

La responsabilidad solidaria de los administradores de sociedades de capital por cotizaciones a la Seguridad Social pendientes de pago

The joint and several liability of the administrators of capital companies for pending Social Security contributions

DAVID MONTOYA MEDINA

PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Resumen

El texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, además del régimen general de responsabilidad por daños de los administradores instaurado en su art. 236, impone sobre estos en su artículo 367 un particular régimen de responsabilidad solidaria derivada del incumplimiento de los deberes que legalmente les corresponden cuando la sociedad se encuentra incurso en causa legal o estatutaria de disolución o es insolvente. Como quiera que dicha responsabilidad pesa sobre todo tipo de obligaciones sociales nacidas con posterioridad a la causa de disolución de la sociedad, su ámbito objetivo, en principio, es comprensivo de las obligaciones de índole laboral así como las contraídas con la Seguridad Social. Por lo que, concretamente, se refiere a la obligación societaria de pago de las cuotas de Seguridad Social de sus trabajadores, la sustanciación del mencionado régimen de responsabilidad solidaria de los administradores exige la aplicación coordinada de preceptos societarios, concursales y de Seguridad Social. Como es lógico, la concurrencia de normas de diversa naturaleza y origen suscita diversos problemas interpretativos dificultando, así, la labor del operador jurídico. La más reciente jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre uno de ellos. La cuestión concierne a los requisitos exigibles para el nacimiento de la mencionada responsabilidad en los supuestos de insolvencia de la sociedad. Se ha planteado si, para exigir la responsabilidad solidaria de los administradores en dichos supuestos, es suficiente constatar que han incumplido su deber legal de instar el concurso o es preciso, además, acreditar la existencia de una causa legal o estatutaria para la disolución de la sociedad. La jurisprudencia ha resuelto dicha cuestión partiendo de una interpretación literal del art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital que conduce a una aplicación claramente restrictiva de la responsabilidad legal instaurada en la norma.

Palabras clave

Administradores de sociedades, responsabilidad solidaria, derivación de responsabilidad, cotizaciones de Seguridad Social

Abstract

The revised text of the Capital Company Act, in addition to the general regime of the administrators' liability for damages established in article 236 therein, imposes in article 367 a particular regime of joint and several liability on these, derived from the breach of the duties that legally correspond to them when the company is involved in a legal or statutory process of dissolution or is insolvent. As this responsibility weighs on all types of social obligations arising after the process of dissolving the company, its scope of objectives in principle includes labour obligations as well as those contracted with Social Security. Since it specifically refers to the corporate obligation to pay its workers' Social Security contributions, the substantiation of the aforementioned regime of the administrators' joint and several liability requires the coordinated application of corporate, bankruptcy and Social Security provisions. Obviously, the existence of standards with various natures and origins raises various problems of interpretation, hindering the legal operator's work. The most recent case heard by the third chamber of the Supreme Court provided an opportunity to rule on one of them. The issue concerns the requirements for the creation of the aforementioned liability in the event of the company's insolvency. It has been raised whether, in order to demand joint and several liability from the administrators in such cases, it is sufficient to verify that they have not fulfilled their legal obligation to initiate the contest or if it is necessary, in addition, to prove the existence of a legal or statutory reason for the dissolution of the society. The case has resolved this question based on a literal interpretation of article 367 of the Capital Company Act, which leads to a clearly restrictive application of the legal liability established in the regulation.

Keywords

Company administrators, joint and severable liability, derivation of liability, Social Security contributions

1. EL PUNTO DE PARTIDA: DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS ANTE LA CONCURRENCIA DE CAUSA LEGAL O ESTATUTARIA DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD

Como es sabido, el RDL 1/2010, de 2 de julio, *que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (en adelante, TRLSC), instaura un régimen jurídico para la disolución de las sociedades que parte de la distinción entre los supuestos de disolución de pleno derecho (art. 360) y los de disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria (arts. 362 y siguientes). De entrada, se debe advertir que, por lo que, en particular, se refiere a los intereses de los trabajadores y de la Seguridad Social, tanto en un caso como en otro la concurrencia de causa legal de disolución de la sociedad no determina necesariamente la liquidación de la empresa que venía explotando dicha sociedad que, como es lógico, puede ser objeto de transmisión comportando no su liquidación sino un cambio de titularidad en la misma con los efectos del art. 44 ET. También debe advertirse que, mientras la disolución de pleno derecho opera *ipso iure*, esto es, actúa automáticamente sin necesidad de instar procedimiento alguno salvo la constatación formal de dicha contingencia por el registrador mercantil, la disolución por concurrencia de causa legal o estatutaria actúa *ex voluntate*, esto es, exige un pronunciamiento expreso en tal sentido de la junta general de accionistas o de la autoridad judicial con el objeto, precisamente, de constatar la concurrencia de la causa de disolución.

Es por esto mismo, y en este particular contexto, en el que se insertan determinados deberes legales impuestos a los administradores de la sociedad con el fin de instrumentar la disolución de la sociedad, bien por acuerdo de la junta de accionistas, bien por resolución judicial. El TRLSC es suficientemente explícito y claro a la hora de establecer, en primer lugar, el mandato de que la sociedad deba disolverse por la existencia de causa legal o estatutaria de disolución. En segundo lugar, que dicha causa deba de ser constatada por la junta general o por una resolución judicial (art. 362). Por último, que corresponde a los administradores el deber de convocar la junta para adoptar el acuerdo de disolución o de instar el concurso de acreedores si la sociedad fuese insolvente (art. 365) o, en último término, de instar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo adoptado por la junta fuese contrario a la disolución o no hubiese podido ser logrado (art. 366.2).

El fundamento para la instauración legal de los aludidos deberes de convocatoria de la junta, solicitud de disolución judicial o solicitud de concurso parece conectar, a su vez, con los deberes de diligente administración y de lealtad que imponen a los administradores, respectivamente, los arts. 225 y 226 TRLSC y de los que se desprende su obligación de actuar con la diligencia de un ordenado empresario y de desempeñar su cargo con la lealtad de un representante leal. Por lo que se refiere al deber de lealtad, éste obliga al administrador a desempeñar su cargo anteponiendo a su propio interés el interés social, entendiéndose por éste el común a todos los socios¹. Y por lo que se refiere al deber de diligencia, al decir del art. 225 TRLSC, ésta es la exigible a un “ordenado empresario”, parámetro objetivo del que se desprende el deber de los administradores no de cumplir con una concreta conducta sino de desempeñar el cargo conforme a un determinado modelo de actuación². Ello no obstante, la doctrina viene identificando como una de las obligaciones legales de los administradores

¹ Sentencias TS, sala 1ª, 4 de marzo de 2000 (Rec. nº 1552/1995), Fund. Jco. 4º y 7 de diciembre de 2011 (Rec. nº 1857/2008), Fund. Jco 2º.33-36.

² Sentencia TS, sala 1ª, 23 de febrero de 2004 (Rec. nº 1041/1998), Fund. Jco. 2º.

que se enmarcan en el deber general de diligencia, y cuyo incumplimiento puede comportar su responsabilidad el deber de convocar la junta general o, en su caso, de solicitar la disolución judicial de la sociedad de concurrir causa legal para ello³.

No se va a ahondar en las causas de disolución contempladas por el art. 363 TRLSC pero sí es conveniente dejar claro que, a la vista de su importancia y de su proyección sobre la propia vida de la sociedad, de los intereses de los socios y de terceros con los que la ésta interactúa en el tráfico mercantil, su concurrencia no permitirá a la sociedad permanecer impasible ante las circunstancias concurrentes sino que deberá adoptar los acuerdos necesarios encaminados, bien a decidir su extinción, bien a su continuidad adoptando las medidas que fuesen necesarias para remover la causa de la disolución⁴. Y ello es así hasta tal punto que la omisión del acuerdo de la junta en un sentido u otro deberá ser necesariamente suplida por el pronunciamiento del juez.

Sin duda, el papel que deben desempeñar los administradores de la sociedad es crucial a la hora de dar cumplimiento al mandato de disolución legal que instaura el art. 363 TRLSC ante la concurrencia de alguna de las causas previstas en el mismo o en los estatutos de la sociedad. Su deber, como se ha adelantado, es el de instar a la junta, convocándola, para que adopte el acuerdo de disolución o de remoción de la causa que obliga a la misma y de no ser ello posible (por no haberse celebrado la junta o no haber ésta adoptado el pertinente acuerdo), han de instar la disolución judicial de la sociedad.

De hallarse, sin embargo, la sociedad en estado de insolvencia, conforme al tenor literal del art. 365.1 TRLSC, los administradores deberán convocar a la junta con el objeto de que sea ésta la que inste el concurso. Se ha argumentado que la convocatoria previa de la junta permitirá no solamente someter a la misma la presentación de la solicitud de la declaración del concurso, sino también la adopción de medidas que permitiesen superar la negativa situación económica de la empresa⁵. Ello, además, pudiera parecer especialmente plausible en los supuestos de insolvencia inminente a los que se refiere el art. 2.3 LC.

Nótese, sin embargo, que la previsión legal del art. 365.1 TRLSC, en la medida en que atribuye a la junta la legitimación para instar el concurso, no guarda la concordancia debida con el segundo párrafo del art. 3.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*, del que se infiere claramente que dicha solicitud compete meramente al órgano de administración y no a la junta, por lo que no parece que sea exigible el acuerdo de esta última en tales casos. Para conjugar la aplicación conjunta de ambos preceptos, el societario y el concursal, se ha sugerido entender que cuando la sociedad está en estado de insolvencia, los administradores deben decidir si instan ellos directamente el concurso de acreedores o si convocan a la junta general para que ésta resuelva la cuestión. Expresado en otros términos, la ley veda la inacción de los administradores instaurando un deber de instar el concurso que puede

³ GUERRA MARTÍN, G. “La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital”, en GUERRA MARTÍN, G. (Dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. La Ley (Madrid), 2011, pág. 64.

⁴ En este sentido, BATALLER GRAU, J. “Artículo 362. Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria”, en Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E. M. (Dirs.) *Comentario a la ley de sociedades de capital*. Tomo II. Thomson Reuters (Cizur Menor), 2011, págs. 2544 y 2545.

⁵ RONGERO SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 3”, en Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ledesma, C., Alonso Ureba, A., Alcover Garau, G. (Dirs.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, T. I, Dykinson (Madrid), 2004, pág. 182.

verificarse por cualquiera de los caminos previstos por el legislador: bien el de convocar la junta de accionistas para la adopción de un acuerdo en tal sentido, bien el de solicitar el concurso directamente al juez⁶.

Con todo, también se ha razonado, con buen criterio a mi juicio, que la atribución de la competencia al órgano de administración para instar directamente la declaración del concurso no solamente evita las posibles demoras que podría generar la convocatoria y celebración de una junta general, sino también conjura el riesgo de que se deteriore más la situación económica y financiera de la sociedad cuando se proceda a la publicidad de dicha convocatoria. En este sentido, debe recordarse que la decisión de solicitar la declaración judicial del concurso es una competencia orgánica y, como tal, pertenece al ámbito de las facultades de administración de la sociedad con independencia de que su insolvencia sea real y efectiva o solamente inminente. Resulta, por lo demás, plenamente coherente con ello el hecho de que la responsabilidad personal y solidaria por deudas sociales que el art. 367 TRLS hace recaer sobre los administradores por incumplir sus deberes legales dirigidos a la consecución de la disolución de la sociedad, no podrá ser exigible cuando aquellos hayan procedido a solicitar en plazo la apertura del concurso⁷. Si la solicitud del procedimiento concursal constituye un cumplimiento alternativo de los deberes establecidos en la ley para promover la oportuna disolución de la sociedad, del que se deriva la exoneración de responsabilidad de los administradores, resulta lógico atribuir principalmente a estos la competencia para solicitar al juez dicha solicitud. Ahora bien, como ya ha advertido la doctrina mercantilista, la solicitud del concurso únicamente es exigible a los administradores cuando la insolvencia es actual más no cuando es inminente pues “*sólo si el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual existe como tal el deber de solicitar del juez la declaración del concurso*”. En caso de insolvencia inminente la solicitud del concurso se configura no como un deber sino como una mera facultad del órgano de administración para anticiparse a éste⁸. En consecuencia, en los supuestos de insolvencia no actual sino inminente, es cuando más evidente resulta la facultad que asiste al órgano de administración de bien convocar la junta general con el objeto alcanzar un acuerdo para remover la causa de la insolvencia o disolver la sociedad si concurre causa legal para ello, bien solicitar directamente al juez el concurso cuando dicho órgano juzgue completamente inevitable la situación de insolvencia⁹.

Llegados a este punto, conviene adelantar que, junto a los deberes de convocatoria de la junta o de instar la disolución de la sociedad cuando concorra alguna de las causas de disolución del art. 363 TRLS, y de instar el concurso de acreedores cuando la sociedad

⁶ BATALLER GRAU, J. “Artículo 362. Deber de convocatoria”, en Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E. M. (Dir.) *Comentario a la ley de sociedades de capital*. Tomo II. Thomson Reuters (Cizur Menor), 2011, pág. 2565.

⁷ En esta línea, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. “Artículo 3. Legitimación”, en Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E. M. (Dir.) *Comentario de la ley concursal*. Tomo I. Thomson Civitas (Madrid), 2004, págs. 201 a 203.

⁸ MORILLAS JARILLO, M^a. J. “Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso”, en Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E. M. (Dir.) *Comentario de la ley concursal*. Tomo I. Thomson Civitas (Madrid), 2004, pág. 238. En el mismo sentido, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E. M. (Dir.) *Comentario de la ley concursal*. Tomo I. Thomson Civitas (Madrid), 2004, págs. 178 y 179.

⁹ Hay quien entiende, sin embargo, que cuando concurre causa de disolución con un estado de insolvencia inminente, la alternativa al acuerdo de disolución (la solicitud de concurso) exige el acuerdo de la junta general. Cfr. SACRISTÁN BERGIA, F. “La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital”, en Guerra Martín, G. (Dir.). *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. La Ley (Madrid), 2011, págs. 227 y 228.

presenta una insolvencia actual, el art. 367 TRLSC instaura un severo régimen de responsabilidad con el objeto de compeler a los administradores al cumplimiento puntual de los aludidos deberes. Para ello, el precepto instaura la sanción consistente en hacerles responsables solidarios de las obligaciones sociales posteriores al acacimiento de la causa legal de disolución¹⁰. Más adelante se volverá sobre este régimen legal de responsabilidad y sus condicionantes por cuanto ha suscitado una acusada litigiosidad en sede judicial y jurisprudencial. En concreto, particularmente espinosa resulta la cuestión del nacimiento o no de esta responsabilidad en los supuestos en los que la sociedad, pese a hallarse en situación de insolvencia y no haber procedido los administradores a la pertinente solicitud del concurso de acreedores, no resulta acreditada la concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad del art. 363 TRLSC. Como se verá a continuación, si bien es frecuente en el tráfico mercantil que una sociedad que atraviese una situación de pérdidas calificadas (causa de disolución ex art. Art. 363. 1e) TRLSC) presente, al tiempo, una falta de liquidez determinante de una insolvencia actual, ambas vicisitudes no tienen por qué coincidir necesariamente.

