



Roj: **STS 2220/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2220**

Id Cendoj: **28079130042019100224**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **26/06/2019**

Nº de Recurso: **2165/2017**

Nº de Resolución: **915/2019**

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

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 466/2017,**
ATS 12298/2017,
STS 2220/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 915/2019

Fecha de sentencia: 26/06/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2165/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MMC

Nota:

R. CASACION núm.: 2165/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 915/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 26 de junio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2165/2017, interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, representada y defendida por Letrado de sus Servicios Jurídicos, contra la Sentencia dictada el 20 de enero de 2017 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias, Sección Primera, con sede en Santa Cruz de Tenerife al estimar el recurso de apelación 139/2016 que fue interpuesto por doña Esperanza frente a la sentencia dictada el 1 de julio de 2016 por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 4 de Santa Cruz de Tenerife (procedimiento ordinario 412/2015) y que desestima el recurso interpuesto por doña Esperanza frente a la Resolución de la Subdirección Provincial de Recaudación Ejecutiva de 20 de abril de 2015, que declaró responsable solidario de las deudas de la empresa SERVIGENERAL ADEJE, S.L.U. por importe de 47.270,49 € correspondiente a los periodos impagados comprendidos entre noviembre 2012 y diciembre de 2014, a D. Esperanza, sin perjuicio de otros descubiertos que pudieran detectarse con posterioridad.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, doña Esperanza, representada por el Procurador de los Tribunales don Pablo Hornedo Muguero y defendida por el Letrado don Dácil Valladares Cabrera.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sección Primera, se ha seguido el recurso de apelación 139/2016 interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 4 de Santa Cruz de Tenerife en autos de procedimiento ordinario nº 412/2015, que estimaba íntegramente el recurso interpuesto por doña Esperanza frente a la Resolución de la Subdirección Provincial de Recaudación Ejecutiva de 20 de abril de 2015, que declaró responsable solidario de las deudas de la empresa SERVIGENERAL ADEJE, S.L.U. por importe de 47.270,49 € correspondiente a los periodos impagados comprendidos entre noviembre 2012 y diciembre de 2014, a D. Esperanza, sin perjuicio de otros descubiertos que pudieran detectarse con posterioridad.

SEGUNDO .- La sentencia recaída en ese proceso de apelación con fecha 20 de enero de 2017 contiene el siguiente Fallo: " En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido estimar íntegramente el presente recurso conforme a los fundamentos de la presente sentencia, sin que haya lugar a expresa condena en costas."

TERCERO .- Contra la mentada Sentencia se preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte ahora recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO .- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 2 de noviembre de 2017, se acordó lo siguiente:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de 20 de enero de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife), dictada en el recurso de apelación núm. 139/2016 .

Segundo. Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe 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, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 363 a 367 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por RD Legislativo 1/2010 de 2 de julio; el artículo 15.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RD 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; y los artículos 2 y 5 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio. "



QUINTO .- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 13 de diciembre de 2017, la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social solicitaba dicte sentencia " por la que, casando y anulando la sentencia recurrida se estime el recurso de casación en los términos interesados. "

SEXTO .- Mediante Providencia de 11 de enero de 2018, se da traslado del escrito de interposición a la parte recurrida que presenta escrito de oposición el 26 de febrero de 2018, en el que solicita dicte " resolución que se pronuncie sobre las cuestiones planteadas en el sentido expuesto en este escrito y mantenga el fallo de la resolución impugnada en su integridad".

SÉPTIMO .- Por providencia de fecha 30 de abril de 2019 se señala para el día 4 de junio de 2019, fecha en que tuvo lugar dicho acto que continuo en fechas posteriores, siendo deliberado conjuntamente con los recurso de casación 2765/2018 y 3689/2018.

Con fecha del siguiente 21 de junio la sentencia fue entregada para su firma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra la sentencia dictada el día 20 de enero de 2017 por sección primera de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Las Islas Canarias, sede Tenerife, en el recurso de apelación 139/2016 .

Esta sentencia estimaba el recurso y pretensiones ejercitadas por la representación procesal de doña Esperanza frente a la sentencia dictada el día 1 de julio del 2016 dictada por el Juzgado nº 4 de lo Contencioso- Administrativo de Santa Cruz de Tenerife (procedimiento ordinario 412/2015, que desestimaba el recurso interpuesto frente a las resoluciones administrativas dictadas por la Tesorería de la Seguridad Social declarándola responsable solidaria de las deudas de la empresa "Servigeneral Adeja S.L.U", que alcanzaban el importe de 47.270,49 euros por impagos comprendidos entre noviembre de 2012 y diciembre de 2014.

