



Roj: STSJ PV 1564/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:1564
Id Cendoj: 48020330012015100237
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 161/2013
Nº de Resolución: 240/2015
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARGARITA DIAZ PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 161/2013
ORDINARIO
SENTENCIA NUMERO 240/2015

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a veinte de mayo de dos mil quince.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 161/2013 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación **económico**-administrativa formulada ante el Tribunal **Económico**-administrativo Foral de Gipuzkoa contra el Acuerdo del Jefe de la Unidad de Recaudación de la Hacienda Foral, de 15 de diciembre de 2011, de derivación de responsabilidad subsidiaria por las deudas tributarias pendientes de la mercantil Gorka Multiservicios, S.L., que amplía a la Resolución del Tribunal **Económico**-administrativo Foral de Gipuzkoa, de 18 de julio de 2013, que desestima expresamente dicha reclamación.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : Don Raimundo , representado por el Procurador Don ALBERTO ARENAZA ARTABE y dirigido por la Letrada Doña Mª TRINIDAD PRIMO VARONA.

- **DEMANDADA** : La DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPUZCOA, representada por la Procuradora Doña BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA y dirigida por el Letrado Don IGNACIO CHACÓN PACHECO.

Ha sido Magistrada Ponente la Iltna. Sra. Dª. MARGARITA DÍAZ PÉREZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de marzo de 2013 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Don ALBERTO ARENAZA ARTABE actuando en nombre y representación de Don Raimundo , interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación **económico**-administrativa formulada ante el Tribunal **Económico**-administrativo Foral de Gipuzkoa contra el Acuerdo del Jefe de la Unidad de Recaudación de la Hacienda Foral, de 15 de diciembre de 2011, de derivación de

responsabilidad subsidiaria por las deudas tributarias pendientes de la mercantil Gorka Multiservicios, S.L., que desestima expresamente dicha reclamación; quedando registrado dicho recurso con el número 161/2013.

En escrito presentado el día 7 de octubre de 2013 se solicitó la ampliación del recurso a la Resolución del Tribunal **Económico**- administrativo Foral de Gipuzkoa, de 18 de julio de 2013, la que se acordó por resolución de fecha 29 de octubre de 2014.

SEGUNDO.- En los escritos 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.

TERCERO.- En los escritos 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 desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 7 de octubre de 2014 se fijó como cuantía del presente recurso la de 578.713,89 euros.

QUINTO .- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

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

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 12 de mayo de 2015 se señaló el pasado día 14 de mayo de 2015 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.- D. Alberto Arenaza Artabe, procurador de los Tribunales y de D. Raimundo , deduce impugnación jurisdiccional frente a la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación **económico**-administrativa formulada ante el Tribunal **Económico**-administrativo Foral de Gipuzkoa contra el Acuerdo del Jefe de la Unidad de Recaudación de la Hacienda Foral, de 15 de diciembre de 2011, de derivación de responsabilidad subsidiaria por las deudas tributarias pendientes de la mercantil Gorka Multiservicios, S.L., que amplía a la Resolución del Tribunal **Económico**-administrativo Foral de Gipuzkoa, de 18 de julio de 2013, que desestima expresamente dicha reclamación.

Interesa de esta Sala en el suplico de la demanda que, previa declaración de nulidad del artículo 179.7 de la NFGT de Gipuzkoa 2/2005, contra el que se interpone recurso indirecto, anule y deje sin efecto la actuación recurrida.

Articula al efecto los siguientes motivos impugnatorios:

1º Nulidad del artículo 179.7 de la NFGT, por Infracción del artículo 149.1.18 de la Constitución ; de los artículos 1.1 , 104 , 174 y 176 de la Ley General Tributaria 58/2003, de 27 de diciembre, y preceptos concordantes; del art. 3.a) de la Ley 12/2002 de **Concierto Económico** para el País Vasco (así como del artículo 4.a de la Ley 12/1981 precedente); y también infracción de la jurisprudencia dictada al respecto, en especial de la STS de 26 de enero de 2012 (recurso 4318/08), o, entre otras, de la STS de 18 de noviembre de 2005 , y consecuente nulidad del acto de derivación por caducidad del procedimiento.

