



Roj: **STS 3512/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3512**

Id Cendoj: **28079130042020100268**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **27/10/2020**

Nº de Recurso: **3759/2018**

Nº de Resolución: **1411/2020**

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

Ponente: **RAFAEL TOLEDANO CANTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ LR 117/2018,**
ATS 10791/2019,
STS 3512/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.411/2020

Fecha de sentencia: 27/10/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3759/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: T.S.J.LA RIOJA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 3759/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1411/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 27 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 3759/2018, promovido por don Antonio , representado por la procuradora de los Tribunales doña Rosario Purón Picatoste, contra la sentencia núm. 11/2018, de 17 de enero, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, recaída en el recurso núm. 218/2016.

Comparece como parte recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social, representada y asistida por letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpuso por don Antonio contra la sentencia núm. 11/2018, de 17 de enero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 218/2016 formulado frente a la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social, de fecha 13 de julio de 2016, por la que se desestima el recurso de alzada instado contra la resolución en la que se declara la responsabilidad solidaria del Sr. Antonio como administrador de la Sociedad Anónima CAR, respecto de las deudas reclamadas en el periodo marzo y abril de 2011 y de junio a septiembre de 2011, contraídas con la Seguridad Social por la citada empresa.

SEGUNDO.- La Sala de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo con sustento, en síntesis, en los siguientes razonamientos:

- Al incumplirse las obligaciones de pago contraídas por el aplazamiento de la deuda, no puede considerarse que la deuda estaba aplazada y suspendida, porque al incumplirse las condiciones impuestas, quedaba sin efecto el aplazamiento de la deuda.
- El procedimiento de responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales, previsto en el artículo 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no constituye un procedimiento sancionador, sino un procedimiento por responsabilidad por deuda ajena "ex lege" que no tiene naturaleza de sanción o pena civil.
- Rechaza la ausencia de motivación de la resolución impugnada.
- El impago de las cuotas de la Seguridad Social por tres meses permitía presumir el estado de insolvencia de la mercantil de la que el recurrente era administrador, no procediendo éste a la adopción de la concreta medida consistente en convocar la Junta General para solicitar concurso de acreedores.
- Está acreditado que el recurrente conocía la situación de la mercantil.
- El hecho de que el pronunciamiento del Juzgado de lo Mercantil no condenara a los administradores al pago del déficit concursal y no hiciera ningún pronunciamiento respecto del ahora recurrente, no excluye que la TGSS pueda acordar la derivación de responsabilidad al administrador social, pues uno y otro procedimiento, judicial y administrativo, son compatibles habida cuenta que tienen distinta naturaleza y tramitación, responden a distintos presupuestos de hecho, y prevén consecuencias igualmente diferentes.

El representante de D. Antonio preparó recurso de casación contra la meritada sentencia, identificando como normas legales que se consideran infringidas:

- El artículo 18.3 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo n° 8/2015 de 30 de octubre.
- Los artículos 12, 13 y 14.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad, aprobado por Real Decreto n° 1415/2004 de 11 de junio.
- Los artículos 363.1e) y 367 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo n° 1/2.010 de 2 de Julio.
- Los artículos 2 y 5 de la Ley n° 22/2003 de 9 de julio, Concursal.



- Los artículos 60 de la Ley nº 22/2003 de 9 de julio, Concursal, 42 y 43 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad, aprobado por Real Decreto nº 1415/2004 de 11 de junio.
- Los artículos 31 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad, aprobado por Real Decreto nº 1415/2004 de 11 de junio y 17.3 de la Orden TAS/1562/05 de 25 de mayo por la que se por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.
- Los artículos 60.3 y 62.2 de la Ley nº 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación por auto de 17 de mayo de 2018.

TERCERO.- Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, por auto de 21 de octubre de 2019, la Sección de Admisión de esta Sala acuerda:

"SEGUNDO. Precisar que, en principio, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

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

TERCERO. Identificar como normas jurídicas que serán 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; el artículo 18.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994; el artículo 14.3 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social; los artículos 2 y 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, 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 de la LJCA".