La sentencia de instancia resalta que la Sra. Esperanza constituyó la sociedad el 15 de mayo de 2012 con una aportación no dineraria valorada en 3.200 euros, que era titular de las 3.200 participaciones sociales (por valor de un euro cada una) y administradora única; también, que con fecha 31 de diciembre de 2014 fue dado de baja su código cuenta de cotización por carecer de trabajadores, habiendo generado una deuda de 47.270,49 euros, siendo la deuda 14,77 veces superior a su valor de la sociedad.

Con interpretación y aplicación de los artículos 15.3 de la Ley General de Seguridad Social y 367 de la Ley de Sociedades de Capital , admite que la Administradora única de una sociedad de capital pueda ser declarada responsable solidaria la deuda de la sociedad por la mera constatación de una situación de insolvencia para responder de la deuda reclamada, sin necesidad de que concurra una causa de disolución. Emplea para ello el siguiente argumento:

"**TERCERO**.- No hace falta una declaración formal de insolvencia para comprobar que una empresa constituida como sociedad limitada unipersonal con 3200 desembolsados mediante la aportación de un automóvil y que no tiene actividad, es insolvente materialmente para responder de 47.270,49 de cuotas descubiertas de Seguridad Social.

En aplicación del art. 15.3 LGSS , que regula la obligación de cotizar y la responsabilidad solidaria de las personas a las que las normas reguladoras impongan directamente la obligación de ingreso, por concurrir hechos, omisiones o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades. En este caso la demandante es la titular de todas las participaciones sociales y administradora única, por lo que tiene la obligación legal de pagar las cotizaciones a la Seguridad Social de su empresa, y de esta omisión de pago deriva su responsabilidad solidaria que la TGSS le deriva.

El art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital establece la responsabilidad legal solidaria de los administradores por no convocar junta general para disolver la sociedad, cuando haya causa !como la prevista, como la del art. 363. e), que establece la disolución de la sociedad 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. En este caso la deuda de cuotas de Seguridad Social es 14,77 veces superior al valor de 3.200 € en su día dado al automóvil aportado como aportación no dineraria,

Las cuotas de Seguridad Social deben ser liquidadas y pagadas cada mes con la confección de los boletines de cotización tc1 y tc2. Si a fecha actual de 2016, se sostiene que no está declarada la insolvencia de la empresa por impagos de cuotas reclamados correspondiente a periodos desde 2012 a 2014, tiempo ha tenido

la empresa para demostrar su solvencia por el medio más incontrovertible: mediante el pago efectivo de la deuda de cuotas de Seguridad Social adeudadas.

Consiguientemente, procede desestimar este motivo de impugnación y declarar que el acto administrativo es conforme a Derecho."

La sentencia de apelación llega a la estimación del recurso interpuesto por la Sra. Esperanza por entender necesaria la concurrencia de una causa de disolución, ello con el efecto de anular la sentencia y las resoluciones administrativas, siendo de destacar los siguientes extremos:

1º) resalta de que las resoluciones administrativas de inicio y fin del expediente de derivación de responsabilidad parten (a) de afirmar el desconocimiento de la situación patrimonial de la empresa por la falta de depósito de sus cuentas anuales y, (b) de mantener que la responsabilidad de la administradora se produce ipso iure al ser conocedora de la insolvencia por la falta generalizada en el pago de las obligaciones sociales, debiendo llevar esta falta de liquidez para atender los compromisos corrientes, si bien no a la disolución de la sociedad inicialmente, si a la promoción del concurso previsto en la Ley Concursal. La falta de pago de las cuotas hace presumir respecto del deudor insolvente que éste conocía su estado de insolvencia."

2º) pone de manifiesto que "junto al escrito de demanda se aportó por la apelante información del Registro mercantil sobre la presentación de documentos el 30 de julio de 2014, Junta General celebrada el 30/6/2013 procediendo a la aprobación de cuentas anuales del 2012; depósito de cuentas ante RM el 7 de agosto del 2014; documento de pago de deudas en vía de apremio por importe de 47.937,11 euros el día 3 de agosto del 2015; diligencias de embargo de cuentas corrientes; diligencia de embargo de bienes inmuebles, de embargo de sueldos, salarios, pensiones y otras prestaciones económicas".

