1/98 hay que excluir los periodos de tiempo en que la dilación es imputa-

ble al contribuyente. Sobre esta base, del examen de las actuaciones inspectores y como, por lo demás, ya se indica en el acuerdo del TEARA, los agentes tributarios intentaron infructuosamente la notificación personal de diversas diligencias debido a que se rechazaba la recepción de la notificación, se indicaba que el interesado no se encontraba o incluso no abrían la puerta. Esos intentos se realizaron tanto en el domicilio social de la entidad como en el de sus administradores. Hay pues un evidente actuación obstaculizadora que determina que la dilación haya tenido lugar por la conducta imputable a la recurrente y sin que, ante ello, pueda acudir al extremo de con rigurosidad extrema hacer mención a que las publicaciones edictales tuvieron lugar transcurridos los plazos legales para ello. Quien actúa provocando la dilación no puede al mismo tiempo considerar que la Administración no actuó con la diligencia exigible, al margen de que el periodo de tiempo en que las actuaciones no pudieron continuar por la falta de recepción de las notificaciones y, por tanto, dilaciones imputables a la actora, ya determinaría por sí solo que las actuaciones se han desarrollado y culminado dentro del plazo máximo legal de doce meses. Esta conclusión conlleva la de que no pueda acogerse la pretensión de que se declare prescrito el derecho de la Administración a practicar la liquidación pues, repetimos, es evidente que cualquier dilación habido sólo a la actora es imputable.

La falta de entrega de la copia del informe ampliatorio al Acta de desconformidad es motivo de nulidad alegado por la demandante y que debe ser desestimado en la medida en que consta en la diligencia de constancia de hecho obrante al folio 17 del expediente de gestión ampliado que con fecha 9 de octubre de 2000 se puso de manifiesto el expediente en su totalidad, recibiendo una copia de cada ejemplar de las actas y de los expedientes sancionadores, negándose a firmar las actas y manifestando que presentará alegaciones, razón por la cual la actora tuvo cumplida cuenta del mismo y, en cualquier caso, formuló las correspondientes alegaciones en defensa de su derecho sin advertir indefensión alguna que, por lo demás, no se aprecia hubiera concurrido.

Considera la actora que ha habido una incorrecta aplicación del régimen de estimación indirecta de bases imponibles, entendiendo que existen errores en la contabilidad manejada, que no hay posibilidad de deducir la idoneidad de las empresas seleccionadas como muestra para la determinación de las bases y que existen omisiones determinantes de la invalidez de los datos comparativos utilizados.

La falta de presentación de libros de contabilidad ni registros fiscales, no obstante los requerimientos para que los aportara y la ausencia de autodeclaración tributaria justifican cumplidamente la utilización del régimen de estimación indirecta de bases imponibles en cuanto método previsto en el art. 50 LGT y 64 RGIT.

Partiendo de la corrección del método utilizado por la Inspección es al contribuyente a quién corresponde acreditar la inidoneidad de los medios utilizados por la Inspección y desde luego los reproches que en la demanda se

contiene en cuanto a los criterios seguidos y resultados obtenidos por la Inspección no viene a probar dicho extremo pues, o bien van referidos a ejercicios que no son objeto de impugnación en este proceso o errores aritméticos o incorrecta utilización de criterios para la fijación de bases que no pasan de la simple mención, pero que no se acredita ni su existencia y la virtualidad en la consecución de un resultado erróneo y, desde luego, tal conclusión no se deduce del informe del perito contable que se aporta con la demanda si se contrapone con el informe aportado con la contestación a la demanda y emitido por el Inspector Regional Adjunto, donde se justifica cumplidamente la utilización como medio de un muestreo sobre datos de entidades de igual ámbito territorial que la actora y matriculadas en el mismo epígrafe y de los que se han tenido en cuenta su cifra de ingresos y provisionamientos, gastos de personal y gastos financieros, rectificando lo que constituyen error de transcripción de datos y sin que se presente por la actora argumento asumible de la inidoneidad de los demás criterios de cálculo utilizados por la Inspección.

No obstante, en la medida en que se reconocen errores de transcripción de datos, aunque los criterios y el método de cálculo sea correcto, deberá practicarse nueva liquidación en la que se tenga en cuenta que la base imponible para la determinación de la cuota y, derivadamente, la sanción, sea la de 191.341,79 €, en lugar de los 214.084,81 € que se consideró para la práctica de la liquidación.

En lo que hace referencia a la sanción la actora invoca la inexistencia de infracción alguna al no concurrir culpa alguna y la improcedencia de incrementar en 25 puntos porcentuales la sanción a imponer por ocultación (art. 82.1.d) LGT).

Difícilmente puede hablarse de falta de culpa en el comportamiento de quien no presenta una declaración tributaria que viene obligada a hacer de forma indubitada y que, además, a lo largo del procedimiento inspector en absoluto colabora, no aportado la documentación contable de la entidad. Esta conducta entra de plano en el ámbito de la culpa y excede incluso de la simple negligencia a que se refiere el órgano económico-administrativo. Por otro lado los extremos referidos de falta de presentación de la declaración y de aportación de la documentación de la sociedad justifica la aplicación del criterio de agravación del art. 82.1.d) LGT que debe mantenerse incluso con la aplicación del régimen sancionador contenido en la vigente Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en cuanto que no resulta del supuesto concreto una aplicación que le sea a la actora más favorable. Así, si bien ahora la ocultación es elemento del tipo en las infracciones graves (art. 191.3), el perjuicio económico derivado de la falta de ingreso, en cuanto criterio de graduación contenido en el art. 187, incrementaría porcentualmente la sanción hasta llegar a una multa igual a la impuesta.

(St. de 16 de abril de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)