Aduce que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 100.6 de la NFGT de Gipuzkoa 2/2005, ha de considerarse producida la caducidad, en tanto que el inicio del procedimiento fue notificado al actor el día 21 de noviembre de 2.011 (folios 133 y siguientes del expediente administrativo), y el acuerdo de derivación se dictó el 15 de diciembre de 2.012 (folios 98 y siguientes).

Subraya que el artículo 179.7 de la NFGT de Gipuzkoa 2/2005, es ineficaz e inaplicable porque, de un lado, se trata de un asunto básico perteneciente al ámbito del procedimiento administrativo común, por afectar de raíz a las reglas sobre el alcance y validez de las actuaciones desarrolladas, esto es, a las garantías y derechos de los administrados y, de otro lado, se contraviene frontalmente la legislación estatal; así, el artículo 179.7 choca abiertamente con lo dispuesto en la Ley General Tributaria 58/2003, donde no existe ninguna regla semejante, ni en su artículo homólogo 174 ni en ningún otro, que evite la caducidad de los procedimientos de derivación de responsabilidad, por lo que ha de estarse a las normas generales sobre la materia, sitas en el artículo 104, aptdos. 4 y 5, de este último cuerpo legal.

Añade que no es posible invocar la pertenencia al procedimiento de recaudación ejecutiva, para concluir que al igual que en los procedimientos de apremio, no existe plazo máximo de duración, distinto al de prescripción.

2º Nulidad de la derivación de responsabilidad por haber sido dictada en aplicación de una norma derogada, la Norma Foral 1/1985:

Alega, en síntesis, que ya en el año 2.008, la Hacienda Foral consideró que el cese de la actividad de Gorka Multiservicios había tenido lugar en el año 2006 (folio 1417 del expediente administrativo); y en cualquier caso, llevan a la conclusión de que el cese tuvo lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la Norma Foral 2/2005 los siguientes datos: el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2005 acredita que en dicho ejercicio se realizaron compras de mercaderías e ingresos por prestaciones de servicios, gastos de personal y financieros (folio 159); el modelo 390 del ejercicio 2005 o resumen anual del IVA demuestra que en dicho año se realizaron ventas por valor de 704.293,08# al 7%, si bien la empresa se vio obligada a rectificar facturas o emitir abonos- por importe de 593.770,39# (folio 158); el resultado de esta última declaración arrojó un resultado a compensar de 53.790,43# (folios 1504 y 1505), cantidad cuya devolución no fue solicitada, evidenciando la firme voluntad de proseguir con la actividad; las declaraciones del modelo 347 de los ejercicios 2005 y 2006 ponen de manifiesto la existencia de operaciones (de más de 3.005,05#) de Gorka Multiservicios con terceros en dichos ejercicios (folio 177); por otra parte, la propia Hacienda reconoce que hasta el 20 de julio de 2005 Gorka Multiservicios contaba con trabajadores por cuenta ajena; prueba también de la actividad es la cuenta de resultados y las declaraciones de operaciones con terceros de los ejercicios 2005 y 2006 (folios 159 y 177 del expediente administrativo); además, la Hacienda Foral ha calculado los intereses de demora derivables tomando como fecha final de devengo fecha de cese- el 30 de enero de 2006.

En atención a la conducta del administrador, sostiene que la Norma Foral 1/1985 es igualmente inaplicable, porque el incumplimiento que se reprocha al actor -no haber promovido la disolución de la empresa-, tuvo lugar igualmente cuando dicha Norma había sido ya derogada, ya que la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en su artículo 104 , exige al administrador promover la disolución de la sociedad en un plazo de tres años y dos meses desde de la fecha en que puede considerarse inactiva, que en este caso nos lleva sin ningún género de dudas a un momento posterior al de la derogación de la Norma Foral 1/1985.

3º Nulidad de la derivación por no concurrir los elementos generadores de la responsabilidad subsidiaria requeridos por la nueva NFGT 2/2005:

Resalta que el balance de la mercantil Gorka Multiservicios, S.L. evidencia que en los ejercicios en que se presume el cese la empresa carecía de bienes con los que hacer frente a las deudas devengadas, de manera que la relación causa efecto que propugna la Norma 2/2005 no existe en el presente caso: la liquidación formal de la sociedad no habría propiciado el pago de las deudas pendientes, todo lo contrario, habría supuesto incurrir en nuevos gastos de notario y Registro, inafrentables por falta de tesorería.