2. INSOLVENCIA Y DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE SOLICITAR EL CONCURSO DE ACREEDORES

Como es sabido, para los supuestos de insolvencia del deudor común, la ley asocia el efecto de la declaración del concurso de acreedores (art. 2.1 LC). El estado de insolvencia viene definido como aquel en que “*el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*” (art. 2.2 LC). Por otra parte, dicho estado de insolvencia puede ser actual o inminente (art. 2.3 LC). Conforme a este último precepto, la inminente se produce cuando “*el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*” más, como antes se expuso, solamente la insolvencia actual determina en puridad el nacimiento del deber de los administradores de solicitar el concurso al juez de lo mercantil.

La aludida incapacidad del deudor para el cumplimiento de sus obligaciones, constitutiva de su insolvencia, puede desencadenarse bien por una situación de deficiencia patrimonial, esto es, que el pasivo supere al activo, bien por una falta de liquidez. Tanto en un caso como en otro, la incapacidad del deudor para atender a sus obligaciones económicas debe ser duradera y crónica¹¹. Por otra parte, materialmente parece ser indiferente para el nacimiento del estado de insolvencia cuál sea la naturaleza de las obligaciones incumplidas, contractuales o extracontractuales, civiles, mercantiles o laborales. Cuantitativamente también parece ser irrelevante que la incapacidad para el cumplimiento afecte a todas las obligaciones del deudor, a algunas o solamente a una de ellas pues el tenor literal del art. 2.2 LC, al identificar genéricamente la insolvencia con el incumplimiento de las “*obligaciones*

¹⁰ Adviértase que, con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, dicho régimen de responsabilidad solidaria era regulado, con idéntica dicción a la del art. 367 TRLSC, por el art. 262.5 del RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas* y el art. 105.5 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, *de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Ambas disposiciones legales fueron derogadas por el TRLSC que refundió su regulación en un único texto legal. Algunos de los pronunciamientos judiciales citados en el presente estudio parten de la regulación contenida en aquellas normas ahora derogadas.

¹¹ MOYA BALLESTER, J. *La responsabilidad de los administradores de sociedades en empresas en crisis*. La Ley (Madrid), 2010, pág. 123.

exigibles”, solo permite excluir dicho estado cuando el deudor cumple regularmente con todas ellas¹².

Dado que la situación de insolvencia puede acompañar a alguna de las causas de disolución del art. 363.1 TRLSC, singularmente la prevista en su apartado d), y que el incumplimiento del deber de los administradores de solicitar el concurso puede llevar aparejado el nacimiento de la responsabilidad solidaria a la que se refiere el art. 367 TRLSC es conveniente detenerse, si quiera sucintamente, en los presupuestos legales para la constatación de la insolvencia y en la respuesta que deba darse a la situación de concurrencia de pérdidas cualificadas, como causa de disolución de la sociedad con el estado de insolvencia. Ambos extremos permitirán perfilar con mayor precisión el alcance del régimen de responsabilidad instaurado por la citada norma mercantil.

2.1. El presupuesto: la imposibilidad del cumplimiento regular de las obligaciones exigibles

Del art. 2.2 LC se desprende claramente que la situación de insolvencia exige inexcusablemente dos presupuestos. Por una parte, la irregularidad en el cumplimiento de las obligaciones del deudor y, por otra, la exigibilidad de las mismas.

Por lo que concierne al primer presupuesto la doctrina ha venido identificándolo con el medio de pago, esto es, no cumplirá regularmente con sus obligaciones el deudor que, para dicho cumplimiento, recurra a medios anormales de pago. Se ha puesto como ejemplo de ello el del deudor que procede al cumplimiento recurriendo a fondos derivados de la venta de activos imprescindibles para la ejecución de la actividad empresarial. En estos casos, el cumplimiento es claramente irregular ya que el deudor se ha colocado en un estado que le imposibilita cumplir con el resto de las obligaciones que tenga contraídas. Existirá, pues, insolvencia ya que “*el cumplimiento (irregular) actual se hace a costa del cumplimiento (regular)*”¹³.

En cuanto a la exigibilidad de las obligaciones, la norma plantea la cuestión del momento en que nace dicha exigibilidad. Todo apunta, sin embargo, a que la obligación deba considerarse exigible desde el instante en que pueda ser coercitivamente reclamado su cumplimiento, esto es, a partir del momento en que puedan ser objeto de reclamación judicial. Es evidente que, en tales contextos, habrá que estar al tipo de obligación pues su exigibilidad jurídica variará según se trate de obligaciones puras, sometidas a término o sujetas a condición (arts. 1113 y 1125 CC).

También se plantea el problema de distinguir la insolvencia de la imposibilidad puntual para el cumplimiento por falta transitoria de liquidez. Como ha señalado la doctrina, el deudor que cumple reiteradamente y de forma sistemática con retraso es insolvente pues se halla en estado de iliquidez, más no lo es aquel que incurre puntualmente en un retraso en el incumplimiento y que, por tanto, presenta un momento de iliquidez. Dado que aquí no hay

¹² Constatando ambos extremos, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E. M. (Dir.) *Comentario de la ley concursal*. Tomo I. Thomson Civitas (Madrid), 2004, pág. 171.

¹³ Moya Ballester, J. *La responsabilidad de los administradores*, pág. 127. Rojo Fernández-Río, A. “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, pág. 172.

regla matemática que permita diferenciar con absoluta nitidez un estado de otro, habrá que estar, en cada caso, a la oportuna valoración del juzgador¹⁴.

2.2. Insolvencia y pérdidas cualificadas

Como se ha adelantado, es relativamente frecuente que la situación de crisis por la que atraviese la sociedad se componga de la simultánea concurrencia de dos elementos. Por una parte, la existencia de una causa legal para su disolución, como es la situación de pérdidas cualificadas (art. 363.1 e) TRLSC) y, por otra, su insolvencia actual o inminente conducente a la declaración de la misma en concurso de acreedores (art. 2.1 LC)¹⁵. Con todo, el ordenamiento jurídico societario parece pretender separar nítidamente el régimen legal y efectos de ambas situaciones.

Adviértase, en este sentido, que, de entre las causas de disolución de la sociedad de pleno derecho y por constatación de causa legal o estatutaria contemplados en los arts. 360 y 363 TRLSC no se contempla la insolvencia ni el concurso de la sociedad deudora. Para despejar cualquier duda al respecto, el art. 361.1 TRLSC dispone expresamente que “*la declaración de concurso de la sociedad de capital no constituirá por sí sola, causa de disolución*”, lo que no excluye que ésta pueda producirse por simultánea concurrencia de alguno de los motivos de los arts. 360 y 363 TRLSC o por la apertura de la fase de liquidación en el concurso respecto a la que el art. 361.2 TRLSC asocia necesariamente la disolución de pleno derecho de la sociedad.

Redunda en dicha idea matriz (la disociación legal entre el estado de insolvencia y la disolución de la sociedad) el art. 363.1 e) TRLSC que a la hora de referirse a las pérdidas cualificadas (aquellas que dejen reducido el patrimonio neto de la sociedad a una cantidad inferior a la mitad del capital social), como una de las causas típicas de la disolución social, condiciona su virtualidad disolutoria a “*que no sea procedente solicitar la declaración de concurso*”. Ello comporta que cuando la sociedad sea insolvente y, por consiguiente, proceda solicitar el concurso, las pérdidas cualificadas dejarán de constituir una causa de disolución y deberá estarse a las normas de la Ley Concursal, disociándose así los efectos de la declaración del concurso de la disolución de la sociedad. Como ha advertido la doctrina, dicha previsión legal no está exenta de lógica pues si la sociedad se encuentra en estado de insolvencia, no tiene sentido activar una causa de disolución con el objeto, precisamente, de evitar esa insolvencia a través de una liquidación voluntaria o una medida alternativa¹⁶.

Y es que, si bien se mira, si bien es relativamente frecuente la concurrencia de las situaciones de insolvencia y pérdidas cualificadas, se trata de conceptos netamente distintos

¹⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, pág. 172, sugiere, para distinguir el retraso sistemático, generador de la insolvencia, frente al puntual y momentáneo, acudir analógicamente al plazo de tres meses que es el utilizado por el art. 2.4.4 LC para entender que existe un incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias, de cuotas de Seguridad Social, salarios, indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo, que permitirá al acreedor solicitar la declaración del concurso.

