

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ085491

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Resolución de 17 de febrero de 2022

Sala 3.^a

R.G. 679/2019

SUMARIO:

Responsabilidad derivada del Derecho Tributario. Responsabilidad subsidiaria. Administradores de personas jurídicas. Supuestos. Cese de actividad. Concepto de cese de actividad. Requisitos. La falta de promoción por los administradores de los acuerdos sociales necesarios para una ordenada disolución y liquidación de la sociedad que ha cesado de hecho en sus operaciones, 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 presente caso, el interesado se opone al acuerdo derivativo basado en el artículo 43.1.b) de la Ley 58/2003 (LGT), por considerar que el cese de hecho de la actividad no se ha producido, y que además la Administración señala «vagamente» que el cese se produce en 2012, sin expresar un momento exacto de tal cese.

Sin embargo, el Tribunal considera suficientemente acreditado el cese de hecho de la actividad de la sociedad durante el ejercicio 2012, siendo determinante en este sentido la presentación por la sociedad el 30/6/2012 del modelo 036, dándose de baja en los epígrafes de actividad que venía desarrollando por «fin de actividad».

Por otra parte, en cuanto a alegación de «vaguedad» de la fecha del cese, que la Administración fija en el ejercicio 2012, en este supuesto de derivación, y en lo relativo a la fecha del cese de las actividades, el Tribunal Central, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido manteniendo que no es necesario determinar el cese en una fecha concreta, sino que la determinación puede referirse a un ejercicio determinado. Así, uno de los requisitos básicos que debe acreditar la Administración en este supuesto de derivación de responsabilidad subsidiaria, es la determinación, cuando menos aproximada y referida a un ejercicio económico, del cese de la actividad, señalándose por la Administración que tal cese se ha producido en el ejercicio 2012.

Habría que determinar si se cumplen el resto de requisitos para exigir la responsabilidad instituida en el art. 43.1.b) de la Ley 58/2003 (LGT). En el expediente también se ha acreditado que el interesado en el momento del cese de hecho de la deudora principal era administrador de derecho de la persona jurídica, que en dicho momento existían deudas devengadas y pendientes, y que antes de dictarse el acuerdo, la deudora principal había sido declarada deudor fallido, por lo que quedaría analizar si concurre el elemento subjetivo, es decir, que el administrador no hubiera hecho lo necesario para el pago.

La Administración fundamenta el elemento subjetivo al considerar que, puesto que la situación de insolvencia de la sociedad era irreversible ya desde 2010, los administradores deberían haber instado, con anterioridad a cuando lo hicieron, la declaración de concurso, o bien en 2012, y ante la inexistencia de masa activa, liquidar y disolver la sociedad en lugar de instar el procedimiento concursal.

Para que sea exigible la responsabilidad al Administrador, es necesario que tras el cese (y no antes), el administrador se limite a consentir la paralización de la empresa y el abandono de la actividad, sin liquidar las deudas pendientes. Es evidente que lo apuntado por la Administración no ha ocurrido en el presente caso, pues fijando el cese de hecho en el año 2012, durante ese mismo ejercicio los administradores convocaron la Junta de socios de la sociedad, acordando solicitar el concurso de ésta. Que una vez instado el concurso el Juzgado competente acordase su declaración y simultáneamente la disolución de la sociedad, no supone que a los efectos del componente subjetivo del art. 43.1.b) de la Ley 58/2003 (LGT), la Administración acredite que tal actuación sea negligente, pues la misma debe relacionarse con el momento temporal en el que se ha producido el cese de hecho (2012).

Así las cosas, considera el Tribunal Central que no se ha acreditado por la Administración el necesario elemento subjetivo que permite exigir la responsabilidad instituida en el art. 43.1.b) de la Ley 58/2003 (LGT), por lo que se debe anular el acuerdo de derivación de responsabilidad impugnado. **(Criterio 1 de 1)**

PRECEPTOS:

Ley 58/2003 (LGT), arts. 40, 41, 43, 174 y 176.

En Madrid , se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver el recurso de alzada de referencia.

Se ha visto el presente recurso de alzada contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional (en adelante TEAR) de Madrid de fecha 31 de julio de 2018, en resolución a la reclamación económico administrativa 28-21121-2016, en asunto relativo a declaración de responsabilidad subsidiaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en Madrid (en adelante la Dependencia de Recaudación), se tramita expediente ejecutivo de apremio para el cobro de los débitos contraídos por la entidad mercantil XZ SL, con NIF: ... (en adelante también, la deudora principal).