Por otro lado, en el caso de sucesiones de empresa, la Norma Foral 1/1985 establecía la responsabilidad subsidiaria de quienes sucedan en la actividad empresarial de la deudora; con la nueva Norma 2/2005, esta responsabilidad es solidaria.

De modo que si la Hacienda reconoce la existencia de un sucesor -la mercantil Gorka Restauraciones, S.L.- contra la que el mismo Servicio de Recaudación inició el procedimiento de derivación de responsabilidad solidaria, no constando que esta entidad jurídica haya sido declarada fallida, falta un requisito previo e indispensable exigido por la Ley para derivar la deuda a los responsables subsidiarios.

4º Nulidad de la derivación por improcedente identificación y cuantificación de las deudas:

En concreto pone de manifiesto que en el folio 450 del expediente administrativo, aparece cifrada la deuda pendiente de la sociedad a 30 de octubre de 2010 en 912.074,03#, cuantía que no coincide con la diferencia entre el total contraído - 762.012,58C- y lo ya ingresado - 2.333,80#-, que asimismo se reflejan en el documento.

Detecta también discordancias entre los importes en concepto de retenciones 2002, 2003, 2004 y 2005 que se detallan en el acuerdo de derivación y la documentación que teóricamente los sustenta (folios 108, 113, 115 y 118), con una diferencia de 4.393,38 euros, cuyo origen ni se conoce ni está motivado.

Respecto de las deudas del IVA de los ejercicios 2002 y 2003, se opone al cálculo de los intereses de demora derivables hasta el 30 de enero de 2006, por ser posteriores al cese, si se acepta la aplicación de la Norma Foral 1/1985.

En cuanto al tercer importe de 13.854,56#, relativo al IVA de 2004, denuncia que se han incluido 7.033,26# en concepto de recargo, concepto no derivable, así como 6.821,30# de intereses de demora cuyo origen y método de cálculo se ignora, adoleciendo, por tanto, de falta de motivación.

Señala, por último, que en el ejercicio 2005 la sociedad presentó una declaración anual del IVA con resultado a compensar de 53.790,43# (folio 158 del expediente), lo que indica la existencia de un crédito a su favor frente a la Hacienda por dicho importe, no obstante, la Administración se ha quedado con dicha cantidad sin minorar la deuda.

SEGUNDO.- La Diputación Foral de Gipuzkoa, y en su nombre y representación la procuradora D^a. Begoña Urizar Arancibia, ha presentado escrito de contestación a la demanda, postulando su íntegra desestimación en base a las siguientes alegaciones:

1^a Entiende de aplicación la Norma Foral 1/1985 (arts. 37.1 y 2 y 40.1 párrafo segundo), vigente hasta el 30 de junio de 2005, porque estaba en vigor en el momento de concurrir los hechos que dieron causa a la actuación recurrida, en aplicación de lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Norma Foral 2/2005, que derogó la Norma Foral 1/1985, existiendo suficientes indicios que conducen a entender que la actividad de Gorka Multiservicios, S.L. cesó con anterioridad al 30 de junio de 2005.

Se dan los requisitos para que proceda la declaración de responsabilidad subsidiaria, exigidos por el artículo 40.1 párrafo segundo, de la Norma Foral 1/1985: por un lado, es un hecho cierto y no negado de contrario el cese de la actividad de la empresa Gorka Multiservicios, S.L. También resulta acreditada la existencia de deuda tributaria pendiente, así como la declaración de fallido de la sociedad deudora principal. No es objeto de discusión la condición del reclamante como administrador al tiempo del cese de la actividad de la sociedad. Finalmente, se ha constatado el incumplimiento por parte del administrador de sus obligaciones en orden a la disolución y liquidación de la sociedad.

2^a En lo que respecta a la impugnación indirecta del art. 179.7 de la Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo, indica que en el Territorio Histórico de Gipuzkoa concurren competencias de autoorganización suficientes para regular cuestiones procedimentales en el ámbito tributario diferentes a las recogidas en la Ley General Tributaria, sin que tal hecho diferenciador implique una violación del art. 149.1.18 de la Constitución.

3^a Sobre la cuantificación de los débitos tributarios integrados en el expediente administrativo, sostiene que el criterio del actor está equivocado porque confunde el principal con la deuda total, y de ese importe se descuentan las cantidades pagadas.