¹⁵ Sobre dichas situaciones, vid in extenso SEQUEIRA MARTÍN, A. J., SACRISTÁN BERGIA, F. MUÑOZ GARCÍA, A. “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria en la sociedad anónima”, en Alemán Laín, P. (Dir.) *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*. Marcial Pons (Madrid), 2007, págs. 2185 y ss.

¹⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, en ROJO FERNÁNDEZ, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch (Valencia), 5ª edic., 2013, págs. 263 y 264.

que describen realidades económicas diferentes. Las pérdidas cualificadas constituyen un concepto estático que se asocia en la situación de deterioro patrimonial en el que se halla la sociedad (la disminución del capital social por debajo de su mitad). La insolvencia, en cambio, es un concepto dinámico vinculado al deterioro de la situación financiera de aquella, cuando sus activos no son realizables y no tiene acceso al crédito. Deterioro patrimonial e insuficiencia financiera son, con mucha frecuencia, compañeras inseparables de viaje pero constituyen realidades conceptualmente diferentes¹⁷.

Dicha circunstancia, tampoco ha pasado desapercibida por la jurisprudencia tanto de la sala primera como de la tercera que han puesto de manifiesto que, en la práctica, la sociedad puede presentar 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 estar incurso en causa de concurso, supuesto en el que opera con normalidad el deber de promover la disolución de la sociedad que impone el art. 365 TRLSC. Y, a la inversa, la sociedad puede hallarse en estado de insolvencia sin que concurra causa de disolución legal, supuesto que exige la apertura del concurso más sin que dicha apertura suponga por sí sola la disolución de la sociedad sin perjuicio de que la junta de socios pueda declararla durante su tramitación con ocasión de la apertura de la fase de liquidación¹⁸.

Pues bien, es muy importante tener en cuenta esta constatación efectuada por la doctrina científica y jurisprudencial pues, como se va ver a continuación, va a resultar decisiva a la hora de precisar el alcance de la responsabilidad solidaria de los administradores por deudas sociales establecida en el art. 367 TRLSC en los supuestos particulares en los que la sociedad se halla en estado de insolvencia más no haya sido acreditado que, al tiempo, incurra en causa legal alguna de disolución.

3. LA CONSECUENCIA JURÍDICA APAREJADA AL INCUMPLIMIENTO DE LOS ANTERIORES DEBERES: LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ART. 367 TRLSC

Como ya se ha adelantado aquí, junto a los deberes de reacción jurídica que impone el TRLSC a los administradores de la sociedad de capital ante la concurrencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia, el art. 367 del mismo texto legal, con el objeto de compelerles al cumplimiento de los deberes aludidos, les sujeta a un particular régimen de responsabilidad. De acuerdo con dicha norma, los administradores que incumplan su obligación de convocar la junta general o de solicitar la disolución judicial de la sociedad o, si procediere, el concurso de acreedores, responderán solidariamente con ésta de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución¹⁹.

¹⁷ MOYA BALLESTER, J. *La responsabilidad de los administradores de sociedades...*, op. cit., págs. 172 y 173.

¹⁸ Sentencia TS, sala 1ª, 15 de octubre de 2013 (Rec. nº 1268/2011), Fund. Jco. 7º. Sentencia TS, sala 3ª, 24 de junio de 2019 (Rec. nº 2765/2018), Fund. Jco. 5º.

¹⁹ No así de las anteriores, cuyo carácter precedente en el tiempo deberá ser acreditado por los administradores por cuanto el art. 367.2 TRLSC presume, *iuris tantum*, que las obligaciones sociales reclamadas son de fecha posterior a la causa de disolución. Adviértase que la Ley 9/2005, de 14 de noviembre, *sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España*, que modificó los arts. 262.5 LSA y 105.2 LSRL, vino a restringir el alcance del régimen de responsabilidad solidaria por deudas establecido por dichos preceptos (establecido ahora en el vigente art. 367 TRLSC) pues, con anterioridad a su entrada en vigor, dicho régimen de responsabilidad no se circunscribía a las deudas posteriores a la causa de disolución sino a todas (anteriores y posteriores).

3.1. Naturaleza jurídica y fundamentación de la responsabilidad del art. 367 TRLSC

Antes de abordar cuáles son los presupuestos que determinan el nacimiento de la responsabilidad solidaria establecida en el art. 367 TRLSC es preciso referirse a la caracterización jurídica de la misma pues, en un primer acercamiento, no resulta del todo claro si su naturaleza jurídica es indemnizatoria como la responsabilidad por daños establecida en el art. 236 TRLSC o, en cambio, se trata de una responsabilidad de carácter sancionador.

Como ha advertido la doctrina, de atribuírsele naturaleza indemnizatoria, serían exigibles los requisitos que el art. 236.1 TRLSC establece para el régimen general de la responsabilidad de los administradores, esto, es una actuación negligente o contraria a la ley o a los estatutos sociales, la existencia de un daño y una relación causa-efecto entre la actuación y el daño. Si, en cambio, se entiende que se trata de una sanción establecida por la ley, sería suficiente para el nacimiento de la responsabilidad el incumplimiento en plazo de los deberes de los administradores de convocar la junta o de instar la disolución de la sociedad o, en su caso, el concurso de acreedores²⁰. Por consiguiente, en este segundo caso, aun entendiendo, como se va a ver, que la responsabilidad ex art. 367 TRLSC no es estrictamente objetiva sino que exige culpa en la conducta omisiva del administrador, el iter probatorio será mucho más sencillo pues sería suficiente con acreditar la realidad del incumplimiento imputable a los administradores.

Pues bien, la doctrina mercantilista, de forma prácticamente unánime, viene entendiendo que la responsabilidad establecida en el art. 367 TRLSC responde a los parámetros propios de una “responsabilidad-sanción”²¹, una “responsabilidad-garantía”²² o una sanción civil aparejada al incumplimiento de un deber legal²³, pues no se trata de responsabilizar a los administradores por los daños derivados de su incumplimiento sino de establecer un nuevo responsable de las obligaciones sociales²⁴. Por otra parte, la atribución de dicha caracterización jurídica resulta lógica pues, de otro modo, no tendría sentido

²⁰ SACRISTÁN BERGIA, F. “La responsabilidad de los administradores por no promover...”, *op. cit.*, pág. 247.

²¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E. “Responsabilidad de los administradores”, en Beltrán Sánchez, E. M. y García-Cruces González, J.A (Dir) *Enciclopedia de Derecho Concursal*. Tomo I, Aranzadi (Cizur Menor), 2012, pág. 2645. CERDÁ ALBERO, F. “Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro? Un análisis jurisprudencial (1999-2000)”. *Indret* n° 12001, págs. 13 y 14.

²² ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual de responsabilidad”, en Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E. M.(Dir) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch (Valencia), 5ª edic., 2013, págs. 241 y 242. BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. “La responsabilidad de los administradores...”, *op. cit.*, pág. 278.

²³ BATALLER GRAU, J. “Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores”, en Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E. M. (Dir) *Comentario a la ley de sociedades de capital*. Tomo II. Thomson Reuters (Cizur Menor), 2011, pág. 2575.

²⁴ Como ha advertido, con acierto, la sentencia TS, sala 1ª, 15 de octubre de 2013 (Rec. n° 1268/2011), Fund. Jco. 4º, la responsabilidad del art. 367 TRLSC carece de los rasgos propios de una sanción de índole penal pues su instauración no responde verdaderamente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. De su finalidad disuasoria de determinadas conductas no puede derivarse necesariamente su carácter puramente sancionador. En la misma línea, cfr. las sentencias TS, sala 1ª, 26 de septiembre de 2007 (Rec. n° 3528/2000), Fund. Jco. 4º y 27 de septiembre de 2010 (Rec. n° 2194/2006), Fund. Jco. 2º.2.24.

establecer en el art. 367 TRLSC una innecesaria reiteración del régimen general de responsabilidad de los arts. 236 y siguientes del TRLSC²⁵.

