

# ACCIONES POR SUBROGACIÓN DEL FOGASA EN SUPUESTOS DE DESPATRIMONIALIZACIÓN EMPRESARIAL<sup>1</sup>

Por

JOSÉ ALBERTO NICOLÁS BERNAD  
Profesor Titular (Acreditado a Catedrático) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad  
Social Universidad de Zaragoza  
Magistrado-Suplente del TSJ Aragón

[jnicolas@unizar.es](mailto:jnicolas@unizar.es)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 48 (2018)

RESUMEN: La posibilidad de subrogación del FOGASA en los derechos y acciones de los trabajadores frente al empresario, a pesar de contar con el respaldo legal desde el ET de 1980, no ha conllevado su materialización práctica. La esquilma del presupuesto de aquél en momentos de crisis económica y elevado desempleo, aconsejan el estudio dogmático, poco explorado hasta el momento, sobre las posibilidades jurídicas de lograr la mayor eficacia jurídica de las normas que posibilitan el reembolso, ante situaciones recurrentes entonces: empresas desaparecidas en situación de despatrimonialización, dejando insatisfechos los créditos laborales. Todo ello permitiría el saneamiento presupuestario del Organismo Autónomo y una mejora en la, en ocasiones, cuestionada gestión de los recursos públicos.

PALABRAS CLAVE: FOGASA; reembolso de créditos; patrimonio empresarial deficitario.

SUMARIO: I. El concepto de despatrimonialización social en las actuaciones procesales de reembolso por parte del FOGASA.- II. Competencia objetiva y legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de reembolso por el FOGASA.- III. La actividad probatoria de la despatrimonialización social por pérdidas en la posición subrogada del FOGASA

## ACTIONS BY SUBROGATION OF THE FOGASA IN CASES OF LACK OF PATRIMONY OF THE COMPANY

ABSTRACT: The possibility of subrogation of the FOGASA in the rights and actions of the workers in front of the employer, in spite of having the legal support from the ET of 1980, has not led to its practical realization. The depletion of the budget of the former in times of economic crisis and high unemployment, advise the dogmatic study, little explored so far, about the legal possibilities of achieving the highest legal effectiveness of the rules that make possible the reimbursement, before recurrent situations then: companies disappeared in lack of patrimony situation, leaving work credits unsatisfied. All this would allow the budgetary consolidation of the Autonomous Organization and an improvement in the, sometimes, questioned management of public resources.

---

<sup>1</sup> Artículo elaborado en el seno del grupo de investigación de referencia reconocido por el Gobierno de Aragón (2017-2019), con financiación del Fondo Social Europeo; en el del Proyecto de Investigación de la Universidad de Zaragoza UZ 2017-SOC-02 y en el del programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia, subprograma estatal de generación de conocimiento del MINECO: “del Derecho de la crisis económica a la recuperación del empleo: la experiencia judicial aplicativa de la reforma laboral española”. DER2017-85148-P.

KEYWORDS: refund of credits; lack of patrimony company.

SUMMARY: I. The concept of lack of social patrimony in the procedural actions of reimbursement by FOGASA.- II. Objective competence and passive legitimation in the exercise of the reimbursement action by FOGASA.-III. The probative activity of the lack of social patrimony for losses in the subrogated position of FOGASA.

## **I. EL CONCEPTO DE DESPATRIMONIALIZACIÓN SOCIAL EN LAS ACTUACIONES PROCESALES DE REEMBOLSO POR PARTE DEL FOGASA**

### **1. Marco jurídico de la despatrimonialización social y elementos integrantes.**

#### **Pérdidas empresariales e insuficiencia de capital social**

Para el entendimiento del término despatrimonialización, conviene atender al art. 363.1.e) del RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), pues se contempla en él una causa de disolución, cuya falta de ejecución puede dotar al Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) de un poderoso instrumento de reembolso de los créditos laborales abonados por dicho Organismo, en supuestos de insolvencia; capacidad de resarcimiento económico que encuentra la oportuna aquiescencia normativa en el art. 33.4 ET, y en su desarrollo reglamentario introducido por el art. 30 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del FOGASA.

Se establece en aquel precepto societario una causa de disolución "*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*".

Esta disposición legal tiene su génesis en la filosofía protectora y garantista prevista en el art. 17 de la Directiva 77/91 de la CEE, de 13 de diciembre de 1976, que dispone que: "*1. En caso de pérdida grave del capital suscrito deberá convocarse Junta General en un plazo fijado por las legislaciones de los Estados miembros, con el fin de examinar si procede la disolución de la sociedad o adoptar cualquier otra medida. 2. La legislación de un Estado miembro no podrá fijar en más de la mitad del capital suscrito el importe de la pérdida considerada grave en el sentido del apartado primero*".

Con base en la mentada Directiva se dictaron los hoy refundidos arts. 260.4 y 262.5 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA), y 104 y 105.5 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL, de 1995), que pasaron, en 2010, al mencionado art. 363.1.e) y al 367 LSC, con los cuales se pretendió establecer mecanismos de protección para evitar las

funestas consecuencias de que empresas, bajo tal cobertura jurídica limitativa de responsabilidad, operaran en el tráfico mercantil sin un patrimonio neto positivo que actuara como mecanismo preventivo de la crisis empresarial<sup>2</sup>, estableciendo para asegurar el cumplimiento de tales exigencias legales la responsabilidad solidaria de los administradores sociales, a quienes el FOGASA podría reclamar el reembolso de las cantidades abonadas a los trabajadores, en supuestos de insolvencia de la sociedad que administran.

Muchos supuestos de disolución analizados judicialmente tienen, precisamente, como denominador común, la despatrimonialización social, residenciada en la existencia de una situación de pérdidas que dejan reducido el patrimonio neto de la sociedad a menos de la mitad del capital social, circunstancia de disolución contemplada en el mencionado art. 363.1.e) LSC. Alguna sentencia ha identificado esta situación con la existencia de fondos propios negativos sin que el administrador inste el proceso de disolución<sup>3</sup>.

Por el contrario, no cabría presumirse por el FOGASA tal situación de despatrimonialización, ante la mera ausencia de depósito de cuentas anuales, sin otra argumentación por parte del Organismo, que obviara la demostración de la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a menos que la mitad del capital social, pues la falta de aquella formalidad mercantil sólo podría constituir un indicio de que la empresa podría encontrarse en una situación de obligada disolución legal<sup>4</sup>. Sobre la cuestión de esta omisión registral de depósito, habrá ocasión de discurrir más adelante.

El término “pérdidas”, es el que menor problema interpretativo debe generar al FOGASA, entendido contablemente como la superación de la partida de gastos sobre los ingresos en un momento concreto de formulación de la cuenta de pérdidas y ganancias anual o trimestral, período este último contemplado en el art. 28 del Código de Comercio ( en adelante CCo), y que puede tener en cuenta, además, las pérdidas que se arrastran de ejercicios precedentes que no puedan ser compensadas con los beneficios del presente<sup>5</sup>. El hecho de que el presupuesto legal hable de pérdidas, implica, según alguna opinión judicial, que dicha causa de disolución no cabe apreciarse cuando se constata un resultado positivo, aunque éste sea exiguo<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> DASSO, Ariel A.: “Alertas y remedios contra la disolución de la sociedad por pérdidas”, en *Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*, Rodríguez Sánchez y otros Coord, Comares, 2011, pág 680.

<sup>3</sup> SAP de Madrid (Sección 28) de 25 de julio de 2007.

<sup>4</sup> SAP de Valencia (Sección Novena) de 25 de febrero de 2010.

<sup>5</sup> PRENDES CARRIL, P.: “Pérdidas y responsabilidad civil de los administradores en las sociedades de capital” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2/1998, p. 95.

<sup>6</sup> SAP de Gerona (Sección Primera) de 20 de septiembre de 2011.

La visualización de la cuenta de pérdidas y ganancias puede hacerse por el FOGASA a través de las certificaciones del Registro Mercantil del lugar en el que se hallan depositadas dichas cuentas anuales. El problema que se genera para dicha acreditación por parte del Organismo Autónomo es que la obligación de depósito de dichas cuentas no llega hasta el 31 de julio del ejercicio siguiente al que se refieren, según se desprende del art. 279 LSC, por lo que acreditar las pérdidas de un determinado año en el que se han producido impagos salariales o de indemnizaciones, sujetas a cobertura, puede convertirse en una tarea compleja para el FOGASA, pues debe aguardar a la fecha calendada para tener acceso a dicha información, si es que dichas cuentas son presentadas efectivamente por la sociedad, por lo que, en la práctica, sería más conveniente recurrir a la Inspección de Trabajo<sup>7</sup> para que, por vía de informe, ilustre al Organismo Autónomo si la sociedad estaba incurso en una situación de pérdidas en un momento determinado, y si los administradores han incurrido en inactividad ante dicho estado de pérdidas entonces, lo que permitiría adelantarse a la presentación de las cuentas anuales del ejercicio, al facilitar el requerimiento, por dicho servicio de inspección, de los balances de sumas y saldos trimestrales a los que hace referencia el mencionado art. 28 del CCo, y poder determinar así, con suficiente antelación al momento de presentación registral de las cuentas anuales, la existencia previa de causa de disolución y la inacción del administrador ante dicho estado de despatrimonialización, circunstancia que permitiría el reembolso de los débitos salariales o indemnizatorios satisfechos por el FOGASA.

Tampoco reviste complicación el concepto de capital social al que se refiere el art. 363.1.e) LSC, entendido como término de comparación en este último precepto, cuya mitad es el límite al que puede verse reducido el patrimonio neto de la empresa una vez descontadas las pérdidas. Es, por lo tanto, el límite cuantitativo de referencia para entender la existencia de despatrimonialización por pérdidas, a los efectos de accionar por subrogación por parte del FOGASA.

Alguna opinión judicial asocia, no obstante, las deudas al capital social para motivar la concurrencia de la causa de disolución referenciada en aquel artículo de manera errónea, de tal suerte que se estará en situación de disolución cuando las deudas de la empresa (compuestas, por sí solas o conjuntamente con otras, por el crédito que el Organismo

---

<sup>7</sup> Colaboración y apoyo al FOGASA que, como Administración Pública, debe prestarle, en atención a lo previsto en el art. 17.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Autónomo debe reclamar al administrador) superen al capital social<sup>8</sup>, cuando el precepto estudiado no indica precisamente eso, pues una sociedad puede tener deudas que superen el capital social y no estar incurso en motivo de disolución cuando presenta un patrimonio neto sólido. No existiría, en este supuesto, despatrimonialización, a los efectos del revisitado art. 363.1.e), que pudiera justificar la acción de reembolso del FOGASA, frente al administrador, en los términos establecidos en el art. 367 LSC.

También puede ocurrir que la sociedad tenga diversas deudas que superen el capital social, lo cual es muy probable en ocasiones, pero no tenga pérdidas, porque los ingresos superen holgadamente a las compras y los gastos no satisfechos en el ejercicio, en cuyo caso la sociedad no se encontraría en situación de disolución, al faltar el requisito esencial e inicial que se contempla en el precepto, que no es otro que la existencia de pérdidas.

Aún existiendo pérdidas o deudas<sup>9</sup>, tampoco se estaría en circunstancias de disolución cuando el patrimonio neto supera holgadamente el capital social, de forma que las pérdidas dejen escasamente mermado a aquél, o al menos hasta alcanzar una cantidad que supera la mitad del capital social. Ello es de tal manera porque no hay una equivalencia entre el patrimonio y capital social, ya que, tras una identidad formal inicial en el balance, y tras la andadura de la sociedad, dicha coincidencia se verá necesariamente afectada por los resultados favorables o desfavorables de su actividad mercantil. Consciente de ello, la Ley no exige una paridad perpetua entre ambos elementos, pero también se ve obligada a establecer mecanismos de protección de los terceros que contratan con la sociedad, a los efectos de evitar que los socios no eliminen tal cobertura<sup>10</sup>, o sólo puedan hacerlo cumpliendo rigurosos requisitos legales, evitando que el patrimonio social resulte disminuido por detracciones de sus socios, exigiendo que el capital permanezca inmutable cuando la sociedad sufra pérdidas importantes (art. 317 LSC), incluso, estableciendo mecanismos de disolución societaria cuando las pérdidas alcancen determinada cuantía [art. 363.1.e) LSC].

Por ello, también resulta errónea, en mi opinión, alguna corriente judicial que ha entendido que estamos ante causa de disolución cuando la deuda reclamada frente al administrador ha mermado el patrimonio neto hasta reducirlo por debajo del capital

---

<sup>8</sup> Como erróneamente se entendió, a mi modo de ver, en la SAP de Almería (Sección Segunda) de 4 de mayo de 2006.

<sup>9</sup> La existencia de deudas no motiva, por sí sola, la acción que pueda emprender el FOGASA frente a los administradores, en aplicación del art. 363.1.e) LSC, Vid; sino STSJ de Extremadura de 29 de abril de 2008, en un supuesto de deudas con la Seguridad Social.

