

DERIVACION DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR INCUMPLIMIENTO ORDEN DE EMBARGO PAGOS REALIZADOS A TRAVES DATAFONOS O TERMINALES DE PUNTO DE VENTA.

INTRODUCCIÓN

El artículo 42.2 de la Ley 58/2003 General Tributaria (en adelante, LGT) recoge un conjunto de supuestos de responsabilidad tributaria cuya característica común es la de estar contruidos a partir de actos o conductas tendentes al menoscabo de la acción recaudatoria de la Hacienda Pública.

El fundamento último de estos supuestos de responsabilidad se halla en la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil (en adelante, CC), que obliga a quien, por acción u omisión, mediando culpa o negligencia, causa daño a otro, a reparar el daño causado. En estos casos, el daño causado es el perjuicio de la acción de cobro de la Hacienda Pública que se imposibilitada, o al menos obstaculizada, por el desarrollo de alguna de las conductas tipificadas en el presupuesto de responsabilidad.

A través de las conductas tipificadas en el artículo 42.2 LGT se pretende, por tanto, hacer responsable patrimonial a quien con su actuación causa un daño a la Hacienda Pública.

Por ello, se trata de una responsabilidad “*del pago*” de deudas pendientes, dado que los presupuestos de la responsabilidad están íntimamente ligados con el ejercicio de la acción de cobro por parte de la Hacienda Pública.

El legislador configura una responsabilidad del pago de las deudas tributarias con el fin de proteger la acción de cobro, que la doctrina, incluyendo la del propio Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante, TEAC), ha perfilado con una naturaleza indemnizatoria, con base en el citado artículo 1.902 CC, con el fin de resarcir a la Hacienda Pública en la cuantía que se corresponda con la acción ilegítima del responsable, que causa un perjuicio mediando siempre culpa o negligencia.

Uno de los supuestos contemplado en el artículo 42.2 LGT es el de los incumplidores de las órdenes de embargo al tipificar en su letra b) como responsables solidarios el legislador a “*las personas o entidades que, por culpa o negligencia, incumplan las órdenes de embargo.*”

Se contemplan en esta figura supuestos de incumplimientos de diligencias de embargo por parte de los destinatarios de las mismas. Por ello, estas conductas necesariamente han de tener lugar dentro del procedimiento de apremio seguido frente al deudor principal, y siempre una vez se haya notificado ya al presunto responsable la diligencia de embargo cuyo incumplimiento genera la responsabilidad referida.

En ellas, el incumplimiento no debe estrictamente identificarse con la falta de atención a un embargo practicado, pudiendo darse estos presupuestos de hecho no sólo cuando se produzca una ausencia de contestación o una demora en la misma, sino también cuando la contestación es negativa y, posteriormente, una labor de investigación desplegada por la Administración ponga de manifiesto que existían bienes susceptibles de traba.

En el presente documento se van a analizar la necesidad que está teniendo la Agencia Tributaria de derivar responsabilidad solidaria en aplicación del artículo 42.2.b) LGT contra los destinatarios de diligencias de embargo de los créditos y pagos derivados de los contratos de terminales de punto de venta por el incumplimiento de las mismas, así como las vicisitudes administrativas y judiciales de dichas derivaciones de responsabilidad solidaria. Los destinatarios de las mismas son entidades financieras y algunas de las mismas se han negado a cumplir lo ordenado en la diligencia de embargo recibida, argumentando para ello que se trata de un crédito futuro y, como tal, inembargable.

NATURALEZA DEL CONTRATO INTERMEDIACIÓN EN EL PAGO A TRAVÉS DE DATAFONO O TERMINALES DE PUNTO DE VENTA

En las últimas décadas se han ido generalizado en el tráfico mercantil contratos suscritos por entidades financieras y establecimientos mercantiles para permitir el telepago en estos últimos a través de tarjetas de crédito o débito. Se trata de contratos de intermediación en el pago utilizando medios electrónicos que, pese a las distintas denominaciones concretas que pueda recibir en cada caso concreto, usualmente se les suele englobar bajo la denominación de contratos de intermediación en el pago a través de Terminal de Punto de Venta (en adelante, contratos TPV). El mecanismo a través de cual se materializan electrónicamente las obligaciones derivadas del contrato, es lo que tradicionalmente se conoce como terminal de punto de venta, TPV

o datafono, esto es, un “mecanismo mecánico de validación o electrónico de comunicación, mediante el que se envían y reciben órdenes de pago, que el cliente remite a la entidad financiera, donde tiene operativa la cuenta asociada a su tarjeta, y que se encuentra a disposición del establecimiento mercantil, en el que se materializa el pago”.

Estamos en presencia de un tipo de contrato que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han calificado como atípico, sobre la base del art. 1255 y 1091 del CC (autonomía contractual), de adhesión y en masa. Regulado, por tanto, sobre la base de la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de las disposiciones que le sean aplicables en materia de protección de consumidores y usuarios, ordenación del comercio minorista y regulación de las condiciones generales de la contratación.