Y es que, a diferencia de dicho régimen general de responsabilidad, lo único que se requiere para ejercitar con éxito la acción de responsabilidad de los administradores *ex art. 367 TRLSC* es que estos hayan incumplido su deber de promover la disolución (o, en su caso, de instar el concurso) concurriendo una causa legal o estatutaria de disolución²⁶. En consecuencia, a diferencia también del aludido régimen general de responsabilidad, tampoco puede exigirse que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones de los administradores y la insuficiencia patrimonial o el impago de la deuda²⁷.

Empero, y a pesar de que algún pronunciamiento haya predicado, *obiter dicta*, su carácter objetivo²⁸, no se trata de una responsabilidad objetiva o cuasi objetiva pues el incumplimiento debe ser imputable a los administradores²⁹. Alguna posición doctrinal ha deducido dicho presupuesto de culpabilidad del art. 237 TRLSC que instaura la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración que haya realizado un acto o adoptado un acuerdo lesivo salvo “*los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél*”³⁰. Con todo, desde mi punto de vista, dicho precepto no resulta invocable con semejante propósito pues, si bien se mira, la norma se refiere claramente a la responsabilidad por daños que instaura el art. 236.1 TRLSC, no siendo, por tanto, extrapolable a la responsabilidad por deudas que establece el art. 367 TRLSC.

Lo que está fuera de discusión es que el régimen de responsabilidad por deudas del citado precepto legal no opera de forma absolutamente objetiva, abstracción hecha de cuáles hayan sido las circunstancias que hayan determinado la inobservancia por los administradores de su deber legal. Buena prueba de ello es que, para la jurisprudencia, especiales y extraordinarias circunstancias que consten acreditadas pueden justificar la exoneración de responsabilidad de los administradores. Por ejemplo, no responderán cuando hayan efectuado todo lo conveniente para cumplir con el deber legal y aquellos que expresamente se opusieron al acuerdo del órgano de administración de no convocar la junta general para la disolución o de no solicitar la disolución judicial o el concurso de

²⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BOLÁS ALFONSO, J. *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. Cuadernos de Derecho Judicial (Madrid), 1999, pág. 140. SACRISTÁN BERGIA, F. “La responsabilidad de los administradores por no promover...”, *op. cit.*, pág. 252.

²⁶ En este sentido, cfr. las sentencias TS, sala 1ª, 14 de octubre de 2013 (Rec. nº 1192/2011), 2 de diciembre de 2013 (Rec. nº 1444/2011) y 3 de diciembre de 2013 (Rec. nº 1444/2011).

²⁷ Sentencias TS, sala 1ª, 18 de junio de 2012 (Rec. nº 1852/2012), 13 de junio de 2012 (Rec. nº 1654/2009), 11 de julio de 2008 (Rec. nº 3675/2001), 12 de febrero de 2009 (Rec. nº 2886/2003), 30 de junio de 2010 (Rec. nº 1337/2006) y 14 de julio de 2010 (Rec. nº 1337/2006).

²⁸ Sentencia TS, sala 1ª, 23 de febrero de 2004 (Rec. nº 1041/1998), Fund. Jco. 1º.

²⁹ BATALLER GRAU, J. “Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores”, *op. cit.*, pág. 2575. BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. “La responsabilidad de los administradores...”, *op. cit.*, pág. 282.

³⁰ MERCADER UGUINA, J.R. y SUÁREZ CORUJO, B. “La responsabilidad laboral y de Seguridad Social de los administradores sociales”, en ROJO FERNÁNDEZ, A.J y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch (Valencia), 5ª edic., 2013, pág. 577.

acreedores³¹. En otras palabras, la inactividad del órgano de administración se presume imputable-reprochable “salvo que acredite una causa razonable que justifique o explique adecuadamente el no hacer”³², lo que exige valorar, en cada caso, cómo actuaron los administradores ante la negativa vicisitud patrimonial o financiera atravesada por la sociedad.

El fundamento y finalidad, a todas luces, de la norma es el de hacer responder a los administradores por una deuda ajena, convirtiéndolos en garantes solidarios de las deudas sociales que nazcan con posterioridad a la causa de disolución. El legislador pretende, de esta forma, tutelar los intereses generales y la seguridad del tráfico económico, propiciando que las sociedades incursas en causas legales o estatutarias de disolución no permanezcan más tiempo sin solventar dicha situación o disolverse. Al tiempo, pretende tutelar los intereses de los acreedores societarios ampliando sus posibilidades de cobro mediante un incremento del número de sus deudores “ante el peligro que representa para sus créditos el que una sociedad que está sometida a la regla de limitación de responsabilidad subsista sin disolverse (y liquidarse) cuando ello era lo procedente”³³.

En suma, la norma asegura que los administradores, una vez se materialice la causa de disolución, se vean compelidos a actuar con el canon de diligencia que se deriva del cumplimiento de los deberes antes citados. La responsabilidad solidaria que instaura el art. 367 TRLSC se configura como “una penalización por falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de los administradores cuya pasividad lleva a que opere en el tráfico mercantil una sociedad en pérdidas, descapitalizada, con posible perjuicio para los acreedores o para la propia sociedad. Nace del hecho de incumplir esas obligaciones, no es una responsabilidad por daños y viene a reforzar los derechos de los acreedores sin que tengan que probar un daño ni la relación de causalidad”³⁴.

Ahora bien, como ha advertido la doctrina no conviene olvidar que “la sociedad será la única deudora pero no será la única responsable. Sin ser deudores y sin que la sociedad pierda la responsabilidad por deuda propia, los administradores de la sociedad que incumplan los deberes legalmente impuestos se convierten en responsables de obligaciones sociales”³⁵. El hecho de que los administradores se conviertan en responsables de deuda ajena, no comporta que sean, al tiempo, deudores por cuanto su imputación no determina la extinción de la responsabilidad de la sociedad por deuda propia³⁶. Ello comporta que, una vez que los administradores hayan hecho efectiva su responsabilidad frente a los acreedores, estos ostentan una acción de regreso frente a la sociedad, como obligada principal de las deudas sociales³⁷.

³¹ Sentencias TS, sala 1ª, 1 de diciembre de 2008 (Rec. nº 80/2001), Fund. Jco 9º, 2 de diciembre de 2008 (Rec. nº 3713/2001), Fund. Jco. 7º D y 28 de abril de 2006 (Rec. nº 4187/2000), Fund. Jco. 4º.

³² Sentencias TS, sala 1ª, 15 de julio de 2019 (Rec. nº 3654/2016), Fund. Jco. 3º.3; 29 de noviembre de 2017 (Rec. nº 1418/2015), Fund. Jco. 3º.2.

³³ Sentencias TS, sala 1ª, 26 de septiembre de 2007 (Rec. nº 3528/2000), Fund. Jco. 4º; 30 de junio de 2010 (Rec. nº 458/2010), Fund. Jco. 3º.2.37; 27 de septiembre de 2010 (Rec. nº 2194/2006), Fund. Jco. 2º.2.24. En parecidos términos, SACRISTÁN BERGIA, F. “La responsabilidad de los administradores por no promover...”, *op. cit.*, pág. 254.

³⁴ Sentencia TS, sala 1ª, 24 de junio de 2019 (Rec. nº 2902/2018), Fund. Jco. 7º.

³⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. “La responsabilidad de los administradores...”, *op. cit.*, pág. 275.

³⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E. “Responsabilidad de los administradores”, *op. cit.*, pág. 2645.

³⁷ Tal y como subraya la sentencia TS, sala 1ª, 30 de junio de 2010 (Rec. nº. 1337/2006), Fund. Jco. 3º.33 b).

