

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NFJ089042

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 281/2023, de 7 de marzo de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 4926/2021

**SUMARIO:**

**Responsabilidad derivada del Derecho Tributario. Responsabilidad subsidiaria. Administradores de personas jurídicas. Cese de actividad. Concepto. Administradores de personas jurídicas. Momento en el que debe tenerse la condición de administrador. Cese de actividad.** En el presente caso, el recurrente impugna el acuerdo de derivación de responsabilidad subsidiaria alegando que su mandato estaba caducado y que su cese como miembro del Consejo de Administración se produjo al celebrarse la junta de la sociedad en la que se nombró y tomó posesión un nuevo consejo de administración. A la vista de los rotundos y abundantes razonamientos de la Sala de instancia, es de considerar que está probado -y es insusceptible de casación-, que concurren, claramente, en este caso, todos los elementos necesarios para derivar la responsabilidad subsidiaria del art. 43.1.b) LGT al administrador. La condición de administrador de hecho, que explica la sentencia que solo puede perderse, o con el nombramiento de nuevo administrador, o con el conocimiento del cese formal -no con el agotamiento del mandado por caducidad, pues las obligaciones, mercantiles, fiscales y de toda índole, prosiguen. El cese en la actividad de la empresa: lo que sustenta la Sala en numerosos datos que lo acreditan, en relación con los decrecientes ingresos, hasta su virtual inexistencia, la disminución drástica del número de los trabajadores y la total inactividad empresarial. Se trata, en todo caso, de un dato de hecho valorado como prueba por la Sala de instancia. La culpa o negligencia: Deriva también de lo que se ha transcrito de la sentencia. Se dejaron de hacer autoliquidaciones de ejercicios anteriores al cese y durante el periodo en que el administrador debía entenderse aún como administrador, al menos, las que se describen en el cuerpo de la sentencia impugnada, anteriores al cese de dicho administrador y no satisfechas. No basta la convocatoria de Junta General para nombrar nuevos administradores para deducir que ello priva de la condición de administrador -de hecho o de derecho-, a efectos del art. 43.1 LGT. Además, el objeto de que sean nombrados nuevos administradores puede ser insuficiente, como indica el auto de admisión, cuando concurre causa de disolución que habría obligado a otra convocatoria de Junta con otro objeto y otro orden del día, para acordar la disolución de la sociedad que está inactiva. Esta pasividad de no convocar Junta para disolver puede reforzar la negligencia, en el sentido que fija nuestra jurisprudencia, especialmente la STS de 4 de octubre de 2016 recurso n.º 3215/2015 (NFJ064091). La Sala concluye a partir de los hechos probados en la sentencia de instancia, no aptos para ser alterados ni discutidos en casación, estableciendo que a los efectos del supuesto de responsabilidad tributaria previsto en el art.43.1.b) LGT, es exigible a un administrador social cuyo cargo ha caducado que convoque puntual y diligentemente la junta general para el nombramiento de los nuevos integrantes del órgano de administración, en las circunstancias que concurrían en el asunto debatido. Conforme a lo establecido en la legislación mercantil, es preceptivo para quien se mantiene en la condición de administrador que proceda, además, al concurrir causa legal de disolución tras la celebración de aquella junta general, a convocar una nueva junta general para acordar la disolución de la sociedad, ex art. 365 de la Ley de Sociedades de Capital, o a solicitar su disolución judicial en su condición de interesado, ex art. 366 de la Ley de Sociedades de Capital. Si bien la inscripción registral no es constitutiva y, por tanto, requisito de validez del nombramiento del nuevo órgano de administración, conforme reiterada jurisprudencia, tanto civil como administrativa, los efectos frente a terceros del cese acordado no se producen hasta que sean conocidos por éstos, normalmente a través de la publicidad que brinda el Registro Mercantil. Atendida la fecha en que el cese de la actividad empresarial fue establecido por la sentencia *a quo*, en abril de 2013, aun debía considerarse como administrador de la sociedad al recurrente y, en tal carácter, debe reputarse negligente su conducta, a efectos de su incardinación en la causa de responsabilidad subsidiaria del art. 43.1.b) LGT. Así, partiendo ineludiblemente tanto del cese de las actividades de la sociedad como de la existencia de obligaciones tributarias devengadas y pendientes en el momento del cese, no hizo el administrador lo necesario para su pago [Vid., ATS de 20 de abril de 2022, recurso n.º 4926/2021 (NFJ086025) y SAN de 14 de abril de 2021, recurso n.º 1805/2019 (NFJ083628) que se confirma]

**PRECEPTOS:**

Ley 58/2003 (LGT), art. 43.

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 171, 222, 363, 365 y 366..

**PONENTE:**

*Don Francisco Jose Navarro Sanchis.*

Magistrados:

Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ  
Don FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS  
Don RAFAEL TOLEDANO CANTERO  
Don DIMITRY TEODORO BERBEROFF AYUDA  
Don MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 281/2023

Fecha de sentencia: 07/03/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4926/2021

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 28/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 7

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4926/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 281/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Antonio Montero Fernández, presidente

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda

D.ª Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 7 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Segunda por los Excmos. Sres. Magistrados que figuran indicados al margen, el recurso de casación nº 4926/2021, interpuesto por el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia, en nombre y representación de DON Germán , contra la sentencia de 14 de abril de 2021, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 18052019. Ha comparecido como recurrido el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Resolución recurrida en casación y hechos del litigio.

1. Este recurso de casación tiene por objeto la mencionada sentencia de 14 de abril de 2021, en que se acuerda, literalmente, lo siguiente:

"[...] 1º.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo número 1805/2018, que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Séptima, ha promovido D. José Luis Martín Jaureguibeitia, Procurador de los Tribunales y de D. Germán, contra la Resolución identificada en el encabezamiento de esta Sentencia, la cual se confirma por ser conforme a derecho.

2º.- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas en esta instancia [...]"

#### **Segundo.**

Preparación y admisión del recurso de casación.

1. Notificada dicha sentencia a las partes, el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia, en la indicada representación, presentó escrito de 17 de junio de 2021, de preparación de recurso de casación.

2. Tras justificar los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la sentencia, se identifican como normas jurídicas infringidas:

-El artículo 24 de la Constitución Española (CE) y el artículo 283 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

- El artículo 43.1.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

3. La Sala a quo tuvo por preparado el recurso de casación mediante auto de 25 de junio de 2021, que ordenó el emplazamiento de las partes para comparecer ante este Tribunal Supremo. El procurador Sr. Martín Jaureguibeitia ha comparecido el 5 de julio de 2021; y el Abogado del Estado lo ha hecho el 29 de julio de 2021, ambos en el plazo de 30 días del artículo 89.5 LJCA.

