

## **Para derivar la responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital resulta necesario justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad**

**En aplicación del criterio expresado por la Sala Primera del TS, se estima el recurso interpuesto y se anulan las resoluciones de la Dirección Provincial de la TGSS que declararon al recurrente responsable de las deudas a la Seguridad Social que tenía la empresa de la que era administrador.**

Dicha Sala ha establecido que para que los administradores puedan y deban responder por las deudas de la sociedad es preciso que concurra, como primer presupuesto una causa legal de disolución de la sociedad, lo que significa que la mera falta de pago de las cuotas a la Seguridad Social durante tres meses o la existencia de cualquiera de los hechos contemplados en el art. 2 de la Ley Concursal, no autoriza por sí misma la derivación de responsabilidad a los administradores, pues la simple insolvencia no supone la existencia de una causa de disolución de la sociedad.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 3

Fecha: 11/05/2022

Nº de Recurso: 934/2020

Nº de Resolución: 556/2022

Procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)

Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Tipo de Resolución: Sentencia

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Contencioso**

#### **SENTENCIA**

En Madrid, a 11 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 934/2020, interpuesto por D. Francisco , representado por la procuradora D.ª Montserrat Cárdenas Pérez y bajo la dirección letrada de D. Ricardo Luis Torres Fariña, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en fecha 28 de noviembre de 2019 en el recurso contencioso-administrativo número 507/2017. Es parte recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social, representada y defendida por el Sr. Letrado de la misma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla (Sección Segunda) dictó sentencia de fecha 28 de noviembre de 2019, desestimatoria del recurso promovido por D. Francisco contra la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 19 de enero de 2017, por la que se desestimaba el recurso de alzada que había interpuesto el demandante frente a la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Cádiz de 18 de noviembre de 2016 que declaraba la responsabilidad solidaria del demandante por las deudas con la Seguridad Social de la empresa Distribuciones Herolsa, S.L. y le reclamaba la cantidad de 67.011,19 euros por el periodo de febrero a agosto de 2016.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 28 de enero de 2020, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 17 de junio de 2021 por el que se admite el recurso de casación, precisando que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar si para acordar la Administración de la Seguridad Social la derivación de responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital, resulta necesario no sólo constatar una situación fáctica que habla a favor de la insolvencia de la sociedad y verificar que dicho administrador no ha cumplido los deberes legales a que se refiere el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), sino, también y además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad.

En la resolución se identifican como norma jurídica que serán objeto de interpretación el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, habiendo presentado el correspondiente escrito que finaliza con el suplico de que se dicte sentencia por la que, casando y anulando la recurrida, se estime plenamente el recurso en los términos interesados.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, habiendo presentado el Sr. Letrado de la Administración de la Seguridad Social un escrito en el que suplica que se dicte sentencia desestimando el recurso.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, mediante providencia de fecha 4 de marzo de 2022 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 10 de mayo del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

Don Francisco impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 28 de noviembre de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla (Sección Segunda) en materia de responsabilidad del administrador de una sociedad por deudas de la

empresa Distribuciones Herolsa, S.L. con la Seguridad Social. La sentencia impugnada había desestimado el recurso que había interpuesto la actora y declarado conformes a derecho las resoluciones administrativas que declaraban al recurrente responsable de las deudas de la citada empresa a la Seguridad Social.

El recurso fue admitido a trámite por auto de esta Sala de 17 de junio de 2021, que declaró de interés casacional determinar si para acordar la Administración de la Seguridad Social la derivación de responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital, resulta necesario no sólo constatar una situación fáctica que habla a favor de la insolvencia de la sociedad y verificar que dicho administrador no ha cumplido los deberes legales a que se refiere el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), sino, también y además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad.

SEGUNDO.- Sobre la jurisprudencia en la materia fijada por esta Sala.