<sup>10</sup> SAP de la Coruña (Sección Cuarta) que 3 de marzo de 2002.

social<sup>11</sup>, porque ello puede producirse desde una situación de beneficios, que haría inviable una reducción del patrimonio mediante pérdidas y no mediante deudas, pues en todo momento, el precepto se refiere a aquéllas y no a éstas como elemento que ha de reducir el patrimonio neto hasta situarlo por debajo de la mitad del capital social<sup>12</sup>, lo cual debe ser tenido en cuenta por el FOGASA a la hora de ejercitar las acciones por subrogación frente al administrador.

La LSC no define el término de capital social, sino que se refiere a él como el dividido en acciones (sociedades anónimas) o participaciones sociales (sociedades limitadas) (art. 1 LSC), o como el que debe aportarse o desembolsarse en una cuantía mínima para poder constituir la sociedad de capital (art. 4 LSC). Desde el punto de vista contable, el capital social es el valor de los bienes o el dinero que los socios aportan a la sociedad sin derecho a su devolución, y se encuentra representado en el pasivo del balance de situación, como primer asiento contable que se realiza en la empresa, paralelo a la constitución de la sociedad mercantil. Es de fácil visualización gráfica por los letrados del FOGASA en dicha cuenta anual. Para ello, basta solicitar la certificación de dicho capital social al Registro Mercantil del lugar de la constitución de la sociedad, o de las cuentas anuales depositadas. Puede ocurrir, que dicho capital social se haya aumentado o reducido, y tal acto mercantil no se haya inscrito en el Registro, por lo que frente a las actuaciones administrativas de reducción del patrimonio neto por pérdidas a menos de la mitad del capital social que figura registralmente, será la sociedad la que tenga que acreditar el aumento o reducción del mismo, al objeto de enervar la responsabilidad de los administradores frente al FOGASA, por inactividad, ante el acaecimiento de la causa de disolución (art. 365 LSC en relación con el art. 363.1.e) de la misma Ley).

Dicho aumento o reducción del capital figura en el mencionado art. 363.1.e) LSC, como una excepción a la reducción del patrimonio por pérdidas por debajo de la mitad de aquél. Tal aumento o reducción se harán de conformidad con los arts. 295 y siguientes del mismo cuerpo legal, y su acreditación registral o instrumental por los administradores, en tiempo y forma, evitará su responsabilidad ante el FOGASA, mediante el ejercicio de la acción de reembolso, salvo que la reducción del capital suponga, en sí misma, una causa de disolución prevista en la letra f) del art. 363.1 LSC, cuando se hace por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una Ley.

---

<sup>11</sup> SAP de Castellón (Sección Tercera) de 18 de febrero de 2008. En contra, SAP Asturias (Sección 1ª), de 24 abril de 2017.

<sup>12</sup> Tampoco que las pérdidas dejen reducido el capital social a la mitad, sino el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social, como se advierte en un supuesto específico de derivación por responsabilidad solidaria en la STSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección primera) de 29 de abril de 2008, siendo parte, en este supuesto, la Seguridad Social.

Concluye el mencionado art. 363.1.e) con la también salvedad de que no sea necesaria la solicitud de concurso. Sobre ello, debe precisarse que la falta de solicitud de concurso voluntario por parte de la empresa, no implica la responsabilidad de los administradores, si la sociedad no se encuentra al mismo tiempo incurso en pérdidas que dejen reducido su patrimonio a menos de la mitad del capital social, es decir, si no concurre la causa de disolución con simultánea inacción del administrador, pues no debe olvidarse que la previsión de solicitar el concurso en aquel precepto se encuentra dentro del capítulo I del título X, de la LSC, referido a la disolución, por lo que puede ocurrir que se den los presupuestos para el concurso voluntario o necesario y no los de la disolución de la sociedad, no respondiendo el administrador frente a FOGASA, por la vía del art. 367 LSC, en dicho supuesto<sup>13</sup>, al faltar el presupuesto de la despatrimonialización<sup>14</sup>.

Tampoco responderá, según este último precepto, si manifestada la causa de disolución del revisado 363.1.e) LSC, la sociedad insta el concurso ante el juez de lo mercantil y no la disolución ante la Junta General.

El reenvío a la solicitud de concurso que se establece en el art. 363.1e), así como en el genérico 367, ambos de la LSC, motiva preguntarse si la solicitud de suspensión de pagos, cuando tal posibilidad estuvo vigente antes de la de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, podría entenderse equivalente a la de la solicitud del concurso.

Sobre ello, debe entenderse que la disolución o la solicitud de concurso, cuando en ambos casos haya motivos para instar la disolución, sean obligaciones taxativas si se quiere evitar la derivación de responsabilidad al administrador. En este contexto, por lo tanto, la suspensión de pagos no sustituye, a efectos del cumplimiento de la obligación de promover la disolución por parte de los administradores en caso de disminución del patrimonio social, a la disolución ni al concurso, y tampoco suplía esta omisión, en el régimen de la LSA y en el de la LSRL anterior a su modificación por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>15</sup>, más aún en puestos de propuesta de convenios de liquidación (imposibles ahora, por impedirlo el art. 100.3 de la esta última norma)<sup>16</sup>.

No basta, por lo tanto, con cualquier actividad de reacción por parte del órgano de administración, para evitar una posible acción de reembolso por parte del FOGASA, cuando concurren causas de disolución social tendente a resolver la situación económica

---

<sup>13</sup> Vid; STSJ Andalucía-Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda) de 26 de mayo de 2011). Precizando la necesidad de concurrencia de causa de disolución por despatrimonialización, y no de estar incurso en situación concursal.

<sup>14</sup> VÁZQUEZ CUETO, JC.: "Disolución por pérdidas o solicitud de concurso voluntario: La alternativa legal en las sociedades de capital españolas", *Revista de Derecho Mercantil*, Nº. 21, 2016, pp. 83 y 95

<sup>15</sup> SSTS de 13 de abril de 2000 y de 16 de diciembre de 2004.

<sup>16</sup> STS de 28 de abril de 2006.

de la empresa, sino sólo las acciones encaminadas a promover la disolución de la sociedad o el concurso, entre las cuales se excluye la solicitud de suspensión de pagos, por cuanto de lo que se trataría es de evitar la liquidación desordenada o anárquica de la misma en perjuicio de unos u otros acreedores o de todos ellos y esta situación no se evita mediante la solicitud de esta última medida, cuando aquélla fue posible, especialmente en los casos en los cuales se ponía fin al procedimiento mediante un convenio de liquidación, hoy prohibido por la Ley Concursal<sup>17</sup>.