Con fecha 09/08/2016 se notificó a D. Axy, con NIF: ..., acuerdo de inicio de procedimiento de derivación de responsabilidad, y se le concedió trámite de audiencia en los términos previstos en el artículo 174.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT de 2003) y 124.1 del Reglamento General de Recaudación (en adelante RGR) aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

El 05 de Septiembre de 2016, la Dependencia de Recaudación, declaró al ahora recurrente responsable subsidiario de XZ SL con un alcance de 296.891,21 euros por diversas autoliquidaciones cuyo detalle se señala en el acuerdo derivativo.

En el acuerdo, la Administración señala que habiéndose desarrollado las actuaciones ejecutivas para localizar y, en su caso, trabar los elementos patrimoniales pertenecientes al deudor principal, no se hallaron bienes ni derechos en cuantía suficiente para cubrir el importe de las deudas apremiadas. En consecuencia, por el órgano competente de la A.E.A.T. se procedió a declarar a XZ SL como deudor fallido el 16/03/2016.

Cabe destacar lo señalado por la Dependencia de Recaudación en los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho de su acuerdo (el subrayado es añadido):

"TERCERO: CESE DE HECHO EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD POR LA SOCIEDAD XZ SL (ARTÍCULO 43.1.B) LEY 58/2003)

Examinados los datos obrantes en el expediente, se advierte que la entidad XZ SL, con NIF: ...:

1.- No ha desarrollado ninguna de las actividades que integran su objeto social, tal y como se desprende de la no constancia o irrelevancia de importes declarados/imputados como ingresos/pagos en las declaraciones anuales de operaciones con terceras personas:

(...)

2.- Se dio de baja el 30/06/2012 en las Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, de los epígrafes 933.1 "Enseñanza Conducción Vehículos" y 861.2 "Alquiler Locales Industriales", por el siguiente motivo: FIN DE ACTIVIDAD.

3.- Respecto a sus autoliquidaciones tributarias, En el 2012 ya no constan autoliquidaciones con ingreso, y no se presentan autoliquidaciones desde el ejercicio 2014 (...)

En el 2012 ya no constan autoliquidaciones con ingreso, y no se presentan autoliquidaciones desde el ejercicio 2014.

4.- Consta como dada de baja en la Tesorería General de la Seguridad Social desde 14/11/2012.

5.- No consta la existencia de trabajadores de alta en la Seguridad Social desde enero de 2012, ultimo periodo en el que se presentó el documento TC-1 de cotizaciones de trabajadores.

6.- No constan rendimientos o saldos en las cuentas bancarias de la Entidad, o son de escasa cuantía, desde el ejercicio 2012, ni se verifica la existencia de cuentas desde el 2013:

(...)

De todo lo anterior cabe concluir que la situación de paralización es indefinida e irreversible.

En definitiva, en la entidad XZ SL, con NIF: ..., concurren suficientes circunstancias para considerar que desde al menos el ejercicio 2012 ha cesado en la actividad, ya que, sin haberse extinguido jurídicamente, ha desaparecido el soporte personal y patrimonial de la misma quedando en una situación de total abandono a falta de la preceptiva liquidación.

Por otra parte, y a pesar del cese de hecho en el ejercicio de su actividad al menos desde el ejercicio 2012, en el Registro Mercantil no consta que se haya procedido a la disolución y liquidación ordenada de la sociedad, tal y como exigen los artículos 360 a 363 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital."

(...)

4º. Incumplimiento por parte de los administradores de la sociedad de las obligaciones que les impone la normativa mercantil en el momento de la extinción.

(...)

La conducta reprochable al administrador consiste en el conocimiento por su parte de la existencia de una serie de deudas pendientes con la Hacienda Pública, sin que adopten las medidas necesarias para que, una vez que la sociedad cesa en el ejercicio de su actividad de manera definitiva, aseguren los derechos de los acreedores sociales, entre los que se encuentra naturalmente la Hacienda Pública.

(...)