Como consecuencia del contrato TPV se proporciona por la entidad financiera un datafono al establecimiento mercantil, que se asocia a la cuenta de abono que aquella ha identificado en la entidad financiera para que se realicen los ingresos de los precios satisfechos por sus clientes, por los bienes o servicios recibidos, descontados de las comisiones pactadas. La frecuencia con la que son abonados en la cuenta indicada por el establecimiento los importes efectivamente cobrados, aparece recogida en las cláusulas del contrato. Con carácter general, suelen presentar periodicidad, de manera que no hay un abono individualizado de cada operación a cada establecimiento comercial, sino que hay un único abono general, normalmente diario, aunque se puede acordar otros periodos distintitos de liquidación.

Los pagos realizados por clientes del establecimiento mercantil e instrumentalizados mediante tarjeta, que se materialicen a través de datafono o TPV contratado por un establecimiento mercantil (contribuyente deudor), generan automáticamente, y por efecto de la relación jurídica contractual individual que une al citado establecimiento con la entidad financiera, a favor del establecimiento y a cargo de la entidad financiera, un derecho de crédito periódico, en el modo que se describe en las condiciones generales presentes en los correspondientes contratos (generalmente se hará mediante el abono global del total de las operaciones realizadas en dicho datafono TPV, durante un periodo cierto y determinado, en la cuenta titularidad del establecimiento, que se encuentre identificada en el contrato).

La entidad financiera no trasvasa el importe de las ventas del establecimiento, a la cuenta del mismo, de manera totalmente automática, inmediata, operación a operación, con ausencia de capacidad de control o disposición sobre dichos importes

dada la automatización y rapidez del sistema. La entidad financiera, desarrolla una operación de compilación y saldo de todos los importes satisfechos, y a continuación, procede a realizar en la cuenta del establecimiento, un único ingreso periódico a su favor. El hecho de que la periodicidad de esos ingresos sea tan frecuente (incluso diaria) no debe distorsionar la naturaleza de la obligación real que asume la entidad financiera que es satisfacer el resultado de todas las operaciones correspondiente a un periodo determinando de tiempo, asumiéndolo como una obligación propia y específica, al ser una condición expresa de su contrato.

Como contraprestación a dicha obligación presente en el contrato, y por el servicio de prestado por la entidad financiera, el establecimiento mercantil paga un precio, en forma de comisión, y en forma del “*retraso en la disponibilidad*” de los importes a su disposición.

EMBARGO CRÉDITOS Y DERECHOS DERIVADOS DEL PAGO A TRAVÉS DE DATAFONO O TERMINALES DE PUNTO DE VENTA

El objeto del embargo cuando se emite una diligencia de embargo de los créditos y derechos derivados de pagos de contratos TPV es un derecho económico. Se trata de un derecho económico, valorable e incluido en la esfera patrimonial del contribuyente que, por tanto, es susceptible de ser objeto de la acción ejecutiva de la Administración, materializándose ésta en una actuación ejecutiva de embargo, contra el deudor.

Los pagos realizados por clientes instrumentalizados mediante tarjeta de crédito o débito, que se materialicen a través de datafono o TPV contratado por un establecimiento mercantil, generan automáticamente, y por efecto de la relación jurídica contractual individual que une al citado establecimiento con una entidad financiera, a favor del establecimiento y a cargo de la indicada entidad financiera, un derecho de crédito periódico, en el modo que se describe en las condiciones generales presentes en los correspondientes contratos TPV (tal y como ya ha quedado dicho, generalmente se hará mediante el abono global del total de las operaciones realizadas en dicho datafono, durante un periodo cierto y determinado, en la cuenta titularidad del establecimiento, que se encuentre identificada en el contrato).

El hecho de que la periodicidad de esos ingresos sea tan frecuente no debe distorsionar la naturaleza de la obligación real que asume la entidad y que no es otra que satisfacer el resultado (liquidación) de todas las operaciones correspondiente a un

periodo determinando de tiempo, asumiéndolo como una obligación propia y específica, al ser una condición expresa de su contrato.

Como contraprestación a dicha obligación de la entidad financiera, presente en el contrato, y por el servicio de promoción e intermediación proporcionado por la entidad financiera, el establecimiento paga un precio, tanto en forma de comisión que se aplica antes de realizar el abono en cuenta del establecimiento mercantil, como en forma del “retraso en la disponibilidad” de los importes derivados de la liquidación periódica.

Resulta relevante destacar, confirmando la existencia de un derecho de crédito como consecuencia del contrato TPV, que existen numerosas sentencias judiciales en las que, al calificar las conductas fraudulentas relacionadas con el uso indebido de las tarjetas, hablan expresamente de derechos de crédito *ex contrato*, que obligan a la entidad con su establecimiento-cliente (por todas, la del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, recurso de casación 2114/2009)

Recapitulando, y como se ha indicado anteriormente, la entidad financiera resulta deudora del establecimiento mercantil en virtud del contrato TPV por la diferencia entre el importe cargado al cliente del establecimiento mercantil y las comisiones e intereses pactados a favor de la entidad financiera en el contrato con la entidad financiera. Existiendo un derecho económico real (derecho sujeto a sus propias reglas contractuales de generación, cuantificación y exigibilidad), documentalmente acreditado por medio de un contrato, del que es titular un establecimiento mercantil que es deudor a la Hacienda Pública, cabe dictar diligencia de embargo que debe dirigirse al sujeto obligado a satisfacer el derecho de crédito embargado y que no es otro que la entidad financiera con la que tiene suscrito nuestro deudor el contrato TPV.

