

El TS reitera la doctrina sobre los requisitos para la derivación de responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital

20/10/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 3.ª

Sentencia 748/2025, de 12 de junio de 2025

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 7236/2022

Ponente Excmo. Sr. JOSE LUIS GIL IBAÑEZ

En Madrid, a 12 de junio de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 7236/2022 interpuesto por la procuradora de los tribunales D.ª Fuencisla Almudena Gozalo Sanmillán, en representación de D. Luis Andrés, con la asistencia letrada de D. Abel López Royo, contra la sentencia de 25 de marzo de 2022, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación número 354/2020, sobre derivación de responsabilidad solidaria en la obligación del pago de las cuotas a la Seguridad Social y reclamación de deuda de los periodos octubre de 2010 a julio de 2011.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Gil Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por resolución de 28 de mayo de 2018, del Subdirector Provincial de Procedimientos Especiales de la Dirección Provincial de Barcelona de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), se acordó declarar la responsabilidad solidaria de D. Luis Andrés respecto de la deuda de la empresa Levesta, S.A., de cuyo consejo de administración había sido miembro, por importe total de 319.686,02 euros, correspondientes al periodo de octubre de 2010 a julio de 2011.

La responsabilidad se fundó en el incumplimiento previsto en el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (TRLSC), en su redacción original, argumentando la resolución que:

"En el presente caso, la mercantil LEVESTA, S.A., ha incumplido de manera generalizada la obligación de pago de las cuotas de la seguridad social durante el periodo de julio de 2010 a septiembre de 2010, por lo que en el mes de NOVIEMBRE de 2010 ya se había producido el presupuesto objetivo para la declaración de concurso que se señala en el artículo 2, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *sin que exista constancia de la convocatoria de la Junta*

General para solicitar la declaración de concurso, y por tanto del cumplimiento de la obligación descrita en el fundamento de derecho 3.º -se refiere al citado artículo 367 TRLSC-, *durante los dos meses siguientes a dicha fecha.*

Es por ello que su administrador ha incurrido en un supuesto legal y expreso de responsabilidad solidaria, que faculta a este Servicio Común para derivar hacia ellos el correspondiente procedimiento recaudatorio y por las obligaciones de Seguridad Social, de conformidad con lo dispuesto en los artículo

12 y 13 reguladores de las normas comunes sobre responsables de pago y responsabilidad de carácter solidario, y artículo 62.2 sobre la procedencia en la emisión de reclamaciones de deuda por aplicación de cualquier norma con rango de Ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social, del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, *por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.*"

Deducido recurso de alzada contra dicha resolución, fue desestimado por resolución de 22 de agosto de 2018, del Director Provincial de Barcelona de la Tesorería General de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se siguió por los trámites del procedimiento ordinario con el número 399/2018 en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Barcelona, terminando por sentencia de 27 de enero de 2020, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que debo desestimar y desestimo totalmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Luis Andrés frente a la/s resolución/es de la Administración demandada referenciada/s en el fundamento de Derecho primero de esta mi resolución, sin expresa condena en costas a la parte recurrente."

La impugnación jurisdiccional se fundó, entre otros motivos, en la ilicitud de la reclamación de deuda por derivación de responsabilidad sobre la consideración de que la TGSS, más allá de los incumplimientos a los que hace referencia, no había acreditado la concurrencia de ninguna causa legal de disolución, como era imperativo de conformidad con el artículo 367 TRLSC.

La sentencia comienza, en su antecedente de hecho único, dejando constancia de lo siguiente:

"Nótese que la STS 915/19 de 26-6-19 de la Secc 4.ª Sala 3.ª TS establece que, para acordar por la Administración de la SS la derivación de 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 con los deberes legales a que se refiere el art 367.1 Ley de sociedades de capital *TRRDLegislativo 1/2010 de 2 de julio sino también y además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad del art 363.1 Ley 1/2010 ya comentada [...]*"

A continuación, tras otras consideraciones que ahora no resultan relevantes, termina por argumentar como sigue (FJ 2.º):

