



Roj: STSJ PV 2727/2008 - ECLI:ES:TSJPV:2008:2727
Id Cendoj: 48020330012008100255
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 571/2007
Nº de Resolución: 625/2008
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 571/07

SENTENCIA NUMERO Nº 625/08

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DON LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA

MAGISTRADOS:

DON JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

DOÑA M^a DEL MAR DIAZ PEREZ

En BILBAO, a seis de octubre de dos mil ocho.

La Sección 1 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 571/07 y seguido por el procedimiento Ordinario Ley 98 , en el que se impugna: ACUERDO DE 13-11-06 DEL T.E.A.F. DE BIZKAIA POR EL QUE SE RESUELVE LA RECLAMACION 770/2005 Y SU ACUMULADA 205/2006 CONTRA ACUERDO DE DERIVACION DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA POR DEUDAS DE AMAYA 93 CENCOMER S.A. Y CONTRA PROVIDENCIA DE APRE MIO DICTADAS SOBRE LAS LIQUIDACIONES EN BASE A EL PRACTICADAS.

Son partes en dicho recurso:

- DEMANDANTE : DON Ignacio , representado por el Procurador DON GERMAN ORS SIMON y dirigido por el Letrado DON ASIER GUEZURAGA UGALDE.

- DEMANDADA : DIPUTACION FORAL DE BIZKAIA, representado por la Procuradora DOÑA MIREN BEGOÑA PEREA DE LA TAJADA y dirigido por el Letrado DON ANTON MATURANA PEREZ.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ, Magistrado de esta Sala.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día cuatro de Abril de 2007 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D. GERMAN ORS SIMON actuando actuando en nombre y representación de Don Ignacio , interpuso recurso contencioso - administrativo contra ACUERDO DE 13-11-06 DEL T.E.A.F. DE BIZKAIA POR EL QUE SE RESUELVE LA RECLAMACION 770/2005 Y SU ACUMULADA 205/2006 CONTRA ACUERDO DE DERIVACION DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA POR DEUDAS DE AMAYA 93 CENCOMER S.A. Y CONTRA PROVIDENCIA DE APRE MIO DICTADAS SOBRE LAS LIQUIDACIONES EN BASE A EL PRACTICADAS; quedando registrado dicho recurso con el número 571/07.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

La cuantía del presente recurso quedó fijada en 458.640,36 euros.

TERCERO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

CUARTO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimen los pedimentos de la actora.

QUINTO.- El procedimiento no se recibió a prueba por no interesarlo las partes ni considerarlo necesario este Tribunal.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SEPTIMO.- Por resolución de fecha 22-09-08 se señaló el pasado día 25-09-08 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna el Acuerdo dictado el 13 de noviembre de 2006 por el Tribunal Económico Administrativo Foral de Vizcaya que desestima las reclamaciones acumuladas nº 770-2005 y 205-2006, presentadas contra la derivación de responsabilidad subsidiaria del art. 40 de la NFGT y la providencia de apremio subsiguiente.

SEGUNDO.- Antes de plantear el asunto debemos resolver sobre los documentos, Sentencias varias concretamente, presentados por la actora cuando el asunto estaba ya pendiente de votación y fallo. El escrito de presentación exponía que se trataba de materiales incluidos en el art. 271.1 de la LEC, esto es, resoluciones posteriores a aquel momento. A la vista de los autos resulta que el 16 de julio quedaron estos pendientes de votación y fallo y que las Sentencias, salvo la que se dirá, son muy anteriores a tal fecha, por lo tanto, han de ser apartadas del proceso. No ocurre lo mismo con la Sentencia de 14 de junio, y es que si atendemos al tiempo que de ordinario transcurre desde que se dicta hasta que se incorpora a los repertorios al uso cabe estimar que, razonablemente, esa Sentencia sí está comprendida en el ámbito exigido por el art. 271.1 LEC.

En realidad se trata de una cuestión de escasa, por no decir nula, trascendencia ya que es la Sala quien debe aplicar el Derecho y la Jurisprudencia sin estar vinculado a lo presentado por las partes, como regla general, siempre que no nos adentremos en la incongruencia extra petita, por lo tanto, directamente la Sala podía utilizar el criterio jurisprudencial razonado en aquellas resoluciones.