CUARTO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas y dentro del plazo fijado en el art. 92.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ["LJCA"], la representación del Sr. Antonio , mediante escrito registrado el 11 de diciembre de 2019, interpuso el recurso de casación en el que aduce que el contenido del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital y la interpretación literal del mismo no ofrece lugar a dudas, estableciendo como requisito previo e ineludible para el nacimiento de la responsabilidad prevista en el mismo la existencia de una de las causas legales de disolución previstas en el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital, y sin embargo, "la Tesorería General de la Seguridad Social acordó la derivación de deuda de CAR, S.A., declarando responsable solidario al recurrente en su condición de miembro del consejo de administración de dicha mercantil con apoyo o fundamento única y exclusivamente en la situación de insolvencia, en su conocimiento de tal situación y en el incumplimiento de la obligación legalmente prevista, sin justificar ni constatar una hipotética concurrencia de causa legal de disolución así como el incumplimiento de la obligación legal que dicha situación conlleva", vulnerando así la norma legal (pág. 8 del escrito de interposición) y la numerosa jurisprudencia que en el escrito se cita.

Finalmente solicita el dictado de sentencia "[...] por la que estimando el recurso de casación interpuesto, de conformidad con el artículo 93.1 de la LJCA, acuerde y declare;

1º Casar y anular la Sentencia nº 11/2.018 de 17 de enero de 2.018 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en el Recurso Contencioso- Administrativo nº 218/2.016.

2º En su lugar, estimar íntegramente la pretensión principal del recurso contencioso- administrativo interpuesto contra la Tesorería General de la Seguridad Social impugnando la derivación de responsabilidad acordada contra el recurrente, D. Antonio , como miembro del consejo de administración de SA CAR por impago de cuotas sociales, anulando la Resolución de 22 de abril de 2.016 y la Resolución de 13 de julio de dicho año desestimatoria del recurso de alzada formulado frente a la primera.

3º La imposición de costas a la Tesorería General de la Seguridad Social del Recurso Contencioso-administrativo nº 218/2.016 seguido ante la Sala de los Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de conformidad con el artículo 139 de la LJCA al ver aquella rechazada todas sus pretensiones.



4º La imposición de costas a la Tesorería General de la Seguridad Social del presente recurso de casación en virtud del artículo 93.4 de la LJCA, apreciando para ello mala fe o temeridad de la Tesorería General de la Seguridad Social".

QUINTO.- Conferido traslado de la interposición del recurso a la parte recurrida, la letrada de la Tesorería General de la Seguridad Social presenta, el día 11 de febrero de 2020, escrito de oposición en el que se afirma "que el recurso de casación formulado de contrario en modo alguno puede prosperar al amparo de lo preceptuado en el art. 363.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedad de Capital en relación con el art. 365 y 367 del mismo texto legal", y suplica a la Sala se dicte sentencia que "[...] desestime íntegramente el recurso de casación declarando la conformidad a Derecho de la resolución dictada por la TGSS".

SEXTO.- Evacuados los trámites y de conformidad con lo previsto en el art. 92.6 de la LJCA, al considerar innecesaria la celebración de vista pública, se declararon conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 6 de octubre de 2020, fecha en que tuvo lugar dicho acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del recurso.*

El presente recurso de casación se formula contra la sentencia núm. 11/2018, de 17 de enero, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, que desestimó el recurso contencioso-administrativo núm. 218/2016 instado frente a la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 13 de julio de 2016, desestimatoria del recurso de alzada promovido contra la resolución de 22 de abril de 2016, dictada por el Subdirector de Recaudación Ejecutiva de la misma dependencia, que declara la responsabilidad solidaria del Sr. Antonio como administrador de la Sociedad Anónima CAR, respecto de las deudas reclamadas en el periodo marzo y abril de 2011 y de junio a septiembre de 2011, por descubierto de cotización a la Seguridad Social por la citada empresa.