"Por último, se discute por las partes sobre si se daba causa legal de disolución o no; según la actora no existía tal causa, y según la demandada sí existía; pues bien, en base a la STS de 25-6-19 recurso de casación n.º 3689/2018 *RJ 2019/2585, se ha de estar al caso concreto y no necesariamente ha de existir una causa legal de disolución sino que sería suficiente una concreta y efectiva situación de insolvencia equiparable a causa de disolución legal, y es desde este punto de vista que el suscribiente hace suyos los razonamientos de la demandada y entiende que desde que se da una efectiva situación (que conocía o debía conocer el recurrente) de insolvencia que impedía atender el pago de los seguros sociales obligatorios, es cuando desde ese momento que el recurrente debió intuir los atisbos de la existencia de tal causa legal de disolución que se materializó finalmente con la solicitud preconcursal de mayo de 2011.*"

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por el demandante se interpuso recurso de apelación, que se siguió con el número 354/2020 en la Sección Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, terminando por sentencia de 25 de marzo de 2022, cuya parte dispositiva dice:

"Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Ana Tarrago Pérez en nombre y representación de Don Luis Andrés contra la sentencia número 7/2020 de fecha 27 de enero de 2020 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Barcelona, *desestimatoria del recurso contencioso administrativo contra la Resolución administrativa*

de fecha 22-8-2018 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 28-5-2018 consistente en acuerdo de derivación de responsabilidad solidaria en cuanto a la obligación del pago de las cuotas a la Seguridad Social y reclamaciones de deuda por un importe total conjunto de 319.686,02 euros por el periodo de Octubre de 2010 a Julio de 2011."

En el recurso de apelación, el recurrente adujo, en lo que ahora interesa, la incongruencia interna de la sentencia de instancia al fallar en contra de la jurisprudencia que previamente había citado y que, en su criterio, había sido erróneamente interpretada por el juzgador *a quo*.

La sentencia de apelación responde a este motivo de impugnación, en el fundamento jurídico tercero, mencionando algunos criterios jurídicos al respecto que considera aplicables, razonando que, en el caso analizado:

"No existe incongruencia interna en los términos concretos manifestados por el recurrente ante la aparente contradicción efectuada por la sentencia apelada en la exigencia de una concreta causa legal de disolución o la mera suficiencia de una efectiva situación de insolvencia equiparable a una causa legal de disolución, sino tal sólo una interpretación errónea e interesada de lo que el juzgador *a quo* quiere decir.

Cuando el mismo y por referencia a la sentencia 915/19 del 26-6-2019 de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del TS dice que *"para acordar por la Administración de la SS la derivación de la responsabilidad solidaria... hace falta, además justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad del artículo 363.1 de la Ley 1/2010 " se refiere a un requisito necesario para acordar la derivación de la responsabilidad solidaria del administrador, que es distinto de la valoración que efectúa el juzgador cuando se discute por las partes sobre si de daba causa legal de disolución o no, en el que "entiende que desde que se da una efectiva situación de insolvencia que impedía atender el pago de los seguros sociales obligatorios, es cuando desde ese momento el recurrente debió intuir los atisbos de la existencia de tal causa legal de disolución", de la que no parece desprenderse como se pretende entender que lo que se ha querido decir es que resulta suficiente como causa legal de disolución una mera presunción de la situación de insolvencia."*

En cuanto a la también alegada errónea valoración de la prueba, la sentencia expone, en el fundamento jurídico cuarto, que:

"No constando como se ha dicho que se haya solicitado la declaración de concurso procede según el artículo 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de Julio, la responsabilidad solidaria de los administradores que no soliciten si procediere, el concurso de la sociedad, 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."

Solicitada aclaración, subsanación y complemento de la sentencia, por auto de 5 de mayo de 2022 se declaró no haber lugar a ello.

CUARTO.- Notificada la sentencia, la representación procesal de D. Luis Andrés presentó un escrito manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala, por auto de 22 de julio de 2022 tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por auto de 13 de diciembre de 2023, dictado por la Sección de Admisión, se acordó:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 7236/2022, preparado por la representación procesal de D. Luis Andrés, contra la sentencia n.º 1123/2022, de 25 de marzo, dictada por la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de apelación n.º 354/2020.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

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 constata 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 (*RD Legislativo 1/2010*), sino, también y además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación: los artículos 363 a 367 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA.