TERCERO.- En el primer motivo expone la defensa actora los argumentos que fundan el recurso indirecto interpuesto contra el artículo 179.7 de la Norma Foral General Tributaria de Gipuzkoa 2/2005, de 8 de marzo, cuya aplicación al caso dice, impide, pese al transcurso en exceso del plazo de seis meses computado desde la fecha de notificación al recurrente del acuerdo de iniciación del procedimiento de derivación de responsabilidad y hasta su conclusión mediante el acuerdo de 15 de diciembre de 2012, la pretendida declaración de caducidad del procedimiento, al disponer que: "*El transcurso del plazo máximo de duración del procedimiento a que se refiere el párrafo anterior sin que se hubiera dictado el acto administrativo de declaración de responsabilidad no determinará la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación, pero supondrá que no se considere interrumpida la prescripción del derecho de la Administración para exigir el pago, como consecuencia de las actuaciones desarrolladas frente al responsable. En este supuesto, se entenderá interrumpida la prescripción por la realización de actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo al que se refiere el párrafo anterior.*"

Sin embargo, el expediente administrativo revela que el inicio del procedimiento fue notificado al actor el día 21 de noviembre de 2011 (folios 133 y siguientes), y el acuerdo de derivación data de 15 de diciembre de 2011 y no de 15 de diciembre de 2012 como indica por error la defensa actora- (folios 98 y siguientes del expediente), luego, queda ayuna de presupuesto fáctico la caducidad del procedimiento.

Y en todo caso, impugnación idéntica del artículo 179.7 NFGT, basada en esencia en la consideración de que nos hallamos ante un asunto básico perteneciente al ámbito del procedimiento administrativo común, que en la regulación dada por la antedicha Norma Foral contraviene la legislación estatal, con infracción de las mismas normas y jurisprudencia señalada por el letrado recurrente, ha sido examinado por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de octubre de 2014 (rec. de casación nº 2438/2012), que confirma la dictada el

23 de febrero de 2012 por la Sección Segunda de esta Sala (recurso núm. 269/2010), con razonamientos plenamente extrapolables a este proceso (fundamento de derecho tercero) que por ello reproducimos:

"() Con todo, a nuestro entender resulta ajustado el razonamiento de la sentencia de instancia para rechazar la alegación de la parte recurrente sobre la caducidad del procedimiento por contravenir el artº 179.7 de la Norma Foral de Guipúzcoa 2/2005, la legislación básica estatal, por su insuficiencia respecto del alcance de la potestad normativa foral en relación con el procedimiento especial de derivación de la responsabilidad y la institución de la caducidad. Sobre la cuestión existe una consolidada doctrina constitucional sobre el alcance y los límites del artº 149.1.18 CE (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas), título que permite al Estado establecer un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones públicas, en el que cabe distinguir el procedimiento administrativo común que con carácter general abarca tanto el procedimiento como los principios y normas que prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de su validez y eficacia, los modos de revisión de los mismos y los medios de ejecución, incluyendo las garantías de los particulares en el seno del procedimiento (SSTC 227/1988 y 50/1999).

Sobre el artº 149.1.18 de la CE , en el aspecto que ahora nos interesa, el Tribunal Constitucional tiene elaborada una consolidada doctrina en el sentido de que el objetivo fundamental de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas es el de garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones públicas, pero en complemento de esta idea esencial debe añadirse que una vez establecidas por el Estado el común denominador normativo que encierran las bases, cada Comunidad Autónoma con competencias de desarrollo legislativo puede regular la materia con arreglo a sus peculiaridades e intereses. Y al descender a lo que debe entenderse por procedimiento administrativo común, a los efectos prevenidos en el citado art. 149.1.18 CE , especifica el Tribunal Constitucional que lo que el constituyente ha querido reservar en exclusiva al Estado es "la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento".