## **2. La despatrimonialización social como consecuencia de la reducción del patrimonio neto**

Más problemas plantea, sin embargo, el término “patrimonio neto”, al que deben afectar las mencionadas pérdidas, a las que se refiere el art. 363.1.e) LSC, hasta el punto de reducirlo a menos que la mitad del capital social de la entidad, reducción que ocasiona, precisamente, la despatrimonialización de la que parte el presente estudio, para que pueda reclamarse al administrador las deudas salariales e indemnizatorias de la sociedad a la que representaba, por parte del FOGASA.

En relación a dicho concepto, la legislación mercantil ha venido haciendo referencia al valor patrimonial de las empresas, tanto en la extinta LSA, como en la también refundida LSRL, sin que ningún precepto indique claramente la forma de cuantificar dicho valor.

En concreto, la LSA, de 1989, en su art. 260, en su redacción inicial, antes de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, incluía como una de las causas de disolución de la sociedad anónima la reducción del «patrimonio», como consecuencia de las pérdidas, «a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente». A su vez, el art. 163, también en su redacción original previa a aquella ley de 2007, prescribía la reducción obligatoria de capital para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su «haber» por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el «patrimonio».

De los artículos anteriores debe destacarse, en primer lugar, la diversidad terminológica, que no siempre refleja una disparidad de conceptos<sup>18</sup>. En efecto, teniendo en cuenta la similar funcionalidad de los dos preceptos mencionados, y la propia redacción del art. 163, que utilizaba, inicialmente y de modo indistinto, los términos

---

<sup>17</sup> STS de 1 de diciembre de 2008.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D y HUERTA VIESCA, MI.: *Responsabilidades de los Administradores de sociedades de capital en crisis*, Thomson-Aranzadi, 2012, p. 513.



«haber» y «patrimonio», parecía evidente que tales términos se referían a un solo concepto, al que podría denominarse valor patrimonial de la empresa. De hecho, tras la entrada en vigor de aquella ley 16/2007, de 4 de julio, desaparecieron los términos "patrimonio" y "haber", decantándose el legislador por el de "patrimonio neto"<sup>19</sup>.

Por su parte, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 se refirió, también antes de la Ley 16/2007, de 4 de julio, al término de «Patrimonio contable» en los arts. 104, causas de disolución, y 79, reducción del capital social, precisando de esta forma que la magnitud que ha de ser comparada con el capital social debe ser cuantificada atendiendo a sus valores contables, si bien la ley mencionada de 2007 cambió el término "patrimonio contable" por el de "patrimonio neto" en los dos preceptos indicados en la LSRL de 1995. Por otro lado, el hecho de que los artículos citados regulen idénticos supuestos a los contemplados en los correspondientes artículos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (el 260 y el 163 en este caso), permite considerar que los términos utilizados en unos y otros hacen referencia al mismo concepto<sup>20</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, la cuantificación del patrimonio neto, como concepto último al que se ha derivado no sólo en la LSC (317.1 y art 363.1.e) , sino también en sus refundidas LSA de 1989 y LSRL, de 1995, y que hace referencia a los antiguos términos "patrimonio contable" "patrimonio" y "haber", deberá realizarse teniendo como base las cifras contenidas en las cuentas anuales de las empresas, y más concretamente, en el balance.

Además de ello, es preciso tener en cuenta el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad , en donde el patrimonio neto contable incluye con signo positivo: el capital escriturado, la prima de emisión, las reservas, el remanente de ejercicios anteriores, las aportaciones de socios como las aportaciones para compensar pérdidas, el beneficio del ejercicio, otros instrumentos del patrimonio neto y las subvenciones, donaciones y legados; y con signo negativo: los dividendos pasivos, las acciones y participaciones propias, los resultados negativos de ejercicios anteriores, las pérdidas del ejercicio y los dividendos a cuenta entregados. También forman parte del patrimonio neto, con signo negativo o positivo según el caso, los ajustes por cambios de valor.

La complejidad que reviste el concepto de patrimonio neto, desde una lectura jurídica, ha provocado que la mayor parte de las sentencias judiciales sean tremendamente

---

<sup>19</sup> Como advierte MARTÍNEZ CARRASCO PIGNATELLI, JM.: “Comentario a la Ley 16/2007, de reforma y adaptación de la normativa mercantil y tributaria en materia contable (en particular, sus Disposiciones adicionales).”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, 11/2008, p. 8.

<sup>20</sup> Ver sino LOZANO ARAGUÉS, R.:” Comentarios sobre el concepto de Patrimonio Neto a la luz de la doctrina del ICAC”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, 13/2001, p. 10.

simplistas a la hora de razonar la concurrencia de la causa de disolución contemplada en el revisitado art. 363.1.e) LSC, de tal modo que la carga probatoria de la despatrimonialización de la sociedad por parte del FOGASA, puede ser más sencilla que la aparentemente alambicada dogmática contable

Así, se recurre en ocasiones al concepto de fondos propios negativos<sup>21</sup>, cuya valoración debe ser conforme a los principios del Plan General de Contabilidad y Resoluciones dictadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y el resultado final de tal cuantificación, obtenida de sus valores contables y del concepto contable de fondos propios, ha de ser comparado con el capital social, debiendo ser los administradores, según estas corrientes judiciales, los que pongan de manifiesto qué partidas del balance pueden afectarlo minorándolo o aumentándolo.

Otras, se arriesgan a definir fondos propios como la suma del capital social y de los resultados o rentas que ha generado la empresa, comparando el resultado, y las pérdidas que minoran a éste, con la mitad del capital social<sup>22</sup>. O de modo más didáctico, los identifican como la parte del pasivo del balance que pertenece a los propietarios de la sociedad y que se le denomina pasivo no exigible, frente al resto de pasivo, que viene a llamarse pasivo exigible y se encuentran en aquel pasivo del balance, porque son orígenes de financiación, que permiten a la empresa adquirir bienes y derechos<sup>23</sup>.

La jurisprudencia, abundando en inferencias sencillas, ha identificado también el patrimonio neto como la diferencia entre el activo y pasivo o como el activo real o suma de derechos, excluidas las deudas, cuando el resultado es inferior a la mitad del capital social, y sin que pueda sumarse a dicho haber social, determinante del activo real, el propio capital social de la compañía<sup>24</sup>, ni la mera expectativa de derechos o negocios que no han llegado a materializarse<sup>25</sup>, acreditación de extremos que se antoja fácil, a priori, para el Organismo Ministerial, que pretende el reembolso de las cantidades pagadas a los trabajadores, debidas por la empresa despatrimonializada.