3º) con cita de sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo (14 de julio de 2014, dictada en recurso 1858/2012) sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de los administradores nacida ex lege, y de una sentencia previa de la propia Sala Territorial dictada en el recurso 122/2013 que atiende al contenido del Criterio Técnico 89/2011, de fecha 6 de junio de 2010 , dictado por el Director General de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, concluye que "Dada la no consignación de la concurrencia de causa de disolución, más al contrario, constatado su no concurrencia, tal como recoge tanto el acuerdo de inicio como la resolución de 20 de abril del 2014, procede estimar el recurso, anulando la sentencia y el acto administrativo por ella confirmado."

SEGUNDO .- El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo declarado mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 2 de noviembre de 2017 , de la siguiente manera.

"Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe 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."

La resolución de la cuestión suscitada precisa de la aplicación e interpretación de determinadas norma: "Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 363 a 367 de la Ley de Sociedades de Capital , aprobada por RD Legislativo 1/2010 de 2 de julio; el artículo 15.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RD 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; y los artículos 2 y 5 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio."

TERCERO .- En el escrito de interposición de la TGSS se cuestiona la decisión de la Sala Territorial y se afirma que vulnera los preceptos que son de aplicación.

La TGSS parte de concretar el supuesto de hecho, lo que hace de manera coincidente con la sentencia de instancia y resaltando que dentro del periodo en que la empresa estuvo de alta (2 años y 8 meses) los últimos dos años y 2 meses dejó de abonar las cuotas a la Seguridad Social, lo cual la coloca en una situación de insolvencia del artículo 5, en relación con el 2, de la Ley Concursal .

Mantiene que "estamos ante una responsabilidad objetiva y automática estableciendo una responsabilidad "ex lege" o de carácter objetivo cuyo fundamento descansa en el incumplimiento por los administradores del deber que les impone la Ley de convocar la junta de socios en el plazo de dos meses desde que se constata la causa de disolución imperativa. Para que se aplique la consecuencia legal basta con que la sociedad incurra en causa de disolución por pérdida del patrimonio a un valor inferior a la mitad del capital social, y que el administrador,



incumpliendo el deber legal, no convoque junta para disolver la sociedad en el plazo de dos meses. Si esto sucede, la consecuencia es la responsabilidad solidaria de los administradores. Por tanto, no es necesario que el tercer acreedor promueva una previa declaración de insolvencia, sino que cuando esta se produce, por estar en alguno de los supuestos que establece los artículos 363 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital, surge la responsabilidad de los administradores y la pertinencia de la derivación de responsabilidad solidaria a los administradores, como ocurre en el presente supuesto tal y como anteriormente hemos manifestado.

En definitiva, el artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital establece cuando la sociedad de capital debe disolverse 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, surgiendo, 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. En el presente supuesto, como expusimos, la sociedad mantiene una deuda con la Seguridad Social de 47.270,49 euros por el periodo comprendido de noviembre de 2012 a diciembre de 2014. La recurrida era administradora única de la sociedad constituida el 15 de mayo de 2012 por ella misma con un capital social de 3.200 euros, dividido en 3.200 participaciones suscritas en exclusiva por ella misma mediante la aportación de un vehículo valorado en 3.200 euros. Finalmente, la sociedad fue dada de baja en el código de cuenta de cotización de la Seguridad Social el 31 de diciembre de 2014 por carecer de trabajadores.

Por tanto la sociedad se encontraba en una situación de insolvencia del artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 5 con remisión al artículo 2 ambos de la Ley Concursal, Ley 22/2003, dado que una sociedad limitada unipersonal con 3.200 euros de capital social desembolsado con un vehículo de dicho valor y que no tiene actividad es materialmente insolvente para responder de una deuda de 47.270,49 euros, es decir 14,77 veces superior al valor del capital social, sin que sea necesaria una declaración formal de insolvencia, dado que, como quedó acreditado en el expediente administrativo y en autos, la empresa se encontraba en una situación de insolvencia de la previstas en la Ley."

CUARTO .- La parte recurrida parte de afirmar que el artículo 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 (LSC) es el precepto que fija los presupuestos necesarios para que los administradores responderán solidariamente, siendo el primero la necesidad de "acaecimiento de la causa legal de disolución", siendo el artículo 363.1 el que enumera las causas de disolución.

Sobre ese punto de partida dice que podrá discutirse que la TGSS deba acreditar o no la concurrencia de la causa, pero lo que es indispensable es que haga alegación o mención expresa de la causa de disolución como fundamento de la exigencia de responsabilidad del administrador, siendo este el incumplimiento que imputa a la TGSS, que solo atiende a la mera constatación de la situación de insolvencia, y el que resalta la sentencia recurrida cuando concluye diciendo que "Dada la no consignación de la concurrencia de causa de disolución, más al contrario, constatado su no concurrencia, tal como recoge tanto el acuerdo de inicio como la resolución de 20 de abril del 2014, procede estimar el recurso, anulando la sentencia y el acto administrativo por ella confirmado."

