



SUBSECRETARIA

DIRECCION GENERAL DE LA
INSPECCION DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL



54/0002128/11

Registro Salida

Fecha: 06/06/2011

Hora: 11:09:08



MINISTERIO
DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN

SUBSECRETARIA

DIRECCION GENERAL DE LA
INSPECCION DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

CRITERIO TÉCNICO NÚM. 89/2011, SOBRE DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS EN MATERIA DE DEUDAS POR CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL.

La cuestión relativa a la exigencia de responsabilidad en el pago de cuotas por derivación de la misma a los administradores de sociedades mercantiles, motivada por incumplimiento de sus obligaciones en orden a convocatoria de Junta General para adopción de acuerdo de disolución o de solicitud de disolución judicial, ha sido objeto de consideración en diversos Criterios Técnicos de esta Dirección General.

Así, en el Criterio Técnico 21/1999, de 9 de julio, se indicaba, con base en diversas referencias de orden jurisprudencial, que los supuestos de incumplimiento por parte de los administradores sociales de los deberes societarios impuestos por el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónima, Texto Refundido, aprobado por el R.D. Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (en adelante, LSA), esto es, la obligación de convocar Junta General para adoptar el acuerdo de disolución de la sociedad o, en su caso, solicitar la disolución judicial de la sociedad; y por el artículo 105.4 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL), requieren de una previa declaración de un órgano de la jurisdicción civil y por tanto, no podrá extenderse acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social sin una previa declaración de responsabilidad.

Con posterioridad, y con apoyo en diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia del orden contencioso-administrativo que permitían el apoyo de la derivación de responsabilidad en el ejercicio de la potestad de autotutela declarativa, se emitió el Criterio Técnico 32/2001 de 3 de diciembre, con indicación en conclusión en su apartado III modificativa del Criterio Técnico 21/1999 en sentido de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá extender actas de liquidación o, en su caso, requerimientos, en



materia de cotización a la Seguridad Social, para la exigencia de responsabilidad solidaria a los administradores de sociedades mercantiles capitalistas en los casos en que tal responsabilidad les venga impuesta por normas de derecho mercantil, civil o de cualquier otra rama del Derecho, sin necesidad de declaración previa del orden jurisdiccional correspondiente.

Más tarde, en el Criterio Técnico 37/2003, de 27 de junio, sobre revisión y vigencia de los Criterios Técnicos dictados por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social desde el 2 de abril de 1997, se indica en el primero de sus apartados que el Criterio Técnico 32/2001 se considera derogado en su totalidad. En su Anexo se justifica la razón de dicha derogación por referencia al pronunciamiento del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de 18 de junio de 2002, en la que esencialmente se establece que no basta la existencia de una deuda para derivar la responsabilidad sino que es precisa la valoración de las normas mercantiles para determinar si habían ocurrido o no las circunstancias exigidas por ellas al efecto, puesto que tales datos y normas son ajenos a la Seguridad Social y su valoración no le corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Posteriormente vuelven a concurrir circunstancias que obligan a reconsiderar el criterio, que ahora nuevamente ha de dirigirse a la valoración de la posibilidad de exigencia de responsabilidad por vía de derivación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Tales circunstancias no son otras que la innovación legislativa introducida en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, al añadirse por la Ley 52/2003 de 10 de diciembre el apartado 3 al artículo 15, que establece la responsabilidad de quienes resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores "mortis causa" 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. Dicho apartado especifica 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. Igualmente, la modificación del artículo 31.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social por la referida Ley 52/2003 prevé la formulación de acta de liquidación por derivación de la responsabilidad del sujeto obligado al pago, cualquiera que sea su causa y régimen de la Seguridad Social aplicable, y en base a cualquier norma con rango de ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social.

Todo ello se señalaba en el Criterio Técnico 61/2008, de 28 de julio de 2008, sobre derivación de responsabilidad a los administradores de sociedades mercantiles capitalistas en materia de deudas por cuotas de Seguridad Social, que la entrada en vigor el 1 de septiembre de 2010 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, hace necesario actualizar. Este Texto Refundido ha derogado el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL). El Texto Refundido regula en una única norma lo que hasta ahora regulaban las dos normas precitadas, que deroga y refunde, con el mismo contenido sustantivo.

En virtud de lo anteriormente señalado y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.3.7 de la Ley 42/1997 de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y en el artículo 47.5 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000 de 4 de febrero, esta Dirección General, en su condición de Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a propuesta de la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Técnica y de la Subdirección General para la Inspección en materia de Seguridad Social, Economía Irregular e Inmigración, dicta el siguiente



CRITERIO TÉCNICO

PRIMERO.- Necesidad de que concurra causa de disolución de la sociedad.

El precepto legal que autoriza la derivación de la responsabilidad a los administradores por las deudas sociales es el artículo 367 de la LSC. Hasta el 1 de Septiembre de 2010 el contenido sustantivo de este precepto se encontraba en los artículos 262.5 de la LSA y 105.5 de la LSRL. El art 367.1 (antes artículos 262.5 LSA, tras la modificación introducida por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre y 105.5 de la LSRL,) dispone que:

“1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan...”

La norma, por tanto, no sólo introduce un límite temporal en las deudas cuya responsabilidad puede ser derivada a los administradores (que serán las posteriores a dicha causa), sino también un límite en los supuestos (ahora se exige en todo caso la previa existencia de una causa legal de disolución).