Así, mientras el capital es una cantidad fija, con respecto al patrimonio habría que distinguir el conjunto de bienes y derechos que posee una sociedad en un momento determinado (patrimonio activo), y el patrimonio neto, constituido por la diferencia entre el

---

<sup>21</sup> En la SAP de Madrid (Sección 14) de 5 de junio de 2008.

<sup>22</sup> SAP de Zaragoza (Sección Quinta) de 13 de abril de 2007.

<sup>23</sup> SAP de Segovia (Sección Primera) de 22 de octubre 2010.

<sup>24</sup> STS de 20 de octubre 2003.

<sup>25</sup> SAP de Asturias (Sección Primera) de 7 de abril del 2000.

patrimonio activo y pasivo o deudas, al que habrá de estarse a los efectos de determinar la concurrencia de causa legítima de disolución<sup>26</sup>.

La visión simplificada sobre el patrimonio neto que dan los Tribunales en sus resoluciones judiciales es la que debe prevalecer, a mi modo de ver, a la hora de responsabilizar al administrador de las deudas societarias pagadas por el FOGASA a los trabajadores de la empresa, por incumplimiento de la obligación de disolver en el supuesto del revisitado art. 363.1.e) LSC. También parece claro que los letrados del FOGASA serán reticentes a explorar estas inferencias contables, para proceder a la reclamación de salarios e indemnizaciones frente al administrador, por su inacción, ante la manifestación de esta causa, si no cuenta con el informe de la Inspección de Trabajo. Serán entonces los funcionarios del Sistema de Inspección los que pueden visualizar, requiriendo a la empresa o al Registro Mercantil, el balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias, bien cerradas ambas cuentas al último trimestre o bien al último día del año, así como el balance de sumas y saldos al que hace referencia el art. 28 del Código de Comercio, fiscalizando, en este último documento, el conjunto de bienes y derechos que posee la empresa, al que habrá de restarse las deudas de la sociedad, lo que representará, en la práctica, de modo sencillo, el patrimonio neto, reparándose en la posible pérdida en la cuenta de pérdidas y ganancias última de la mercantil, que tendrá que minorar dicho patrimonio neto a menos de la mitad del capital social.

La mayoría de las actuaciones de informe de la Inspección de Trabajo revelan que esta inferencia se realiza sin complicaciones, pues la sociedad que no hace frente a sus obligaciones sociales se encuentra en una situación de despatrimonialización evidente. Otras labores administrativas de reclamación a los administradores por el FOGASA, con causa en la despatrimonialización social, aconsejan ser minuciosos a la hora de precisar el patrimonio neto, en la forma descrita anteriormente, para que las pérdidas lo reduzcan a menos de la mitad del capital social, presupuesto para la responsabilidad solidaria del administrador por su inactividad, a través de la acción de reembolso emprendida por el FOGASA.

## **II. COMPETENCIA OBJETIVA Y LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REEMBOLSO POR EL FOGASA**

### **1. Los precedentes históricos de las contradicciones competenciales**

---

<sup>26</sup> SAP de La Coruña (Sección Cuarta) de 3 de marzo de 2002. Ibidem; BENITO LÓPEZ, B, BERNABÉ PÉREZ, M y VIDAL HERNÁNDEZ MORA, J.A.: "Patrimonio neto y resultados", *Fundamentos de contabilidad financiera* / coord. por Vicente Montesinos Julve, 2017, p. 353.

Las previsiones contenidas en la normativa mercantil sobre responsabilidad de los administradores en los supuestos de despatrimonialización empresarial, fueron el sustento preciso para que acreedores de toda naturaleza iniciaran, a comienzos de los años 90, las actuaciones procesales pertinentes para reclamar a aquellos lo que no habían satisfecho las sociedades a las que representaban, desapareciendo éstas, en la práctica, del tráfico mercantil sin haber realizado actos de tipo alguno que fueran de su incumbencia, para culminar con una liquidación ordenada de la sociedad de capital, en la que fuera posible el cobro de la deuda pendiente.

Esta omisión motivaba que acreedores laborales, como los propios trabajadores de la empresa y el FOGASA, pudieran cobijarse en el único resorte legal existente, para censurar este tipo de conductas, mediante la correspondiente acción de responsabilidad frente al legal representante de la empresa y reclamarle a él las deudas que la empresa mantenía con ellos. Dicha cobertura legal no era otra que los arts. 265.2 de la LSA y 105.5 LSRL, insertados hoy, con las modificaciones oportunas, como ya se ha señalado, en el art. 367 LSC.

Los acreedores laborales se encontraron entonces que en tales reclamaciones se estaba aplicando una normativa de carácter mercantil, para obtener una resolución judicial de tipo laboral, y ello podría generar diversos problemas procesales a la hora de tener que fiscalizar la jurisdicción social una recta aplicación de normas de contenido mercantil, lo que podría suscitar recelos respecto a la competencia objetiva, pues debían juzgarse en dicho orden jurisdiccional incumplimientos de esta última naturaleza, y no de índole social, pudiendo excederse los demandantes cuando sus pretensiones eran sostenidas en los Juzgados de lo Social<sup>27</sup>.

Estas sospechas, tuvieron su contestación en la STS de 28 de febrero de 1997<sup>28</sup>, de la Sala Cuarta. El asunto tuvo su origen en una reclamación de responsabilidad del trabajador, por deudas sociales, frente al administrador de la mercantil, fundada en la omisión de obligaciones societarias, declarándose por la Sala Cuarta la incompetencia del orden jurisdiccional social, ya que no se trataba de ventilar una cuestión prejudicial en la que haya de dilucidarse quién es el verdadero empresario (por ejemplo, casos de los arts. 42 y 44 ET), sino que estando perfectamente determinado que el empresario era la sociedad mercantil contratante, se pretendía derivar responsabilidad frente al

---

<sup>27</sup> HURTADO COBLES, J.: *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*, Atelier mercantil, 1998, pp. 115 y 116.