TERCERO.- Dicho esto, al actor se le atribuye la responsabilidad prevista por el art. 40.1 de la Norma Foral 3-1986, General Tributaria de Vizcaya (en los sucesivo NFGT), precepto que, recordémoslo, dice:

"Serán responsables subsidiariamente de las infracciones tributarias simples y de la totalidad de la deuda tributaria en los casos de infracciones graves cometidas por las personas jurídicas, los administradores de las mismas que no realizaren los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieren el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaren acuerdos que hicieran posibles tales infracciones.

Asimismo serán responsables subsidiariamente en todo caso de las obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, los administradores de las mismas".

El recurrente emplea varios argumentos, unos de forma y otros de fondo, que iremos analizando sucesivamente en los apartados posteriores y el punto de partida respecto de los hechos, indiscutidos, se recoge en el propio acto administrativo de derivación de responsabilidad y en la sanción impuesta a la sociedad, a los que nos remitimos (constan en los folios nº 34 y 43, y los que les siguen, del expediente administrativo tramitado por el Tribunal Foral), en resumen:

El actor figura en el Registro Mercantil como integrante del Consejo de Administración de la sociedad desde 1994; hay también dos Consejeros Delegados.

La sociedad fue sancionada por infracción grave al no haber presentado la declaración liquidación del impuesto de sociedades del ejercicio 1998.

Esta última causa baja en la Seguridad Social en diciembre de 1997, fecha de la baja del último de sus trabajadores. No presenta declaraciones liquidaciones del Impuesto de Sociedades desde el ejercicio 2000 inclusive, ni de IVA desde 1999, también incluido; el Agente Fiscal constata que la sociedad es desconocida en el domicilio social al menos desde 1998; no se depositan cuentas anuales en el Registro Mercantil, etc.

3.1 El primer argumento de la actora consiste en esgrimir que el acto administrativo de derivación de responsabilidad adolece de nulidad ya que no expresa los recursos que pueden utilizarse.

Esto no es así ya que si acudimos al folio nº 39 del expediente administrativo tramitado por el Tribunal Foral constatamos que sí se expresa el recurso que puede utilizarse, el plazo para interponerlo y el Órgano ante el que hacerlo.

De hecho, el demandante formuló la reclamación económico administrativa de forma correcta.

Pero es más y es que aún cuando no se expresaran aquellos elementos, de los arts. 16 del Decreto Foral 36/1997, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación del Territorio Histórico de Vizcaya, 124 y 125 de la NFGT, y 58 de la Ley 30-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se infiere que notificar y expresar los recursos frente al acto administrativo son elementos distintos de este último, instrumentales, sirven para trasladar aquél al interesado para que tome conocimiento de su contenido y pueda impugnarlo, y su omisión no lo convierte en nulo, sencillamente el acto no producirá efectos hasta que se subsane tal deficiencia.

En este sentido se expresa el Tribunal Supremo en las Sentencias de 7 de noviembre-recurso nº 4006-2003 y 20 de marzo de 2006-recurso nº 13-2004.

3.2 En segundo lugar, expone el recurrente que la notificación no recoge los elementos esenciales de las liquidaciones.

Al respecto es importante destacar que el precepto reseñado en el apartado precedente exige que se mencionen los elementos esenciales de la liquidación, no la liquidación íntegra, por lo tanto, y toda vez que se trata de motivar el acto liquidatorio, lo que se pretende es que se muestren los aspectos que configuran la esencia de la liquidación, que permiten saber a qué obedece y así poder impugnarla. En el caso, el actor no nos dice qué elementos faltan y en qué medida no puede defenderse por ello, no hay indefensión; antes al contrario, es así que los folios nº 41 y siguientes del expediente tramitado por el TEAF (que son el acto de derivación de responsabilidad y liquidaciones que el actor acompañó a la reclamación económico administrativa, por lo tanto pleno conocedor de tales documentos) recogen el concepto liquidado, las fechas y las razones esenciales que justifican la liquidación.