#### **Tercero.**

Interposición y admisión del recurso de casación.

1. La sección primera de esta Sala admitió el recurso de casación en auto de 20 de abril de 2022, en que aprecia la concurrencia del interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, en estos literales términos:

"[...] Determinar si, a los efectos del supuesto de responsabilidad tributaria del artículo 43.1.b) de la Ley General Tributaria , resulta exigible a un administrador con cargo caducado y que ha convocado la junta general para el nombramiento de los nuevos integrantes del órgano de administración, que proceda adicionalmente, como consecuencia de la concurrencia de una causa legal de disolución sobrevenida a la celebración de aquella junta general, a convocar una nueva junta general para acordar la disolución de la sociedad, ex art. 365 de la Ley de

Sociedades de Capital , y/o a solicitar su disolución judicial en su condición de "interesado", ex art. 366 de la Ley de Sociedades de Capital [...].

2. El procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia, en la representación del recurrente, interpuso recurso de casación en escrito de 13 de junio de 2022, solicitando del Tribunal Supremo:

"[...] dicte en su día Sentencia por la que acuerde:

1º) La estimación del presente recurso de casación, con la consecuente casación y anulación íntegra de la Sentencia de 14 de abril de 2021, de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la que se desestimaba el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 28 de febrero de 2019, desestimatoria de la reclamación formulada contra el Acuerdo de la Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación Especial de Madrid de la AEAT, de 20 de noviembre de 2015, por el que se declara responsable subsidiario de las deudas tributarias de la sociedad de la que fue administrador a D. Germán, por importe de 555.340,91 euros.

2º) Correlativamente, el reconocimiento de la inexistencia de una conducta negligente imputable a D. Germán durante el periodo que fue administrador caducado de la sociedad NEW WORLD FILS INTERNATIONAL, S.A., y, consecuentemente, la imposibilidad de derivarle responsabilidad alguna por las deudas tributarias de aquella [...]."

#### **Cuarto.**

Oposición al recurso de casación.

El Abogado del Estado, emplazado como recurrido en este recurso de casación, presentó escrito de oposición el 22 de julio de 2022, donde solicita, tras la propuesta de doctrina al efecto, lo que sigue:

"[...] Sobre esa base, desestime ya el recurso y confirme la sentencia recurrida así como la resolución del TEAC de 28 de febrero de 2019, que desestimó la reclamación formulada por el recurrente contra el Acuerdo de la Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación Especial de Madrid de la AEAT, de fecha 20 de noviembre de 2015, en relación con un procedimiento de responsabilidad subsidiaria del artículo 43.1.b) LGT/2003 [...]."

#### **Quinto.**

Vista pública y deliberación.

Esta Sección Segunda no consideró necesaria la celebración de vista pública - artículo 92.6 LJCA-, quedando fijada la deliberación, votación y fallo de este recurso el 28 de febrero de 2023, día en que efectivamente se deliberó, votó y falló, con el resultado que seguidamente se expresa.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Objeto del presente recurso de casación.

El objeto de este recurso de casación consiste, en determinar, con miras a la formación de jurisprudencia por su valor casacional, si a los efectos del supuesto de responsabilidad tributaria del artículo 43.1.b) de la Ley General Tributaria, resulta exigible a un administrador con cargo caducado y que ha convocado la junta general para el nombramiento de los nuevos integrantes del órgano de administración, que proceda adicionalmente, como consecuencia de la concurrencia de una causa legal de disolución sobrevenida a la celebración de aquella junta general, a convocar una nueva junta general para acordar la disolución de la sociedad, ex art. 365 de la Ley de Sociedades de Capital, o a solicitar su disolución judicial en su condición de "interesado", ex art. 366 de la Ley de Sociedades de Capital.

Se impugna en casación la sentencia de 14 de abril de 2021, dictada por la Sección Séptima de la Sala C-A de la Audiencia Nacional, recurso nº 1805/2019, desestimatoria de dicho recurso, interpuesto por el Sr. Germán.

El acto recurrido en la instancia es la resolución del TEAC de 28 de febrero de 2019, que desestima la reclamación contra el Acuerdo de la Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación Especial de Madrid de la AEAT, de 20 de noviembre de 2015, sobre declaración de responsabilidad subsidiaria del art. 43.1.b) de la LGT, por importe de 555.340,91 euros.

#### **Segundo.**

Hechos sobre los que hemos de pronunciarnos, según derivan de la sentencia de instancia y del auto de admisión.

El auto de admisión refleja los hechos relevantes a efectos del trámite de admisión del presente recurso de casación:

"[...] Un análisis del expediente administrativo y de las actuaciones judiciales nos lleva a destacar, como datos importantes para decidir sobre la admisión a trámite del recurso de casación, los siguientes:

1º. Acuerdo de derivación de responsabilidad tributaria.

El 15 de septiembre de 2015, la Dependencia de Recaudación de la Delegación de Madrid de la AEAT dictó que declaró responsable subsidiario a don Germán, del artículo 43.1.b) LGT, de las deudas de la entidad New World Films International, S.A. de cuyo consejo de administración había sido miembro.

Recurrido el anterior acuerdo en reposición, la Dependencia Regional de Recaudación dictó resolución desestimatoria con fecha 20 de noviembre de 2015.

2º. Reclamación económico-administrativa.

Frente al anterior acto se interpuso reclamación, desestimada por resolución del TEAC, de 26 de febrero de 2019, que a los efectos que ahora interesan, señala:

"ANTECEDENTES DE HECHO [...]"

#### **Sexto.**

El acuerdo de derivación concluye el cese de hecho en el ejercicio de la actividad por la entidad desde principios de 2013, de acuerdo a varios hechos:

[...].

FUNDAMENTOS DE DERECHO [...]"

#### **Sexto.**

[...] Existen indicios que permiten mantener la conclusión a la que llegó la Administración sobre el cese de hecho de la entidad [...].