4.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Remitir las actuaciones para su tramitación y decisión a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

QUINTO.- La parte recurrente presentó, con fecha 15 de febrero de 2024, escrito de interposición del recurso de casación en el que solicitó:

"que, teniendo por presentado este escrito, lo admita, y tenga por presentado en tiempo y forma el escrito de interposición del recurso de casación contra la sentencia núm. 1123 de fecha 25 de marzo de 2022 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3.º, recaída en los autos del Recurso de Apelación 354/2020, y que teniendo por efectuadas las manifestaciones del presente escrito y por expuestas las normas y jurisprudencia que se consideran infringidas, dicte Sentencia que case la sentencia recurrida, dejándola sin valor ni efecto y estime íntegramente la demanda presentada en su día por Don Luis Andrés en relación al procedimiento ordinario instado por el mismo ut supra referenciado, haciendo el pronunciamiento procedente conforme a Ley sobre costas de las instancias, y condenando a la parte adversa respecto de las presentes del recurso."

SEXTO.- No habiéndose personado en el proceso la Administración recurrida y no apreciándose necesaria la celebración de vista, se declararon conclusas las actuaciones señalándose para votación y fallo el 10 de junio de 2025, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación

1. La sentencia impugnada

La sentencia de 25 de marzo de 2022, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, impugnada en este recurso de casación, desestima el recurso de apelación número 354/2020, dirigido contra la sentencia de 27 de enero de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Barcelona, recaída en el procedimiento ordinario número 399/2018, que declaró conforme a Derecho la derivación de responsabilidad solidaria en la obligación del pago de las cuotas a la Seguridad Social y reclamación de deuda de los periodos octubre de 2010 a julio de 2011.

La sentencia de la primera instancia advierte, en el primer antecedente de hecho, del criterio establecido por la sentencia de 26 de junio de 2019 de la Sección Cuarta de esta Sala del Tribunal Supremo, relativo a que "*para acordar por 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 de insolvencia de la sociedad y verificar que dicho administrador no ha cumplido con los deberes legales [...] sino también y además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad [...]", si bien luego, en el segundo fundamento de Derecho, analiza la concurrencia o no de una causa de disolución, entendiendo que *"se ha de estar al caso concreto"*, sin que, necesariamente, deba existir una causa legal de disolución, bastando *"una concreta y efectiva situación de insolvencia equiparable a causa de disolución legal"*, como sucedía en el caso.

La sentencia ahora recurrida en casación sale al paso de la denuncia de incongruencia interna hecha en el recurso de apelación, ya que el apelante consideró que se había resuelto en contra de la jurisprudencia que previamente había sido citada, explicando, en el tercer fundamento de Derecho, que la sentencia impugnada en apelación *"se refiere a un requisito necesario para acordar la derivación de la responsabilidad solidaria del administrador, que es distinto de la valoración que efectúa el juzgador cuando se discute por las partes sobre si se daba causa legal de disolución o no"*, entendiendo *"que lo que se ha querido decir es que resulta suficiente como causa legal de disolución una mera presunción de la situación de insolvencia"*. Añadiendo, en el cuarto fundamento de Derecho y respecto de la alegada errónea valoración de la prueba, que *"No constando [...] que se haya solicitado la declaración de concurso procede [...] la responsabilidad solidaria de los administradores"*.

2. El auto de admisión

El auto de admisión, tras precisar que esta Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre cuestiones semejantes y advertir una posible contradicción entre la sentencia recurrida y aquella jurisprudencia, identificó como cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la siguiente: *"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 constata 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 (RD Legislativo 1/2010), sino, también y además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad"*.

3. Posiciones de las partes: el escrito de interposición del recurso de casación

Al no haberse personado en este recurso de casación la Administración demandada ni ninguna otra persona o entidad como parte recurrida, solo hay que referirse al escrito de interposición del recurso de casación

