

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 6
Abr. 2011, rec. 272/2009

Ponente: Ornosá Fernández, María Rosario.
Nº de Sentencia: 316/2011
Nº de Recurso: 272/2009
Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

RECAUDACIÓN TRIBUTARIA. Responsables tributarios. Responsabilidad subsidiaria. Administradores de personas jurídicas. Procedimiento frente a responsables. En el acuerdo de derivación de responsabilidad no se hace referencia alguna de forma individualizada y personalizada a la conducta del administrador único de la sociedad y en concreto a que actuaciones no realizó en orden a evitar el incumplimiento por parte de la sociedad de sus obligaciones, máxime cuando por el interesado se alega que hizo todo lo posible para evitar el incumplimiento de las mismas y que fue solicitando diferentes aplazamientos de pago. Motivación insuficiente del acuerdo de derivación de responsabilidad al administrador.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid a 6 de Abril de 2011

T.S.J.MADRID CON/AD SEC.5

MADRID

SENTENCIA: 00316/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE

MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SENTENCIA 316/11

RECURSO NÚM.: 272-2009

PROCURADOR D./DÑA.: CARMEN MONTES BALACHÓN.

Ilmos. Sres.:

Presidente

D. José Alberto Gallego Laguna

Magistrados

D. José Ignacio Zarzalejos Burguillo

Dña. María Rosario Ornosá Fernández

Dña. María Antonia de la Peña Elías

VISTO por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso contencioso administrativo núm. 272/2009, interpuesto por D. Hernan , representado por la Procuradora Dª Carmen Montes Balachón, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de fecha 19 de febrero de 2009 en la reclamación NUM000 , en la que ha sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Doña Carmen Montes Baladrón actuando en nombre y representación de la parte actora, se interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución citada.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.- Continuando el proceso su curso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª María Rosario Ornosá Fernández, quien expresa el parecer de la SALA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la parte actora la Resolución desestimatoria del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, de fecha 19 de febrero de 2009, en la reclamación NUM000 , en la cual se desestimó la reclamación correspondiente al acuerdo de derivación de responsabilidad subsidiaria por deudas de la entidad PARÁMETRO DOCUMÁTICA S. L., por importe de 24.845,73 €.

La parte actora alega en la demanda diferentes motivos de oposición contra la resolución recurrida:

No constan en el expediente, debidamente notificadas, las providencias de apremio a la entidad PARÁMETRO DOCUMÁTICA S. L. cuya responsabilidad pretende derivarse al actor, de ahí que las deudas no cuyo apremio no fue notificado correctamente estarían prescritas. Tampoco constan notificadas las diligencias de embargo y la declaración de fallido.

Caducidad del nombramiento de administrador en la fecha en que se devengaron las deudas exigidas.

Aplicación al supuesto que nos ocupa de la LGT 2003 y por ello, de la necesidad de que la responsabilidad del administrador venga originada por una conducta cuando menos negligente, sin que pueda serle exigida de forma objetiva, debiendo de motivarse su culpabilidad, alegando que, en todo caso, se actuó en todo momento de forma diligente.

La defensa de la Administración General del Estado solicita en la contestación a la demanda la confirmación del acto impugnado.

SEGUNDO.- En primer lugar, debe examinarse lo alegado por el recurrente respecto a que no constan en el expediente, debidamente notificadas, las providencias de apremio a la entidad PARÁMETRO DOCUMÁTICA S. L. cuya responsabilidad pretende derivarse al actor, de ahí que las deudas no cuyo apremio no fue notificado correctamente estarían prescritas.

En tal sentido, se aprecia que en el expediente administrativo que constan notificadas correctamente todas las providencias de

apremio el 20 de febrero de 2003 (folios 1 a 33 de la carpeta 3), al ser desconocida la entidad PARÁMETRO DOCUMÁTICA S. L. y efectuarse posteriormente la notificación de las mismas as través del BOCAM.

Se aprecia también que es cierto lo alegado por el actor en cuanto que las providencias de apremio relativas a las liquidaciones NUM001 y NUM002 no fueron notificadas, ni consta intentada su notificación, a la entidad PARÁMETRO DOCUMÁTICA S. L. Por ese motivo debería estimarse parcialmente el recurso ya que no puede exigirse al actor la responsabilidad derivada de las mismas.

Por otra parte respecto de las diligencias de embargo cabe señalar que constan en el expediente (folios 34 y siguientes las distintas diligencias de embargo que se dictaron y las notificaciones o entregas a las entidades con las que debía entenderse la actuación.