INCUMPLIMIENTO DEL EMBARGO DECRETADO Y NECESIDAD DE DERIVAR RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ART.42.2.b) LGT

Una entidad financiera, desde el momento que recibe una diligencia de embargo de los créditos y derechos derivados de pagos en virtud de contratos TPV se ve obligado a cumplir con la Hacienda Pública en los mismos términos en los que viene obligado con el establecimiento mercantil (deudor), sin que el pago que haga en su caso al establecimiento mercantil, le genere desde la recepción de la diligencia de embargo, efecto liberatorio alguno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 170 LGT y el 81.a)

del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (en adelante, RGR).

Pese a ello, una serie de entidades financieras se han negado a cumplir las diligencias de embargo recibidas de este derecho económico que surge para el establecimiento deudor a la Hacienda Pública por considerarlas nulas alegando que se está intentando embargar créditos futuros. Para justificar y en defensa de su negativa siempre han invocado la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional (en adelante, TEAR) de Valencia, de 31 de octubre del 2007, que estimaba la reclamación económico-administrativa nº 46/4565/04, interpuesta por una entidad financiera contra diligencia de embargo de créditos y derechos derivados de pagos realizados en los terminales punto de venta mediante tarjetas de crédito/débito, anulando la diligencia de embargo recurrida.

En concreto, la citada Resolución indicaba que:

“En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico, Ley 230/1963 General Tributaria (artículo 131 y siguientes) y el R.D. 1684/1990, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, (artículo 110 y siguientes), no admiten el embargo de bienes y créditos futuros sin más, puesto que no existen en el momento de la orden de embargo. Así la diligencia de embargo tiene como presupuesto necesario el previo conocimiento de los concretos bienes o derechos a embargar, pues como tiene dicho el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de abril de 1995, el embargo de bienes del deudor, sólo puede recaer sobre los que realmente posea, y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento, de manera que el que se pretenda practicar sobre bienes o derechos futuros es un embargo genérico inviable hasta que los bienes o derechos se incorporen efectivamente al patrimonio del deudor”.

Por tanto, dicha Resolución anulaba la diligencia de embargo por considerar que estábamos en presencia de créditos futuros dando, además, legitimación para recurrir al destinatario de la diligencia de embargo. Disconforme con la resolución económico-administrativa, el Departamento de Recaudación interpuso contra ella el recurso de alzada (R.G. 8115-08) ante el TEAC, alegando la falta de legitimación de la entidad financiera (destinataria de la diligencia de embargo) para impugnar la diligencia de embargo, al carecer de interés legítimo, legitimación para recurrir que únicamente correspondería al deudor. El TEAC, en Resolución, de fecha 8 de julio del 2009, estima el recurso de alzada interpuesto por no considerar legitimada a la entidad financiera para recurrir, anulando la Resolución del TEAR de Valencia, pero sin entrar

a valorar el fondo del problema, esto es, si estábamos o no en presencia de un crédito futuro no susceptible de embargo.

Contra la Resolución del TEAC la entidad financiera interpuso recurso contencioso administrativo nº 386/2009 ante la Audiencia Nacional alegando que no debería haberse admitido el recurso de alzada por no haber formulado alegaciones al tiempo de interponer el recurso, así como que dicha entidad financiera tenía legitimación e interés legítimo para recurrir la diligencia de embargo. La Audiencia Nacional, en sentencia de 20 de diciembre de 2010, estima en parte el recurso contencioso-administrativo anulando la Resolución del TEAC por considerar extemporáneo el recurso de alzada interpuesto por el Departamento de Recaudación, pero sin entrar a valorar si tenía legitimación la entidad financiera para recurrir ni si se habían embargado créditos futuros no susceptibles de embargo.

Pese a que la Sentencia de la Audiencia Nacional no analizó ni la legitimación del destinatario para recurrir ni si se estaban embargando créditos futuros no susceptibles de embargo, el hecho de anular la Resolución del TEAC, sirvió como pretexto para que las mismas entidades financieras siguieran incumpliendo las órdenes de embargo de la Agencia Tributaria entendiendo plenamente vigente el pronunciamiento del TEAR de Valencia.