3.3 En tercer lugar, ya para finalizar con los vicios formales, mantiene el actor que ignora si la responsabilidad que se le impone deriva del inciso primero o del segundo del art. 40.1 de la NFGT y que esto le genera indefensión, y es que el acuerdo no aclararía, según el actor, qué responsabilidad se le está exigiendo.

También en este aspecto basta con remitirnos a la lectura del acuerdo de derivación de responsabilidad para constatar que en el fundamento de derecho primero se están aplicando los dos apartados del art. 41.1, esto es, la responsabilidad por la infracción grave cometida por la persona jurídica y la responsabilidad en las deudas tributarias tras cesar en su actividad.

3.3 Comenzando ya a analizar la responsabilidad subsidiaria de los administradores sociales establecida por el art. 40 de la Norma Foral 3-1986, General Tributaria de Vizcaya, consideramos que presupone, lógicamente, que se ostente tal condición bien en el momento en que se comete la infracción tributaria y en el momento en el que se produce el cese en la actividad sin formalizar la disolución, la liquidación y la extinción.

El Tribunal Supremo ha tratado, ya en jurisprudencia constante, la cuestiones relativas a la responsabilidad de los administradores en el supuesto de en el que, como acontece en el de autos, la sociedad cuenta con un Consejo de Administración y Consejeros Delegados, la responsabilidad en el supuesto en el que se aduce que tan sólo se ostenta el cargo de administrador formalmente y, por último, la extensión de la responsabilidad de los administradores cuando de la comisión de infracciones se trata, todo ello en los siguientes términos, que tomamos, por ejemplo, de la Sentencia dictada el 31 de mayo de 2007-recurso nº37-2002:

"...conforme al artículo 38.1 "responderán solidariamente todas aquellas personas que sean causantes o colaboren en la realización de la infracción tributaria" y ... conforme al artículo 1137 del Código civil en el régimen de solidaridad de deudores el acreedor puede reclamar a cualquiera de los mismos el total de la obligación o parte de ella (vid. artículo 1144 CC). En consecuencia la Administración tributaria no tiene por qué exigir a todos los que pudieran responder como requisito previo a la derivación de responsabilidad.

...

La imputación de responsabilidad es consecuencia de los deberes normales en un gestor, aun cuando sea suficiente la concurrencia de la mera negligencia. Por consiguiente, en aquellos casos en que de la naturaleza de las infracciones tributarias apreciadas se deduzca que los administradores, aun cuando pudieran haber actuado sin malicia o intención, hicieron "dejación de sus funciones" y de su obligación de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones fiscales de la sociedad, les es aplicable lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 40.1 de la Ley General Tributaria resultando en consecuencia correcta la asignación de responsabilidad subsidiaria al existir un nexo causal entre dichos administradores y el incumplimiento de los deberes fiscales por parte del sujeto pasivo, que es la sociedad.

...

En el caso que contemplamos esta acreditado que la sociedad administrada cometió infracciones graves: ... no presentación de declaraciones-liquidaciones unidas a la falta de ingreso de las autoliquidaciones referentes a IVA, retenciones a cuenta del IRPF, omisión de partidas en las declaraciones presentadas por el Impuesto sobre Sociedades, debiéndose incrementarse las bases imponibles declaradas por menores gastos deducibles, mayores ingresos no contabilizados e incrementos de patrimonio no declarados. La anterior conducta denota una evidente falta de diligencia del Consejo de Administración de la sociedad en el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la empresa, que cuando menos hubiera debido presentar las declaraciones y llevar a cabo la correcta llevanza de la contabilidad y la rendición de cuentas.

Las recurrentes en instancia dedican gran parte de sus alegatos a intentar demostrar que su presencia en el Consejo de Administración ... era puramente testimonial, llevando la dirección efectiva y la gestión de la mercantil la Consejera Delegada. En realidad, la pertenencia al Consejo de Administración (aunque quedara probada la no participación de las reclamantes en la gestión ordinaria de la mercantil) es suficiente para declarar ... responsables subsidiarias de las deudas de la mercantil con base en el artículo 40.1, párrafo primero, de la LGT , pues la comisión de infracciones tributarias por la Sociedad administrada denotaría una falta de diligencia, o, mejor dicho, de negligencia en forma de culpa in eligendo o in vigilando del administrador "nominal" en el cumplimiento de las funciones propias de su cargo, debiendo responder frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo -artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas -.