3.2. La responsabilidad solidaria de los administradores por cuotas de Seguridad Social impagadas por la sociedad. La extensión de la responsabilidad

Es evidente que de entre las “*obligaciones sociales*” a las que se refiere el art. 367 TRLSL y que, por tanto, pueden ser objeto de la responsabilidad solidaria de los administradores que establece dicha norma, se encuentran las cotizaciones a la Seguridad Social debidas por la sociedad. Aunque el régimen de solidaridad instaurado por la misma no exige que la sociedad se halle en estado de insolvencia, pues, conforme a su tenor literal, el pago podría ser exigible cuando se cumplieran los presupuestos establecidos por la norma mercantil (fundamentalmente, la concurrencia de una causa de disolución, que puede no venir acompañada de insolvencia, y que los administradores hayan incumplido el deber de convocar en plazo la junta general o, en su caso, de instar la disolución judicial de la sociedad), tratándose de obligaciones de Seguridad Social pendientes de ingreso, la Tesorería General de la Seguridad Social deberá exigir el pago, al responsable principal de la obligación y, en su caso, instar el correspondiente procedimiento de derivación de responsabilidad contra los responsables solidarios (art. 33.2 a) LGSS). Dado que, como ya se ha dicho, “*se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles*” (art. 2.2 LC), el incumplimiento generalizado por la sociedad del impago de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta puede integrar el aludido estado de insolvencia. No es casualidad, en este sentido, que el art. 2.4.4º LC considere título que permita a cualquier acreedor instar el concurso el incumplimiento de la obligación de pago de cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso.

Conviene tener ello muy presente de cara a la materialización de la responsabilidad solidaria de los administradores por cotizaciones de Seguridad Social. Y es que el art. 5 LC señala, por una parte, que el deudor debe solicitar la declaración de concurso en el plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 LC). Por otra, que se presume que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando la sociedad haya incumplido su obligación de pago periódico de cuotas a la Seguridad Social durante tres o más meses (art. 5.2 LC). De dichos preceptos se colige, necesariamente, que basta constatar el impago de cuotas de Seguridad Social durante tres meses para considerar que la sociedad se halla en estado de insolvencia y, en consecuencia, obligada a solicitar el concurso. La inobservancia de dicha obligación puede, por hipótesis, hacer nacer la responsabilidad solidaria de los administradores del art. 367 TRLSL cuando se den el resto de presupuestos exigidos por la norma para ello.

A la vista está, pues, que la materialización del señalado régimen de responsabilidad exige la debida concordancia entre los preceptos mercantiles y concursales del TRLSL y la LC con las normas de Seguridad Social establecidas en la LGSS. Por lo que concierne a estas últimas, conviene recordar que el art. 18.3 del vigente texto refundido de la LGSS (RDL 8/2015, de 30 de octubre) instaura, fundamentalmente, dos mandatos normativos. Por una parte, declara sujetos responsables de la obligación de pago de las cotizaciones a la Seguridad Social no solamente a las personas físicas, jurídicas o entidades sin personalidad sujetas directamente por la obligación de ingreso de las mismas, sino también a los “*que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas*

responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social". Por otra parte, para declarar y exigir dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa remite al "*procedimiento recaudatorio establecido en esta ley y en su normativa de desarrollo*".

Por consiguiente, para exigir a los administradores la responsabilidad por cotizaciones sociales de la sociedad a la que representan, deberá estarse al art. 33.2 a) LGSS que permite a la Tesorería General de la Seguridad Social dirigirse contra los responsables solidarios para reclamar la deuda comprensiva del principal, los recargos, intereses y costas devengados hasta el momento en que se emita dicha reclamación. En desarrollo de dicha previsión, habrá que estar, asimismo, a los arts. 12 y 13 del RD 1415/2004, de 11 de junio, *por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social*. Como es sabido, estos preceptos reglamentarios desarrollan dichas previsiones legales permitiendo la declaración de los administradores de la sociedad como responsables solidarios de las cuotas de Seguridad Social pendientes de pago y, previo acuerdo de iniciación de expediente de "*reclamación de deuda por derivación*", exigirles el pago a través del pertinente procedimiento administrativo desarrollado por los arts. 62 a 65 RGR.

Adviértase que la resolución de la Tesorería por la que se efectúe la reclamación a los administradores debe contener, entre otros elementos, todos los datos necesarios para la determinación de la deuda con indicación del importe reclamado, así como de la cuantía del recargo aplicado, y con expresión, en su caso, del número de trabajadores a que se refiere la reclamación y de las bases y tipos de cotización aplicados (arts. 13.4 y 63 c) RGR). Ello evidencia que la Tesorería, para imputar la responsabilidad a los deudores solidarios, no puede limitarse a reproducir la declaración de responsabilidad que sobre los mismos proyectan los arts. 18.3 y 33.2 a) LGSS, sino que debe determinar con precisión los principales parámetros configuradores de la deuda en cuanto al sujeto responsable de su abono, naturaleza, cuantía y periodo del descubierto e importe del recargo correspondiente al mismo. En cualquier caso, contra el acuerdo de reclamación deuda por derivación, el obligado solidario podrá interponer recurso de alzada ante el Director Provincial de la Tesorería de la Seguridad Social en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su notificación (art. 46 RGR y art. 122.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*).

Se ha planteado si es posible, en los casos en que se haya presentado ya la solicitud de concurso de la sociedad, la instrumentación por la Tesorería de la Seguridad Social de un expediente de derivación de responsabilidad de sus administradores con fundamento en el art. 367 TRLSC. A mi modo de ver, la respuesta afirmativa o negativa a dicha cuestión va a depender del hecho de que la solicitud de concurso se haya presentado en el plazo de dos meses a la fecha en que los administradores hubieran conocido o debido conocer la situación de insolvencia (art. 5.1 LC) o hubiesen cumplido extemporáneamente con dicho deber. En el primer caso, parece evidente que no podrá nacer su responsabilidad solidaria y, por tanto, instruirse el acuerdo de derivación de responsabilidad por cuanto no se ha cumplido uno de los presupuestos que exige el art. 367 TRLSC para ello, cual es la no solicitud en plazo del concurso cuando la sociedad se halla en situación de insolvencia³⁸. En cambio, por análogo

³⁸ La sentencia TSJ Cataluña, sala de lo contencioso administrativo, 4 de abril de 2019 (Rec. nº 370/2017) exoneró de responsabilidad al administrador por quedar acreditado el cumplimiento en plazo de su deber de solicitar el concurso.

consideración, habrá que dar una respuesta distinta, proclive al acuerdo de derivación de responsabilidad, cuando la solicitud de concurso se produzca tarde, esto es, más allá de los dos meses siguientes al transcurso de un periodo continuado de tres meses de impago de cuotas, que es el que permite presumir, ex art. 5.2 LC, que los administradores conocían la situación de insolvencia³⁹.

Llegados a este punto, y a modo de recapitulación, conviene insistir en la idea de que la responsabilidad solidaria de los administradores de una sociedad de capital por descubiertos en la Seguridad Social determinantes de su insolvencia solamente resultará exigible, conforme al art. 367 TRLSC, cuando los administradores no hayan cumplido o no lo hayan hecho en plazo, su deber legal de instar el concurso de la sociedad, toda vez que nuestra legislación permite que dicho deber pueda ser observado por estas tanto convocando a la junta general para que adopte el pertinente acuerdo (art. 365.1 TRLSC) como solicitándolo directamente como sujetos legitimados para ello (segundo párrafo del art. 3.1 LC). Ahora bien, no está claro si el art. 367 TRLSC exige, además, para hacer efectiva la responsabilidad solidaria que instaura, algún requisito adicional, cual es singularmente, la concurrencia de alguna de las causas legales o estatutarias de disolución de la sociedad conforme al art. 363 TRLSC. Como se va ver aquí, la jurisprudencia de la sala primera y tercera del Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión, sentando una interesante corriente interpretativa fundamentada en el tenor literal de la norma societaria.