En cambio, entendemos, a la vista del pronunciamiento de la Audiencia Nacional que no entra en el fondo de la cuestión planteada, debió entenderse subsistente el criterio expresado por el TEAC sobre la falta de legitimación de las entidades financieras para recurrir como destinatarias las diligencias de embargo créditos y derechos derivados de pagos en virtud de contratos TPV, cosa que no hicieron las mismas. No obstante, la falta de la legitimación para recurrir una diligencia de embargo por los destinatarios de las mismas es un tema que se puede considerar ya superado al ser confirmado por la Resolución del TEAC para la unificación de criterio (R.G. 5820-2013), de fecha 28 de abril del 2014, promovido por el Departamento de Recaudación fijando como criterio *“de conformidad con el artículo 232 de la Ley General Tributaria, para la impugnación de una diligencia de embargo, la entidad financiera a quien se notifica para su cumplimiento o ejecución no goza de legitimación: de un lado, porque no es sujeto pasivo ni en ese momento responsable por el incumplimiento de la diligencia de embargo indicada; y, de otro, planteada la cuestión de su estaría legitimada por tener intereses legítimos y directos que pudieran resultar afectados por la diligencia de embargo emitida, se estima que dicha diligencia no es susceptible en ese momento procesal de vulnerar los derechos o intereses de la entidad financiera destinataria, la cual únicamente estaría legitimada para impugnar las actuaciones de derivación*

de responsabilidad que en su caso y posteriormente pudieran dirigirse contra la misma y, que eventualmente, pudieran afectar a sus intereses, si estimase que por culpa o negligencia ha incumplido dicha orden de embargo o ha colaborado o consentido el levantamiento de los bienes embargados”.

De acuerdo con dicha Resolución del TEAC los destinatarios no están legitimados para recurrir contra las diligencias de embargo que reciban, aunque sí contra los acuerdos de declaración de responsabilidad que contra los mismos se acuerde por incumplir una diligencia de embargo.

Volviendo al tema del cumplimiento o no de las diligencias de embargos de los pagos derivados de contratos TPV y la necesidad de declarar responsable a las entidades financieras que incumplan las mismas, la errónea interpretación de algunas entidades financieras de la Sentencia de la Audiencia Nacional y de la Resolución del TEAR de Valencia citadas, ha dado lugar a incumplimientos generalizados que han motivado que diversas entidades financieras hayan sido declaradas responsables solidarias por incumplimiento de diligencia de embargo al realizar el presupuesto de hecho del supuesto de responsabilidad tributaria solidaria recogido en el artículo 42.2.b) LGT.

Contra estos acuerdos de declaración de responsabilidad solidaria dictados, las entidades financieras, que sí están legitimadas para recurrir en defensa de sus intereses, han interpuesto recurso tanto en vía administrativa como judicial, estando actualmente siendo discutido tanto en ambas vías la procedencia de los mismos.

SITUACION ACTUAL DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS POR ENTIDADES FINANCIERAS CONTRA ESTOS ACUERDOS DE DECLARACION DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Lo primero que hay que indicar en este punto es que la situación actual de los recursos interpuestos por las entidades financieras contra estos acuerdos de declaración de responsabilidad solidaria no es uniforme en vía administrativa y escaso en la vía judicial.

Así, en vía administrativa, la mayoría de los TEAR están confirmando los acuerdos de declaración de responsabilidad dictados por la Agencia Tributaria en donde se incluye en el alcance de la responsabilidad no sólo la cantidad que existía a favor del establecimiento mercantil en el momento de la recepción de la diligencia de embargo,

sino también los créditos posteriores que se generan a favor de dicho establecimiento como consecuencia de las liquidaciones periódicas de operaciones en virtud del contrato TPV.

Cabe citar, entre otras, la Resolución del TEAR de Castilla y León, de fecha 28 de noviembre de 2014, que desestima la reclamación económico-administrativa nº 37/347/14 (no impugnada en vía contencioso-administrativa), confirmando la responsabilidad solidaria declarada de una entidad financiera indicando:

"CUARTO.- ...En razón de la naturaleza y efectos del embargo, no puede sino concluirse que no puede admitirse la posibilidad de los "embargos de futuro" en cuanto embargos de bienes o derechos todavía no nacidos, planteamiento éste sobre el que no existe duda doctrinal y que la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, recoge en su artículo 588.1, que dice que "será nulo el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste". Todo lo más, es podrán llegar a embargarse las prestaciones que se fueran devengando procedentes de operaciones de tracto continuo o de relaciones continuas, en tanto éstas existían en el momento del embargo.

QUINTO.- En el presente caso observamos que el deudor principal tiene una relación continuada con la ahora reclamante, existiendo pagos desde el 18/06/2013 hasta el 18/12/2013, sin que este hecho haya sido objeto de controversia por la reclamante. De lo antes dicho cabe deducir que no nos encontramos con que el deudor principal presta de forma ocasional los servicios a la reclamante, sino que ésta de forma regular recibe los servicios del deudor principal, por lo que cabe concluir que la relación entre ambos es continua en el tiempo, incluso pudiendo calificarse como de tracto sucesivo. Por tanto, teniendo en cuenta que la relación comercial es única, lógico es pensar que todos los pagos que se efectúen en dicha única relación comercial estén amparados bajo la diligencia de embargo de créditos cuyo incumplimiento originó la derivación de responsabilidad ahora impugnada. Por tanto, de lo antes dicho cabe deducir que la reclamante incumplió la orden de embargo notificada el 17/06/2013."