De los hechos que figuran probados en el expediente se desprende que D. Axy no adoptó ninguna decisión al respecto sino 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. Al no promover la disolución de la sociedad ni el procedimiento concursal, en su caso no realizó los actos necesarios para poder afrontar, en el curso de esos procedimientos, el pago de las deudas tributarias, concurriendo así el elemento subjetivo necesario para poder declarar su responsabilidad.

(...)

TERCERO: CONTESTACIÓN A LAS ALEGACIONES PLANTEADAS DURANTE EL TRÁMITE DE AUDIENCIA

(...)

Alega que la situación de crisis financiera incidió directamente en la actividad empresarial, por lo que a partir de 2009 se empiezan a cerrar centros de enseñanza, así como a la venta del local de que era propietario, y la solicitud de un préstamo ICO de 200.000 euros. Sin embargo, en los años siguientes la situación no mejora, suspendiendo en 2010 contratos de trabajo y haciendo varios expedientes de regulación de empleo, en febrero de 2011 y abril de 2012, cerrando además en esa fecha toda actividad. En mayo de 2012 se convoca a la Junta General Extraordinaria de Socios, y se acuerda plantear el concurso de acreedores, presentada ante los Juzgados de lo Mercantil el día 24 de julio.

(...)

De acuerdo con los datos obrantes a la Administración, XZ SL. tenía deudas con la Hacienda Pública en fase de embargo desde el 8 de septiembre de 2010, siendo la evolución de las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública la siguiente:

Finales de 2010: 154.522,14 euros

Finales de 2011: 320.355,75 euros

Octubre de 2012: 474.366,25 euros

Está claro que la situación de insolvencia del deudor era más que evidente a finales de 2010, aumentando exponencialmente las deudas en 2011 pese a haber traspasado los centros de negocio; y a pesar de dicha situación, en lugar de promover la disolución de la sociedad, o bien el concurso de acreedores en el transcurso de dos meses desde que se conoce dicha situación de insolvencia, tal como dispone el mencionado artículo 5 de la Ley 22/2003, Concursal, no es hasta 2012 cuando se promueve el mismo, cuando ya se han cerrado todos los centros, y por supuesto, no hay masa activa con la que hacer frente a los acreedores de la sociedad.

En el presente caso, el Auto del concurso de acreedores es de fecha ... de 2012.

Dicho Auto acuerda declarar el concurso con carácter voluntario y simultáneamente la conclusión del mismo por insuficiencia de masa activa.

En este sentido, la solicitud de concurso de acreedores tiene como finalidad la satisfacción ordenada de los intereses de los acreedores, es decir, de hacer efectivos los créditos impagados en la medida de lo posible, mediante convenio o liquidación, pero si la masa activa es inexistente o insignificante, queda frustrado dicho fin esencial. La insuficiencia de masa activa hace desaparecer la finalidad esencial del concurso, que es el mantenimiento de la actividad empresarial del concursado y la satisfacción ordenada de sus acreedores, situación que se produce cuando el patrimonio del deudor no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa y no la inexistencia de bienes o derechos. De otro modo, la solicitud de declaración de concurso en una sociedad que carece de bienes no se encuadraría dentro de la realización de las actuaciones necesarias para el pago al no quedar asegurados los derechos de los acreedores sociales.

En el propio Auto del concurso se dispone. "...;acordar la conclusión del concurso por la evidente concurrencia de la causa 3 del apartado 1 del art. 176 de la L.Co", esto es, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa.

Por su parte, el artículo 176 bis de la Ley Concursal está previsto para casos en que la masa activa del concurso ya se ve que es claramente insuficiente ni siquiera para pagar las deudas contra la masa, ni para afrontar

los gastos del propio concurso además, no se preveía la existencia de saldos pendientes de cobro ni acciones de reintegración que incrementaran el activo como así se especifica en el propio Auto.

El párrafo 4 del artículo 176 establece: "4. También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros".

En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 24/03/2015 al disponer que: "Por otra parte, la solicitud de declaración de concurso no era la acción adecuada cuando la entidad administrada carecía de bienes. En efecto, el artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permite a la deudora instar la disolución o el concurso, pero en este caso, y como hemos señalado, la entidad deudora carecía de bienes para hacer frente al pago a los acreedores, por lo que la acción adecuada era acordar su disolución y liquidación ordenada de dicha sociedad, a instancias de su administrador, el cual incumplió dicha obligación".