<sup>28</sup> Ponente MARÍN CORREA, estableciendo que «evidentemente las deudas de la empresa son laborales, pero no así la del administrador único, que serán “societarias”, la determinación de esta responsabilidad no es “prejudicial”, sino posterior a la estricta y realmente laboral». Esto provoca que la responsabilidad frente al administrador haya de buscarse ante la Jurisdicción Civil y no ante la Social.

administrador de aquélla como algo subsiguiente y posterior al nacimiento de la responsabilidad laboral originaria, y no podía calificarse como prejudicial, según esta Sentencia, por cuanto que la declaración de la responsabilidad del administrador ni impedía ni condicionaba la pretensión principal.

La doctrina asentada por este fallo establecía que cuando no se trata de identificar sujetos de la relación laboral, sino de extender a otros sujetos, ajenos a ésta última, responsabilidades de cualquier naturaleza, que les alcanzan por títulos jurídicos no laborales, no se puede calificar la cuestión como prejudicial, porque su decisión no impide, y ni siquiera condiciona, la de la pretensión principal. Continúa también, dicho criterio judicial, entendiendo que, para extender la deuda salarial de la compañía a su administrador, primero, ha de establecerse la obligación de la empresa y, después, analizar si la conducta social del Administrador le hace responsable de aquella deuda, faltando, por lo tanto, el componente de «necesidad previa», propio de las cuestiones así calificadas. Al no tratarse de una cuestión previa o prejudicial, había de negarse la competencia del Orden Social de la Jurisdicción, debiendo acudirse, inicialmente, a la jurisdicción civil, es decir, planteando inicialmente la cuestión en el Juzgado de lo Mercantil, o en el de Primera Instancia, en aquellas demarcaciones territoriales en las que no exista aquél, para que estudie si se dan los requisitos que se establecen en la normativa mercantil, para que el administrador pueda entenderse responsable de las deudas de la sociedad<sup>29</sup>. En idéntico sentido, se pronunció también la STS, de la misma Sala 4ª, de 21 de julio de 1998<sup>30</sup>.

El hecho de que aquella corriente jurisprudencial negara la posibilidad de ventilar en el mismo orden jurisdiccional la responsabilidad de la sociedad y la de su administrador, de manera solidaria, en relación a las deudas sociales de contenido laboral, ha de interpretarse como un claro obstáculo para que el FOGASA interponga su acción de reembolso frente a la empresa insolvente y frente al administrador ante la jurisdicción social de la que dimana el propio Auto de insolvencia, que le ha hecho responder directamente al Organismo Autónomo, y de cuyo pago pretendería ahora resarcirse ante el mismo marco jurisdiccional en el que se reconoció el adeudo de la insolvente. El motivo esencial de este reparó es que ello supondría el pronunciamiento de la jurisdicción social en relación al ámbito mercantil del derecho, lo cual rebasaría su competencia objetiva<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> ORTELLS RAMOS, M.: "La competencia objetiva", *Derecho procesal civil* / coord. por Manuel Ortells Ramos, 2016, pp. 183-184.

<sup>30</sup> RJ 1998\6211.

<sup>31</sup> NICOLÁS BERNAD, JA.: "La responsabilidad de los administradores sociales ante la Inspección de Trabajo", *RDS 17/2002*, p. 84.

Esta postura jurisprudencial imperante desde entonces se había iniciado a raíz de los pronunciamientos de la doctrina judicial autonómica que, en sentido contrario al que entendió luego el Tribunal Supremo, asumía, en estos casos, la competencia del orden social, caracterizándola incluso como una cuestión prejudicial de la que debían conocer los Tribunales laborales cuando la deuda reclamada lo sea de tal carácter, aduciendo que la responsabilidad exigida al administrador formaba un todo inseparable con el crédito laboral derivado de la previa existencia de un contrato de trabajo o de una relación de aseguramiento social entre el trabajador y la sociedad. Se trataría, entonces, de un conflicto individual promovido dentro de la rama social del Derecho, aunque el incumplimiento venga referido a normas mercantiles, siendo lo realmente determinante, para fijar la competencia objetiva, que la responsabilidad y la condena solidaria de los administradores se estuviera exigiendo para el cumplimiento de una obligación laboral (por todas, SSTSJ Madrid de 2 de diciembre de 1996 y SSTSJ Castilla-La Mancha de 21 de febrero de 1997).

Posicionamientos jurisprudenciales posteriores, abundaron definitivamente en la incompetencia de la jurisdicción social para la reclamación de créditos laborales, fundamentados en la que despatrimonialización empresarial, basada en incumplimientos mercantiles, y en la competencia del orden jurisdiccional civil, para que el FOGASA tuviera que accionar allí sus pretensiones de reembolso. Se trataba de la STS 18 junio 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)<sup>32</sup>. Versaba sobre un supuesto en el que la Dirección Provincial de la TGSS había derivado responsabilidad solidaria a unos administradores de una SL por deudas de la mercantil con la Seguridad Social, basando dicha derivación en una despatrimonialización social por incumplimiento del art. 104 e), 104 f) , 105.4 y 105.5 LSRL (falta de disolución de la sociedad, hoy aglutinados, todos ellos, en el art.367 LSC). Los administradores recurrieron la resolución administrativa de derivación de responsabilidad obteniendo Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Jaén, declarando nula la resolución administrativa impugnada. La Sentencia del Juzgado se recurre al TS en interés de la ley por el letrado de la TGSS. El Alto Tribunal acoge las tesis de su Sala Cuarta contenidas en la mencionada Sentencia 28 febrero 1997, en el sentido de que para derivar responsabilidad a los entes unipersonales de las sociedades mercantiles por incumplimiento de la normativa mercantil (en el caso de autos frente a los administradores), es necesario verificar si concurre o no dicho incumplimiento ante la jurisdicción ordinaria, como paso previo para dictar la resolución administrativa de derivación. En esta STS de 18 junio 2002 , la Sala de lo Contencioso-Administrativo, razona en su FD 2º que “procede rechazar la tesis de

---

<sup>32</sup> .

la Tesorería General de la Seguridad Social, al no apreciarse que sea errónea la doctrina de la Sentencia, cuando declara la falta de competencia de la citada Tesorería para derivar la responsabilidad de la Sociedad a sus Administradores; y ello, de una parte, porque como refiere el Ministerio Fiscal todos los precedentes jurisdiccionales, Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1996, y sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1997 , 28 de febrero de 1997 y de 21 de julio de 1998 , han declarado, que la competencia para la derivación de la responsabilidad solidaria a los Administradores de una Sociedad corresponde a la jurisdicción civil, precisando esta última de 21 de julio de 1998: «y, para fijar estas responsabilidades es necesario un previo pronunciamiento sobre si concurren o no los supuestos de hecho que la Ley señala como determinantes del deber de disolver la sociedad, pronunciamiento que ha de ser realizado por los Tribunales competentes en materia mercantil, pues tal determinación no es accesoria respecto a las obligaciones sociales(...). La responsabilidad derivada del incumplimiento de este deber de disolución del ente exige un previo conocimiento y pronunciamiento sobre la existencia de los condicionamientos legales determinantes o no de dicha obligación de disolución. Y, parece lógico que, al respecto, deba atribuirse a los Tribunales competentes en materia mercantil, el conocimiento de aquella cuestión principal de responsabilidad, en cuanto “tal determinación no es accesoria respecto a las obligaciones sociales”. ... Concluye pues la jurisprudencia, declarando 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 art. 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy 367 LSC).

