



Roj: **STS 3179/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3179**

Id Cendoj: **28079130032022100150**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **27/07/2022**

Nº de Recurso: **934/2020**

Nº de Resolución: **1101/2022**

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

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.101/2022

Fecha de sentencia: 27/07/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 934/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/07/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 934/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1101/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde



En Madrid, a 27 de julio 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 señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 10 de mayo del mismo año, dictándose sentencia el día siguiente.

SÉPTIMO.- El Sr. Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social ha presentado escrito de 1 de junio de 2022 en el que formula solicitud de aclaración y, subsidiariamente, nulidad de la sentencia.

Dado traslado del escrito a la parte contraria y tras formular ésta alegaciones, se ha dictado auto de 22 de julio de 2022 que declara la nulidad de la sentencia previamente dictada en este recurso de casación y señalando para la votación y fallo del mismo el 27 de julio.

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 parte recurrente invoca la jurisprudencia ya sentada por esta Sala en varias sentencias mencionadas en el propio auto de admisión. En efecto, esta Sala se ha pronunciado sobre 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:

" **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 concurren 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." (fundamento de derecho sexto)

TERCERO.- Sobre la concurrencia de causa de disolución.

Los artículos 363 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital tienen el siguiente tenor literal:

" Artículo 363. Causas de disolución.

1. La sociedad de capital deberá disolverse:

- a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.
- b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.
- c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.
- d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.
- e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.
- f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.
- g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.
- h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

2. [...]."

" Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores.

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.

2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior."

De acuerdo con lo expresado en la sentencia de esta Sala reproducida en el anterior fundamento y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 363 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital que se acaban de reproducir, la derivación de la responsabilidad solidaria procede cuando existe una causa de disolución de



la sociedad de las previstas en el artículo 363 y el administrador ha incumplido la obligación que le impone el artículo 367 de convocar la junta general de la sociedad para adoptar, en su caso, el acuerdo de disolución o de solicitar la disolución judicial o el concurso de la sociedad, todo ello en los plazos previstos en el precepto.

En el presente procedimiento la sentencia de instancia dice lo siguiente sobre la concurrencia de causa de disolución:

"QUINTO.- No cabe hablar de indefensión material ni formal, pues en el oficio de inicio de procedimiento de derivación, se indicaba... " la deuda generada por la empresa comprende los períodos de liquidación de diciembre de 2015 hasta junio de 2016, por importe a día de hoy de 55.694.41 euros, que incluyen principal, recargos, intereses y costas, sin perjuicio de la deuda que se genere con posterioridad a dicho período, así como la que resulte de actuaciones de comprobación o investigación al respecto". Como indica la resolución impugnada desde un principio se explicaba al interesado que la deuda era provisional, debido a que el procedimiento se estaba tramitando en cuanto a la recaudación. Efectivamente cuando se dicta la resolución recurrida, los dos códigos de cuenta de cotización abiertos de la empresa, habían incrementado su deuda con las cotizaciones correspondientes a los meses de julio y agosto de 2016, en tanto que el período correspondiente al mes de diciembre de 2015 del código de cuenta de cotización 11 116941341, había sido liquidado el 21 de octubre de 2016. En la propia demanda se desliza la anterior afirmación, por lo que no es coherente la argumentación referente a la variación a lo largo del procedimiento de la cantidad adeudada, precisamente porque la Administración avisó en el oficio de iniciación de la provisionalidad de la deuda y evidentemente el hoy actor, como interesado, conocía el abono parcial de la deuda.

La causa de derivación de responsabilidad solidaria es clara y meridiana, pues al inicio de operaciones en el año 1992, el capital social de la empresa Distribuciones Herolsa, S.L. era de 222.374.48 euros, en tanto que en el año 2014 se constató un patrimonio negativo de -108.353.13 euros y en el año 2015 de -1.225.173.75 euros.

La razón de la derivación estriba en la existencia de deudas durante el período de febrero a agosto del 2016, sin que el pago parcial de diciembre de 2015 y de enero de 2016, pueda exonerar de responsabilidad, pues concurren los requisitos de derivación recogidos en la normativa más arriba expuesta, en la medida en que no se promovió la disolución de la sociedad y la declaración de concurso fue solicitada dos años después de la causa de disolución. En definitiva concurrían los requisitos de los art. 18.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre y 363 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, lo que supone la corrección de la derivación de responsabilidad solidaria.

A mayor abundamiento la declaración de fortuito del concurso no anula la resolución administrativa de derivación de responsabilidad solidaria, debido a la compatibilidad de ambas exigencias de responsabilidad apuntada anteriormente, a lo que debe añadirse que la normativa reguladora de la derivación de responsabilidad solidaria, no la hace depender de la calificación fortuita o culpable del concurso, sino en la diligencia o falta de la misma en la solicitud del procedimiento **concurral**.

En base a lo anteriormente expuesto procede la desestimación del recurso." (fundamento de derecho quinto)

Como puede comprobarse la Sala juzgadora establece con toda claridad como cuestión de hecho que no es posible revisar en casación que concurría la causa de disolución establecida en el artículo 363.1.e) de la referida Ley de Sociedades de Capital, por lo que la derivación de la responsabilidad acordada por la Administración resultaba conforme a derecho y a la doctrina establecida al respecto por esta Sala. Las razones alegadas por la parte recurrente negando que se pudiera afirmar la existencia de la causa de disolución no desvirtúan lo establecido por la sentencia combatida, que asume como hechos probados la existencia de pérdidas que suponen la existencia de la causa de disolución mencionada, sin que en sede casacional se posible discutir tales cuestiones fácticas.

Procede en consecuencia desestimar el recurso de casación.

CUARTO.- Conclusión y costas.

De acuerdo con lo razonado en los anteriores fundamentos de derecho, no ha lugar al recurso de casación interpuesto por don Francisco contra la sentencia de 28 de noviembre de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla (Sección Segunda).

En congruencia con lo anterior, no procede aclarar ni modificar la doctrina de interés casacional ya sentada en los casos precedentes sobre la materia y que se resume en 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".



Según lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la imposición de costas en la casación.

FALLO

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

1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar 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. Confirmar la sentencia objeto de recurso.
3. No imponer las costas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO