



Roj: **ATS 12768/2021 - ECLI:ES:TS:2021:12768A**

Id Cendoj: **28079130012021201982**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/10/2021**

Nº de Recurso: **6244/2020**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **RAFAEL TOLEDANO CANTERO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 1601/2020,**
ATS 12768/2021

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 07/10/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6244/2020

Materia: EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Concepción De Marcos Valtierra

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por:

Nota:

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M. Concepción Riaño Valentín

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

Dª. María Isabel Perelló Doménech



D^a. Inés Huerta Garicano

D. Rafael Toledano Cantero

D^a. Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 7 de octubre de 2021.

HECHOS

PRIMERO.- Mediante las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social el 22 de noviembre de 2018, se desestimaron los tres recursos de alzada interpuestos contra las resoluciones de 7 y 8 de marzo de 2018, que declararon a don Remigio , a don Roman y a la entidad Sadim Inversiones, S.A., respectivos responsables solidario de las deudas contraídas con la Tesorería General de la Seguridad Social durante el período 1/2013 a 4/2015, por su condición de antiguos administradores de Astersa Aplicaciones Solares, S.A.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dichas actuaciones administrativas por los representantes procesales de don Remigio , a don Roman y a la entidad Sadim Inversiones, S.A, se tramitaron los procedimientos acumulados 26, 29 y 45/2019.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 29 de junio de 2020, estima parcialmente el recurso que afecta a don Remigio para limitar los débitos a los existentes entre el 24 de diciembre y el 20 de mayo de 2015..

En lo que aquí interesa, la Sala de Oviedo sale al paso del argumento del recurrente, quien insiste que se adoptaron medidas por los administradores impidiendo que el patrimonio neto quedase bajo la mitad de la cifra de capital en los ejercicios, 2010, 2011, 2012 y 2013.

Se considera acreditado que Astersa Aplicaciones Solares, S.A., sufrió pérdidas entre los ejercicios 2010 y 2014, ambos inclusive, que llevaron a que al cierre de ejercicio el patrimonio neto fuese inferior a la mitad de su capital social.

En este punto, para la entidad recurrente las medidas de capitalización y/o concertación de préstamos participativos que se hicieron dos meses antes de su detección fueron idóneas. La recurrente señala que la Tesorería General de la Seguridad Social admite la idoneidad de los préstamos participativos pero los excluye por una supuesta ingeniería jurídica, pese a que se trata de una operación jurídico-contable amparada por la legislación y que enervaría la causa de disolución.

Por su parte, la Tesorería General de la Seguridad Social mantuvo en la instancia que tales préstamos y variaciones de capital social no pudieron remover la causa de disolución.

Según la sentencia, la derivación de responsabilidad se aplica con la verificación de sus presupuestos objetivos, pero al margen de consideraciones de dolo, culpabilidad o intencionalidad. No se trata de una acción encaminada al reproche o castigo con finalidad punitiva, sino de una acción encaminada al resarcimiento, anudada a una conducta legalmente predeterminada: no haber procedido a la disolución de la entidad cuando existía causa legal.

El que hubiesen demostrado voluntad en restablecer el equilibrio patrimonial es lo que se espera de todo comerciante o empresario diligente, pero no surte eficacia excluyente de las responsabilidades por el escenario precedente que llevó a tal situación:

"Existiendo un escenario de insolvencia social la alternativa preferente, obligada y excluyente de solicitar la disolución de la sociedad, era promover la declaración de concurso, ya que el apartado e) del art. 363.1 LSC se limita a salvaguardar la posibilidad de que sea "procedente solicitar la declaración de concurso", pero sin que excluya la existencia de escenarios anteriores a ese presupuesto concursal, en que existía la obligación de disolver la entidad".

"La consideración fáctica parte del dato incontrovertido de que la empresa ya ofrecía balance pasivo e incurría en causa de disolución desde el año 2010, ya que partiendo de un capital social de 2.000.000 € (2009) en ese año contaba con un patrimonio neto de 646.707,37 €, que fue en caída libre hacia los 71.855,98 € (2011), 60.754,03 € (2012) y luego negativo, -679.236,12 € (2013) y -930.399,83 € (2014). Por tanto, las deudas de Seguridad Social exigidas fueron generadas con posterioridad a la existencia de la causa de disolución, tras transcurrir el plazo de dos meses para ello con creces y a sabiendas de la situación patrimonial de la entidad. Por tanto, se cumplirían los requisitos del art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital".