La competencia objetiva, en suma, para conocer la acción de reembolso de los créditos laborales del trabajador satisfechos por el FOGASA la tendrán los Tribunales de primera instancia de justicia, y no la jurisdicción social, con todos los inconvenientes que ello conlleva, tales como necesidad de postulación procesal con abogado y procurador (cuando el valor de lo reclamado supere los 2000 €), posibilidad de recurso ordinario ante las audiencias provinciales, que pueden revisar en profundidad lo actuado en primera instancia, al no ser un recurso extraordinario como la suplicación laboral, y la existencia real de costas procesales, por mor de los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## **2. Ámbito subjetivo de la legitimación pasiva en acción judicial por subrogación entablada por el FOGASA**

En cuanto a la legitimación pasiva en la acción de reembolso a interponer por el FOGASA en supuestos de sociedades despatrimonializadas, el art. 367 LSC se refiere

al administrador formal, es decir el que ha sido nombrado como administrador por la Junta General, aunque una tercera persona tenga la Administración real, pues tal designación supone la responsabilidad en la gestión de la que no puede haber dejación, y no puede excusarse en el desconocimiento de la situación de la sociedad cuando concurren causas de disolución<sup>33</sup>, ni siquiera, incluso, cuando tal administrador no realice funciones de facto<sup>34</sup>, todo ello sin perjuicio de que pueda reclamarse contra el empresario real, si coincide con la persona que ostenta la administración real<sup>35</sup>. Así, la condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados<sup>36</sup>, siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición<sup>37</sup>. Cabe, sin embargo, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho<sup>38</sup> en los supuestos en que la prueba articulada por el FOGASA acredite tal condición en su actuación. Esto ocurre cuando se advierte un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar las acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social. La doctrina mayoritaria considera que la responsabilidad por deudas sociales debe extenderse a los administradores de hecho por analogía con lo dispuesto en el art. 236 LSC<sup>39</sup>, solución que debe prevalecer, a mi juicio, cuando se trata de reclamar deudas laborales en acciones por subrogación iniciadas por el FOGASA, pues, aunque no siempre sea coincidente con el administrador real, así lo será si, en la práctica, es el beneficiario real

---

<sup>33</sup> SAP de Madrid (Sección 28) de 25 de noviembre 2011 (2012/3394).

<sup>34</sup> STS de 29 de diciembre de 2011 #(\$345567).

<sup>35</sup> Supuesto enjuiciado en la SAP de Teruel 22 de diciembre de 1998.

<sup>36</sup> SSTS de 7 de junio de 1999 y 30 de julio de 2001 .

<sup>37</sup> PERDICES HUETOS, AB.: "Significado actual de los «administradores de hecho»: los que administran de hecho y los que de hecho administran". *Revista de Derecho de Sociedades* nº 18/2002, p. 31.

<sup>38</sup> STS de 26 de mayo de 1998 , 7 de mayo de 2007 .

<sup>39</sup> SAP de Murcia (Sección Cuarta) de 28 de enero de 2010. En contra, entendiendo no aplicable el concepto de administrador de hecho al art. 367 LSC, SAP de Valencia (Sección novena) de 8 de junio de 2007.



de la producción empresarial<sup>40</sup>. Todo ello, con independencia de que el administrador al que se reclama el crédito laboral insatisfecho, sólo se dedicara a la gestión comercial, en virtud de un pacto interno entre los distintos administradores sobre las funciones de cada uno de ellos<sup>41</sup>.

Otra cuestión que puede suscitarse, a propósito del fallecimiento del administrador, como legitimado pasivo en una demanda interpuesta por el FOGASA, es sí los salarios e indemnizaciones que son objeto de reembolso judicial, pueden los herederos de aquél ocupar dicha postura procesal.

Así, la responsabilidad a la que se refiere el art. 367 LSC es entendida como probable sanción, naturaleza jurídica que tiene difícil encaje con su transmisión a los herederos del sancionado, pues si bien conforme al art. 661 del Código Civil, los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todo sus derechos y obligaciones, el art. 659 del citado Código delimita la herencia a los derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte<sup>42</sup>. Por consiguiente, sólo en el supuesto que dicha obligación sea transmisible por razón de fallecimiento es viable su derivación administrativa, análogamente a lo que dispone el art. 16.1 LEC para el supuesto de deudas civiles reclamadas judicialmente, que establece que cuando se transmita mortis causa lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos. Por ende, está supeditada tal sucesión en el proceso judicial y en el de reclamación por subrogación por parte del FOGASA, por causa de muerte del administrador, a la propia transmisibilidad de lo que sea objeto del juicio, por lo que si no fuese transmisible es improcedente tal sucesión. Si la sanción civil propia de la demanda de reembolso a entablar por el Organismo Autónomo es de carácter personalísima, puesto que va indisolublemente vinculada a la persona del administrador, en cuanto ostenta el cargo de administrador social y, además, penalizadora (civilmente), no puede ser impuesta por transmisión hereditaria a sus causahabientes, ya que al margen de ser contrario a la propia naturaleza de sanción, es que no suceden en el cargo de administrador, pues con su fallecimiento se ha producido la extinción de esa responsabilidad<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Por ejemplo, cesando formalmente como administrador, incluso antes de la deuda, y nombrando a un testaferrero insolvente para que administre en la SAP de Barcelona (Sección 15) de 16 de abril de 2007.

<sup>41</sup> SAP de Sevilla (Sección Quinta) de 14 de julio de 2008.

<sup>42</sup> Vid, a mayor abundamiento, JORDANO FRAGA, F.: "Los acreedores del llamado a una sucesión "mortis causa", ante el ejercicio por éste del *ius delationis*, *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 1996, p. 31.

<sup>43</sup> SAP de Valencia (Sección Novena) de 26 de enero de 2009.