Por otra parte, el art. 37. 5 LGT 1963 exige la previa declaración de fallido de la entidad de la que se pretende derivar la deuda tributaria, sin embargo, dicha declaración de fallido no se exige que sea notificada ni a la entidad respecto de la que se declara ni a los administradores de la misma. Ello no provoca indefensión alguna a la actora en cuanto que es perfectamente posible, en el momento de impugnar la derivación de responsabilidad, que se combata la declaración de fallido, por los motivos que se estimen convenientes.

TERCERO.- Por lo que respecta a la caducidad del nombramiento para el cargo de administrador único que también se alega por el actor en base a que al haber estado inactiva la sociedad durante más de tres años se debió de decretar por el Registrador la disolución de la sociedad, conforme al art. 34 LSRL motivo por el que no se le pueden imputar por la administración conductas correspondientes a ejercicios en los que ya no era administrador de la sociedad.

Debe afirmarse, en primer lugar, que el art. 34 LSRL no se refiere a lo que señala el actor en su demanda y que, en todo caso, el art. 60 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada señala:

"1. Los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración.

2. Cuando los estatutos establezcan plazo determinado, el nombramiento caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado Junta General o haya transcurrido el plazo para la celebración de la Junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior.

No se ha acreditado por el actor que los estatutos de la sociedad estableciesen un plazo para el nombramiento del administrador, motivo por el que se debía de considerar que el mismo tenía carácter indefinido.

Además, que la caducidad no es automática se desprende del artículo 145.1 del Reglamento del Registro Mercantil , en donde al vencimiento del plazo se añade, como requisito, la celebración de Junta General o el transcurso del término para la celebración de la Junta para resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior.

En todo caso, es evidente que los antiguos administradores de derecho de una sociedad deben continuar ejerciendo como administradores de hecho hasta el momento en el que se adopten las medidas legales necesarias para proveer el nombramiento del nuevo o nuevos administradores, al menos hasta la convocatoria efectiva de una nueva junta general. Ello es así por el deber de diligencia exigible a cualquier persona que ocupe ese cargo, ya que el administrador es un auténtico órgano social que forma parte de la estructura propia de la sociedad y no puede sin más producirse su cese, siendo necesario el nombramiento de otro administrador en sus sustitución que haga operativo el funcionamiento y gestión de la sociedad, su representación frente a terceros y asuma la responsabilidad legal que corresponda.

CUARTO.- Se alega, por último, por el actor que resulta de aplicación al supuesto que nos ocupa la LGT 2003 y por ello, el art. 43. 1 b) de la misma que regula la derivación de responsabilidad subsidiaria por cese. Entiende el actor que esa regulación e de aplicación a este supuesto ya que la derivación de responsabilidad se produjo cuando ya había entrado en vigor la nueva LGT y

que por ello era necesario que la responsabilidad del administrador viniese originada por una conducta cuando menos negligente, sin que pueda serle exigida de forma objetiva, debiendo de motivarse su culpabilidad, alegando que, en todo caso, se actuó en todo momento de forma diligente.

El art. 43. 1 b) LGT 2003 determina:

"1. Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:

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."

El TEAR señala en su Resolución que dicho precepto no resulta aplicable a este supuesto puesto que, aunque la derivación de responsabilidad subsidiaria se produjo cuando ya había entrado en vigor el 1 de julio de 2004 la nueva LGT, sin embargo, a efectos de la valoración y calificación de los presupuestos de hecho habilitantes de la misma, señala el TEAR que debe estarse a la regulación vigente en el momento en el que se produjeron, tal como establece la Disposición Transitoria Tercera de la LGT 2003 .

La citada Disposición establece:

"Disposición Transitoria Tercera . Procedimientos tributarios

1. Los procedimientos tributarios iniciados antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior a dicha fecha hasta su conclusión salvo lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. Serán de aplicación a los procedimientos iniciados antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley los siguientes artículos:

a) El apartado 2 del art. 62 de esta Ley , relativo a los plazos de pago en período voluntario, cuando la liquidación administrativa se notifique a partir de la entrada en vigor de esta ley.

b) El apartado 2 del art. 112 de esta ley , relativo a la notificación por comparecencia, cuando las publicaciones se realicen a partir de la entrada en vigor de esta ley.

c) El apartado 3 del art. 188 de esta ley, relativo a la reducción del 25 por ciento de la sanción, cuando el ingreso se realice a partir de la entrada en vigor de esta ley.

También se aplicará la reducción del 25 por ciento prevista en el apartado 3 del art. 188 de esta ley cuando a partir de la entrada en vigor de esta ley se efectúe el ingreso de las sanciones recurridas con anterioridad y se desista, antes del 31 de diciembre de 2004 , del recurso o reclamación interpuesto contra la sanción y, en su caso, del recurso o reclamación interpuesto contra la liquidación de la que derive la sanción.

d) El apartado 3 del art. 212 de esta ley , relativo a los efectos de la interposición de recursos o reclamaciones contra sanciones.

e) El apartado 1 del art. 223 de esta ley , relativo al plazo de interposición del recurso de reposición, cuando el acto o resolución objeto del recurso se notifique a partir de la entrada en vigor de esta ley.