En este escrito se denuncia, en primer lugar, la infracción de los artículos 363 a 367 del TRLSC y de la jurisprudencia de esta Sala recaída al interpretarlos, contenida en las sentencias números 503/2021, de 14 de abril de 2021 (casación 4674/2021), 1713/2020, de 14 de diciembre de 2020 (casación 1987/2019), 83/2021, de 27 de enero de 2021 (casación 2046/2019), 1411/2020, de 27 de octubre de 2020 (casación 3579/2018), 1654/2020, de 3 de diciembre de 2020 (casación 730/2019), 897/2019, de 25 de junio de 2019 (casación 3689/2018), 320/2021, de 8 de marzo de 2021 (casación 7054/2019) y 1346/2020, de 19 de octubre de 2020 (casación 7410/2018). Argumenta, en síntesis, que la sentencia recurrida reputa suficiente la situación de insolvencia de la sociedad y la falta de promoción de la declaración del concurso de acreedores para declarar la responsabilidad solidaria del administrador con base en el artículo 367 TRLSC, lo que resulta contrario a la jurisprudencia citada en virtud de la cual es presupuesto imprescindible y necesario la existencia de una causa legal de disolución, que ha de ser probada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

En segundo lugar, estima vulnerado el principio sobre la vinculación positiva de la cosa juzgada material, previsto en el artículo 69 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-administrativa, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, así como la jurisprudencia de este Tribunal Supremo resultante de las sentencias de 10 de febrero de 2016 (casación 197/2015) y de 18 de julio de

2012 (casaciones 985/2009 y 1106/2009). Expone que la TGSS había seguido, por los mismos hechos, un procedimiento de derivación de responsabilidad solidaria frente a otro miembro del órgano de administración de la sociedad y que la resolución de declaración de la responsabilidad fue anulada por sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Barcelona al entender que la simple insolvencia de la entidad no suponía la existencia de una causa de disolución de la sociedad. A pesar de haber aportado dicha sentencia al procedimiento, el recurrente entiende que la sentencia de apelación infringió la cosa juzgada material, en su vertiente positiva, por no haber considerado aquella sentencia anterior que versaba sobre idénticos hechos y fundamentos de derecho.

Con base en las anteriores consideraciones, pretende que se declare la infracción de la normativa y de la jurisprudencia aplicable en cuanto a los requisitos para la derivación de responsabilidad a un administrador, así como que se examine si ha existido infracción de la cosa juzgada material.

SEGUNDO.- Marco jurídico

El artículo 18.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), contempla los responsables de la obligación de cotizar a la Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta, disponiendo:

"3. Son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes. Dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esta ley y en su normativa de desarrollo."

El artículo 12 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (RGRSS) reproduce y desarrolla la anterior previsión.

En lo que se refiere a los responsables solidarios, por su lado, el artículo 33.2 del TRLGSS establece, respecto de la reclamación de las deudas, lo que sigue:

"2. Procederá también reclamación de deuda cuando, en atención a los datos obrantes en la Tesorería General de la Seguridad Social o comunicados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y por aplicación de cualquier norma con rango de ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social, deba exigirse el pago de dichas deudas:

a) A los responsables solidarios, en cuyo caso la reclamación comprenderá el principal de la deuda a que se extienda la responsabilidad solidaria, los recargos, intereses y costas devengados hasta el momento en que se emita dicha reclamación.

[...]"

La anterior regulación es desarrollada por el artículo 13 RGRSS.

También debe tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 367 del TRLS que, en la redacción original, aplicable *ratione temporis*, contemplaba la responsabilidad solidaria de los administradores de las sociedades de capital en los siguientes términos:

"1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, 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."

Y, finalmente, el artículo 363.1 del TRLSC que prevé las siguientes causas de disolución de las sociedades de capital:

"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."

TERCERO. Precedentes de la Sala sobre la cuestión de interés casacional

La cuestión de interés casacional precisada en el auto de 13 de diciembre de 2023 ha sido analizada por esta Sala en numerosas ocasiones anteriores manteniendo el mismo criterio desde las sentencias de la Sección Cuarta de 24 de junio de 2019 (casación 2765/2018), de 25 de junio de 2019 (casación 3689/2018) y de 26 de junio de 2019 (casación 2165/2017), reiterada en muchas posteriores, tanto de la propia Sección Cuarta - sentencias de 1 de diciembre (casación 1841/2019) y de 14 de diciembre (casación 1987/2019) de 2020 y de 6 de abril de 2021 (casación 3012/2018)- como de esta Sección Tercera -entre las más recientes, sentencias de 14 de febrero (casación 3724/2021), de 9 de mayo de 2024 (casación 4470/2021) y de 1 de julio (casación 7562/2021) de 2024-.