#### **Noveno.**

[...] El reclamante señala que cumplió con su obligación al convocar Junta para dotar de nuevo órgano de Administración, pero lo cierto es que lo hizo una vez pasado un lapso de tiempo más que considerable, teniendo en cuenta la caducidad de los cargos en fecha 24 de marzo de 2009 y siendo celebrada la Junta General de Accionista según señala en sus alegaciones el 28 de junio de 2012, siendo los acuerdos adoptados elevados a público el 1 de marzo de 2013, e inscritos en el Registro Mercantil el 4 de julio de 2013. Ello no se puede entender como la única posibilidad de actuación que tiene frente al cese de la actividad de la entidad.

En apoyo de sus pretensiones refirió el artículo 171 de la [Ley de Sociedades de Capital] que recoge:

"En caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes, cualquier socio podrá solicitar del Secretario judicial y del Registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los administradores.

Además, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto."

El artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital, señala que:

"1. La sociedad de capital deberá disolverse:

a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.

[...]

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento [...]"

De lo que se puede extraer que la sociedad estaba incurso en causa de disolución por cese de la actividad, encontrándose los órganos sociales a su vez paralizados, ya que de acuerdo con sus estatutos, la representación estaba cedida a un Consejo de Administración integrado por un número de miembros que no podrá ser inferior a tres ni superior a diez.

El artículo 365 señala el deber de convocatoria de los administradores:

"1. Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso.

Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente.

2. La junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constare en el orden del día, aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa."

Asimismo, procede señalar que ante el cese de la entidad, cuyo órgano de Administración se encontraba paralizado, como ocurre en el presente caso, podría haber sido obtenida la disolución de la entidad de acuerdo con el artículo 366 de la Ley de Sociedades de Capital que señala:

"1. Si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad.

2. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado.

La solicitud 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."

De acuerdo a lo expuesto procede desestimar las alegaciones presentadas por el reclamante y confirmar el acuerdo de derivación dictado".

3º. Recurso contencioso-administrativo.

Contra la anterior resolución, el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo que se tramitó con el número 1805/2019 ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

La ratio decidendi de la sentencia sobre este particular se contiene en el fundamento jurídico quinto con el siguiente tenor literal:

"QUINTO.- Sobre el elemento subjetivo.

El actor rechaza que exista una conducta reprochable en el ejercicio de su cargo.

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

En el recurso que se está enjuiciando, es necesario la concurrencia de culpabilidad, en el sentido de que se le reproche al administrador una conducta carente de la diligencia exigible para llevar a cabo la disolución y liquidación de la sociedad, o, lo que es lo mismo, para poner a la sociedad en condiciones de cumplir las obligaciones tributarias pendientes, ya sea promoviendo su disolución o el procedimiento concursal correspondiente y realizando las actuaciones necesarias para poder afrontar el pago [...].

El demandante tenía la obligación de haber adoptado las medidas necesarias, entre las que se encontraba instar la disolución de la sociedad como consecuencia del cese del ejercicio de la actividad.

El art. 366 de la LSC habilita a cualquier interesado a instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil.

Frente al cese de la actividad de la entidad y su obligación de convocar la junta general, lo único que hizo fue convocar una junta que fue celebrada el 28 de junio de 2012, siendo los acuerdos adoptados elevados a públicos, el 1 de marzo de 2013.

Ello, como razona el TEAC, no cabe entender como la única posibilidad de actuación que tiene frente al cese de la actividad de la entidad. La única conclusión posible es que no realizó los actos necesarios para poder afrontar, el pago de las deudas tributarias, concurriendo así el elemento subjetivo necesario para poder declarar su responsabilidad.

En palabras de la Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, dictada en el recurso núm 6329/2010 " La culpa del administrador social que legitima la exigencia de responsabilidad al mismo para el pago de todos los conceptos adeudados por la sociedad frente a la Hacienda Pública, no es, como en el supuesto del párrafo 1º del artículo 40.1 de la Ley General Tributaria , la concurrencia de culpa en la comisión de la infracción (sin perjuicio de que esta culpa pueda concurrir en la misma persona, máxime en un caso como el que nos ocupa en el que era administrador único de la entidad), sino la culpa implícita en haber permitido un cese de facto desordenado de la actividad social, existiendo deudas pendientes frente a la Hacienda Pública, incumpliendo las obligaciones y responsabilidades que tanto la ley mercantil como la ley fiscal establecen para estos supuestos respecto de los administradores."

Por las razones, expuestas Sala debe desestimar el presente recurso contencioso-administrativo".

La citada sentencia constituye el objeto del presente recurso de casación".

"[...] TERCERO. Marco jurídico.

1. A estos efectos, el recurrente plantea la necesidad de interpretar el artículo 43.1.b) de la LGT, que dispone:

"1. 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 hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago".

2. También será procedente tener en consideración los siguientes preceptos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

2.1. El artículo 171 que, bajo la rúbrica "Convocatoria en casos especiales", dispone:

"En caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes, cualquier socio podrá solicitar del Secretario judicial y del Registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los administradores.

Además, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto".

2.2. El artículo 222, en relación con la caducidad del nombramiento de los administradores, establece:

"El nombramiento de los administradores 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".

2.3. El artículo 363, con título "Causas de disolución", dispone en su apartado 1º:

"1. La sociedad de capital deberá disolverse:

a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.

b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.

c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.

g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos".

2.4. El artículo 365 determina que:

"1. Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso.

Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente.

2. La junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constare en el orden del día, aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa".

2.5. Finalmente, el artículo 366 dispone:

"1. Si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad.

2. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado.

La solicitud 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".

Continúa el auto reflejando la jurisprudencia de esta Sala en relación con el artículo 43.1.b) LGT:

"[...] En efecto, la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación con el supuesto de responsabilidad tributaria hoy controvertido ( artículo 43.1.b) LGT), así como su precedente ( artículo 40.1, 2º, LGT de 1963). En dichos pronunciamientos se ha señalado, entre otras cuestiones y a los efectos que ahora interesan, que la responsabilidad tributaria contemplada en dicho precepto es de carácter subjetivo por lo que resulta exigible la existencia de una conducta al menos negligente del administrador. La sentencia de 4 de octubre de 2016 (RCUD nº 3215/2015), FJ 6º, indica en este sentido:

"[...] la responsabilidad del administrador no puede entenderse en los supuestos de cese en la actividad de la entidad de forma objetiva, ya que dicha responsabilidad no puede derivar sólo de la existencia de unas deudas tributarias, sino que la misma ha de tener su fundamento en la conducta al menos negligente del administrador que omite la diligencia precisa para poner a la sociedad en condición de cumplir las obligaciones tributarias pendientes y, en su caso, llevar a efecto la disolución y la liquidación de la sociedad, haciéndose partícipe con la sociedad del incumplimiento de la obligación tributaria, debiendo predicarse la negligencia no respecto del cumplimiento de las obligaciones en el momento en que estas surgen sino respecto de la conducta posterior. Es pues, necesario que se haya producido por parte del administrador de la sociedad una omisión de la diligencia precisa para llevar a efecto la disolución y liquidación ordenada de aquella. La conducta reprochable consiste en el conocimiento de la existencia de deudas pendientes con la Hacienda 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 encuentran naturalmente la Hacienda. Esta Sala en su sentencia de 22 de septiembre de 2008 (casa. unif. doctrina 40/2004) ha afirmado que la LGT 58/2003 ha remarcado la idea de que para exigir la responsabilidad del administrador en estos casos de responsabilidad subsidiaria se precisa de una concreta conducta obstativa para el pago de las deudas tributarias pendientes".

En relación con la omisión de la diligencia debida, la sentencia de 9 de mayo de 2013 (rec. 6329/2010) FJ 4º.4, indica:

"Nos encontramos así ante un supuesto de derivación de responsabilidad tributaria al administrador social, por la vía del artículo 40.1º, párrafo 2º, de la Ley General Tributaria de 1963, esto es, por haberse producido un cese de facto, desordenado, de la actividad social, existiendo deudas pendientes frente a la Hacienda Pública, sin que el administrador --en este caso administrador único-- de la sociedad deudora hubiera siquiera intentado esa ordenada liquidación de la sociedad, acudiendo incluso, si ello hubiera sido preciso, al correspondiente expediente concursal.

Nuestra legislación mercantil obliga al administrador social a procurar por todos los medios a su alcance la disolución y liquidación ordenada de la sociedad cuando concurra causa de disolución, así como a procurar la declaración de la sociedad en concurso (anteriormente en suspensión de pagos o quiebra según procediera) si el déficit patrimonial obligara a dicha medida complementaria, debiendo a estos efectos el administrador social convocar la correspondiente Junta de Accionistas o Socios.

La culpa del administrador social que legitima la exigencia de responsabilidad al mismo para el pago de todos los conceptos adeudados por la sociedad frente a la Hacienda Pública, no es, como en el supuesto del párrafo 1º del artículo 40.1 de la Ley General Tributaria, la concurrencia de culpa en la comisión de la infracción (sin perjuicio de que esta culpa pueda concurrir en la misma persona, máxime en un caso como el que nos ocupa en el que era administrador único de la entidad), sino la culpa implícita en haber permitido un cese de facto desordenado de la actividad social, existiendo deudas pendientes frente a la Hacienda Pública, incumpliendo las obligaciones y responsabilidades que tanto la ley mercantil como la ley fiscal establecen para estos supuestos respecto de los administradores".

Por su parte, la sentencia de 7 de marzo de 2016 (rec. 1300/2014), FJ 6º.2.C, señala, en relación con aquellos casos en los que los administradores se encuentran con el cargo caducado, lo siguiente:

"Se ha de añadir, sin embargo, frente al argumento de que después de la caducidad de los cargos no se adoptó acuerdo alguno, ni se celebró ninguna Junta, lo que afirmamos en la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2013, en el recurso de casación 4486/2012), relativa a la derivación de responsabilidad subsidiaria a otro administrador de [...], por las mismas deudas tributarias que las aquí contempladas. Allí hemos dicho (FJ 5º) que, rectamente entendidos los artículos 126.3 y 145.1 del Reglamento del Registro Mercantil, prescriben el momento en el que ha de entenderse caducado el nombramiento de un administrador cuyo mandato ha expirado, pero no se deriva de los mismos que esa caducidad determine la automática pérdida de la condición de administrador. Recordábamos que en otra sentencia anterior [de 18 de octubre de 2010 (casación 2733/06, FJ 3º)] habíamos indicado que la seguridad en el tráfico mercantil justifica que el mero hecho de la caducidad del nombramiento por el transcurso del tiempo previsto para el mandato no implique automáticamente la pérdida de la condición de administrador, quedando quien la ostente obligado a adoptar las medidas oportunas para que se nombre a otro, en caso de que no desee continuar, o para que se revoque su nombramiento...".

3. En el presente caso, sin embargo, la cuestión planteada parte del hecho aceptado en la sentencia de instancia de que el administrador, que se encontraba con el cargo caducado, sí había convocado la junta general con el objeto de que se nombraran nuevos administradores. Y, en este contexto, la sentencia confirma la resolución del TEAC en la que se considera que el administrador, además de convocar aquella junta, debía haber realizado otras actuaciones y, en particular, convocar, al amparo del artículo 365 de la LSC, la junta general para adoptar el acuerdo de instar el concurso o el acuerdo de disolución por concurrir las causas legales de disolución del artículo 363.1, letra a) (cese de actividad) y d) (paralización de los órganos sociales), así como, en su caso, la solicitud de disolución judicial en su condición de interesado, de conformidad con el artículo 366.1 LSC.

...se hace conveniente un pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que analice la cuestión con interés casacional señalada, teniendo en consideración, adicionalmente, que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha indicado (i) que los administradores cesantes, mientras no haya otro administrador nombrado, deben no sólo convocar la junta para cubrir la vacante, sino también atender, en el interregno, a las necesidades de gestión y representación de la sociedad [ SSTS Sala Primera de 25 de mayo de 2021 (rec. 5345/2018), FJ 5º. 4; y de 23 de octubre de 2009 (rec. 199/2005), FJ 3º], (ii) que, como regla general, resulta irregular la convocatoria de la junta general por los administradores con cargo caducado, salvo que se realice con el objeto de nombrar a los sustitutos y sin perjuicio de que en la convocatoria se introduzcan otros asuntos [ vid. sentencia de 9 de diciembre de 2010 (rec. 903/2007), FJ 5º] y (iii) se ha afirmado que la responsabilidad que la legislación mercantil impone a los administradores por incumplir la obligación de convocar en plazo la junta general por concurrir una causa legal de disolución es, en principio, exigible a los administradores de derecho, pero no a los de hecho [ vid. sentencia de 28 de abril de 2006 (rec. 3287/1999), FJ 2º, in fine...".

## Tercero.

La fundamentación de la sentencia de instancia.