La causa legal para declarar la responsabilidad solidaria se expresa en la resolución administrativa y en la sentencia recurrida, sobre la base de la situación de insolvencia y la no solicitud de concurso, y sin referencia ni acreditación de causa específica de disolución de la sociedad causante de la deuda. Así, se afirma en el fundamento jurídico tercero de la resolución del recurso de alzada que:

"Las alegaciones planteadas relativas a la presentación de cuentas de 2.009, ampliación de capital, tramitación de ERE y préstamos otorgados a la sociedad no desvirtúan la presente declaración de responsabilidad solidaria pues la misma deriva del incumplimiento por parte de los administradores de la obligación legal de solicitar la declaración de concurso ante la situación de insolvencia de la empresa en los términos establecidos en los artículo 2 y 5 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (LC) en relación con el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) en tanto que dicha insolvencia y el incumplimiento de solicitar el concurso por parte de sus administradores queda acreditado en el contenido de la sentencia 0044/2015 de 02/03/2015 de la Audiencia Provincial de Logroño por la que se desestima el recurso de apelación contra la sentencia de 01/09/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroño en el incidente de calificación del citado concurso de acreedores [...]".

Por su parte, la sentencia recurrida afirma, en el Fundamento de Derecho 7º.B: "Quinta: La causa que se invoca en el acto administrativo es no haber solicitado la declaración del concurso por insolvencia, y no la causa de disolución [...]".

SEGUNDO.- *La cuestión de interés casacional.*

Por auto de 21 de octubre de 2019, la Sección de Admisión de esta Sala acuerda admitir el recurso de casación y precisa que la cuestión de interés casacional 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 (RD Legislativo 1/2010), sino, también y además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad".

TERCERO.- *La cuestión en la jurisprudencia.*

La cuestión de interés casacional que se suscita en el presente recurso de casación ha sido objeto de diversos pronunciamientos de nuestra Sala, entre los que cabe citar la sentencia de 24 de junio de 2019 (rec. cas. núm. 2765/2018 - ES:TS:2019:2092), y la sentencia de 26 de junio de 2019 (rec. cas. núm. 2165/2017 - ES:TS:2019:2220). Por exigencia de los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de



seguridad jurídica, debemos ahora estar a la interpretación de los preceptos establecida en nuestros anteriores pronunciamientos.

CUARTO.- *La legislación aplicable.*

El examen de las cuestiones jurídicas que tienen interés casacional exige partir de que es el artículo 15.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (norma aplicable por razones cronológicas, en adelante TRSS 1994), el que indica quienes son las personas responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social, fijando que:

a) Serán "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". Idéntica previsión aparece en el artículo 12 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social ["RGRSS"].

b) Además, "los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquéllos, 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 a las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes". En este caso, es el artículo 13 del RGRSS el que alude a los responsables solidarios, enlazando esta figura con la concurrencia de hechos, negocios o actos jurídicos que determinen la responsabilidad solidaria de varias personas, físicas o jurídicas o entidades sin personalidad.

La posibilidad de exigencia de la deuda a los responsables solidarios se contempla en el citado artículo 15 del TRLSS 1994, que dispone que "Dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria, o mortis causa se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esta ley y su normativa de desarrollo", estableciendo el RGRSS que: (i) artículo 12.2: "Cuando en aplicación de normas específicas de Seguridad Social, laborales, civiles, administrativas o mercantiles, los órganos de recaudación aprecien la concurrencia de un responsable solidario, subsidiario o mortis causa respecto de quien hasta ese momento figurase como responsable, declararán dicha responsabilidad y exigirán el pago mediante el procedimiento recaudatorio establecido en este reglamento" y (ii) artículo 13.2: "Cuando el deudor hubiera cumplido dentro de plazo las obligaciones en materia de liquidación de cuotas establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sin haber efectuado su ingreso en plazo reglamentario, o cuando ya se hubiese emitido reclamación de deuda o acta de liquidación contra él, la Tesorería General de la Seguridad Social sólo podrá exigir dicha deuda a otro responsable solidario mediante reclamación de deuda por derivación, o lo hará, en su caso, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante acta de liquidación, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan adoptarse sobre su patrimonio, en cualquier momento, para asegurar el cobro de la deuda".

