

Doctrina

La TGSS y la derivación de responsabilidad a los administradores de las sociedades de capital: mero afán recaudador sin límites



Juan Carlos Rodríguez Maseda
Abogado
Socio de Dictum Abogados

La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) hace gala de un afán recaudador inaceptable, por su desproporción y exceso, y desarrolla una actuación impropia de un Estado de Derecho. Pocos órganos de administración societaria se libran de la comunicación de inicio de responsabilidad, es decir, de la temida *derivación por cuotas impagadas y otros créditos*. La Tesorería aparece como un *Leviatán* con toda su carga de privilegio, autotutela y ejecutividad, para reclamar los créditos que no pudieron ser cobrados por las vías establecidas por el ordenamiento jurídico para todos los acreedores. Estamos ante una actuación administrativa improcedente que, en su caso, requeriría una reforma o clarificación legal, al menos, en los supuestos en los que los administradores societarios han cumplido y cumplen, incluso formalmente, con sus obligaciones mercantiles esenciales.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la Jurisdicción Contencioso-administrativa ha sido reiteradamente contraria a la admisión de la competencia de la TGSS para declarar, por resolución administrativa, la

responsabilidad solidaria de los administradores orgánicos por las deudas derivadas de las cotizaciones correspondientes a los contratos laborales. Un principio que debería ser un postulado elevado a rango legal puesto que, para tal fin, la TGSS debe valorar y aplicar normativa mercantil y un Tribunal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa debe resolver sobre la base de hechos y fundamentos estrictamente mercantiles. Se entiende y se comparte el rechazo jurisprudencial.

El criterio de la Jurisprudencia se ha basado en que el principio de tutela en la Jurisdicción Contencioso-administrativa únicamente alcanza a la actuación de aquellas normas de Derecho administrativo propias del ámbito de competencia del órgano que resuelve: fundamentalmente a la recaudación de cuotas de la Seguridad Social. Por lo tanto, la declaración de responsabilidad únicamente podría tener lugar en aquellos supuestos en que las normas especiales sobre recaudación así lo determinen. Por ello, se ha considerado jurisprudencialmente que la norma mercantil y las cuestiones que en torno a ella pueden plantearse corresponden, en exclusiva, al juez de lo mercantil, ante el que deberá acudir la Tesorería General para obtener una declaración de responsabilidad¹.

¹ — Sentencia de 15 de octubre de 2003 (RJ 8582). Desestima el recurso de la Tesorería en interés de Ley. Señala que existe doctrina legal sobre la cuestión en la Sentencia de 18 de junio de 2002, que determina que "(...) la competencia para la derivación de la responsabilidad solidaria a los Administradores de una sociedad corresponde a la jurisdicción civil". Confirma la incompetencia del Orden Jurisdiccional Laboral cuando se trata de la responsabilidad de los administradores, fundada en la omisión de los deberes societarios impuestos en el artículo 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Sentencia de 22 de junio de 2004 y Sentencia de 15 de septiembre de 2004, entre

Ahora bien, como al Legislador le parece que *todo lo puede*, sobre esta cuestión, hay que tener en cuenta el posible cambio o matización en el criterio, ya que la Ley General de la Seguridad Social ha sido modificada en su artículo 15.3 por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre (BOE del 11), sobre Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. De este modo, en virtud del principio de autotutela, la TGSS, pretende llevar su privilegio de decidir por sí misma en acto administrativo declarativo, y en su caso ejecutivo, sobre aquellas cuestiones relativas a la recaudación de deudas, identificando al sujeto responsable y exigiéndole el pago, utilizando el procedimiento administrativo y, seguramente, la vía de apremio. Pero lo que resulta objetable es que el fundamento jurídico de tal actuar viene determinado por la aplicación e interpretación de normativa mercantil. Y como el control jurisdiccional del acto administrativo de la TGSS que declara la responsabilidad de los administradores corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, un Juez sin formación mercantil –ni económica, financiera contable, etc-, tendrá que analizar el alcance de la responsabilidad derivada de la aplicación del complejo artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital² o, incluso, la superación del plazo del artículo 5 de la Ley Concursal, es decir, la valoración sobre si la sociedad se encontraba en situación de insolvencia. Nada más ni nada menos.

En mi opinión, en la actuación de la TGSS, dictando actos declarativos de obligaciones relativos a las deudas para con la Seguridad Social, no le puede amparar, ni se le puede otorgar, un pleonasma competencial. Y así el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto–Legislativo 1/1994, 20 de junio, en su artículo 30, autoriza la

otras, que reiteran las declaraciones de las Sentencias anteriores, (principalmente las de 18 de marzo, 31 de marzo y 21 de julio de 2003), rechazando el recurso planteado por la Tesorería General de la Seguridad Social en interés de ley.

- ² Dice este artículo: 1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.
2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

derivación de responsabilidad en el pago de cuotas debidas por cualquier norma con rango de ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social, estando desarrollado por los artículos 13, 14 y 15 del Real Decreto 1637/1995, que reconocen la derivación de responsabilidad a los declarados solidarios, subsidiarios y mortis causa, cuando por norma legal se imponga expresamente tal tipo de responsabilidad. Habrá que analizar qué tipo de norma legal le resulta posible aplicar.

Así, nos encontramos con la cuestión de la competencia de la TGSS después de la modificación de la Ley General de la Seguridad Social en su artículo 15.3 formulada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, desarrollado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

El artículo 15.3 de la Ley General de la Seguridad Social establece que *“son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad social 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 y, 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. Dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria, o mortis causa, se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esta ley y su normativa de desarrollo”*. 2

La redacción es diabólica. Como hemos señalado, antes de la modificación del artículo 15.3 de la Ley General de la Seguridad Social, se podía afirmar, que la TGSS carecía de norma habilitante para dictar un acto de declaración unilateral de responsabilidad solidaria del órgano de administración de una sociedad, por infracción de la normativa mercantil.

Con la nueva redacción del artículo 15.3 de la Ley General de la Seguridad Social, puede pensarse que sería factible la admisión de una modificación del criterio jurisprudencial expuesto, ya que, aparentemente, se intenta cumplir el requisito esencial de que exista una “causa legal” en el Ordenamiento jurídico de la Seguridad Social para atribuir la responsabilidad al órgano de administración.

Llegados a este punto, debemos recordar que, hasta la modificación del artículo 15.3, la “causa legal” para atribuir la responsabilidad en el ámbito laboral y, consecuentemente,

en el de Seguridad Social, estaba fijada, y continúa en la actualidad, en los artículos 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 104.1 de la Ley General de la Seguridad para supuestos de contratas y subcontratas, cesión de mano de obra y sucesión en la titularidad, con identificación de los responsables solidarios o subsidiarios. Es decir es una “causa legal” limitada al ámbito de la relación laboral y de Seguridad Social, y sobre la mera base de la aplicación de normativa especial propia de la Seguridad Social.

Pero con la modificación del artículo 15 de la Ley General de la Seguridad Social, parece que se pretende considerar que se amplía la “causa legal”, estableciendo que adquieren la condición de responsables aquellas personas físicas o jurídicas que incurran en hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades y ello, “en aplicación de cualquier norma con rango de Ley”.

Llamo la atención al lector sobre la indeterminación y generalidad concurrente en la redacción del artículo 15.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en el que no se identifica concretamente al órgano de administración, como responsable, ni se establece la norma de aplicación. Se habla de *los que resulten responsables, y en aplicación de cualquier norma con rango legal*. La generalidad impide la necesaria precisión, puesto que no estamos ante una norma procesal que permita mantener un cambio de jurisdicción. Es una norma especial, propia del ámbito laboral, que no puede sustentar un efecto como el que se pretende: la autotutela y ejecutividad de resoluciones recaudatorias con fundamento en normas mercantiles. Habrá que interpretarla en relación y con alcance propio de su ámbito normativo: las normas reguladoras de la Seguridad Social.

La cuestión resulta evidente si pretendemos aplicar la legislación concursal. La TGSS no puede superar la contundencia competencial establecida por el artículo 8 de la Ley Concursal, ni valorar nuevamente el cumplimiento de la obligación esencialmente temporal, establecida en el artículo 5 de la Ley Concursal. Lo digo porque me estoy encontrando con comunicaciones de inicio de expedientes de derivación en sociedades en fase de liquidación y en las que concurre la declaración de concurso fortuito, sobre la base del informe de la Administración Concursal y del Ministerio Fiscal. Así, en estos casos, la Administración no ostenta ningún ámbito de autotutela, sobre la base de la misma normativa que ha declarado la exclusión de responsabilidad, en su jurisdicción propia. Estaríamos amparando una especie de infracción del principio de “non bis in eadem” o, simplemente, permitiendo que una normativa especial, concursal, exceda su ámbito natural de aplicación –el proceso de insolvencia- para

extenderlo al ámbito administrativo para su aplicación y valoración *por segunda vez*. Recordemos al legislador aquellas hermosas palabras diluidas en la rutina de la motorización legislativa: *seguridad jurídica*.

Hasta aquí mi opinión. Sin embargo, la TGSS lo está consiguiendo. Aparentemente, con mayor fortuna, en aquellos casos en que concurre un incumplimiento total y palmario de la normativa mercantil y concursal, fundamentalmente formal. Porque debo advertir al lector que numerosos Tribunales Superiores de Justicia, en numerosas resoluciones, entran en el fondo y consideran que no basta la existencia de la deuda para derivar la responsabilidad solidaria del administrador. Conforme a la normativa mercantil –y esto lo dicen los Tribunales Superiores de Justicia en la Jurisdicción Contenciosa-, es preciso una valoración de las normas mercantiles para determinar si concurren o no las circunstancias exigidas para que los administradores deban interesar, bien la disolución judicial de la sociedad o bien la convocatoria de la Junta General, así como la de determinar, igualmente, el alcance de la responsabilidad de los mismos, cuando lo haga en el cumplimiento de sus cargos. Para establecer la responsabilidad de los administradores, no se exige una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, sino el enlace causal preestablecido en la propia norma. Llegamos al criterio técnico 89/2011, evidencia de que la TGSS ha asumido, con plenitud, de forma exclusiva y excluyente, su competencia en materia de responsabilidad de administradores. Este criterio técnico, dice:

“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 Ley de Sociedades de Capital (antes artículos 262.5 de la LSÁ 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 363.4 de la Ley de Sociedades de Capital (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, (o 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 de la Ley de Sociedades de Capital, contados a partir de la fecha del cierre del ejercicio anual, que será considerada como fecha de la causa de disolución.

Resulta evidente que la TGSS se ha armado con instrumentos que le permiten –en su interpretación– actuar declarativa y ejecutivamente sobre los administradores y que la interpretación que los Tribunales están haciendo del citado artículo 15.3 avala el cambio jurisdiccional. En todo caso, la TGSS tendría que evacuar unas concienzudas alegaciones, ya en fase administrativa, y especialmente practicar prueba, puesto que sus apreciaciones no gozan de presunción de veracidad... ¿o sí?

No se desanime el lector. Asumamos con humor que el *Leviatán* es voraz e insaciable, y nuestro Legislador responde a lo que Ulpiano pronunció evidenciando que seguimos condenados a repetir la Historia: *quod principi placuit legis habet vigorem*.