La sentencia de instancia contiene, en su fundamentación jurídica, una muy amplia descripción, fundada en prueba, de los hechos esenciales -cese de la actividad, condición de administrador de hecho y la culpa o negligencia en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias-, en estos términos:

"[...] PRIMERO.- Objeto del recurso.

...Las deudas que se le exigen por derivación de responsabilidad subsidiaria se corresponden con las liquidaciones detalladas en el apartado segundo de los antecedentes de hecho del acuerdo de derivación, que abarca desde el año 2009 al año 2012 (de este último, sólo un trimestre).

Al no ser satisfechas las cantidades pendientes en periodo voluntaria de pago, se exigieron mediante procedimiento de apremio. Se realizaron actuaciones tendentes al cobro de las deudas.

...New World Films International SA fue declarada fallida mediante acuerdo de 6 de marzo de 2015.

La responsabilidad subsidiaria al amparo del artículo 43.1.b) de la LGT se deriva por considerar la Administración Tributaria que la entidad "New World Films International SA" cesó su actividad en 2013, sin haberse extinguido jurídicamente, ni haber promovido la disolución y liquidación ordenada de acuerdo a los artículos 360 a 363 del Real Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital.

La Administración concluye que se produjo el cese de hecho en el ejercicio de la actividad, de acuerdo a varios hechos:

- No ha desarrollado desde el 2013 actividades que integran su objeto social... se desprende de la progresiva y drástica disminución en las facturas expedidas imputadas del modelo 340 relativo al libro registro de IVA. El volumen de facturas ha caído desde 2009 (1.656.415,67 euros). En el ejercicio 2013 consta un total de 91.739,02 euros, que corresponde con una factura emitida el 1 de julio de 2012.... el importe de facturación emitido del ejercicio 2013 sería de 24,70 euros.

- En el ejercicio 2012 consta en la base de datos de la AEAT, la entidad es titular de 25 cuentas bancarias, constando con saldo positivo a 31 de diciembre una de ellas por importe de 2,19 euros, y el resto el saldo es 0,00 euros o negativo. En 2013 mantiene 14 cuentas, sin que ninguna de ellas tenga saldo positivo a 31 de diciembre, situación que se repite en los datos de 2014, manteniendo 13 cuentas bajo su titularidad.

- En las contestaciones a las diligencias de embargo de créditos realizadas por la Administración, los clientes manifiestan que no mantienen créditos pendientes de pago, ni la existencia de contratos en vigor. Así lo refieren entidades como DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL o YELMO FILMS S.L., como recoge de manera más extensa el acuerdo de derivación.

- El último ingreso que ha realizado la sociedad se corresponde con el modelo 111 2T de 2014, por importe de 936,69 euros de 20 de julio de 2014.

- Siguió presentando retenciones trimestrales de muy reducido importe desde el 2012, pero todos los indicios llevan a concluir que carece de una plantilla de trabajadores mínima para el desempeño de cualquier actividad económica: desde la presentación del TC1 para la liquidación de las cuotas del régimen General de la Seguridad Social correspondiente al mes de diciembre de 2012 solo ha presentado el modelo correspondiente al mes de marzo de 2013, y mayo y junio de 2014.

- En el modelo 347 de operaciones con terceros correspondiente al ejercicio 2013, no declara ninguna compra, y la única declarada en el modelo 347 se imputa a la entidad ALAS FILMS, que está vinculada con el deudor, a través de la persona de D. Agapito.

- Los préstamos hipotecarios de su titularidad se encuentran con capitales vencidos y pendientes de pago, por lo que la entidad bancaria ha iniciado procedimiento de ejecución hipotecaria sobre los bienes gravados por

dichas hipotecas cuya titularidad corresponde a ALAS FILMS, entidad vinculada a New World Films International SA.

- No presenta declaración por el impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2013.

- De acuerdo con el Instituto de Cinematografía y Artes Audiovisuales, organismo adscrito al Ministerio de Cultura y Deporte, la última operación registrada a nombre del deudor data de 1 de julio de 2010, la fecha de estreno de la película en la que consta la entidad como distribuidora es la película nº 149710 SECRETO DE LA ULTIMA LUNA MOGNACRE, EL. A partir de esa fecha no tiene constancia de que la entidad haya realizado la distribución de ninguna otra obra cinematográfica, ni en salas de cine ni en otros circuitos no cinematográficos.

- En el Registro Mercantil no consta que se haya procedido a su disolución y liquidación.

El demandante ha formado parte del Consejo de Administración de la entidad, desde su nombramiento en Junta Extraordinaria de 18 de abril de 2007, acuerdo que se elevó a escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil el 6 de junio de 2007.

No se dio publicidad a terceros del cese efectivo del demandante como miembro del Consejo de Administración hasta la elevación a público de su cese mediante la escritura de 1 de marzo de 2013, inscrita en el Registro Mercantil, el 4 de julio de 2013.

Por tanto, la Administración concluyó que la entidad cesó en su actividad en 2013, sin haberse extinguido jurídicamente y tampoco consta que se haya procedido a la disolución y liquidación ordenada de la sociedad de acuerdo con los arts. 360 a 363 de la Ley de Sociedades de Capital.

### **Segundo.**

Pretensión y alegaciones de la parte demandante y de la parte demandada.

...Sobre el momento del cese de actividad de la sociedad obligada principal, alega que no existe prueba sobre el cese de actividad a principios de 2013....

Por último, afirma que no ha existido un comportamiento culpable o negligente: se trata del último consejero con cargo vigente, carecía de funciones ejecutivas, y lo que hizo, convocar al amparo de lo establecido en el art. 171 de la LSC, demuestran que el comportamiento del recurrente debe calificarse de impecable.

La Administración demandada se opone al recurso e interesa su desestimación. Sobre el momento del cese del recurrente como administrador de la sociedad deudora tributaria, afirma que esta alegación no puede estimarse " ya que si bien es cierto que la inscripción registral del cese no tiene carácter constitutivo, no lo es menos que, tal y como exige reiterada jurisprudencia, es preciso que el cese tenga trascendencia frente a terceros, no siendo de pública y notoria la modificación del órgano de administración hasta la elevación a públicos de los acuerdos de la Junta General, lo cual tuvo lugar el 1 de marzo de 2013" . Sobre el momento de cese de la actividad de la deudora tributaria, sostiene que existen muchos indicios que permiten llegar a la conclusión de que -de facto- dicho cese en la actividad de la empresa tuvo lugar a principios de 2013. Finalmente, sobre la responsabilidad del demandante, afirma que no cabe calificar de diligente cuando el funcionamiento de la sociedad deudora principal estuvo prácticamente paralizado desde la caducidad del mandato 2009 y la convocatoria de la junta general en 2012.