Y es precisamente esto lo que se ha visto incumplido al no promover esta disolución y liquidación ordenada de la sociedad, y no realizar los actos necesarios para poder afrontar el pago de las deudas como exige el artículo 43.1b) de la LGT al establecer "siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago."

Por tanto, cabe desestimar las alegaciones presentadas y proceder a la derivación de responsabilidad al amparo de lo dispuesto en el art. 43.1.b) de la Ley 58/2003, General Tributaria."

Segundo.

No siendo de su conformidad el acuerdo de derivación de responsabilidad subsidiaria, que fue notificado el 15/9/2016, interpone el 10/10/2016 reclamación económica administrativa ante el TEAR de Madrid, que se ha seguido con el número 28-21121-2016, interesando el día 20/10/2016 la suspensión de la ejecución, que fue denegada en resolución de fecha 23 de marzo de 2018.

El 31/7/2018, el TEAR de Madrid DESESTIMO la reclamación.

Tercero.

No estando de acuerdo con la resolución de la reclamación, que le fue notificada el 19/9/2018, interpone el 18/10/2018 el presente recurso de alzada, aduciendo en síntesis:

-No se ha producido un cese de hecho de la actividad, sino que se ha acudido al procedimiento legalmente establecido para los supuestos de insolvencia cuando existe más de un acreedor con créditos pendientes contra la sociedad. No es argumento válido para justificar la decisión administrativa el hecho de que -como sostiene en el Fundamento Tercero del Acuerdo de Derivación, resulte más o menos (!) claro que la situación de insolvencia pareciera (!) evidente a finales de 2010, incrementándose las deudas en 2011, puesto que en aquel momento la sociedad no había cesado en la actividad. La Administración manifiesta vagamente que el cese de hecho en el ejercicio de la actividad ha tenido lugar "al menos desde 2012", sin concretar más. Como mínimo, resultaría exigible -en su caso- la determinación exacta del momento en que se produjo el cese de definitivo e irreversible de la actividad, algo que no consta en la motivación del Acuerdo de Derivación de Responsabilidad.

-El hecho de que pudiera o no haber incurrido en causa legal de disolución o de obligación de declarar Concurso de acreedores, no conllevaría por sí mismo la derivación de responsabilidad a los administradores al amparo del apartado 1.b) del artículo 43 de la Ley General Tributaria. Es decir; existiendo actividad mercantil -que existió, según reconoce la Administración en todo momento- y por tanto, no habiéndose producido el cese de actividad, no cabe derivar responsabilidad a los administradores con base en el artículo 43.1 b) de la LGT.

-Tampoco resulta aceptable el argumento administrativo en el sentido de que, si en lugar de instarse la declaración de concurso de acreedores se hubiese acordado la disolución y liquidación de la compañía, el resultado hubiese sido distinto. Por una parte, porque si una compañía carece de masa activa, resulta irrelevante el medio por el que se opte para llevar a término su reparto, y por otra parte porque, tampoco ello habilita a la Administración tributaria a derivar responsabilidad al amparo del art. 43.1b) de la LGT. Abundando en el mismo argumento, la Administración no parece tener en cuenta que las deudas que hoy se reclaman a esta parte en virtud del acuerdo de derivación de responsabilidad subsidiaria ya se encontraban en fase de apremio contra el deudor principal. Es decir; con anterioridad a la declaración de la situación de Concurso de Acreedores, la Administración tributaria ya procedió al embargo de todos los bienes y derechos de la compañía XZ -como reconoce en el Fundamento SEGUNDO del Acuerdo de derivación de responsabilidad- sin que le resultase posible cobrarse las deudas pendientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT y se cumplen, en especial, los requisitos de cuantía previstos en la Disposición Adicional decimocuarta de la LGT y el artículo 36 del RGRVA.

Segundo.

Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:

el ajuste a derecho de la resolución impugnada y del acuerdo de derivación de la responsabilidad subsidiaria.

Tercero.

En lo relativo a la responsabilidad tributaria, el artículo 41 de la LGT de 2003, establece:

"1. La ley podrá configurar como responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, a otras personas o entidades. A estos efectos, se considerarán deudores principales los obligados tributarios del apartado 2 del artículo 35 de esta ley.

2. Salvo precepto legal expreso en contrario, la responsabilidad será siempre subsidiaria

3. Salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 42 de esta Ley, la responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria exigida en período voluntario.

(...)