Añade la sentencia ahora recurrida que la existencia de préstamos participativos no se niega, como tampoco puede discutirse su potencialidad teórica para sanación del estado patrimonial de las empresas [artículo 20 uno, apartado d) del Real Decreto Ley 7/1996], si bien no es posible la transformación de préstamos de socios en préstamos participativos si no va acompañado de una explicación y justificación de un impacto real y positivo sobre la situación patrimonial, pues se trata de meras operaciones de reconversión de activos, más formales que reales.

En cualquier caso, cualesquiera que fuesen las operaciones de capital o suscripción de préstamos, ninguna fue capaz de conseguir la flotación patrimonial de manera que el patrimonio neto mercantil no fuese inferior a la mitad del capital social en los ejercicios 2011, 2012, 2013 y 2014.

Es por ello que, aun teniendo en cuenta el impacto de las operaciones societarias y préstamos participativos, a juicio de la Sala sentenciadora no se enerva la existencia de causa de disolución del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). Se trae a colación, a este respecto, la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019 (rec. 2902/2018), que "[...] rechaza que el aumento de capital produzca, en este caso, el efecto enervante que prevé el artículo 363.1.e) de la LSC porque "el acaecimiento de la causa legal de disolución" -en palabras del artículo 367.1 de la LSC- se produjo al menos dos años antes, se había mantenido en el tiempo y fue aumentando la deuda societaria para con la TGSS sin que el ahora recurrente actuase como prevé el artículo 365 de la LCS".

Y, finalmente, se añaden dos datos más:

a) El dato objetivo final según balance oficial conforme al cual en esos ejercicios, con o sin esas operaciones, las pérdidas exceden el umbral permitido.

b) Que no se ha justificado por la actora, pese a ser cuestionado en vía administrativa y judicial por la Tesorería, que esa conversión en préstamos participativos supusiese una transmisión efectiva de recursos a la sociedad, y no una operación vacía que no aporta liquidez real. Estamos ante un escenario de conversión de préstamos preexistentes ordinarios -puntualiza la Sala- en préstamos participativos, que además ofrecen un panorama de objetiva inconsistencia.

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de don Remigio , don Roman y Hunosa Empresas, S.A. (anteriormente Sadim Inversiones, S.A.), ha preparado recurso de casación en el que, en resumen, argumenta que entre los años 2010 y 2014, en el que se declaró en concurso de esa empresa, no transcurrieron en ningún momento más de dos meses en los que la sociedad tuviese un patrimonio neto inferior a la mitad de su capital sin que se enervase dicha causa de disolución mediante, entre otras operaciones, la concertación de préstamos participativos.

Considera que la sentencia recurrida infringe el artículo 20.1.d) del Real Decreto-Ley 7/1996, en cuanto que este precepto no exige que los préstamos participativos supongan una aportación de liquidez o solvencia a la sociedad para que puedan ser considerados parte del patrimonio neto de ésta a la hora de enervar la causa de disolución antes referida (patrimonio neto inferior a la mitad del capital social).

Afirma que entre los años 2010 y 2014 nunca transcurrieron más de dos meses en los que el patrimonio neto de Astersa Aplicaciones Solares, S.A., fuese inferior a la mitad de su capital social sin que sus administradores tomasen las medidas necesarias para enervar dicha causa de disolución; entre ellas, la concertación de préstamos participativos.

La normativa que considera infringida equipara, en su opinión, los préstamos participativos al patrimonio neto de la sociedad a la hora de enervar la ya explicada causa de disolución, indiferentemente de la solvencia o liquidez de la misma.