Por tanto, la normativa de Seguridad Social que hemos de aplicar e interpretar únicamente nos indica (i) quiénes son los responsables el cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social, y (ii) cómo derivar la deuda a los responsables solidarios que puedan existir. No nos indica quiénes son esos responsables solidarios -aunque sí nos viene a decir que deberá atenderse a las normas específicas de Seguridad Social, laborales, civiles, administrativas o mercantiles- ni cuando nace su responsabilidad.

QUINTO.- *La existencia de insolvencia no constituye presupuesto suficiente para la declaración de responsabilidad solidaria de los administradores de la sociedad.*

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, que 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; y 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.- Respecto de la segunda, compartimos el criterio expresado por la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013 (rec. cas. núm. 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 concurren 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) Y 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 (rec. cas. núm. 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 concurren 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. 3º, 4º, 5º y 7º 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 concorra la causa 4ª 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. 260.1.4º 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 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 (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.

SEXTO.- Alegaciones de la parte recurrente.

La TGSS acordó la derivación de deuda por responsabilidad solidaria del hoy recurrente, en su condición de miembro del consejo de administración, con apoyo único en la situación de insolvencia de la sociedad de capital y el conocimiento de ella por el administrador, sin hacer cita expresa de ninguna causa legal



de disolución y, además, resaltando la adopción de acuerdos para el restablecimiento de la situación de desbalance.

Este hecho queda claramente afirmado en la sentencia recurrida, que en el FD quinto, apartado B), analiza las alegaciones del actor relativas a la "Vulneración del artículo 367 de la ley de sociedades de capital por inexistencia de causa legal de disolución", y sintetiza la posición de la parte actora así:

"[...] La parte actora alega que del expediente administrativo y la documentación aportada se acredita que mi representada, así como los consejeros y accionistas de su familia, hicieron todo cuando estaba en su mano para acometer la correspondiente ampliación de capital. Debido a la conducta de la familia Jesús Manuel [doña Caridad, don Juan Ramón y don Juan Pablo] resultó completamente imposible su materialización, motivo por el que la familia Adriano dotó de fondos a la sociedad para compensar las pérdidas existentes y eliminar de facto la concurrencia de causa legal de disolución. Así consta expresamente en el informe de la Administración Concursal aportado".

Y a continuación, la sentencia rechaza estas alegaciones y, en el examen de las mismas, establece las siguientes conclusiones:

"[...] La Sala no comparte la tesis de la parte actora por las siguientes razones jurídicas:

Primera: Ha de señalarse que la derivación de responsabilidad se fundamenta en el incumplimiento por el administrador de las obligaciones que le impone la Ley cuando concurre insolvencia de la mercantil [...], no procediendo éste a la adopción de la concreta medida consistente en convocar la Junta General para solicitar concurso de acreedores.

Segunda: La derivación de responsabilidad, por lo tanto, no encuentra su fundamento únicamente en el impago de las tres mensualidades que dice el actor, sino en que este impago hace presumir, salvo prueba en contrario que no se ha aportado, el conocimiento del estado de insolvencia de la mercantil que obliga a adoptar unas medidas previstas en la Ley, como es la convocatoria de la junta general para solicitar concurso de acreedores, medidas que no consta que hayan sido adoptadas. Así, ha de recordarse el contenido de los artículos 365.1 y 367.1 de la LSC, antes reproducidos.

[...]