4. La responsabilidad no alcanzará a las sanciones, salvo las excepciones que en esta u otra ley se establezca.

(...)

5. Salvo que una norma con rango de ley disponga otra cosa, la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables requerirá un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance y extensión, de conformidad con lo previsto en los artículos 174 a 176 de esta ley. Con anterioridad a esta declaración, la Administración competente podrá adoptar medidas cautelares del artículo 81 de esta ley y realizar actuaciones de investigación con las facultades previstas en los artículos 142 y 162 de esta ley.

La derivación de la acción administrativa a los responsables subsidiarios requerirá la previa declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios.

(...)"

Así mismo, el artículo 43.1 de la misma ley, señala:

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

(,,)

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 hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago.

(...)"

El artículo 174 de la misma Ley, establece:

"1. La responsabilidad podrá ser declarada en cualquier momento posterior a la práctica de la liquidación o a la presentación de la autoliquidación, salvo que la ley disponga otra cosa.

(...)"

3.El trámite de audiencia previo a los responsables no excluirá el derecho que también les asiste a formular con anterioridad a dicho trámite las alegaciones que estimen pertinentes y a aportar la documentación que consideren necesaria.

4.El acto de declaración de responsabilidad será notificado a los responsables. El acto de notificación tendrá el siguiente contenido:

a) Texto íntegro del acuerdo de declaración de responsabilidad, con indicación del presupuesto de hecho habilitante y las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto.

b) Medios de impugnación que pueden ser ejercitados contra dicho acto, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

c) Lugar, plazo y forma en que deba ser satisfecho el importe exigido al responsable.

5.En el recurso o reclamación contra el acuerdo de derivación de responsabilidad podrá impugnarse el presupuesto de hecho habilitante y las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto, sin que como consecuencia de la resolución de estos recursos o reclamaciones puedan revisarse las liquidaciones que hubieran adquirido firmeza para otros obligados tributarios, sino únicamente el importe de la obligación del responsable que haya interpuesto el recurso o la reclamación.

(...)"

Y el artículo 176 de la misma Ley:

"Una vez declarados fallidos el deudor principal y, en su caso, los responsables solidarios, la Administración tributaria dictará acto de declaración de responsabilidad, que se notificará al responsable subsidiario."

Cuarto.

En lo relativo a la derivación de responsabilidad del artículo 43.1.b) de la LGT de 2003, para derivar la acción administrativa, la norma exige:

1.Persona jurídica que cesa en su actividad.

2.Condición de administrador de hecho o derecho de la persona jurídica en el momento de producirse el cese.

3.Obligaciones tributarias devengadas y pendientes en el momento del cese.

4.Declaración de fallido del deudor principal.

5.Elemento subjetivo: que el administrador no hubiera hecho lo necesario para el pago

No se piense, a la vista de lo que antecede, que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva pura y simple, sino que la imputación de responsabilidad 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 impone la legislación mercantil.

Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1991, la omisión de la obligación de promover la celebración de la Junta para acordar la disolución, "normal y lógicamente exigible en una sociedad con tan grave crisis económica, es lo que precisamente da origen, según ya queda consignado, a la negligencia grave generadora de responsabilidad en el mencionado administrador".

En el ámbito tributario es particularmente grave para los intereses de la Hacienda Pública la falta de apertura de un procedimiento de disolución y liquidación, porque impide que entren en juego otras responsabilidades que actúan a modo de garantía del crédito tributario, como la subsidiaria de los liquidadores, ex artículo 43.1.c) de la Ley General Tributaria de 2003, o la que establece el artículo 40 de la propia Ley.

Así, pues, y en resumen, la falta de promoción por los administradores de los acuerdos sociales necesarios para una ordenada disolución y liquidación de la sociedad que ha cesado de hecho en sus operaciones, 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.

Quinto.

En el presente caso, el interesado se opone al acuerdo derivativo basado en el artículo 43.1.b) de la LGT de 2003, por considerar que el cese de hecho de la actividad no se ha producido, y que además la Administración señala "vagamente" que el cese se produce en 2012, sin expresar un momento exacto de tal cese.

De los elementos de hecho que constan en el expediente, este Tribunal considera suficientemente acreditado el cese de hecho de la actividad de la sociedad durante el ejercicio 2012, siendo determinante en este sentido la presentación por la sociedad el 30/6/2012 del modelo 036, dándose de baja en los epígrafes de actividad que venía desarrollando por "fin de actividad".