No es equiparable el estado de insolvencia a la causa de disolución social por patrimonio neto inferior a la mitad del capital social comprendida en el artículo 363.1.e) de la LSC, por lo que, al equiparar el artículo 20.1.d) del Real Decreto- Ley 7/1996 los préstamos participativos con patrimonio neto de la sociedad a efectos de enervar la mencionada causa de disolución de una sociedad, resulta irrelevante si la sociedad es o no solvente tras la realización de esos préstamos participativos, ya que dicho precepto nada exige respecto de la solvencia de la sociedad, ni tampoco lo hace el artículo 363 de la LSC por lo que respecta a las causas de disolución.

Esgrime el artículo 88.2.a), c) y la presunción del apartado b) del artículo 88.3 de la Ley de esta Jurisdicción y cita de contraste las SSTs de 15 de diciembre de 2019, 26 y 24 de junio de 2019, sin reflejar los números de los recursos de casación respectivos.

CUARTO.- Por auto de 22 de septiembre de 2020, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de 30 días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.



Se han personado en concepto de recurrente la representación procesal de don Remigio , don Roman y Hunosa Empresas, S.A., y, en calidad de recurrida, la Tesorería General de la Seguridad Social, que no formula oposición a la admisión del recurso de casación con ocasión al trámite conferido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Como cuestión previa, y desde un punto de vista formal, debe señalarse que el escrito de preparación cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA, por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los apartados a) y b) del artículo 90.4 LJCA.

SEGUNDO.- Cumplidas las exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA, coincidimos con la parte recurrente en que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la determinación de si, a efectos de declarar la responsabilidad solidaria de los administradores de las sociedades mercantiles, las operaciones destinadas a la suscripción de préstamos participativos tienen la virtualidad de remover la existencia de causa de disolución de las mismas, o, por el contrario, resulta ineludible la ampliación de capital o la adopción de alguna otra medida económico-financiera que impida que el patrimonio neto quede reducido por debajo de la mitad del capital social.

Por consiguiente, es necesario esclarecer la cuestión jurídica planteada de indudable repercusión en el ámbito mercantil y, en particular, en el ámbito de la responsabilidad solidaria de los administradores de las sociedades que incurren en causa de disolución, toda vez que no existe un pronunciamiento específico de la Sala sobre la potencialidad de los préstamos participativos para reequilibrar el patrimonio neto de las sociedades.

Resulta procedente señalar, que recursos de casación idénticos, núm. 4391, 6172 y 7457/2020, han sido admitidos por autos de 1 y 7 de julio.

TERCERO.- Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recursos de casación preparado por la representación procesal de don Remigio , don Roman y Hunosa Empresas, S.A. (anteriormente Sadim Inversiones, S.A.), contra la sentencia de 29 de junio de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, procedimiento ordinario núm. 26 (acumulados núm. 29 y 45/2019).

Y, a tal efecto, precisamos que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la declarada en el anterior razonamiento jurídico.

Señalamos, además, que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son la contenidas en los artículos 363.1, 364, 365, 366.1 y 367 del texto refundido de la ley de sociedad capital (Real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio) y en el artículo 20.1.d) del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter **fiscal** y de fomento y liberalización de la actividad económica.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 6244/2020,

La Sección de Admisión acuerda:

PRIMERO.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la entidad mercantil don Remigio , don Roman y Hunosa Empresas, S.A. (anteriormente Sadim Inversiones, S.A.), contra la sentencia de 29 de junio de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, procedimiento ordinario núm. 26 (acumulados núm. 29 y 45/2019).

SEGUNDO.- Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en la determinación de si, a efectos de declarar la responsabilidad solidaria de los administradores de las sociedades mercantiles, las operaciones destinadas a la suscripción de préstamos participativos tienen la virtualidad de remover la existencia de causa de disolución de las mismas, o, por el contrario, resulta ineludible la ampliación de capital o la adopción de alguna otra medida económico-financiera que impida que el patrimonio neto quede reducido por debajo de la mitad del capital social.

TERCERO.- Señalamos que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las contenidas en los artículos 363.1, 364, 365, 366.1 y 367 del texto refundido de la ley de sociedad capital



(Real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio) y en el artículo 20.1.d) del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter **fiscal** y de fomento y liberalización de la actividad económica.

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

CUARTO.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Comunicar inmediatamente a la Sala de apelación la decisión adoptada en este auto.

SEXTO.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