En el caso concreto que nos ocupa, es cierto que el artº 179.7 de la NFGT de Gupúzcoa 2/2005, añade alguna singularidad respecto del régimen general previsto en la LGT sobre el procedimiento para la declaración de responsabilidad, singularidad que en modo alguno, o al menos a nuestro entender, afecta sustancialmente al instituto de la caducidad en relación a como es regulado en la LGT, puesto que como se ha tenido ocasión de analizar no se prevé la caducidad en este procedimiento en la LGT; la singularidad se concreta en añadir un régimen más favorable para los interesados en cuanto se establece un plazo máximo de duración del procedimiento y su incumplimiento lleva aparejado la no interrupción del plazo prescriptivo, hasta que se vuelvan a realizar actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo de seis meses.

Ante este marco referencial, ya se ha señalado que no puede compartirse con la parte recurrente que le sea aplicable a este procedimiento de declaración de responsabilidad las previsiones sobre la caducidad prevista para los procedimientos de gestión e inspección, pues estamos ante el procedimiento recaudatorio, dentro de la fase de apremio, con su normativa específica. Correspondiéndole a la parte recurrente que denuncia la quiebra por parte del artº 178.7 la legislación básica estatal, dotar de contenido a su denuncia y justificar razonadamente su planteamiento, lo que evidentemente no hace como bien recoge la sentencia de instancia cuando afirma que "Y como hemos expuesto, el planteamiento alegatorio es insuficiente, puesto que no se argumenta en relación con el alcance del artº 3 de la Ley 12/2003 de 23 de mayo , y en definitiva, sobre el alcance de la potestad normativa foral en relación con el procedimiento especial de derivación de la responsabilidad, y la institución de la caducidad"; lo que nos ha de llevar a confirmar el parecer de la Sala de instancia, desestimando el motivo casacional único".

El mismo error al negar la naturaleza recaudatoria del procedimiento de derivación de responsabilidad, e igual insuficiencia argumental, se aprecian en el escrito rector de este proceso, lo que aboca, en aplicación del criterio expresado por el Alto Tribunal, al fracaso este primer motivo.

CUARTO.- En el examen del segundo, se hace preciso distinguir, siguiendo los razonamientos de la sentencia de esta Sala y Sección, de 15 de mayo de 2014 (rec. 1019/2012), entre los presupuestos sustantivos y los de orden formal de la acción recaudatoria, esto es, de un lado, la existencia de una liquidación y/o sanción pendientes de pago y la producción del hecho generador de la responsabilidad subsidiaria, de otro, el presupuesto o requisito formal de exigibilidad de esa responsabilidad, a través del llamado expediente de derivación de la deuda o para declaración de la responsabilidad subsidiaria.

Con la consecuencia de que, en lo que atañe al régimen jurídico aplicable, y en caso de sucesión normativa, los primeros deben acomodarse a la normativa vigente en la fecha de su acaecimiento, y los segundos deben atender a la vigente en la fecha de inicio del expediente de declaración de responsabilidad subsidiaria.

En el presente recurso está en cuestión exclusivamente el hecho causante de la obligación, éste no es otro que el cese de la actividad de la persona jurídica sujeto obligado- con deudas tributarias pendientes-, toda vez que la Administración tributaria sustenta la responsabilidad subsidiaria del administrador en el artículo 40.1 párrafo segundo de la Norma Foral 1/1985, de 31 de enero, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

A juicio del letrado recurrente, la Administración aplicó indebidamente esa Norma Foral, toda vez que el cese de la actividad de la mercantil deudora se produjo en el año 2006, bajo la vigencia de la Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo, que derogó la anterior.

Debe tenerse en cuenta que, tal y como recuerda el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de febrero de 2011 (rec. de casación nº 3271/2008) « *el cese de actividades supone una situación fáctica, no jurídica, consistente en una situación de hecho caracterizada por una paralización material de la actividad mercantil societaria en el tráfico sin que se produzca conforme a Derecho la extinción o desaparición de la entidad, la cual conserva intacta su personalidad jurídica. Esta desaparición ha de ser, además, completa, irreversible y definitiva, no bastando una cesación meramente parcial ni la suspensión temporal de las actividades, aunque dicha exigencia ha de matizarse en cada caso al objeto de evitar posibles conductas fraudulentas, por lo que el cese no puede identificarse siempre con la desaparición íntegra de todo tipo de actuación, pudiendo apreciarse el mismo en aquellos supuestos en que, a fin de eludir las responsabilidades que pudieran resultar exigibles en el pago de las deudas tributarias, se simule la existencia de cierta actividad o se mantenga un nivel mínimo de actuaciones derivado de la simple inercia del tráfico comercial* » [Sentencia de 30 de enero de 2007 (rec. cas. núm. 7175/2001), FD Tercero]."

Pues bien, en el Acuerdo de derivación de 15 de diciembre de 2011 el cese se entiende producido antes de finalizar el primer semestre del año 2005, es decir, en momento anterior al 1 de julio de 2005, fecha en que entró en vigor la Norma Foral 2/2005, conforme su Disposición final vigésima, y ello en base a distintos indicios, de los que cabe destacar, que figurando Gorka Multiservicios, S.L. inscrita en la matrícula del Impuesto sobre Actividades Económicas en la actividad de "revestimientos exteriores e interiores de todo tipo" (epígrafe 15051), de la información facilitada por la Administración de la Seguridad Social resulta que ya en el año 2004 dejó de tener catorce trabajadores, y quedó solo uno que causó baja en 2005, y desde el 20 de julio de 2005 la sociedad carece de trabajadores, lo que queda ratificado con las declaraciones presentadas por concepto de retenciones e ingreso a cuenta sobre rendimientos de trabajo de esos periodos; que en el impuesto de sociedades del ejercicio 2006 el importe neto de la cifra de negocios es cero; y que en el Registro Mercantil aparece anotada con fecha 22 de enero de 2005 la baja provisional de la sociedad de acuerdo con el artículo 121.2 de la Norma Foral 7/1996, de 4 de julio bien que con la prueba practicada en sede judicial ese dato deja de ser relevante a los efectos enjuiciados, ya que ha quedado evidenciado que la baja no fue instada por la declaración de fallido de Gorka Multiservicios, S.L., sino por la no presentación de la declaración del Impuesto de Sociedades-.

Frente a esos indicios con la salvedad señalada- la actora contrapone otros, los reseñados en el fundamento de derecho primero de esta sentencia (folios 158, 159, 1.504 y 1.505), empero que se refieren a la actividad del año 2005, sin diferenciar semestres (el folio 177 no indica siquiera ejercicio), y en todo caso, insuficientes para acreditar la continuidad de la actividad empresarial más allá del primero, máxime si se tiene en cuenta el hecho no controvertido de que en el año 2004 solo contaba con un trabajador, que dada la índole de la actividad desarrollada por la sociedad, constituye indicio relevante para entender que el cese real y efectivo de la actividad productiva de la empresa tuvo lugar entonces; y así parece reconocerlo la defensa actora cuando afirma que en el año 2005 la sociedad comenzó a sufrir apuros financieros, pese a lo que siguió realizando " *labores comerciales, compras* etc."; precisamente en el año 2014 data el cese de la actividad el auto dictado el 22 de septiembre de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Donostia-San Sebastián en el juicio ordinario nº 188/02 en el que fue demandada la sociedad y demandante una Comunidad de Propietarias, indicio que el Acuerdo de derivación añade a los ya citados.

Esto es, no señala la recurrente prueba eficaz y suficiente, ni indicios concluyentes, sobre la actividad de la mercantil en el segundo semestre del año 2005, por tanto, no puede entenderse válidamente refutada la fecha de cese establecida por la Administración tributaria, y por ende, deviene conforme a derecho la

aplicación de la Norma Foral 1/1995, si bien, como a continuación se razonará, la derivación de responsabilidad encontraría asimismo amparo en la Norma Foral 2/2005.

Sobre los requisitos que han de concurrir para derivar la responsabilidad a los administradores ex artículo 40.1, segundo párrafo, de la Norma Foral 1/1989, procede igualmente remitirnos a la misma sentencia del Alto Tribunal de 10 de febrero de 2011, que examina el art. 40.1, párrafo segundo, de la LGT de 1963, de idéntico tenor al aquí aplicable: " *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*". Dice en su fundamento de derecho tercero la meritada sentencia:

" () en Sentencia de fecha 25 de junio de 2010 (rec. cas. núm. 1597/2005) esta Sala señaló que de la lectura del citado precepto « se desprende que la derivación de responsabilidad se fundamenta en dos causas distintas: una, por el incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de la persona jurídica, originador de infracciones tributarias simples o graves. Dos, por la existencia de obligaciones tributarias "pendientes", en el supuesto de que la persona jurídica haya cesado en su actividad.