También se puede citar la Resolución del TEAR de Baleares, de fecha 30 de octubre de 2014, que desestima la reclamación económico-administrativa nº 07/1476/13 (confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de fecha 9 de febrero de 2016, recurso nº 491/2014). En este caso se había notificado a la reclamante la diligencia de embargo de créditos derivados de pagos de TPV, por importe de 6.220,95 €, del que se realizó únicamente un ingreso parcial (331,01 €). El Tribunal Regional argumenta la desestimación de la reclamación diciendo que:

"TERCERO: A la vista de lo anterior, la cuestión se concreta en determinar si dichos servicios de intermediación en el pago con tarjeta de los clientes al restaurante, son un crédito que la operadora del datafono tiene frente al restaurante o no. La operativa del sistema de pago con tarjeta implica que el dinero que el cliente paga al restaurante, no va directamente a este sino que antes pasa por la operadora de la tarjeta, que procede a descontar el porcentaje de comisión aplicable, para después ingresar la diferencia en la cuenta del restaurante destinatario final del pago, ya que de no producirse este paso intermedio del dinero por el operador de la tarjeta no cabría la detracción de la comisión, sino que debería ser el destinatario del dinero quién abonara el importe de la misma al operador, por lo que en contra de lo manifestado por el reclamante sí existe un crédito de este a favor de ..., de modo que al igual que minorra el pago que le efectúa en el porcentaje de comisión acordado, también podría haberlo minorado en el importe embargo por la AEAT.

De la documentación obrante en el expediente se comprueba que con posterioridad a la recepción de la notificación de la diligencia de embargo, se efectuaron operaciones con el TPV por importe de 27.618,22 € que resulta muy superior al importe embargado, si bien no se procedió al ingreso en las arcas de la hacienda pública del importe correspondiente al embargo, salvo en una mínima parte (331,01€). Por lo que se dan los requisitos exigidos para la derivación de responsabilidad solidaria, teniendo en cuenta además que pese a alegar no tener disposición sobre los importes a pagar al deudor si se ha detraído la cantidad de 331,01 €, lo que confirma la posibilidad de haber hecho lo mismo con el resto del importe, si se hubiera actuado con la diligencia exigida.

En igual sentido al expuesto se pronuncia la Sentencia nº 196/2010 de 30/09/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, dictada en recurso 457/2009."

En contra del criterio mayoritario en vía administrativa, el TEAR de Cataluña, en su Resolución de fecha 26 de junio del 2015, estima la reclamación económico-administrativa nº 08/13559/12 interpuesta contra el acuerdo de declaración de responsabilidad solidaria por una entidad financiera, argumentando lo que sigue:

"De los antecedentes que han quedado recogidos en esta resolución podemos decir que no ha quedado acreditado el incumplimiento de la orden de embargo, es decir, que en el momento en que la entidad bancaria fue notificada de la diligencia de embargo existiese un saldo positivo en la cuenta de titularidad del deudor tributario en la que

debían ser ingresados los importes de las operaciones comerciales efectuadas mediante tarjeta de crédito (menos la comisión pactada) o que existiesen cantidades derivadas de esas operaciones efectuadas por los clientes del deudor que se encontrasen en esos momentos pendientes de ingreso en la señalada cuenta del deudor.

En cualquiera de los dos casos podríamos convenir con la Administración que se trataría de un embargo de crédito, puesto que incluso si se tratase de cantidades ya ingresadas en cuenta, la traba del saldo no sería sino la traba de un crédito que el titular de una cuenta ostenta frente a la entidad financiera. El titular de la cuenta bancaria deja de ser propietario del efectivo ingresado y tampoco es propietario del numerario equivalente al saldo de la cuenta, sino que lo que tiene es un derecho de naturaleza obligacional frente a la entidad de depósito, razón por la cual el embargo de cuentas corrientes sería un embargo de derechos de crédito, aunque deba realizarse por un procedimiento específico.

Pero en el presente caso, del contenido del acuerdo de declaración de responsabilidad y de toda la documentación acompañada lo único que se desprende es que entre la fecha de notificación del embargo a la reclamante y la fecha de notificación del inicio del procedimiento de declaración de responsabilidad existía una cantidad a favor de ... que ascendía a ..., pero que desde luego podía incluir créditos posteriores a la fecha de la orden de embargo.

Ello supondría pues, como bien dice la reclamante, el embargo de créditos futuros, lo que si bien puede resultar de utilidad para el órgano de recaudación, que por tanto no viene obligado a la reiteración de órdenes de embargo, no parece jurídicamente admisible, por no ser créditos exigibles. Sólo en algunos supuestos muy concretos, como podrían ser los derivados de un contrato de suministros, puede ser admitido el embargo de créditos futuros, pues tal embargo se extiende a los créditos que derivan de un contrato determinado –también lo sería en el caso de las tarjetas de crédito el celebrado entre la entidad gestora y el titular del comercio-, pero habiendo quedado concretadas en dicho contrato ciertas condiciones tan fundamentales como el precio individualizado de cada una de las entregas.