... La cuestión relativa a la repercusión que la existencia de Consejeros Delegados pueda tener en la responsabilidad del resto de los Administradores de una sociedad no puede ser resuelta en el sentido propugnado de que la existencia de Consejeros delegados releva de responsabilidad a los otros miembros del Consejo. Esta conclusión carece de apoyo normativo alguno, ya que como se desprende del contenido de los artículos 128 y 133 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y 62 y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, los administradores son los representantes de la sociedad y responden solidariamente frente a terceros de los daños que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, mientras que según lo dispuesto en el artículo 141 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 57.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, los Consejeros delegados son simplemente administradores a los que se delega alguna facultad concreta, sin perjuicio de la existencia de facultades indelegables, sin que la Ley vincule dicha delegación a la exigencia de una responsabilidad frente a terceros . La responsabilidad de los administradores es personal y los Consejeros delegados no son una modalidad o género distinto del órgano de administración, sino que son apoderados subordinados a un Consejo de Administración con el que comparten las facultades delegadas y la responsabilidad inherente a las mismas, en los términos previstos en las leyes. En definitiva, que la responsabilidad subsidiaria de los administradores de las sociedades contemplada en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 40 de la Ley General Tributaria es personal y solidaria entre sí, sin que la existencia de un Consejero delegado exima de responsabilidad a los demás administradores que hubieran incumplido sus obligaciones tributarias".

A modo de síntesis: la existencia de un Consejo de Administración y Consejeros Delegados no exonera de responsabilidad a ninguno de los titulares del Órgano de Administración; en segundo lugar, basta con formar parte del Órgano de Administración, aún cuando esta integración sea meramente formal porque la gestión material la ejecute otro de los administradores, para responder; y, por último, la responsabilidad en las infracciones cometidas por la sociedad puede imputarse subsidiariamente a los administradores por omitir estas las funciones que les son sustanciales como, dentro de la gestión social, presentar las declaraciones y autoliquidaciones tributarias, etc.

En el caso en estudio, respecto de la responsabilidad del art. 40.1 párrafo primero de la NFGT, tal es lo que ocurre pues haya o no intervenido el recurrente en la compraventa del año 98 lo cierto es que a la sociedad se le sanciona por no presentar la declaración liquidación de ese ejercicio y esta era una obligación de los administradores que no han cumplimentado. Es indiferente que el actor conociese o no el contrato porque sus obligaciones de representante y gestor social le compelen a declarar y, además, es la propia sociedad de un lado y los propios administradores de otro (y no se olvide que es un cargo voluntario) quienes crean a través del sistema de administración elegido el riesgo de actuaciones contradictorias entre sí o ignoradas por los demás administradores, y es por ello que han de responder puesto que al elegir este sistema de administración han de adoptar también, y en el caso no consta que haya sido así, las medidas de control que conjuren tales situaciones.

3.4 Continuando con la responsabilidad de los administradores hemos de analizar ahora si para que se extinga es necesaria la inscripción en el Registro Mercantil del cese o dimisión del administrador; se trata este también de un supuesto jurisprudencialmente resuelto, así, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de junio de 2007-recurso nº 145-2002:

"La sentencia impugnada acoge la corriente que propugna la eficacia constitutiva de la inscripción del cese del administrador en el Registro mercantil, y que defiende la ineficacia frente a terceros de cualquier acto de cese mientras éste no accede al Registro , frente a la que defiende la eficacia relativa de la inscripción , que hace que ésta carezca de eficacia constitutiva.

Esta última posición es la que mantiene la Sala Primera de este Tribunal. Así en las sentencias de 10 de Mayo de 1999, 23 de Diciembre de 2002, 24 de Diciembre de 2002, 16 de Julio de 2004, 28 de Mayo de 2005, 7 de Febrero de 2007 y 22 de Marzo de 2007 , al declarar que las inscripciones registrales de los acuerdos de cese no tienen carácter constitutivo, al no imponerlo así precepto alguno, correspondiendo el deber de inscribir a los nuevos administradores, sin que ninguna responsabilidad por falta de inscripción pueda exigirse a los cesados.