Quinta. La causa que se invoca en el acto administrativo es no haber solicitado la declaración del concurso por insolvencia, y no la causa de disolución [...].

Se constata pues como hecho probado que la declaración de responsabilidad solidaria se fundamenta, única y exclusivamente, como declara la sentencia recurrida en la consideración Quinta del FD Quinto B, en "[...] no haber solicitado la declaración del concurso por insolvencia, y no la causa de disolución [...]". Y en la resolución administrativa se afirma, efectivamente, que "[...] ha quedado acreditado que la sociedad se encontraba en estado de insolvencia desde finales de 2009 habiendo incumplido sus administradores la obligación de solicitar la declaración de concurso y por tanto, por conformidad con la normativa citada, incurriendo en responsabilidad solidaria por las deudas con la TGSS que se determinan en la presente resolución".

Por tanto, la TGSS declaró la derivación de responsabilidad y la responsabilidad solidaria de la administradora sin considerar ni tan siquiera que pudiera concurrir una causa legal de disolución y tomando sólo en consideración la situación de insolvencia.

Si ello es así, si la TGSS acordó la derivación de responsabilidad solidaria de la administradora de la mercantil por la mera situación de insolvencia, habrá que estimarse el presente recurso y revocar la sentencia recurrida que confirmó la resolución administrativa, al infringir, por aplicación indebida, tanto el art. 15.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (norma aplicable por razones cronológicas, en adelante TRSS 1994), en relación con el art. 367 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.

SÉPTIMO.- La doctrina sobre la cuestión de interés casacional.

La presente sentencia, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, declara la siguiente doctrina de interés casacional, en los mismos términos que hicimos en nuestras sentencias de 24 y 26 de junio de 2019, cits., que 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.

**OCTAVO.- Resolución de las pretensiones.**

Debe pues estimarse el recurso de casación y revocar la sentencia recurrida, que ratificó la resolución administrativa que acordó la derivación de responsabilidad solidaria del Sr. Adriano , como miembro del consejo de administración de la mercantil CAR, S.A. por la mera situación de insolvencia, sin justificación y ni tan siquiera mención de la concurrencia de causa de disolución de la sociedad, por lo habrá de estimarse el presente recurso de casación y revocar la sentencia recurrida que confirmó la resolución administrativa, al infringir, por aplicación indebida, tanto el art. 15.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 367 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, con estimación del recurso contencioso-administrativo, por ser contraria a Derecho la actuación administrativa impugnada.

NOVENO.- Las costas.

Respecto a las costas del recurso de casación, no apreciamos temeridad ni mala fe en ninguna de las partes dado la complejidad de la cuestión jurídica que ha precisado de la fijación de doctrina jurisprudencial, por lo que cada parte habrá de soportar las causadas a su instancia, y las comunes por mitad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.4 LJCA. En cuanto a las de la instancia, no ha lugar a su imposición, atendida las serias dudas de derecho por la diversidad de criterios existentes hasta la fijación de doctrina casacional sobre la cuestión litigiosa, art. 139.1 LJCA.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento séptimo:

1.- Haber lugar al recurso de casación núm. 3759/2018, interpuesto por la representación procesal de don Antonio contra la sentencia núm. 11/2018, de 17 de enero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 218/2016 empresa, sentencia que se casa y anula.

2.- Estimar el recurso contencioso-administrativo formulado por don Antonio frente a la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social, de fecha 13 de julio de 2016, por la que se desestima el recurso de alzada instado contra la resolución en la que se declara la responsabilidad solidaria del Sr. Antonio como administrador de la Sociedad Anónima CAR, respecto de las deudas reclamadas en el periodo marzo y abril de 2011 y de junio a septiembre de 2011, contraídas con la Seguridad Social por la citada sociedad. Anular la resolución administrativa impugnada por ser contraria a Derecho.

3.- Hacer el pronunciamiento sobre costas en los términos del último fundamento de derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recuso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Toledano Cantero, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.