En el primer supuesto, se exige la declaración administrativa de la existencia de la infracción tributaria imputada a la persona jurídica a través del correspondiente expediente sancionador, dado que, como sujeto pasivo, es la responsable principal del incumplimiento tributario; de forma que, declarada tal responsabilidad, queda expedita la vía de derivación de responsabilidad a los administradores, que hubieren obrado, en principio, con pasividad o consentido el incumplimiento, declarado como infracción simple o grave.

En el segundo supuesto, la norma se limita a derivar dicha responsabilidad cuando se da la circunstancia del " cese de la actividad" de la persona jurídica, lo que supone su desaparición del tráfico mercantil y la imposibilidad del cobro de la deuda tributaria del sujeto pasivo, y se trate de " deudas pendientes ".

El incumplimiento por parte de la sociedad deudora de sus obligaciones con la Hacienda Pública, incurriendo en infracciones tributarias, implica el incumplimiento por parte de los administradores de uno de sus deberes esenciales, cual es llevar o vigilar que se lleve correctamente la contabilidad, y cumplir y velar por el cumplimiento de las obligaciones tributarias. El administrador de la sociedad no puede desligarse de la responsabilidad derivada del incumplimiento de esas obligaciones, pues, en todo caso, debió vigilar que esas obligaciones fueran cumplidas por las personas a quienes se hubiere encomendado tal función » [FD Sexto; en igual sentido, Sentencia de 25 de febrero de 2010 (rec. cas. núm. 5120/2004), FD Primero].

Por lo tanto, el cese en la actividad de la persona jurídica, la existencia de deudas tributarias pendientes y no prescritas, la condición de administrador al tiempo del cese y la declaración de fallido de la sociedad, se erigen en requisitos necesarios para la derivación de responsabilidad por el art. 40.1, párrafo segundo, de la LGT [Sentencia de esta Sala y Sección de 7 de febrero de 2005 (rec. cas. en interés de ley núm. 76/2003), FD Tercero]".

Ninguno de esos requisitos, a excepción de la fecha de cese, se pone en cuestión en el escrito rector del proceso, por lo tanto, la derivación de responsabilidad no merece reproche jurídico.

E igual conclusión resultaría de la aplicación del artículo 43.1.b) de la Norma Foral 2/2005, que señala como responsables subsidiarios de la deuda tributaria a "b) *Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas de éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago*".

Toda vez que el recurrente ostenta el cargo de administrador desde la constitución de la sociedad en el año 1999 y se mantuvo en él cuando se produjo el incumplimiento de las obligaciones tributarias de la deudora principal que ahora le son exigidas, es decir, cuando ésta dejó de ingresar en tiempo y forma las retenciones de trabajo (2002, 2003, 2004 y 2005), y el Impuesto sobre el Valor Añadido (2002, 2003 y 2004), con dejación de los deberes que le son propios de velar por el cumplimiento de las obligaciones fiscales de la sociedad, que determinaría también la responsabilidad del administrador, aun cuando no hubiere transcurrido el plazo previsto en la legislación mercantil para promover su disolución (arts. 104 y 105 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

No obstante la irrelevancia de este último aspecto, para dar íntegra respuesta a los argumentos incluidos en el escrito de ampliación a la demanda, ha de subrayarse que el TEAF no incurre en incongruencia omisiva, en tanto no silencia, sino rechaza la tesis actora, al entender que la obligación de disolver la sociedad surge con el cese en el ejercicio de la actividad, y éste se produce antes de finalizar el primer trimestre del año 2.005.

Por último, no cabe argüir la ilicitud del Acuerdo aquí impugnado en razón de la ausencia de la previa declaración de fallido de una hipotética deudora solidaria, cuando mediante Acuerdo adoptado el 24 de octubre de 2011 por el Jefe de la Unidad de Recaudación, confirmado por el TEAF de Gipuzkoa, se ha declarado a Gorka Restauraciones Construcciones y Contratas, S.L. responsable subsidiaria por sucesión en la explotación o actividad económica, de la deuda tributaria generada por Gorka Multiservicios, S.L.