Además, el Pleno de dicha Sala Primera, en su sentencia de 28 de Abril de 2006 , sentó la doctrina de que la oponibilidad a terceros de los actos sujetos a inscripción y no inscritos, se presenta en punto al cese de los administradores (art. 21.1 Código de Comercio y 9 del Reglamento de Registro Mercantil) como un problema de eficacia respecto de la sociedad de actuaciones o gestiones realizadas por los administradores no inscritos, o que permanecen inscritos después de su cese.

...ha de admitirse, en el caso de cese en el cargo de administrador no inscrito en el Registro Mercantil, la prueba de cese por otros medios, por lo que si se acredita suficientemente esta circunstancia, antes de la cesación de actividad de la sociedad, debe quedar excluido de responsabilidad subsidiaria que examinamos".

La tesis jurídica correcta es pues la mantenida por la recurrente, ahora bien, esto no va a provocar la estimación del recurso y es que, frente a los supuestos analizados en las Sentencias que presenta, en los que la dimisión se acredita notarialmente, en el supuesto en estudio, falta toda prueba veraz respecto de la dimisión, no se acredita que se comunicase esta al resto de administradores. Es más, si nos remitimos al folio nº 68 del expediente administrativo de gestión constatamos que el recurrente se dirige el 11 de marzo de 2005 a una entidad de crédito reconociendo que aún es miembro del Consejo de Administración de la sociedad, dice aportar documentos para acreditarlo, y que en tal condición solicita que le informen sobre determinados movimientos en cuenta y actuaciones bancarias.

3.5 La sociedad, como consta documentado en el expediente administrativo, fue declarada responsable de la infracción tributaria consistente en no haber presentado la declaración liquidación del impuesto de sociedades del ejercicio 1998 y esta responsabilidad se ha derivado al actor. En este apartado defiende que se trata de una responsabilidad que no puede exigírsele a los administradores.

Antes, al analizar los supuestos en los que el Órgano de Administración Social se integra por un Consejo y Consejeros Delegados, ya hemos descrito como el Tribunal Supremo confirma que esta modalidad de

responsabilidad sí es trasladable a los administradores sociales, y este criterio se ve ratificado con el texto de las siguientes Sentencias.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008-recurso nº 150-2003:

"...la responsabilidad subsidiaria del art. 40. 1 LGT presupone la negligencia de los administradores de las personas jurídicas derivándoles no solo las deudas tributarias sino también las sanciones por las infracciones en que hayan incurrido, sin perjuicio de que ostenten el derecho a reembolsarse las mismas con cargo a la sociedad."

... el precepto del artículo 37.3 de la L.G.T. en la redacción de la Ley 25/95 de Reforma de la L.G.T. no es contradictorio con el artículo 40.1 del mismo texto legal.

Las previsiones contenidas en el artículo 40.1 y la conducta específica en él contemplada exige que los administradores observen una conducta específica que el precepto describe y que consiste en: "no realizaren los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieren el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaren acuerdos que hicieran posible tales infracciones."

Al no existir identidad de conductas en las previsiones de ambos preceptos, los mismos son compatibles. La responsabilidad que el artículo 40.1 consagra no se genera por la conducta de la entidad, sino por la específica que el precepto describe, directamente imputable al administrador, y que es distinta de la que generó la sanción. Es la imputación de esa conducta que el precepto del artículo 40.1 describe la que genera la responsabilidad, no la existencia de infracción imputable a la persona jurídica y provocadora de una sanción. Por eso, el artículo 40.1 posibilita una responsabilidad del administrador, sin que la entidad administrada haya sido sancionada y, en sentido inverso, infracción de la entidad sancionada, sin que exista responsabilidad en el administrador".