3.3. Presupuestos para la responsabilidad solidaria de los administradores ex art. 367 TRLSC: Doctrina jurisprudencial en torno a los supuestos de insolvencia sin concurrencia de causa legal para la disolución de la sociedad

En efecto, un reciente pronunciamiento de la sala tercera del Tribunal Supremo, resuelve una interesante cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, planteada conforme a lo previsto en el art. 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*⁴⁰. Dicha cuestión concierne a los requisitos sustantivos que deben concurrir para que la Tesorería General de la Seguridad Social pueda acordar administrativamente la derivación de responsabilidad de los administradores de una sociedad por cuotas de Seguridad Social pendientes de pago por ésta, con fundamento en el art. 367 TRLSC⁴¹. Más concretamente, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la de determinar si, para el nacimiento de la mencionada responsabilidad, resulta necesario constatar no solamente que, hallándose la sociedad en situación de insolvencia, los administradores no cumplieron con

³⁹ Sugieren esta segunda respuesta, con apoyo en la consulta de la subdirección general de la Seguridad Social, de 12 de marzo de 2007 (Expediente 1646/2006) MERCADER UGUINA, J.R. y SUÁREZ CORUJO, B. "La responsabilidad laboral y de Seguridad Social de los administradores sociales, *op. cit.*, pág. 595.

⁴⁰ Como es sabido, dicho importante motivo para la admisión del recurso de casación en el orden contencioso administrativo fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por el apartado uno de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*.

⁴¹ Sentencia TS, sala 3ª, 24 de junio de 2019 (Rec. nº 2765/2018).

los deberes legales que impone el citado precepto societario sino también que concurría causa legal o estatutaria para la disolución de la sociedad⁴².

El supuesto de hecho sobre el que se pronunció esta importante sentencia era el siguiente. En el marco de un expediente de derivación de responsabilidad contra el administrador de una sociedad limitada, por cuotas de Seguridad Social impagadas correspondientes a los periodos comprendidos entre diciembre de 2008 y junio de 2012, la TGSS dictó una resolución por la que se declaraba responsable solidario de dicha deuda al citado administrador, con fundamento en el hecho de que éste había incumplido su deber legal de solicitar el concurso de acreedores. Interpuesto recurso de alzada frente a dicha resolución administrativa, éste fue desestimado por la Dirección Provincial de la Tesorería de la Seguridad Social de Toledo que, ante la alegación de que la sociedad no estaba incurso en causa legal de disolución, razonó que la responsabilidad solidaria del art. 367 TRLSC no exige, para su nacimiento, que la sociedad atravesase dicha vicisitud sino que es suficiente con constatar el incumplimiento del deudor de su deber de solicitar el correspondiente concurso de acreedores. Igual fundamentación, entre otras consideraciones, efectuó la sentencia TSJ Castilla la Mancha, sala de lo contencioso administrativo, de 5 de febrero de 2018 (Rec. nº 255/2016). Dicho pronunciamiento juzgó que la deuda por cotizaciones sociales generada por la sociedad desde diciembre de 2008 a julio de 2012 colocaba a ésta claramente en situación de insolvencia, de la que se derivaba la obligación del deudor de solicitar el concurso de acreedores dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se generó dicha insolvencia. El incumplimiento del deber de reacción jurídica (convocar la junta general para adoptar el acuerdo de solicitar el concurso o, en su caso, solicitarlo directamente) que impone la ley, en tales contextos, al órgano de administración, determinó el nacimiento de su responsabilidad ex art. 367 TRLSC.

Interpuesto por el administrador el pertinente recurso de casación, la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo decide admitirlo a trámite por juzgarlo de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. El *thema decidendi*, sobre el que se pronunció la sala, y sobre el que se han llegado a dictar hasta tres pronunciamientos coetáneos más con la misma doctrina⁴³, es el de si para declarar la derivación de

⁴² Hasta entonces, la doctrina judicial de las salas de lo contencioso-administrativo se ha encontrado dividida. Han dado una respuesta afirmativa a dicha cuestión las sentencias TSJ Andalucía 15 de febrero de 2018 (Rec. nº 3689), TSJ Cataluña 24 de noviembre de 2017 (Rec. nº 97/2012) y TSJ Canarias 20 de enero de 2017 (Rec. nº 139/2016). En cambio, se ha inclinado por el criterio contrario la sentencia TSJ Castilla la Mancha 5 de febrero de 2018 (Rec. nº 255/2016).

⁴³ Sentencias TS, sala 3ª, 26 de junio de 2019 (Rec. nº 2165/2017), 24 de junio de 2019 (Rec. nº 2902/2018) y 25 de junio de 2019 (Rec. nº 3689/2018). No obstante, el fallo de los dos últimos es de signo diverso pues confirmaron la responsabilidad solidaria del administrador, exigida por la Tesorería General de la Seguridad Social, en tanto se había acreditado la concurrencia de una causa legal de disolución y de insolvencia de la sociedad sin que aquel hubiese cumplido con los deberes del art. 365 TRLSC de instar el acuerdo de disolución ni el concurso de acreedores.

Algunos pronunciamientos judiciales ya se han hecho eco de esta doctrina jurisprudencial, corrigiendo su propia doctrina. Cfr., por ejemplo, la sentencia TSJ La Rioja, sala de lo contencioso administrativo, 11 de julio de 2019 (Rec. nº 54/2018), Fund. Jco. 4º. Y es que dicha sentencia, se aparta claramente del criterio sentado por la anterior sentencia de la sala, de 13 de septiembre de 2018 (Rec. nº 127/2017), Fund. Jco. 4º A), que entendió que eran suficientes la situación de insolvencia y el incumplimiento del deber de instar el concurso para el nacimiento de la responsabilidad del administrador. Este pronunciamiento juzgó, además, inaplicable el criterio técnico no 89/2011 de la Inspección de Trabajo razonando que no es vinculante para los tribunales de justicia. Cfr., asimismo, la sentencia TSJ, sala de lo contencioso administrativo, 2 de julio de 2019 (Rec. nº 47/2019) que, sin cita expresa de la anterior doctrina jurisprudencial, pondera que la sociedad se hallaba incurso en causa

(...)

responsabilidad del administrador societario es preciso o no constatar no solamente una situación de insolvencia y que el administrador no haya cumplido su deber de instar el concurso, sino también que la sociedad incurra en una causa legal de disolución en los términos del art. 363 TRLSC.

La citada sentencia de la sala 3ª del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 2019 (Rec. nº 2765/2018), en línea con la doctrina contenida en el resto de pronunciamientos de la sala aquí citados, sostuvo una respuesta afirmativa, esto es, la exigencia para el acreedor de acreditar la presencia cumulativa de los requisitos legales (la situación de insolvencia y la concurrencia de causa legal de disolución), aparte de la constatación de la inacción del administrador con respecto a sus deberes legales en semejantes contextos.

Subraya, en primer lugar, este pronunciamiento que la dicción literal del art. 367 TRLSC, si bien asocia claramente la responsabilidad que regula a la presencia de alguna de las causas legales de disolución de la sociedad, no hace lo propio con respecto a las situaciones de insolvencia o, cuanto menos, no lo hace tan claramente. Como antes fue señalado, aunque insolvencia y concurrencia de causa legal de disolución constituyen realidades habitualmente paralelas no se trata de vicisitudes necesariamente convergentes. Los asertos legales de que la declaración del concurso no constituye causa de disolución (art. 361.1 TRLSC) y que ésta se producirá, en su caso, por la apertura de la fase de liquidación del concurso (arts. 145.3 LC y 361.2 TRLSC) son buena prueba de ello. En este sentido, la sala tercera del Tribunal Supremo, ha hecho suya la doctrina contenida en un pronunciamiento anterior de la sala primera⁴⁴ que no solo subrayó lo evidente aquí ya señalado (que la insolvencia no supone por sí misma una causa de disolución de la sociedad). También cuáles son los requisitos que determinan el nacimiento de la responsabilidad solidaria de los administradores societarios *ex* art. 367 TRLSC. En primer lugar, la existencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad previstas en el art. 363 TRLSC. En segundo lugar, el incumplimiento por los administradores de su deber de convocar la junta general en el plazo de dos meses a la concurrencia de la causa de disolución para adoptar el pertinente acuerdo o, de instar la disolución judicial o, en su caso, el concurso en igual plazo. Y, por último, la imputabilidad al administrador de su conducta omisiva.