### **Tercero.**

Sobre la condición de miembro del Consejo de Administración al tiempo del cese de la actividad de la deudora principal.

1.- La parte demandante defiende que no tenía la condición de miembro del Consejo de Administración de la deudora principal en la fecha del cese de la actividad, porque el cese efectivo se produjo el 28 de junio de 2012 cuando se celebra una Junta dónde se nombra a un nuevo consejo de administración y la ley vincula la caducidad con la celebración de la Junta ( art. 222 de la LSC).

...El art. 222 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, establece: " El nombramiento de los administradores 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."

3.- Del expediente administrativo se obtienen los siguientes datos fácticos de interés:

La entidad New World Films International SA se constituye el 14 de diciembre de 1998.

En los Estatutos, se prevé que la sociedad estará regida y administrada por la Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración, compuesto por un número de miembros que no podrá ser inferior a tres. Corresponde al Consejo de Administración la gestión, administración y representación de la sociedad.

En la Junta de fecha 11 de abril de 2007, la Junta y el Consejo de Administración acuerdan por un lado el nombramiento de D. Germán, como Consejero y se nombra Presidente del Consejo de Administración a D. Agapito, Vocales- entre ellos D. Germán- y Secretaria a Dña. Raimunda. Los acuerdos se inscriben en el Registro Mercantil el 6 de junio de 2007...

4.- Sobre la caducidad del cargo de administrador, como resulta de los antecedentes expuestos, el demandante fue nombrado miembro del Consejo de Administración de la sociedad deudora, en la Junta de 11 de abril de 2007.

La caducidad no implica que, por el transcurso del plazo señalado, u otro inferior, se produzca el cese del administrador cuando no haya sido nombrado otro, con las formalidades legales establecidas, ya que, sin perjuicio de la responsabilidad derivada de tal incumplimiento, una sociedad no puede carecer de representante y los terceros no pueden resultar perjudicados.

Así pues, la caducidad, en su caso, del cargo de administrador no exime a éste de seguir desempeñando sus funciones hasta el nombramiento de quien vaya a sucederle.

5.- No consta inscrito en el Registro Mercantil el cese del demandante como miembro del Consejo de Administración, si bien la inscripción en el Registro Mercantil del cese como administrador, no tiene carácter constitutivo, según jurisprudencia reiterada de la Sala III del Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de junio de 2007 (casación para la unificación de doctrina 145/02 , FFJJ 5º y 6º y reiterada entre otras, en la Sentencia de 18 de mayo de 2015 dictada en el recurso núm 3356/2013).

6.- Los efectos de la caducidad del cargo de administrador de una sociedad, solamente pueden producirse, cuando sea sustituido el hasta ese momento administrador, pues alguien tiene que hacerse cargo de la marcha ordinaria de la sociedad.

7.- Por ello, la Sala no comparte la alegación de la parte demandante, según la cual y en virtud del art. 222 de la LSC y art. 145.1 del Reglamento del Registro Mercantil, el administrador cuyo cargo ha caducado, deja de serlo cuando se convoque la " Junta General siguiente" para que pueda nombrarse en ella un nuevo órgano de administración, o transcurra el término para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior.

8.- En efecto, aceptado que la inscripción en el Registro Mercantil no tiene carácter constitutivo es preciso acreditar por otros medios probatorios la fecha en que se produjo el cese.

A tal efecto, los acuerdos de 28 de junio de 2012, 29 de junio de 2012 y 6 de septiembre de 2012, no se elevaron a públicos hasta el 1 de marzo de 2013...

...Frente a la Agencia Tributaria es oponible por la demandante la fecha de la escritura pública pero no la de los documentos privados al que se refiere la misma. El artículo 1218 del Código Civil establece que " Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste".

La parte demandante no ha presentado prueba que sin género de dudas, acredite la fecha de su cese, sin que sea suficiente los Acuerdos de la Junta General de 28 de junio y 6 de septiembre de 2012 que se contienen en la escritura pública de fecha 1 de marzo de 2013, al tratarse de documentos privados que no tienen eficacia frente a terceros y que no se apoyan en ninguna otra prueba que de forma fehaciente acredite la realidad del cese de la demandante como miembro del Consejo de Administración en esas fechas...

[...] CUARTO.- Sobre el cese de la sociedad.

1.- La parte demandante, alega en segundo lugar, que no se ha producido el cese efectivo de las operaciones de la mercantil New World Films International SA. Se remite, por un lado, a la documental que relaciona (ventas 2013 y 2014, plantilla de trabajadores, contratos de explotación, activos adscritos a la actividad) y al informe pericial presentado en el Juzgado de lo Mercantil núm 7, en el curso de otro procedimiento abierto por otro acreedor de la sociedad. En las conclusiones, se indica que la sociedad mantiene la actividad, con trabajadores contratados y en local abierto, entre otras circunstancias.

2.- El TS en sentencia de 10 de febrero de 2011: "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" [ Sentencia de 30 de enero de 2007 (rec. cas. núm. 7175/2001 ), FD Tercero].

3.- En este caso, se aprecia la paralización de la mercantil: sin perjuicio de remitirnos a la detallada exposición contenida en el acuerdo de derivación de responsabilidad, la entidad New World Films International SA cesó en su actividad a principios del ejercicio 2013 ya que sin haberse extinguido jurídicamente, desapareció el soporte personal y patrimonial de la misma quedando en una situación de abandono a falta de la preceptiva liquidación.

... resulta evidente que la actividad de la sociedad era prácticamente residual: el mantenimiento de los derechos de explotación sobre películas no desdice el hecho de que no existía distribución de nuevas películas dado que es posible, como alega la Administración, que, " como consecuencia de la inercia de los negocios jurídicos celebrados o actuaciones realizadas en años anteriores, del cumplimiento de ciertas obligaciones, como las tributarias, o por cuestiones vinculadas a la gestión de personal, entre otras, siga actividad, es decir, funcione como persona jurídica sometida a obligaciones que tiene que cumplir, pero no actúe propiamente como una empresa".