Y añade que la situación de insolvencia, exigible para la declaración de concurso, no es coincidente con la concurrencia de causa de disolución de una sociedad, que son las fijadas por el artículo 363.1 de la LSC, citado a tal efecto la sentencia dictada el 15 de octubre de 2013 (recurso 1268/2011) por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Finalmente, acude al 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. Resalta que es un criterio técnico y operativo para el desarrollo de la función inspectora, nunca citado por la TGSS y que si cita la sentencia impugnada para concluir con que no es suficiente la mera constatación de la situación de insolvencia, sino que es exigible la concurrencia de una causa legal de disolución.

Termina manifestando que la TGSS únicamente alude o menciona la existencia de causa legal de disolución en vía de oposición al recurso de apelación y en este recurso de casación, pero no en las resoluciones de inicio y fin de la derivación de responsabilidad solidaria, incurriendo así en contradicción con la resolución de declaración de derivación de 20 de abril de 2015 cuando pone de relieve que "el administrador de la entidad era concedora de la insolvencia por el sobreseimiento generalizado en los pagos de las obligaciones sociales,



debiendo llevar esta falta de liquidez, si bien no a la disolución de la sociedad inicialmente, si a la promoción del concurso previsto en la LC. La falta de pago de las cuotas hace presumir respecto del deudor insolvente que éste conocía su estado de insolvencia".

QUINTO .- 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 dice 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.

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 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) 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 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 concurra 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 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.

SÉPTIMO .- La TGSS acordó la derivación de deuda por responsabilidad solidaria de la administradora con apoyo único en la situación de insolvencia de la sociedad de capital y el conocimiento de ella por la administradora, sin hacer cita expresa de ninguna causa legal de disolución y, además, resaltando la inexistencia de cuentas y balance de la sociedad para comprobar su situación económica.

Efectivamente, la derivación de responsabilidad acordada en resolución de 20 de abril de 2015 se apoya en el conocimiento por la administradora de la situación de insolvencia de la sociedad por el impago generalizado de las deudas con la Seguridad Social desde hacía más de dos años, ello afirmando que esa falta de liquidez debió llevarla "si bien no a la disolución de la sociedad, si a la promoción del concurso", imputándole así el incumplimiento de esta obligación al no haber convocado la Junta General para que lo inste.



Además, la resolución dictada el 15 de junio de 2015 para resolver el recurso de alzada presentado contra la anterior concluye que "De cuanto se acaba de razonar ha de concluirse que no habiéndose acreditado por ausencia de pruebas suficientes que acrediten la existencia de la situación de insolvencia, ha de concluirse con la procedencia de derivar la responsabilidad a la administradora social."

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. Es más, no hizo valoración alguna de la documentación contable aportada en vía de recurso administrativo y que se reseña en la resolución de la alzada. Tampoco tuvo en cuenta el ya citado Criterio Técnico 89/2011 ni la posibilidad de acreditar la concurrencia de una causa de disolución.

Tampoco hace intento alguno para integrar la causa de disolución de pérdidas del artículo 363.1. e) del TRLSC tomando como punto de partida la situación de insolvencia, es decir, un intento de demostrar, con la documentación contable que tenía a su disposición tras aportarla la administradora de la sociedad, que la deuda que reclamaba colocaba a la sociedad en la situación de pérdidas.

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 desestimar el presente recurso y confirmar la sentencia recurrida.

OCTAVO .- La presente sentencia, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, ha establecido en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Salsa Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declarará:

1º) que 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 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.

2º) que se desestimaré el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el día el día 20 de enero de 2017 por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Las Islas Canarias, sede de Tenerife, en el recurso de apelación 27/2017.

NOVENO .- De conformidad con el dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la sentencia que se dicte resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Por ello, se acordará: a) no hacer imposición de las costas de la instancia por considerar evidente que el caso presentaba serias dudas de derecho por la dificultad que, por su singularidad, entraña la cuestión debatida; b) cada parte abonará, en cuanto a las del recurso de casación, las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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 establecida en el fundamento jurídico séptimo a las cuestiones de interés casacional planteadas

1º) **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el día 20 de enero de 2017 por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Las Islas Canarias, sede de Tenerife, en el recurso de apelación 139/2016, sentencia que CONFIRMAMOS.

2º) **HACER PRONUNCIAMIENTO** en costas en los términos previsto en el fundamento último.

Notifíquese esta resolución a las partes 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. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