Por otra parte en cuanto a alegación de "vaguedad" de la fecha del cese, que la Administración fija en el ejercicio 2012, en este supuesto de derivación, y en lo relativo a la fecha del cese de las actividades, este Tribunal Central, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido manteniendo que no es necesario determinar el cese en una fecha concreta, sino que la determinación puede referirse a un ejercicio determinado. En efecto, en nuestra resolución de fecha 18/7/2019, en el recurso 00/00693/2017, señalábamos en nuestro Fundamento de Derecho CUARTO:

CUARTO.-

(...)

Por otro lado, el reclamante alega que el "cese" ha de referirse a un momento temporal concreto en contraposición a lo declarado por la Administración en el acuerdo de derivación de que dicha situación se produjo a lo largo del año 2009. Ante esto, debemos destacar la Resolución del TEAC 877/2016, en la que se alude concretamente a este aspecto.

Muchas son las sentencias que no sitúan este cese de hecho en un momento temporal concreto, sino a lo largo de un ejercicio, acorde con las 16 16

circunstancias que, a través del mecanismo de la prueba, dejan constancia de esta ausencia de actividad. Entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 24.01.2017 Rec. 3034/2015 señala:

"... en función de las declaraciones y autoliquidaciones tributarias presentadas a la Administración tributaria por la deudora principal, reseñadas detalladamente en el acto administrativo de derivación tributaria y en el antecedente de hecho cuarto de la resolución del TEAC inmediatamente impugnada [Modelos 110, 201 y 300], que no han sido desvirtuadas por la parte demandante, era constatable el cese de la deudora principal en la que constituía su actividad empresarial [Epígrafe 833.2 IAE (RCL 1990, 1999) : Promoción inmobiliaria de edificaciones], desde finales del ejercicio 2003, al dejar de realizar operaciones con terceros. Lo que se erigía en causa de disolución de la sociedad [art. 104.1.d) , Ley 2/1995, de 23 de marzo , entonces vigente], disponiendo los administradores, desde entonces, del plazo de dos meses para la convocatoria de la Junta a efectos de la adopción del acuerdo de disolución [art. 105.1, ídem]. Obligación que el demandante, entonces administrador de la deudora principal, soslayó...(...)".

El TEAC se ha manifestado en el mismo sentido en resoluciones tales como el RG 2893-11 al 2898-2011, en el que se indica que el cese se ha producido a lo largo de un determinado ejercicio, pero no establece ni determina una fecha exacta de tal circunstancia y así se establece en su Fundamento de Derecho Tercero:

"En el presente caso se da el supuesto de responsabilidad previsto en el artículo 43.1.b) de la LGT 2003, ya que concurren los requisitos exigidos para ello: 1) la cesación de hecho de actividad de la deudora principal, que tuvo lugar durante el ejercicio 2006 tal y como se acredita en el expediente de gestión, teniendo la misma obligaciones tributarias pendientes; y 2) la condición de administrador del interesado al tiempo del cese.(...)"

De lo anterior se desprende, que uno de los requisitos básicos que debe acreditar la Administración en este supuesto de derivación de responsabilidad subsidiaria, es la determinación, cuando menos aproximada y referida a un ejercicio económico, del cese de la actividad, señalándose por la Administración que tal cese se ha producido en el ejercicio 2012.

Sexto.

Acreditado el cese de hecho de la actividad de la deudora principal, y enlazando con las alegaciones del interesado, habría que determinar si se cumplen el resto de requisitos para exigir la responsabilidad instituida en el artículo 43.1.b) de la LGT de 2003.

En el expediente también se ha acreditado que el interesado en el momento del cese de hecho de la deudora principal era administrador de derecho de la persona jurídica, que en dicho momento existían deudas devengadas y pendientes, y que antes de dictarse el acuerdo, la deudora principal había sido declarada deudor fallido, por lo que quedaría analizar si concurre el elemento subjetivo, es decir, que el administrador no hubiera hecho lo necesario para el pago.

La Administración fundamenta el elemento subjetivo al considerar que, puesto que la situación de insolvencia de la sociedad era irreversible ya desde 2010, los administradores deberían haber instado, con

anterioridad a cuando lo hicieron, la declaración de concurso, o bien en 2012, y ante la inexistencia de masa activa, liquidar y disolver la sociedad en lugar de instar el procedimiento concursal, apoyando esta última afirmación en una resolución de este TEAC de fecha 24/3/2015.