Y ello no sucede en el supuesto que nos ocupa, en el que realmente se estarían embargando créditos futuros, por no estar incorporados en el patrimonio del deudor tributario, ser inciertos y, en su caso, de cuantía indeterminada.”

Disconforme con dicha Resolución, el Departamento de Recaudación ha interpuesto recurso de alzada para la unificación de doctrina ante el TEAC que se encuentra pendiente de resolución en base a los argumentos que se relacionan al indicar la posición del Departamento de Recaudación sobre el tema. También hay interpuesto un recurso de alzada ordinario contra otra Resolución del TEAR de Cataluña en el mismo sentido.

Por lo que se refiere a las sentencias judiciales que han analizado el tema hay que indicar que los pronunciamientos de los que se tiene noticia han ido confirmando las Resoluciones de los TEAR que desestimaban la reclamaciones económico-administrativas interpuestas por entidades financieras contra los acuerdos de declaración de responsabilidad solidaria dictados por la AEAT por haber incumplido las órdenes de embargo contenidas en las diligencias de embargo de créditos y pagos derivados de contratos TPV.

Por su claridad expositiva sobre el tema cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de fecha 16 de marzo de 2016, de desestima el recurso contencioso administrativo nº 490/2014 interpuesto por una entidad financiera contra la Resolución del TEAR de Baleares, de 30 de octubre de 2014, que desestimaba reclamación económico-administrativa nº 07/2057/13. En esta sentencia desestimatoria se dice lo siguiente:

"SEGUNDO. ACERCA DE LA POSIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE EMBARGO.

La entidad recurrente, insiste en que el establecimiento mercantil (deudor de la Hacienda Pública) carece de crédito alguno frente a la entidad financiera u operadora de la tarjeta que pone a disposición del establecimiento los terminales TPV para que los clientes del establecimiento paguen mediante tarjeta. Argumenta que el pago de los productos y servicios que un cliente adquiere en el establecimiento pasa directamente de dicho cliente al establecimiento, lo que impide a la intermediadora ejecutar la diligencia de embargo.

Pues bien, con el punto de partida que la entidad ... no da explicación de la razón por la que sí pudo retener e ingresar a la AEAT la cantidad de 117,46 € de una operación, y no los 2.295,54 € de otras operaciones por medio de TPV, con ello ya se pone en evidencia que la imposibilidad material o técnica invocada, no es tal.

El art. 42.2.b) de la Ley 58/2003 General Tributaria, no alude a deudas que la entidad destinataria de la orden de embargo tenga con el contribuyente deudor de la AEAT sino

que la responsabilidad solidaria los es por incumplimiento culpable de las órdenes de embargo. Por ello no importa tanto la relación comercial entre el establecimiento y la entidad operadora de las tarjetas y TTPPVV –en el sentido de existencia de créditos/deudas entre ellos– como el análisis de si la entidad operadora puede ejecutar la orden de embargo y retener las cantidades que están a su disposición y cuyo destinatario sea el establecimiento comercial deudor de la AEAT. Sin duda, esta retención es posible como lo evidencia que sí se pudo retener aquella otra cantidad (117,46 €) y como lo demuestra que para cada operación pueda retener una comisión por sus servicios, lo que solo puede significar que en algún momento de la operación, sí tiene disponibilidad sobre las cantidades que se ingresarán en la cuenta bancaria del establecimiento comercial. Y si tiene disponibilidad de tales cantidades, puede y debe ejecutar la orden de embargo, de modo que el incumplimiento culpable de esta orden, genera la responsabilidad solidaria.

Una vez que el cliente adquiere un producto o servicio de un establecimiento mercantil (...) y decide su pago por medio de tarjeta, la entidad financiera o la operadora de la tarjeta se compromete, en virtud del contrato suscrito con el establecimiento, en transferir al establecimiento la cantidad pagada por el cliente (después de deducir una comisión), por lo que el establecimiento comercial sí es acreedor, en algún momento de la operación, frente la operadora.

Según el "Contrato de Afiliación al Sistema de Tarjetas de Pagos" suscrito ..., la entidad ... se compromete a abonar el importe de las operaciones de pago, en la cuenta asociada (de ...). Por tanto si tiene el deber de abonar dichas cantidades es que sí existe relación de crédito/deuda entre las dos entidades, por lo que las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública por el establecimiento pueden ser retenidas por la operadora.

TERCERO. EL EMBARGO DE CRÉDITOS FUTUROS.

La entidad recurrente alega que ... solo puede entregar a la Administración embargante los importes debidos a la fecha de la diligencia de embargo o aquellas cantidades que, como consecuencia de contratos de tracto sucesivo vigentes, estén pendientes de pago al acreedor, pero no puede admitirse embargo de créditos futuros, como acaso los que eventualmente se generen por operaciones futuras por compras o pagos de servicios a ... a través de terminales TPV, a partir de la notificación de la orden de embargo.