Pues bien, a los efectos que aquí interesan, debe subrayarse que el pronunciamiento de la sala de lo contencioso-administrativo antes citado, resulta absolutamente coherente con la doctrina jurisprudencial erigida en torno a esta cuestión en el orden civil, que viene insistiendo, en una uniforme línea interpretativa, que el nacimiento de la responsabilidad solidaria de los administradores que disciplina el art. 367 TRLSC exige inexcusablemente, entre otros presupuestos, la concurrencia de una causa legal o estatutaria para la disolución de la sociedad⁴⁵. La sala tercera, partiendo de una interpretación literal del art. 367 TRLSC, insiste en dicho presupuesto pues el art. 367 TRLSC anuda la responsabilidad solidaria del administrador con “*las obligaciones sociales posteriores al nacimiento de la causa legal de*

de disolución (Fund. Jco. 1º). No obstante, le exonera de responsabilidad por acreditar haber cesado en el cargo con anterioridad a dicha contingencia (Fund. Jco. 6º).

⁴⁴ Sentencia TS, sala 1ª, 15 de octubre de 2013 (Rec. nº 1268/2011), que se pronuncia sobre la responsabilidad, *ex* art. 367 TRLSC, de la herencia yacente correspondiente al administrador fallecido de una sociedad.

⁴⁵ Sentencias TS, sala 1ª, 15 de julio de 2019 (Rec. nº 3654/2016), Fund. Jco. 3º.2, 14 de octubre de 2013 (Rec. nº 1192/2011), Fund. Jco. 8º; 2 de diciembre de 2013 (Rec. nº 1444/2011), Fund. Jco. 4º; 3 de diciembre de 2013 (Rec. nº 1555/2011), Fund. Jco. 12º; 29 de diciembre de 2011 (Rec. nº 1725/2008), Fund. Jco. 4º.2.2, y 18 de junio de 2012 (Rec. nº 1852/2009), Fund. Jco. 2.2.1.

disolución”. A juicio del Tribunal Supremo, dicha dicción no solamente expresa un límite temporal de la responsabilidad, sino también un verdadero presupuesto sustantivo para su nacimiento.

Pondera, asimismo, el alto tribunal que la interpretación aludida es coherente con el criterio técnico nº 89/2011, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social. Dicho criterio técnico señala que la referencia del art. 367 TRLSC al concurso de la sociedad debe interpretarse coherentemente con el art. 363.1 e) TRLSC. De esta forma, en los casos en que, concurriendo una causa de disolución de la sociedad como es la existencia de pérdidas cualificadas, la misma se halla en estado de insolvencia, la solicitud del concurso tiene preferencia sobre la disolución de la sociedad con el objeto de amparar debidamente los intereses de los trabajadores. Sin embargo, no por ello se puede colegir que la falta de pago de cotizaciones de Seguridad Social durante tres o más meses constitutiva de insolvencia (art. 2.4.4 LC) autorice, por sí misma, la derivación de responsabilidad hacia los administradores pues dicha contingencia no puede identificarse con una causa de disolución de la sociedad. Por consiguiente, el incumplimiento por los administradores de su deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiesen conocido o debido conocer el estado de insolvencia de la sociedad, dispuesta por el art. 5 LC, no determina el nacimiento de su responsabilidad solidaria si no se aprecia la concurrencia de una causa legal o estatutaria para la disolución de la sociedad.

4. CONCLUSIÓN

A la vista de lo hasta ahora expuesto, cabe formular dos posibles interpretaciones del art. 367 TRLSC de las que se derivan consecuencias bien diferentes en cuanto al régimen de responsabilidad solidaria de los administradores societarios por deudas sociales en los supuestos de insolvencia de la sociedad. Una primera interpretación, fiel a la literalidad de la norma, entiende que el nacimiento de la responsabilidad de los administradores exige, en todo caso, la concurrencia de una causa para la disolución de la sociedad. Conforme a dicha interpretación, en los supuestos de insolvencia, no podrá nacer la citada responsabilidad de los administradores aunque hayan incumplido con su obligación de instar en plazo el concurso de la sociedad, si el acreedor no acredita, al tiempo, que la misma incurre en alguna de las causas legales o estatutarias para su disolución a las que se refiere el art. 363 TRLSC.

Una segunda interpretación posible, de índole finalista o teleológica, exige ponderar el hecho de que, en los casos de insolvencia, el deber legal del órgano de administración no es el de promover la disolución de la sociedad, sino un deber distinto: el de instar el concurso (arts. 5.1 LC y 363.1 e) TRLSC), ya sea convocando, para ello, la junta general o solicitándolo directamente al juez en el plazo de dos meses señalado por el art. 5.1 LC. Dado que, como se ha visto aquí, el precepto persigue propiciar la reacción de los administradores ante la contingencia de dicha situación de insolvencia, adversa para los intereses de los acreedores, el mero incumplimiento en plazo por los administradores de su deber de instar el concurso, debe determinar el nacimiento de su responsabilidad por deudas.

Como se ha visto aquí, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado por la primera de las interpretaciones posibles corrigiendo, de esta manera, la actuación de las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social en los expedientes administrativos de derivación de responsabilidad por deudas de Seguridad Social. Ello no obstante, a mi modo de ver, dicha lectura de la norma plantea dos inconvenientes aplicativos

de relieve. Por una parte, la aludida interpretación determina que en los supuestos en que la Tesorería no haya podido acreditar la concurrencia formal de una causa de disolución, la deuda con la Seguridad Social devendrá incobrable pese a haberse constatado tanto la insolvencia de la sociedad como la falta de diligencia del administrador que no instó el concurso o no lo hizo en plazo. Por otra parte, la interpretación podría propiciar actuaciones torticeras del órgano de administración para eludir la responsabilidad solidaria establecida en la norma. Con tal objeto, podrían dejar de contabilizar las deudas con la Seguridad Social en las cuentas anuales de forma que el balance de situación, que no reflejaría el estado patrimonial real de la sociedad, no permitiría deducir la existencia de pérdidas cualificadas y, por tanto, la existencia de una causa legal de disolución.

Con independencia de los dos inconvenientes aludidos, a mi modo de ver, la posición interpretativa de la jurisprudencia, si bien se ajusta estrictamente a la literalidad de la norma no termina de sintonizar muy bien con la finalidad que inspiró al legislador para su instauración. Como antes se expuso, dicho propósito es tanto el de compeler a los administradores a promover en junta o, en su caso, judicialmente la disolución de la sociedad cuando concurre causa legal para ello cuanto el de conminarles a instar el concurso cuando la sociedad se halle en estado de insolvencia. Y todo ello con el objetivo de tutelar los intereses generales del tráfico mercantil y, particularmente, los de los acreedores para la realización de sus derechos de crédito. Es por ello por lo que, a mi juicio, la norma debería ser reformada con objeto de propiciar una aplicación más coherente con dicha finalidad, lo que pasaría por asociar más claramente el nacimiento de la responsabilidad al mero incumplimiento del deber de solicitar en plazo en concurso. Dicha propuesta de *lege ferenda*, de llevarse a efecto, propiciaría una más eficaz protección de los derechos de crédito, del patrimonio financiero de la Seguridad Social y, con ello, del interés público.