En este punto, este Tribunal considera conveniente reiterar lo afirmado por la Administración en su acuerdo (Fundamento de Derecho Segundo):

"SEGUNDO: JUSTIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL AMPARO DEL PÁRRAFO B) DEL APARTADO 1 DEL ARTICULO 43 DE LA LEY 58/2003, GENERAL TRIBUTARIA

(...)

De los hechos que figuran probados en el expediente se desprende que D. Axy no adoptó ninguna decisión al respecto sino 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. Al no promover la disolución de la sociedad ni el procedimiento concursal en plazo, tal y como se expone en el apartado siguiente, no realizó los actos necesarios para poder afrontar, en el curso de esos procedimientos, el pago de las deudas tributarias, concurriendo así el elemento subjetivo necesario para poder declarar su responsabilidad.

(...)"

Es decir, que para que sea exigible la responsabilidad al Administrador, es necesario que tras el cese (y no antes), el administrador se limite a consentir la paralización de la empresa y el abandono de la actividad, sin liquidar las deudas pendientes.

Es evidente que lo apuntado por la Administración no ha ocurrido en el presente caso, pues fijando el cese de hecho en el año 2012, durante ese mismo ejercicio los administradores convocaron la Junta de socios de la sociedad, acordando solicitar el concurso de ésta. Que una vez instado el concurso el Juzgado competente acordase su declaración y simultáneamente la disolución de la sociedad, no supone que a los efectos del componente subjetivo del artículo 43.1.b) de la LGT de 2003, la Administración acredite que tal actuación sea negligente, pues la misma debe relacionarse con el momento temporal en el que se ha producido el cese de hecho (2012).

Por otra parte y en lo relativo a lo apuntado por la Administración al contestar a las alegaciones de la recurrente, donde señala que según una "Sentencia" de este TEAC de fecha 24/03/2015 donde se decía que: "(...) la solicitud de declaración de concurso no era la acción adecuada cuando la entidad administrada carecía de bienes (...)", debemos significar que la Dependencia de Recaudación se refiere a nuestra resolución de la citada fecha en el recurso de alzada ordinario RG: 00/08228/2012, que si bien aborda un supuesto de derivación de responsabilidad subsidiaria del artículo 43.1.b) de la LGT de 2003, el supuesto de hecho nada tenía que ver con el del presente caso, pues en el expediente señalado, el cese de hecho de la sociedad deudora principal había concurrido a finales del ejercicio 2008, el 16/6/2009 se notificó al administrador el inicio de un procedimiento de declaración de responsabilidad subsidiaria, y con posterioridad el Administrador solicitó el concurso el 8/7/2009, y el Juzgado de lo Mercantil desestimó la solicitud de declaración de estado de concurso voluntario puesto que "... en consecuencia, si no hay nada que convenir, porque no se pueda pagar las deudas, ni siquiera con una quita y espera en los términos que prevé la ley, y no se puede entrar tampoco en la fase de liquidación, porque no haya nada que liquidar, entonces carece de sentido la misma declaración de concurso, sin perjuicio de que el deudor haya cumplido con su obligación legal de solicitar el concurso".

Es decir, la resolución que cita la Dependencia de Recaudación se refiere a otro caso, que por lo señalado, nada tiene que ver con lo ocurrido en la situación que se analiza en el presente expediente, pues ni solicitud de la declaración de concurso se ha realizado en el ejercicio siguiente al cese de hecho, ni tal solicitud ha tenido lugar tras conocer el responsable el inicio de un procedimiento de derivación contra él, ni tampoco el juez de lo mercantil ha dictado una resolución similar.

Séptimo.

Así las cosas, considera este Tribunal Central que no se ha acreditado por la Administración el necesario elemento subjetivo que permite exigir la responsabilidad instituida en el artículo 43.1.b) de la LGT de 2003, por lo que se debe anular el acuerdo de derivación de responsabilidad impugnado y la resolución del TEAR de Madrid que lo confirmaba, por no ser ajustadas a derecho.

Por lo expuesto,

Este Tribunal Económico-Administrativo

ACUERDA

ESTIMAR el presente recurso.

Fuente: Sitio web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.