En efecto, en el expediente consta el cierre de la hoja registral a 3 de abril de 2013, dónde se refiere:

" la hoja de la sociedad a que se refiere el precedente documento, ha sido cerrada por falta del depósito de las cuentas anuales, por haber sido calificadas con defectos las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2009, 2010, 2011 conforme a lo establecido en el artículo 378 del RRM . En consecuencia, para inscribir

los actos que contiene este documento es menester que con carácter previo se practique el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas...".

A su vez, de la información registral aportada consta que el último depósito contable se realizó en 2012.

Nada alega el demandante acerca de la falta de presentación del IS del ejercicio 2013.

...La autoliquidación, modelo 300, 4T del 2012, resultó a ingresar 30.057,13 euros, lo que contrasta claramente con las autoliquidaciones modelo 300 aportadas en las alegaciones al recurso de alzada y en vía judicial, que resultaron a compensar en 2013, salvo el 4T que resultó a ingresar la cantidad de 3.477,84 euros, resultando a compensar las autoliquidaciones correspondientes a 2014 y 2014 en su totalidad.

En relación al modelo 347 de 2013 por importe de 54.450 euros y operaciones con terceros del ejercicio 2014, por importe de 60.034,85 euros, es indiscutible que le volumen de facturación bajó drásticamente desde 2009 (1.656.415,67 euros).

Sobre el número de trabajadores, D. Faustino y D. Florencio, según la escritura pública de fecha 1 de marzo de 2013, inscrita el 4 de julio de 2013, sobre el cambio del órgano de administración y modificación de estatutos sociales, en la reunión de la Junta celebrada el día 28 de junio de 2012, fueron nombrados ambos, miembros del Consejo de Administración de la mercantil deudora, junto con Dña María Consuelo y en la reunión del Consejo de Administración del 29 de junio de 2012, se nombra a D. Florencio, Presidente y Consejero Delegado, a Dña María Consuelo, Secretaria Consejera y a D. Faustino, Vocal.

No se aporta ningún contrato firmado con posterioridad al 31/12/2012.

Los movimientos bancarios correspondientes al ejercicio 2013 son de importes insignificantes y de las 25 cuentas bancarias en 2013 solo mantuvo 14 y sin saldo positivo en ninguna de ellas a 31 de diciembre, siendo en 2014 el número de cuentas bancarias 13 y manteniéndose en la misma situación.

En las contestaciones a las diligencias de embargo de créditos realizadas por la Administración, los clientes contestan que no mantienen créditos pendientes de pago, ni la existencia de contratos en vigor.

Existe un cese de facto de la actividad social, existiendo deudas pendientes frente a la Hacienda Pública, sin que la parte demandante, como miembro del Consejo de Administración de la sociedad deudora hubiera siquiera intentado esa ordenada liquidación de la sociedad, acudiendo incluso, si ello hubiera sido preciso, al correspondiente expediente concursal.

Las deudas que se le exigen por derivación abarcan desde el año 2008 al 2012 (de este último, solo un trimestre) y por un importe de 555.340,91 euros. Transcurrido el plazo de ingreso en periodo voluntario, las deudas fueron providenciadas de apremio. Transcurrido el plazo en periodo ejecutivo, se emitieron diligencias de embargo (desde septiembre de 2012 a marzo de 2014). Según el modelo 340, la facturación pasa de 1.656.415,67 euros en 2009 a 257.820,69 euros en 2012 y en 2013 a 91.739,02 euros, si bien, según el modelo 340 correspondiente al ejercicio 2013 se imputaron facturas por importe de 91.739,02 IVA incluido y de dicho importe 91.714,32 euros corresponden a una factura emitida el 1 de julio de 2012, por lo que teniendo en cuenta estos datos, las facturas emitidas en 2013 fueron por un importe de 24,70 euros. En 2014, la facturación ascendió a la suma de 1.462,19 euros.

Por otro lado, el mero cumplimiento de deberes fiscales y contables no constituye por sí solo, el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social ( STS, Sala Primera, núm 556/2018 de 9 de octubre). Igualmente, la existencia de reuniones de órganos sociales (consejo o juntas) sin más tampoco afecta a la concurrencia de la causa de disolución analizada, pues no debe confundirse la actividad de los órganos sociales con la actividad económica que constituye el objeto de la sociedad, que es lo que debe apreciarse para determinar si concurre esta causa de disolución.

No resulta relevante el informe pericial aportado con la demanda y elaborado con motivo de un procedimiento ordinario (núm 660/2012) seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm 7 de Madrid, en la que se ejercita de forma acumulada la acción individual de responsabilidad del art. 241 de la LSC y la acción de responsabilidad del art. 367 del mismo texto legal. Y ello porque de la lectura del informe, se evidencia que el perito realiza un análisis financiero y contable y porque en el apartado VI. Actividad Económica, el perito reconoce que desde 2008 NWFI ha reducido drásticamente sus cifras de negocios, si bien afirma sin justificación, que nunca ha dejado de tener actividad. Sin embargo, al referirse a los contratos que constituyen el objeto social, se enumeran derechos de difusión, de emisión o contratos de los años 2010 y 2011. El hecho de que la sociedad se mantenga jurídicamente es una apariencia ante los datos contundentes que refleja el acuerdo de derivación. Es evidente pues, que el cese en la actividad a principio del ejercicio 2013.

No es aplicable a este recurso la Sentencia de esta Sección de 24 de octubre de 2019, dictada en el recurso núm 128/2018, pues como resulta del fundamento de derecho octavo, la Sala concluyó que los demandantes no eran administradores de la entidad cuando surgió el deber de convocar la junta general. Supuesto este, que como se ha razonado, no concurre en el demandante.

## Quinto.

Sobre el elemento subjetivo.

El actor rechaza que exista una conducta reprochable en el ejercicio de su cargo.

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

En el recurso que se está enjuiciando, es necesario la concurrencia de culpabilidad, en el sentido de que se le reproche al administrador una conducta carente de la diligencia exigible para llevar a cabo la disolución y liquidación de la sociedad, o, lo que es lo mismo, para poner a la sociedad en condiciones de cumplir las obligaciones tributarias pendientes, ya sea promoviendo su disolución o el procedimiento concursal correspondiente y realizando las actuaciones necesarias para poder afrontar el pago.