En el caso en estudio, ya lo hemos dicho, el actor, como administrador, incumplió con las obligaciones de presentar la declaración autoliquidación, de llevar a cabo las actuaciones necesarias para constatar cuál era la situación económica, financiera y tributaria de la mercantil y, por último, asumió las consecuencias del riesgo que suponía el aceptar el cargo de administrador en los términos en que estaba estructurada la gestión social.

3.6 Finalmente, se le atribuye, como expusimos al principio, también al demandante la responsabilidad prevista por el párrafo segundo del art. 40.1 y sobre esta materia el criterio de la Sala ha sido reiteradamente aplicado en múltiples recursos en los siguientes términos, igualmente trasladables al caso en estudio:

"Interpretando el inciso discutido debemos recordar que el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de junio de 2007-recurso nº 145-2002 nos dice que la responsabilidad subsidiaria a que nos referimos exige una actuación al menos culposa:

"...no debiendo olvidarse que en este supuesto de imputación la responsabilidad no se establecía de forma objetiva, por la mera existencia de deudas tributarias, sino que la misma tenía su fundamento en la conducta al menos negligente del administrador, en lo que se refiere al pago de las deudas tributarias, a partir del cese de la actividad, como ahora reconoce el vigente art. 43.1b) de la Ley 58/2003 al establecer que en el presupuesto de hecho de la responsabilidad por el cese de actividades es que los administradores no hubieran hecho lo necesario para el pago o adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago".

La negligencia exigida se encuentra, entre otros supuestos, en la omisión de las actuaciones ordenadas a la disolución, liquidación y extinción de la sociedad ya que es a través de ellas que se pondrá de manifiesto la situación económica y financiera real de la empresa y se procederá a la ordenación de las deudas y pagos de una forma pública, regular y garante de los derechos de todos los afectados; este sistema, que es el previsto por las leyes societarias en garantía de todos y cada uno de los afectados por la situación, inclusive de los propios socios, y la transparencia y control anejos quiebran si el órgano de administración omitiendo sus obligaciones se limita a reconocer y satisfacer por su propia cuenta los créditos que considera oportuno pero no dispone lo necesario para la disolución.

En este sentido, entre otras muchas, las Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de septiembre de 2001-recurso nº 40-2000, 29 de marzo y 8 de febrero del mismo año-recursos nº 23 y 28-1998 nos dicen:

"Ocurre sin embargo, en respuesta a este motivo impugnatorio, que la forma de responsabilidad que se les exige, esto es, por cese de las actividades de la empresa, cuando, como en el presente caso, los administradores societarios han incumplido el deber de disolución de la sociedad conforme a los art.s 260 y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, permite afirmar la concurrencia, cuanto menos de negligencia"

"A este respecto la expresión "a todo caso" contenida en el art. 40.1 párrafo 2º LGT no determina una responsabilidad objetiva pues aunque, como ya hemos señalado, no se precisa la mala fe o negligencia grave del administrador, se trata de la concreción en el ámbito tributario de la conducta negligente del administrador o administradores que no dan cumplimiento a las obligaciones que les atribuyen leyes mercantiles de cara a que el cese de hecho de la actividad de la empresa lleve aparejada la adopción de los acuerdos y realización de los actos necesarios para la correcta disolución y liquidación de la sociedad".

...

Respecto a esta segunda causa de imputación de responsabilidad, el Tribunal Económico-Administrativo Central en Resolución nº 345 de 4 de Diciembre de 2002, entre otras, exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) La cesación de hecho de actividad de la persona jurídica teniendo la misma obligaciones tributarias pendientes; y b) La condición de administrador al tiempo del cese.

Sobre la expresión "en todo caso" del citado artículo 40 de la Ley General Tributaria, el Tribunal Central declara que "la responsabilidad del administrador no se establece de forma objetiva, ya que dicha responsabilidad no deriva sólo de la existencia de unas deudas tributarias, sino que la misma tiene su fundamento en la conducta al menos negligente del administrador que, en perjuicio de sus acreedores, y entre éstos la Hacienda Pública, omite la diligencia que le es exigible en cumplimiento de las obligaciones que le imputa la legislación mercantil, siendo un hecho que la sociedad haya cesado en su actividad sin haberse disuelto ni liquidado; es decir, del status subjetivo de las obligaciones de los administradores como se definen en la legislación mercantil y tributaria; bastando con que haya obligaciones tributarias pendientes, tengan relación o no con conductas infractoras de la persona jurídica, pues aquí la negligencia culpable se sitúa en el comportamiento del administrador y no es necesaria su apreciación en la conducta de la Sociedad.