Doctrina que ha de reiterarse nuevamente, pues no se aprecian motivos que conduzcan a lo contrario, y que se sustenta en la siguiente argumentación -reproducida de la sentencia de 26 de junio de 2019 (casación 2165/2017)-:

"SEXTO.- Para determinar la existencia de responsabilidad solidaria de los administradores de una sociedad de capital, que es el caso que debemos resolver, es necesario tomar en consideración el artículo 367.1 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 (TRLSC), cuando dispone que *"Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, 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"*.

Dos conclusiones cabe extraer de este precepto legal:

A) la simple lectura de este precepto impone la primera: que ninguna mención se hace a la situación de insolvencia, sino a las causas de disolución de las sociedades de capital.

Además, el artículo 363 del citado TRLSC no incluye la situación de insolvencia entre las causas de disolución de las sociedades de capital. En lo que ahora puede afectarnos, si dispone que “La sociedad de capital deberá disolverse: 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”.

Esto exige precisar dos cosas: a) determinar cuál pueda ser el efecto de la situación de insolvencia en las sociedades mercantiles; b) si la situación de pérdidas es o no insolvencia, es decir, si la situación de insolvencia permite integrar esas pérdidas y, por tanto, afirmar la concurrencia de la causa de disolución.

1.- en cuanto a la primera, y en el ámbito del debate casacional que debemos analizar, hay que reparar en que el artículo 2 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (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 esta 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. Luego será el artículo 5 el que establezca dos reglas esenciales para la solicitud de concurso: a) el momento en que el deudor debe solicitar la declaración de concurso, y lo hace así: “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.; 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, es decir, cuando exista un incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período.*

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 de la LC 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 propia LC.*

2.- en cuanto a la segunda, compartimos el criterio expresado por la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013 (recurso de casación 1268/2011) cuando dice: *“La propia sentencia recurrida reconoce que la causa de disolución invocada en la demanda que habría determinado el deber promover la disolución, cuyo incumplimiento justificaría la estimación de la acción de responsabilidad ex art. 262.5 TRLSA, era el “hecho de encontrarse -la sociedad- en situación de insolvencia”. El estado de insolvencia no constituye, por sí, una causa legal que haga surgir el deber de los administradores de promover la disolución de la sociedad. No cabe confundir, como parece que hacen la demanda y la sentencia recurrida, entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que, como veremos a continuación, sí constituye 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, antes en los arts. 262 TRLSA y 105 LSRL, y *ahora en el art. 365 LSC. 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). De ahí que la imprecisión apreciada por la sentencia de apelación debería haber conducido a confirmar la desestimación de la acción de responsabilidad por falta de justificación de los requisitos legales, y al no hacerlo, la Audiencia infringió los preceptos mencionados”.

B) Y, la segunda y definitiva conclusión es que 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.

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.

En definitiva, según el artículo 367 del TRLSC, 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 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, en virtud de lo regulado en el art. 262.5 TRLSA, que se corresponde con el actual art. 367 LSC, es preciso que concurran una serie de requisitos. Entre ellos que, mientras era administrador, la sociedad hubiera incurrido en una de las causas legales de disolución previstas en los núms. 3.º, 4.º, 5.º y 7.º del art. 262.1 TRLSA (actual art. 363 LSC) y, consiguientemente, conforme al art. 262.2 TRLSA (actual art. 365 LSC) hubiera surgido el deber de convocar la junta general de accionistas para que adopte el acuerdo de disolución. No obstante, en supuestos en que concurra la causa 4.º del art. 260.1 TRLSA [actual núm. 363.1.d) LSC], pérdidas que hayan reducido el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social, cesa el deber de instar la disolución si, por concurrir además el estado de insolvencia de la compañía conforme al art. 2.2 LC (cuando “no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”), se solicita y es declarado el concurso de acreedores de la sociedad. Así se desprende de una interpretación del citado art. 260.1.4.º TRLSA, en relación con los apartados 2 y 5 del art. 262 TRLSA “.*

Finalmente, este es también el criterio general fijado por la TGSS para el ejercicio de la función inspectora. 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 constata 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 concurra 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 (antes artículos 260.1.4º de la LSA y 104.1e) de la LSRL), 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."