QUINTO.- En cuanto a la identificación y cuantificación de los débitos derivados, que critica la defensa actora en el cuarto de los motivos impugnatorios, consta en el repetido Acuerdo de 15 de diciembre de 2.011 el importe de la deuda de la que es responsable subsidiario D. Raimundo , que asciende a 578,713,89 euros, cantidad que resulta de deducir de la deuda pendiente de pago generada por Gorka Multiservicios, S.L. -912.074,03 euros-, el importe de los recargos de apremio - 152.395,25 euros-, y las deudas no derivables -180.964,89 euros-; a continuación se consigna el desglose de los distintos conceptos.

De ahí que la alegación actora relativa al ignoto origen de la cantidad adeudada carezca de la menor consistencia.

Por otro lado, la divergencia que señala en el folio 450 del expediente administrativo, no es tal: se calcula en ese folio la deuda total pendiente de la empresa, 912.074,03 euros, que se obtiene de incrementar el importe contraído -762.012,58 euros- con el 20% de recargo, y detracer el total ingresado -2.333,80 euros-.

La diferencia de importes (total 4.939,38 euros) por el concepto retenciones de trabajo 2002, 2003, 2004 y 2005 que aparecen en el acuerdo de derivación, respecto de los que figuran en los folios 108, 113, 115 y 118, responden al incremento del principal con los intereses aplicados en las propias liquidaciones.

Discrepa también del cálculo de los intereses de demora aplicados al Impuesto del Valor Añadido, 2.002, 2.003 y 2.004, empero no discute que esas liquidaciones, pendientes a la fecha de cese, se practicaron el 30 de enero de 2.006, luego, la extensión de los intereses a esa fecha se ajusta al artículo 26 de la NFT de Gipuzkoa, en cuya virtud, son exigibles, entre otros supuestos " c) Cuando se practique una liquidación que regularice la situación tributaria, por el tiempo transcurrido entre la finalización del plazo voluntario de pago y el día en que se practique dicha liquidación".

Sobre el recargo aplicado en el último de esos ejercicios, según resulta del documento incorporado al folio 123 no se corresponde con el recargo de apremio en periodo ejecutivo, no derivable al responsable subsidiario, así, dicho documento "carta de pago" otorga al obligado al pago un mes para el ingreso de la deuda, que transcurrido sin haberlo efectuado, dará inicio al periodo ejecutivo.

Finalmente, debe precisarse que la cuota del Impuesto sobre el Valor Añadido del ejercicio 2005 no aparece incluida como deuda pendiente en el Acuerdo de derivación, y por consiguiente, queda extramuros de este proceso.

Corolario de lo expuesto es la completa desestimación del presente recurso.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.1 LJCA en su redacción vigente a partir de la Ley 37/2.011, de 10 de octubre, resulta preceptiva la imposición de costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación al caso, la Sala (sección Primera), emite el siguiente

FALLO

QUE DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 161/13 INTERPUESTO POR D. ALBERTO ARENAZA ARTABE, PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES Y DE D. Raimundo , FRENTE A LA DESESTIMACIÓN PRESUNTA, POR SILENCIO ADMINISTRATIVO, DE LA RECLAMACIÓN **ECONÓMICO**-ADMINISTRATIVA FORMULADA ANTE EL TRIBUNAL **ECONÓMICO**-ADMINISTRATIVO FORAL DE GIPUZKOA CONTRA EL ACUERDO DEL JEFE DE LA UNIDAD DE RECAUDACIÓN DE LA HACIENDA FORAL, DE 15 DE DICIEMBRE DE 2.011, DE DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA POR LAS DEUDAS TRIBUTARIAS PENDIENTES DE LA MERCANTIL GORKA MULTISERVICIOS, S.L., QUE AMPLÍA A LA RESOLUCIÓN EXPRESA DEL TRIBUNAL **ECONÓMICO**-ADMINISTRATIVO FORAL DE GIPUZKOA, DE 18 DE JULIO DE 2.013, CONFIRMANDO DICHO ACTO. CON PRECEPTIVA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA PARTE ACTORA.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno, sin perjuicio de lo cual, las partes podrán interponer los que estimen pertinentes. Conforme dispone el artículo 104 de la LJCA , en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente



administrativo así como el testimonio de esta sentencia. Hágase saber a la Administración que en el plazo de DIEZ DÍAS, deberá acusar recibo de dicha documentación; recibido éste, archívense las actuaciones.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- 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 Secretario doy fe en Bilbao, a 20 de mayo de 2015.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