No obstante, desde el momento en que nos encontramos con pagos realizados al amparo de un único "Contrato de Afiliación al Sistema de Pagos con Tarjeta", en realidad no es necesario una orden de embargo para cada una de las concretas y singulares operaciones

de pago con tarjeta, sino que desde el momento en que las liquidaciones de los pagos se abonan de un modo regular y periódico, en realidad se unifican todas estas operaciones individuales generando cantidades susceptibles de retención, disociadas de las concretas operaciones individuales. Así pues, son pagos derivados de una única relación contractual de tracto sucesivo y por tanto no es supuesto de embargo de créditos futuros.

Por ello procede desestimar este argumento de la recurrente."

Anteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en sentencia de 30 de septiembre de 2010 (recurso nº 547/2009), confirmó la resolución del TEAR de Canarias, de fecha 30 de septiembre de 2009, por la que se desestimó la reclamación contra la declaración de responsabilidad solidaria de una entidad financiera, al amparo del artículo 42.2.b) de la LGT. En esta sentencia el Tribunal considera incluso que la entidad financiera no está facultada para discutir la naturaleza del crédito que se embarga, razón por la que dice lo siguiente:

"SEGUNDO.- Al analizar los supuestos de responsabilidad ex lege el Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sentencia de 26 de noviembre del 2009 y 18 de febrero del mismo año , esa última recogiendo lo manifestado en la de 24 de octubre del 2007 recaída en recurso de casación para unificación de doctrina, que "Esta Sala se ha referido al supuesto de responsabilidad "ex lege" surgida de la conducta consistente en levantamiento del embargo, en las Sentencias de 3 , 24 y 30 de octubre de 2007 y 18 de febrero de 2009 (dos correspondientes a los recursos de casación números 4284/2004 y 5316/2006).

En concreto, en la Sentencia de 3 de octubre de 2007, en situación en que también se declaró la responsabilidad solidaria de Caixa D'Estalvis I Pensions de Barcelona, se dijo con referencia a lo que entonces era el contenido del apartado 4 del artículo 131 de la Ley General Tributaria.

"De esta forma, frente al régimen general de responsabilidad tributaria en el ámbito de la configuración de la deuda tributaria, contenido en el artículo 37 de la Ley , el artículo 131.4 contiene una norma específica de protección de la acción recaudadora, que puede afectar a deudas tributarias, pero también a otros ingresos de Derecho público, basada en la presunción de legalidad del procedimiento de apremio y en la ejecutividad de los actos que lo integran, tratando de evitar conductas que obstaculicen o impidan aquella, mediante disposición de los bienes embargados, en beneficio propio o de un tercero . Y ello lo hace, imponiendo también una responsabilidad específica, a la que se

establece el límite máximo del "importe levantado" (tras la redacción operada por la Ley 25/1995, dicha expresión es sustituida por la de "hasta el importe del valor de los bienes y derechos que se hubieren podido embargar").

De esta forma, y en lo que aquí interesa, es claro que los declarados responsables por razón de las conductas tipificadas en el artículo 42.2 de la Ley General Tributaria , solo pueden impugnar el denominado "presupuesto habilitante" y "el alcance global de la responsabilidad". Y esta posibilidad también fue ofrecida a la entidad recurrente, con ocasión de serle notificada la declaración de responsabilidad, aún cuando fuera en aplicación de las normas entonces vigentes."

Por tanto, y como hemos confirmado en Sentencias posteriores, la impugnación del declarado responsable al amparo del artículo 131.5.) de la LGT , debe quedar circunscrita al denominado "presupuesto habilitante", es decir a si fue o no causante o colaborador en la ocultación de bienes y "al alcance global de la responsabilidad"."

(...)

CUARTO.- Conforme a la jurisprudencia antes mencionada únicamente podemos examinar si la recurrente fue causante o colaboradora de la ocultación de bienes, es decir si incumplió efectivamente el deber de embargar, y examinando el expediente así como las alegaciones, se observa que efectivamente aquellas cantidades ingresadas en la cuenta de la deudora por abonos efectuados a través del TPV no fueron embargados, no obstante la indicación contenida en la comunicación de modo expreso y en negrita, siendo ingresos cuya cuantía ascendía a una cantidad total superior a la indicada como límite del embargo, así consta en el acuerdo notificado a la recurrente en el que se da trámite de audiencia, donde se recogen los diferentes ingresos efectuados por operaciones así efectuadas y su cuantía, excediendo de los 30.979,09 euros incluidos en la diligencia de embargo, de modo que si por la recurrente se hubiera procedido al embargo ordenado, la administración tributaria habría cobrado la deuda que tenía frente a ella la entidad ...

Apareciendo de modo evidente la concurrencia de los requisitos que vienen exigidos por el legislador para proceder a la derivación aquí discutida."

.../..