Sólo a través del procedimiento de disolución y liquidación podría afrontarse el pago de las obligaciones tributarias devengadas y pendientes de ingreso, cuando la sociedad ha finalizado en su actividad mercantil. Y ello porque desde un punto de vista jurídico no se acepta que una sociedad que ha cesado en su actividad permanezca de forma indefinida en tal situación, bajo la forma de un funcionamiento que realmente no existe. La diligencia que se le exige al administrador de una sociedad en esta situación se resume en promover su disolución o su sometimiento a un procedimiento concursal, para que se respeten los derechos de los acreedores y hacer efectivo su crédito con el patrimonio que, en ese momento, configure el activo de la sociedad...

...El demandante tenía la obligación de haber adoptado las medidas necesarias, entre las que se encontraba instar la disolución de la sociedad como consecuencia del cese del ejercicio de la actividad.

El art. 366 de la LSC habilita a cualquier interesado a instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil.

Frente al cese de la actividad de la entidad y su obligación de convocar la junta general, lo único que hizo fue convocar una junta que fue celebrada el 28 de junio de 2012, siendo los acuerdos adoptados elevados a públicos, el 1 de marzo de 2013.

Ello, como razona el TEAC, no cabe entender como la única posibilidad de actuación que tiene frente al cese de la actividad de la entidad. La única conclusión posible es que no realizó los actos necesarios para poder afrontar, el pago de las deudas tributarias, concurriendo así el elemento subjetivo necesario para poder declarar su responsabilidad [...]."

## Cuarto.

Razonamientos de este Tribunal Supremo conducentes a la resolución del recurso de casación.

A la vista de los rotundos y abundantes razonamientos de la Sala de instancia, es de considerar que está probado -y es insusceptible de casación-, que concurren, claramente, en este caso, todos los elementos necesarios para derivar la responsabilidad subsidiaria del art. 43.1.b) LGT al Sr. Germán:

1) La condición de administrador de hecho, que explica la sentencia que solo puede perderse, o con el nombramiento de nuevo administrador, o con el conocimiento del cese formal -no con el agotamiento del mandato por caducidad, pues las obligaciones, mercantiles, fiscales y de toda índole, prosiguen.

2) El cese en la actividad de la empresa: lo que sustenta la Sala en numerosos datos que lo acreditan, en relación con los decrecientes ingresos, hasta su virtual inexistencia, la disminución drástica del número de los trabajadores y la total inactividad empresarial. Se trata, en todo caso, de un dato de hecho valorado como prueba por la Sala de instancia.

3) La culpa o negligencia: Deriva también de lo que se ha transcrito de la sentencia. Se dejaron de hacer autoliquidaciones de ejercicios anteriores al cese y durante el periodo en que el Sr. Germán debía entenderse aún como administrador, al menos, las que se describen en el cuerpo de la sentencia impugnada, anteriores al cese de dicho administrador y no satisfechas.

4) No basta la convocatoria de Junta General para nombrar nuevos administradores para deducir que ello priva de la condición de administrador -de hecho o de derecho-, a efectos del art. 43.1 LGT. Además, el objeto de que sean nombrados nuevos administradores puede ser insuficiente, como indica el auto de admisión, cuando concurre causa de disolución que habría obligado a otra convocatoria de Junta con otro objeto y otro orden del día, para acordar la disolución de la sociedad que está inactiva ( art. 363, 365 y 366 LSC), mencionadas en el auto.

Esta pasividad de no convocar Junta para disolver puede reforzar la negligencia, en el sentido que fija nuestra jurisprudencia, especialmente la STS de 4 de octubre de 2016 (RCUD nº 3215/2015), ya citada:

"[...] Es pues, necesario que se haya producido por parte del administrador de la sociedad una omisión de la diligencia precisa para llevar a efecto la disolución y liquidación ordenada de aquella. La conducta reprochable consiste en el conocimiento de la existencia de deudas pendientes con la Hacienda 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 encuentran naturalmente la Hacienda. Esta Sala en su

sentencia de 22 de septiembre de 2008 (casa. unif. doctrina 40/2004) ha afirmado que la LGT 58/2003 ha remarcado la idea de que para exigir la responsabilidad del administrador en estos casos de responsabilidad subsidiaria se precisa de una concreta conducta obstativa para el pago de las deudas tributarias pendientes" [...]."

#### **Quinto.**

Jurisprudencia que se establece.

Como conclusión de lo anteriormente expuesto y a partir de los hechos probados en la sentencia de instancia, no aptos para ser alterados ni discutidos en casación, podemos establecer la jurisprudencia que no es debida, en respuesta a la cuestión formulada en el auto de admisión:

1) A los efectos del supuesto de responsabilidad tributaria previsto en el artículo 43.1.b) LGT, es exigible a un administrador social cuyo cargo ha caducado que convoque puntual y diligentemente la junta general para el nombramiento de los nuevos integrantes del órgano de administración, en las circunstancias que concurrían en el asunto debatido.

2) Conforme a lo establecido en la legislación mercantil, es preceptivo para quien se mantiene en la condición de administrador que proceda, además, al concurrir causa legal de disolución tras la celebración de aquella junta general, a convocar una nueva junta general para acordar la disolución de la sociedad, ex art. 365 de la Ley de Sociedades de Capital, o a solicitar su disolución judicial en su condición de interesado, ex art. 366 de la Ley de Sociedades de Capital.

3) Si bien la inscripción registral no es constitutiva y, por tanto, requisito de validez del nombramiento del nuevo órgano de administración, conforme reiterada jurisprudencia, tanto civil como administrativa, los efectos frente a terceros del cese acordado no se producen hasta que sean conocidos por éstos, normalmente a través de la publicidad que brinda el Registro Mercantil.

4) Atendida la fecha en que el cese de la actividad empresarial fue establecido por la sentencia a quo, en abril de 2013, aun debía considerarse como administrador de la sociedad al recurrente y, en tal carácter, debe reputarse negligente su conducta, a efectos de su incardinación en la causa de responsabilidad subsidiaria del art. 43.1.b) de la LGT. Así, partiendo ineludiblemente tanto del cese de las actividades de la sociedad como de la existencia de obligaciones tributarias devengadas y pendientes en el momento del cese, no hizo el administrador lo necesario para su pago.

#### **Sexto.**

Pronunciamiento sobre costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no haber mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración de condena al pago de las costas causadas en este recurso de casación.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1º) Fijar los criterios interpretativos sentados en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia.

2º) No ha lugar al recurso de casación deducido por DON Germán contra la sentencia de 14 de abril de 2021, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 1805/2019.

3º) No hacer imposición de las costas devengadas en este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.