3. Los arts. 15 y 159 de esta ley , relativos a la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, se aplicará cuando los actos o negocios objeto del informe se hayan realizado a partir de la entrada en vigor de esta ley. A los actos o negocios anteriores les será de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria ."

No parece que lo reproducido más arriba establezca nada en absoluto sobre lo afirmado por el TEAR en su Resolución. El principio de seguridad jurídica y el de irretroactividad de las normas en materia tributaria, salvo algunas excepciones, impiden que pueda entenderse que a una derivación de responsabilidad subsidiaria, producida bajo la vigencia de la nueva LGT, le puedan ser

aplicados los principios o criterios vigentes bajo la anterior LGT.

En todo caso, debe hacer constar que, aunque el nuevo art. 43. 1 b) LGT 2003 incluye un párrafo en el que se determina que: *"...siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago."*, lo cierto es que esta Sala ya había determinado con anterioridad (recurso 759/2008) que, bajo la vigencia del art. 40. 1 LGT 1963, tanto el párrafo primero del mismo, como el párrafo segundo, que se refería a la derivación de responsabilidad subsidiaria por cese de la sociedad, debían ser interpretados en el sentido de que era necesaria la motivación de la conducta del administrador en orden a determinar su conducta y a definir el elemento subjetivo constitutivo de la misma, sin que su responsabilidad pudiera definirse, en el supuesto de cese de la sociedad, en términos objetivos sin valorar la actuación concreta y determinada del administrador, sin que por ello fuese posible tal motivación acudiéndose a términos estereotipados y genéricos, debiendo de motivarse por la administración tributaria, cual fue su conducta concreta del administrador, al menos a título de simple negligencia, en orden a no hacer lo necesario para que la sociedad pudiese hacer frente a sus pagos y obligaciones legales.

En tal sentido es preciso recordar los criterios establecidos por la Debe recordarse, además, que conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 2006, dictada en recurso de amparo número 2938/2001 que anuló la sentencia de esta Sala de 14 de enero de 2001 (recurso 3155/97), el acuerdo de derivación de responsabilidad debe incluir la motivación precisa respecto de los elementos considerados en las actuaciones de la Administración, no bastando la simple indicación de que era administrador de la sociedad y la indicación de las deudas. Sin que pueda presumirse su conocimiento de las actuaciones que han derivado en la determinación de la deuda tributaria por la circunstancia de ser administrador de la sociedad, y aunque dicha Sentencia se refiera al supuesto contemplado en el art. 40. 1, párrafo primero, de la antigua LGT no puede dejar de ser de aplicación a los otros supuestos, por la elemental aplicación de los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Poniendo todo esto en relación con el caso que nos ocupa, es preciso señalar que en el acuerdo de derivación de responsabilidad no se hace referencia alguna de forma individualizada y personalizada a la conducta del administrador único de la sociedad y en concreto a que actuaciones no realizó en orden a evitar el incumplimiento por parte de la sociedad de sus obligaciones, máxime cuando por el actor se alega que hizo todo lo posible por evitar el incumplimiento de las mismas y que fue solicitando diferentes aplazamientos de pago. Solamente se señala que *"...se limitó a consentir la paralización de la empresa y el abandono de la actividad que desarrollaba sin advertir a terceros ni liquidar las deudas pendientes."*

Con ello, no puede entenderse cumplido el deber de motivación por parte de la administración y de ahí, que, al apreciarse que ello ha podido producir indefensión en el actor, cabe, conforme a lo previsto en el art. 63 LRJP, acordar la anulación de la resolución impugnada y, en consecuencia, la íntegra estimación del recurso y la anulación de la resolución del TEAR impugnada así como la del acuerdo de derivación de responsabilidad, inicialmente impugnado.

QUINTO.- No se aprecian motivos de temeridad o mala fe a efectos de la imposición de las costas procesales causadas, según lo previsto en el art. 139 LJ.

FALLAMOS

Estimamos íntegramente el recurso formulado por D. Hernan, representado por la Procuradora D^a Carmen Montes Balachón, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de fecha 19 de febrero de 2009 en la reclamación NUM000, acto que anulamos por no ser conforme a derecho, así como el acto administrativo del que traía causa, sin pronunciamiento en costas.

Notifíquese esta resolución conforme dispone el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, expresando que contra la misma no cabe recurso.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, hallándose celebrando audiencia pública

el día 6/04/2011 en la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, lo que certifico.