POSICION DEL DEPARTAMENTO DE RECAUDACION DE LA AEAT

Sobre este tema, el Departamento de Recaudación considera que la relación jurídica establecimiento mercantil/entidad financiera es única, soportada por un contrato también actual y único, pero con prestaciones periódicas y que deben entenderse embargables cuando resulten vencidas, líquidas y exigibles, sin necesidad de dictar para ello una nueva orden ejecutiva.

Respecto a la posibilidad de embargar determinados créditos futuros, entendemos que dicha posibilidad está prevista en artículo 81.a) RGR y en dicho sentido existen diversas Resoluciones del TEAC que lo confirman.

Así, el RGR, al regular los embargos de créditos, contempla la posibilidad de embargar pagos sucesivos cuando afirma en su artículo 81.a):

"(...) Cuando el crédito o derecho embargado haya vencido, la persona o entidad deudora del obligado al pago deberá ingresar en el Tesoro el importe hasta cubrir la deuda. En otro caso, el crédito quedará afectado a dicha deuda hasta su vencimiento, si antes no resulta solventada. Si el crédito o derecho conlleva la realización de pagos sucesivos, se ordenará al pagador ingresar en el Tesoro los respectivos importes hasta el límite de la cantidad adeudada, salvo que reciba notificación en contrario por parte del órgano de recaudación."

También el TEAC ha admitido la posibilidad de embargar créditos futuros en su Resolución de fecha 11 de junio de 2008 (R.G. 2015-07), (confirmada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 31 de enero de 2011, nº de recurso 538/2008), que confirma un acuerdo de declaración de responsabilidad solidaria por incumplimiento de la orden de embargo, en cuyo fundamento de derecho cuarto se dice que:

"En cuanto a que no se pueden embargar créditos futuros, no debe prosperar, porque ello viene admitido en artículo 81 del vigente Reglamento General de Recaudación de 29 de julio de 2005 (...)."

En el mismo sentido cabe citar la Resolución del TEAC, de fecha 25 de junio de 2008 (R.G. 2016-07), (confirmada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 8 de noviembre de 2011, nº de recurso 536/2008), que confirma un acuerdo de adopción de medidas cautelares consistentes en el embargo preventivo de la retención en el pago de los derechos de cobro pendientes que se deriven de sus relaciones comerciales con diversas empresas, en cuyo fundamento de derecho tercero se indica que:

"(...) Por lo que se refiera a la alegación del imposible embargo de créditos futuros, el artículo 81 del vigente Reglamento General de Recaudación de 2 de septiembre de 2005, sobre embargo de créditos, lo permite, al hacer mención expresa a que el "crédito quedará afectado a dicha deuda hasta su vencimiento" En consecuencia procede la desestimación de la presente reclamación económico-administrativa."

La exigibilidad jurídica de las obligaciones futuras que tiene la entidad financiera respecto del establecimiento mercantil, cuando se asocia a obligaciones indeterminadas pero determinables, no está sustentada en la existencia de contratos autónomos que se van sucediendo uno a uno en el tiempo sino en un contrato único, previo al embargo y por tanto ya celebrado al tiempo de la notificación de la diligencia de embargo.

La voluntad de las partes es servirse de ese sólo contrato que puede calificarse de tracto sucesivo (de causa única y con el consentimiento prestado una sola vez, aunque como en el presente caso se trate de un contrato por cada TPV) para asegurarse la repetición de sus prestaciones, sin poder hacer depender el exacto cumplimiento de las obligaciones recíprocas o su exigibilidad de la voluntad unilateral de ninguna de las partes, pues están como obligaciones previamente disciplinadas en el contrato que esas mismas partes han celebrado, y lo han hecho antes siempre del embargo recibido.

Partiendo de la embargabilidad de estos créditos, por las razones expuestas, ante un incumplimiento por parte de la destinataria de la diligencia de embargo, la entidad financiera que proporcionó al establecimiento mercantil los TPV, ha de concluirse que su comportamiento da lugar a una responsabilidad tributaria solidaria prevista en el art. 42.2.b) LGT, por haberse realizado, cuando menos, culposamente un incumplimiento de una diligencia de embargo válidamente notificada.

Por todo ello, se procederá por el órgano de recaudación competente, como de hecho ya se está realizando, a dictar acuerdo de declaración de responsabilidad solidaria por el art.42.2.b) LGT a las entidades financieras que incumplan las diligencias de embargo de los créditos y derechos derivados de pagos en virtud de contratos TPV con un alcance que será no sólo la cantidad que existía a favor del establecimiento mercantil en el momento de la recepción de la diligencia de embargo, sino también los créditos posteriores que se generan a favor de dicho establecimiento como consecuencia de las liquidaciones periódicas.

Del mismo modo, el Departamento de Recaudación ya ha interpuesto un recurso de alzada para la unificación de doctrina ante el TEAC y tiene decidido interponer recurso de alzada ordinaria contra todas las Resoluciones de los TEAR, que sea procedente por cuantía, que estimen reclamaciones económico-administrativas interpuestas contra estos acuerdos de declaración de responsabilidad solidaria.

Valladolid, 4 de mayo de 2016