Se trata de un criterio técnico y operativo para el desarrollo de la función inspectora, nunca citado por la TGSS en vía administrativa y jurisdiccional, pero que sí citaba la sentencia impugnada para concluir con que no es suficiente la mera constatación de la situación de insolvencia, sino que es exigible la concurrencia y acreditación de una causa legal de disolución.

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

CUARTO.- Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso de casación

La respuesta a la cuestión en la que el auto de admisión del presente recurso residenció el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia no ha de ser otra que la dada en las sentencias de esta misma Sala, antes citadas:

"Para que la Administración de la Seguridad Social acuerde la derivación de 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."

QUINTO.- Resolución del recurso de casación

A la vista de cuanto antecede, el recurso de casación ha de ser acogido, puesto que la sentencia recurrida confirma, de forma incompatible con la jurisprudencia antes enunciada, el criterio administrativo y el del juzgador *a quo* en virtud del cual es suficiente constatar la situación de insolvencia de una sociedad para derivar la responsabilidad solidaria a los administradores con base en el artículo 367 TRLSC.

Como se ha señalado, dicho precepto exige, como primer presupuesto, que concurra y se justifique la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad de las previstas en el artículo 363 TRLSC, debiendo significarse que no cabe equiparar automáticamente el estado de insolvencia de la sociedad con la concurrencia de una causa de disolución, en particular, con la del artículo 363.1.d) TRLSC.

Sin embargo, las resoluciones administrativas no acreditan mínimamente ni, en realidad, identifican causa alguna de disolución, ya que se limitan a constatar la concurrencia del presupuesto objetivo de la declaración de concurso y el transcurso de dos meses sin que se convocara, por parte del órgano de

administración, la Junta General de la Sociedad lo que, pudiendo constituir una condición necesaria, no es suficiente para apreciar la responsabilidad del artículo 367 TRLSC, en la redacción original aplicable.

La estimación del recurso de casación supone que debemos casar la sentencia del 25 de marzo de 2022, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, recaída en el recurso de apelación número 354/2020, estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 27 de enero de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Barcelona, recaída en el procedimiento ordinario número 399/2018, y, en consecuencia, el recurso contencioso-administrativo, anulando, por ser contraria al ordenamiento jurídico, la resolución de 22 de agosto de 2018, del Director Provincial de Barcelona de la TGSS, que desestimó el recurso de alzada deducido contra la resolución de 28 de mayo de 2018, del Subdirector Provincial de Procedimientos Especiales de la Dirección Provincial de Barcelona de la TGSS, que declaró la responsabilidad solidaria del recurrente.

Debemos reparar, finalmente, en que el recurrente en casación interesa un pronunciamiento adicional sobre la infracción del artículo 69 de la Ley de esta Jurisdicción y de la jurisprudencia recaída en su interpretación, relativa a la vertiente positiva de la cosa juzgada material. No obstante, su análisis resulta irrelevante a la luz de las decisiones que van a adoptar.

SEXTO- Costas procesales

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley de la Jurisdicción, la estimación del recurso de casación exime de la condena en costas, así como también de las causadas en la primera y en la segunda instancia, pues la disparidad de criterios es significativa de que las cuestiones suscitadas en el proceso presentaban serias dudas de Derecho.

FALLO

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

1.º Declarar haber lugar al presente recurso de casación número 7236/2022 interpuesto por la representación procesal de D. Luis Andrés contra la sentencia de 25 de marzo de 2022, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en el recurso de apelación número 354/2020, que casamos.

2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 27 de enero de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Barcelona, recaída en el procedimiento ordinario número 399/2018, que se anula.

3.º Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Luis Andrés contra la resolución de 22 de agosto de 2018, del Director Provincial de Barcelona de la Tesorería General de la Seguridad Social, que desestimó el recurso de alzada deducido contra la resolución de 28 de mayo de 2018, del Subdirector Provincial de Procedimientos Especiales que acordó declarar la responsabilidad solidaria de D. Luis Andrés respecto de la deuda de la empresa Levesta, S.A., correspondiente al periodo de octubre de 2010 a julio de 2011, resoluciones que se anulan, por ser contrarias al ordenamiento jurídico.

4.º No hacer expresa imposición de las costas procesales de este recurso de casación ni de ninguna de las dos instancias.

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

Así se acuerda y firma.