Las referencias contenidas en el mismo apartado al supuesto concursal -“los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad...” - deben ser interpretadas en el sentido de que, existiendo causa de disolución por insuficiencia patrimonial, la vía del concurso tiene preferencia en caso de insolvencia sobre la de la disolución de la sociedad con el fin de amparar los intereses de los acreedores, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 363.1 de la LSC (antes artículos 260.1.4º de la LSA y 104.1e) de la LSRL):

“1. La sociedad de capital deberá disolverse:

d) 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.



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 (así, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 25 de enero de 2000, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de junio de 2005, sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 23 de marzo de 2006), y exponiendo las circunstancias relevantes a estos efectos que hubieran podido observarse durante las actuaciones de comprobación.

En cuanto a la acreditación de la causa legal de disolución de la sociedad, cuando se acredite la existencia de pérdidas, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional única del Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias, en relación con el artículo 1 del Real Decreto Ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se



amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, una de las cuales es la disposición adicional única del anterior.

Así, la Disposición adicional única mencionada relativa a la forma de computar las pérdidas en los supuestos de reducción obligatoria de capital social en la sociedad anónima y de disolución en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, señala que no se incluirán en dicho cómputo las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias.

Si bien el punto 2 de dicha disposición adicional única señala que lo anterior será de aplicación excepcional en los dos ejercicios sociales que se cierren a partir de la entrada en vigor de la presente disposición, el artículo 1 del Real Decreto Ley 5/2010 renueva *“sin solución de continuidad y a todos los efectos legales, durante los dos ejercicios sociales que se cierren a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley, la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional única del Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre”*.

SEGUNDO.- Obligaciones de los administradores.

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital señala lo siguiente:

Artículo 365. Deber de convocatoria

1. Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso.

Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente.

2. La junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constare en el orden del día, aquel o aquellos que sean necesarios para la remoción de la causa.

Artículo 366. Disolución judicial



1. Si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad.

2. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado.

La solicitud habrá de formularse 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 o no se hubiera adoptado.

Consecuentemente, la derivación de responsabilidad a los administradores sólo procede cuando, una vez acreditada la existencia de causa legal de disolución, éstos hayan incumplido las obligaciones establecidas con carácter alternativo en los citados artículos 365 y 366 de la LSC (antes artículos 262.5 de la LSA y 105.4 de la LSRL), esto es:

- a) convocar la junta general para que adopte el acuerdo de disolución -o el concurso, si además existe situación de insolvencia-, o bien
- b) solicitar la disolución judicial -o el concurso, en caso de insolvencia- cuando la junta no se haya constituido o cuando su acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso.

Siendo los plazos para cumplir dichas obligaciones los siguientes:

- a) dos meses desde que hubieran conocido o hubieran debido conocer la causa legal de disolución.
- b) dos meses a contar desde la fecha en la que hubiera debido celebrarse la junta, si ésta no llegó a constituirse, o desde la fecha de la junta si el acuerdo de ésta hubiera sido contrario a la disolución o el concurso.



En el caso de que la causa de disolución fuera la del artículo 363.1.d de LSC (por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social), el plazo de dos meses empieza a contar desde el momento en el que el administrador hubiera tenido conocimiento de su existencia, lo que debe entenderse producido en el plazo máximo de tres meses, plazo máximo para formular las cuentas anuales según lo dispuesto en el artículo 253 LSC, contados a partir de la fecha del cierre del ejercicio anual, que será considerada como fecha de la causa de disolución.

De acuerdo con lo anterior, el incumplimiento por los administradores de la obligación de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubieran conocido o debido conocer su estado de insolvencia, establecida en el artículo 5 de la Ley Concursal, no permite declarar su responsabilidad solidaria si no se aprecia causa de disolución de la sociedad.

TERCERO.- Deudas objeto de la derivación de responsabilidad.

Como se ha dicho, los administradores que incumplan las obligaciones anteriores responderán solidariamente de las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. En estos casos, las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

En este sentido el artículo 367.2 de la LSC (antes artículos 262.5 LSA y 105.5 de la LSRL) establece que:

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

Por tanto, puede ser objeto de derivación la totalidad de la deuda existente en todos los casos en los que los propios interesados no demuestren otra cosa, ya que sobre ellos recae la carga de la prueba, salvo que el funcionario actuante compruebe que



efectivamente se trata de obligaciones que se han generado en una fecha inequívocamente anterior, supuesto en el que no cabe acudir a la presunción.

CUARTO.- Derogación de criterios técnicos anteriores.

El presente Criterio Técnico deroga el Criterio Técnico núm. 61/2008 de 28 de julio de 2008, sobre derivación de responsabilidad a los administradores de sociedades mercantiles capitalistas en materia de deudas por cuotas de Seguridad Social.

Madrid, 6 de junio de 2011

EL DIRECTOR GENERAL
AUTORIDAD CENTRAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL



Demetrio Vicente Mosquete

SRES. SUBDIRECTORES GENERALES, DIRECTORA ESPECIAL, DIRECTOR DE LA ESCUELA DE
ITSS, DIRECTORES TERRITORIALES Y JEFES DE INSPECCIÓN