La recurrente invoca la jurisprudencia ya sentada por esta Sala en varias sentencias mencionadas en el propio auto de admisión. En efecto, esta Sala tiene ya resuelta la cuestión controvertida en el presente recurso en sentencias de 24, 25 y 26 de junio de 2019 ( recursos de casación 2765/2018, 3689/2018 y 2165/2017, respectivamente), de 19 de octubre de 2020 (recurso de casación 7410/2018) y otras posteriores. Así, en la primera de las sentencias citadas dijimos:

" CUARTO.- El artículo 2 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (en adelante, LC) contempla la situación de insolvencia como presupuesto objetivo de la declaración de concurso y dispone que "se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles", pudiendo ésta quedar integrada por el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período. El artículo 5 LC establece dos reglas esenciales para la solicitud de concurso: a) el momento en que el deudor debe solicitar dicha declaración de concurso, para lo que dispone que: "El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia"; y, b): cuándo debe considerarse que el deudor conoció el estado de insolvencia, diciendo que "salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente".

Además, en relación con los administradores, hay que precisar que una cosa es que el conocimiento de la situación de insolvencia les imponga la obligación de solicitar el concurso por previsión del artículo 365.1 del TRLSC y, otra bien distinta, que el concurso pueda originar la disolución de la sociedad, hecho que no se produce por la mera solicitud sino por la apertura de la fase de liquidación tal y como establece el artículo 145.3 de la LC.

QUINTO.- La Sala comparte el criterio expresado por la Sala Primera de este Tribunal Supremo en sentencia 590/2013 de 15 de octubre de 2013 (recurso de casación 1268/2011), que declara que el estado de insolvencia no constituye por sí una causa legal de disolución porque no cabe confundir entre estado de insolvencia y la situación que describe el artículo 363 e) del TRLSC como causa de disolución. Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito en el art. 365 TRLSC. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación ( art. 145.3 LC).

SEXTO.- El análisis del referido artículo 367 del TRLSC permite concluir que para que los administradores puedan y deban responder por deudas de la sociedad es preciso que concurran los siguientes requisitos:

- a) la existencia de alguna de las causas de disolución previstas en el artículo 363 del mismo Texto Refundido.
- b) el incumplimiento por los administradores de la obligación de convocar a los socios a Junta general antes de los dos meses siguientes a la concurrencia de la causa y para adoptar el acuerdo de disolución.
- c) o, el incumplimiento de la obligación de solicitar la disolución judicial o el concurso, en casos de insolvencia, 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.
- d) la imputabilidad al administrador por su conducta omisiva.

Es decir, el primer presupuesto para exigir responsabilidad solidaria a los administradores de las sociedades de capital es claramente la concurrencia de una causa de disolución. Esta afirmación no puede ofrecer duda dado que el precepto anuda el nacimiento de la responsabilidad solidaria de los administradores con las "... obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución...". No estamos ante la determinación de un mero límite temporal del alcance de la responsabilidad, sino ante un verdadero requisito de nacimiento de la responsabilidad.

También es esta la conclusión que alcanza la Sala Primera de este Tribunal en la citada sentencia de 15 de octubre de 2013 (recurso de casación 1268/2011), cuando dice: "Para que un administrador de una sociedad anónima pueda ser declarado responsable solidario del pago de determinadas deudas de la sociedad [...] es preciso que concurren una serie de requisitos. Entre ellos que, mientras era administrador, la sociedad hubiera incurrido en una de las causas legales de disolución [...] y, consiguientemente," [...] "hubiera surgido el deber de convocar la junta general de accionistas para que adopte el acuerdo de disolución".

Finalmente, éste es también el criterio general fijado por la TGSS para el ejercicio de la función inspectora, que se invoca en el recurso de casación. Así se desprende del Criterio Técnico 89/2011 dictado por la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al amparo del artículo 18.3.7 de Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que comprueba la necesidad de que exista causa de disolución de la sociedad para la derivación de responsabilidad a los administradores de sociedades de capital.

El primero de los criterios que incluye es la "necesidad de que concorra causa de disolución de la sociedad" y, en su desarrollo se dice "por tanto, la mera falta de pago de las cuotas a la Seguridad Social durante tres meses -o la existencia de cualquiera de los demás hechos contemplados en el artículo 2 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio- no autoriza por sí misma la derivación de la responsabilidad a los administradores, pues la simple insolvencia no supone la existencia de una causa de disolución de la sociedad.

Según lo expuesto, el acta de liquidación o el informe en el que se derive la responsabilidad a los administradores por las deudas sociales deberá hacer constar en todo caso la existencia de una causa legal de disolución de la sociedad de las contempladas en el art. 363.1 de la LSC, que deberá justificarse por los medios apropiados.

En particular, la existencia de las pérdidas deberá considerarse acreditada mediante el examen del balance. En el muy frecuente supuesto de que ese examen no sea posible (por no haber sido localizada la empresa o los administradores, por incomparecencia de éstos o por falta de depósito de las cuentas en el Registro), la insuficiencia patrimonial deberá justificarse por vías indirectas, bien por haber sido declarado el crédito incobrable por la Tesorería o bien acudiendo a lo declarado por los

tribunales y exponiendo las circunstancias relevantes a estos efectos que hubieran podido observarse durante las actuaciones de comprobación".

En todo caso, este criterio de actuación deberá ser entendido como tal y sujeto, por su mera naturaleza, al propio precepto que interpreta -artículo 367 del TRLSC- y a su interpretación jurisprudencial, a la que está subordinado.

En definitiva, el artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital establece cuándo debe disolverse la sociedad de capital y el artículo 367.1 la consecuencia de cuando estando la sociedad en una causa legal de disolución los administradores incumplen su obligación de convocar junta para adoptar el acuerdo de disolución, surge, en caso de incumplimiento de dicha obligación, la responsabilidad solidaria de los administradores.

En consecuencia, es suficiente que la sociedad incurra en causa de disolución para que el administrador tenga la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta que adopte el acuerdo de disolución, siendo la consecuencia del incumplimiento de dicha obligación la responsabilidad solidaria de los administradores." (fundamentos de derecho cuarto a sexto)

TERCERO.- Conclusión y costas.

La doctrina sentada en la sentencia que se acaba de transcribir conduce, en aplicación del principio de uniformidad de la doctrina, a la estimación del presente recurso de casación.

En consecuencia reiteramos como doctrina de interés casacional que para derivar la responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital resulta necesario "no sólo constatar una situación fáctica de insolvencia de la sociedad y verificar que dicho administrador no ha cumplido los deberes legales a que se refiere el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital (RD Legislativo 1/2010), sino también y además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad".

En virtud de lo expuesto, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, por las mismas razones, debemos estimar el recurso contencioso-administrativo que había interpuesto la recurrente contra la resolución de 18 de noviembre de 2016 de la Dirección Provincial de la Tesorería de la Seguridad Social de Cádiz y la de 19 de enero de 2017 de la misma Dirección Provincial dictada en alzada, que anulamos.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción no se hace imposición de costas en casación, y en cuanto al recurso contencioso administrativo, en aplicación del artículo 139.1 y 4 de la citada Ley, se imponen las costas causadas a la Administración demandada hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda.

## FALLO

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

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por D. Francisco contra la sentencia de 28 de noviembre de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla (Sección Segunda) en el recurso contencioso- administrativo 507/2017.
2. Anular la sentencia objeto del recurso

3. Estimar el citado recurso, anulando las resoluciones de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Cádiz de 18 de noviembre de 2016 y de 19 de enero de 2017 que se impugnaban en el mencionado procedimiento ordinario.

4. Anular las mencionadas resoluciones administrativas.

5. Sin costas en el recurso de casación. Se imponen las del contencioso-administrativo a la Administración demandada en los términos indicados en el fundamento de derecho tercero.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.