Si los administradores incumplen su obligación mercantil de promover los acuerdos sociales necesarios para la disolución y liquidación de la sociedad que ha cesado en su actividad, además de impedir que la deuda se abone a través de otros supuestos de responsabilidad (artículo 40. 2 y 89. 4 de la Ley General Tributaria), los constituye responsables tributarios, salvo prueba que por fuerza mayor u otra causa bastante no pudieran promover tales acuerdos, o salvo el caso de que siendo colegiado el órgano de administración hubieren hecho todo lo posible legalmente para lograr un pronunciamiento del mismo dirigido a ello."

...

En el caso que nos ocupa el Administrador único de la sociedad no ha promovido la referida disolución y liquidación de la compañía, quebrando, por tanto, el mandato contenido en el art. 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por R.D.L: 1.564/1.989, de 22 de diciembre. Dado que la empresa a finales del año 2.000, se encontraba inactiva y, por tanto, concluida la actividad que constituía el objeto social de la entidad, el administrador estaba obligado a convocar en base al apartado 2 del art. 262 de la misma norma, Junta General de Accionistas con el fin de promover la disolución de la sociedad y en sus apartados 3 y 4 del mismo artículo a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado."

El art. 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por RDL 1564/1.989, de 22 de diciembre, dispone en su punto segundo la obligación de los administradores de convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución; además en su punto cuarto señala la obligación de los administradores de solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado, solicitud que habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado. Por su parte, el art. 263 dispone que el acuerdo de disolución se inscribirá en el Registro Mercantil, publicándose, además, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social.

...

El Administrador no cumplió con las obligaciones impuestas para el cese de la actividad de la sociedad por el art. 262 del RDL 1564/1.989, de 22 de diciembre, simplemente con convocar la Junta, dicho artículo impone la obligación legal en el caso de haberse constituido la Junta y acordarse la disolución de la sociedad, de la inscripción de dicho acuerdo en el Registro Mercantil y su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social; obligación que el recurrente en ese hipotético caso incumplió. Y de no haberse constituido la Junta, el recurrente faltó a su obligación de

solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta...".

En el asunto que ahora resolvemos la sociedad también cesó de hecho en su actividad, se trata este de un elemento indiscutido, en un momento en el que, como hemos razonado, el actor formaba parte del Órgano de Administración y no desarrolló ninguna de las actuaciones que la Ley le imponía para disolver, liquidar y extinguir regularmente la compañía.

CUARTO.- De acuerdo con los arts. 86 y 139 de la LJ no se efectúa especial condena en costas procesales y se dará acceso al recurso de Casación ordinario frente a esta Sentencia.

Ante lo expuesto la Sala

FALLA

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo formulado por el Procurador Don GERMAN ORS SIMON en representación de Ignacio contra el Acuerdo dictado el 13 de noviembre de 2006 por el Tribunal Económico Administrativo Foral de Vizcaya que desestima las reclamaciones acumuladas nº 770-2005 y 205-2006 presentadas contra la derivación de responsabilidad subsidiaria del art. 40 de la NFGT y la providencia de apremio subsiguiente y, en consecuencia, confirmamos las resoluciones impugnadas.

Cada parte satisfará las costas procesales causadas a su instancia.

CONTRA ESTA SENTENCIA CABE RECURSO DE CASACIÓN ANTE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO, EL CUAL HABRÁ DE PREPARARSE MEDIANTE LA PRESENTACIÓN DE ESCRITO ANTE ESTE ÓRGANO JURISDICCIONAL EN EL PLAZO DE 10 DIAS, A CONTAR DESDE EL SIGUIENTE A LA NOTIFICACIÓN DE ESTA RESOLUCIÓN.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se dejará certificación literal en los autos, con encuadernación de su original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.