Diferente sería que esa responsabilidad ya estuviese declarada previamente mediante una acción judicial anterior, interpuesta por el trabajador o por el propio FOGASA, al mencionado administrador y, como consecuencia de tales actuaciones, ya hubiese nacido la obligación de asumir las deudas solidarias, por lo que las obligaciones de pago de los créditos laborales insatisfechos, ya se habrían incorporado al pasivo patrimonial del propio administrador, formando parte de las deudas del futuro caudal relicto, lo que tampoco concurre cuando el administrador fallece con carácter previo a la insolvencia de la empresa despatrimonializada, ni tampoco cuando tal óbito se produce durante la sustanciación del proceso judicial de reembolso accionado contra aquél.

Esa imposible legitimación pasiva del heredero cuando el fallecimiento del administrador se ha producido con anterioridad a la firmeza de la resolución judicial que declare su deuda, se basa también en que no sólo la responsabilidad del art. 367 LSC es una responsabilidad objetiva<sup>44</sup> sino de una sanción derivada del incumplimiento de un deber legal, ante una situación de despatrimonialización social, de modo tal que quedarán liberados de tal condena aquellos administradores que acrediten que no le es imputable dicho incumplimiento; es decir, quedan exonerados de responsabilidad quienes hicieren lo posible para evitar el incumplimiento de los deberes impuestos en el art. 365 LSC . Desde esta perspectiva, es evidente que esta responsabilidad -si bien ex lege en cuanto no causalista- no surge ipso iure, de forma directa y automática, sino que es necesario una sentencia firme que así la declare, y que tendría carácter constitutivo de la obligación de pago por el administrador, dictada antes de su fallecimiento, al margen de que tal legitimación pasiva, en términos de asunción de deuda, no estaría comprendida entre las obligaciones de su herencia (art. 659 del Código Civil).

### **3. Vigencia de la responsabilidad del legitimado pasivo**

Cabría plantearse, en otro orden de cuestiones, la legitimación pasiva del administrador, frente al FOGASA, cuyo cargo se encuentra caducado en el momento de la despatrimonialización social, sin que promueva entonces la disolución de la sociedad de capital A esta cuestión habría de responderse, en el sentido de que si el administrador con cargo caducado no tiene legitimidad para convocar Junta para que acuerde la disolución de la sociedad que se encuentra despatrimonializada, no podría exigírsele la obligación de convocatoria a la que hace referencia el art. 365 de la misma ley y, por ende, tampoco procedería la responsabilidad de su art. 367 ante el FOGASA.

---

<sup>44</sup> A veces con excepciones. ZAPATA BENITO, I “Causas de exoneración de la responsabilidad ex art. 367 LSC (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 27/2017, de 18 de enero)”, *Revista de derecho de sociedades*, nº 50, 2017, pp. 334-335.

Sin embargo, cabría exigir al administrador la responsabilidad por deudas asumidas por aquel Organismo Autónomo porque, el art. 145 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, contempla la caducidad del nombramiento del administrador, de tal manera que caducado el cargo no cesa de modo inmediato y automático su obligación de administración quedando liberado desde entonces, sin más, de seguir cumpliendo las obligaciones inherentes al mismo, pues es necesario tener en cuenta que una de ellas es, precisamente, evitar que la sociedad quede sin dirección y representación, para lo cual están obligados a promover la designación de quienes hayan de sustituirles en el cargo, convocando la Junta que haya de proceder a la reelección o al nombramiento de nuevos administradores, de tal manera que el administrador cuyo cargo caduque, no por ello queda liberado de toda responsabilidad, y sigue siéndolo en tanto en cuanto no sea sustituido por otra persona<sup>45</sup>.

Por lo tanto, la pasividad del administrador cuyo nombramiento se encuentra caducado en los casos de despatrimonialización, con carácter previo al devengo de créditos salariales insatisfechos, asumidos luego por el FOGASA, determinará la responsabilidad del administrador, bien por la vía de los arts. 236 y 241, al incumplir los deberes de diligencia que le impone el art. 225, todos ellos de la LSC, o bien por la vía de las deudas posteriores a su obligación de convocar Junta, para que proceda ésta a acordar la disolución, (art. 367), pues aunque no tenga legitimidad para dicha convocatoria, sí se encuentra en sus manos de forma indirecta dicha posibilidad, pues posee, por el contrario, capacidad suficiente para reunirla para que se nombre por ella un nuevo administrador, que convoque una nueva Junta para que se proceda en ella a acordar la disolución de la sociedad despatrimonializada<sup>46</sup>.

#### **4. Naturaleza jurídica y significación de la legitimación pasiva del responsable del reembolso**

A propósito de la naturaleza jurídica de esta legitimación pasiva, se ha entendido como una pena civil<sup>47</sup>, derivada de una responsabilidad del administrador frente a la

---

<sup>45</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: "Cómo evitar la paralización de los órganos de la sociedad en supuestos de administradores con cargo caducado" *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 1/2011, p. 2, *Ibidem*, STS (Sala de lo Civil), de 9 diciembre 2010.

<sup>46</sup> STS (Sala de lo Civil), de 11 marzo 2010 #(\$299158)#; SAP de Málaga (Sección sexta) de 11 de abril de 2007. Para un caso concreto de deudas con la Seguridad Social, véase STSJ Islas Canarias-Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección primera) de 19 de julio del 2007.

<sup>47</sup> STS de 15 de julio de 1997.

acción de reembolso del FOGASA, cuasi objetiva<sup>48</sup>, entendida como una responsabilidad «ex lege»<sup>49</sup>, en donde no ha de valorarse la negligencia del administrador en el desempeño de su cargo, en el sentido de los arts. 237 y 241 LSC, al no ser necesaria una relación de causalidad entre la omisión de los administradores y el impago de los créditos laborales objeto ahora de reclamación por el Organismo Autónomo<sup>50</sup>, ni una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto, que comenzaría en el momento mismo en que los administradores conocen la situación de despatrimonialización empresarial y, sin embargo, no proceden como dispone el art. 365 LSC, de modo que la mera pasividad de aquéllos, traería aparejada su responsabilidad solidaria por los salarios e indemnizaciones insatisfechos por la sociedad a la que representan, a modo de «consecuencia objetiva»<sup>51</sup>, siendo innecesaria la concurrencia de dolo o culpa en dicha omisión<sup>52</sup>, sin que sea necesario que el administrador se haya aprovechado de los beneficios efectos que puede procurarle su incumplimiento, para que dicha responsabilidad instada por el FOGASA prospere<sup>53</sup>.

Ahora bien, el carácter sancionador que preside el régimen jurídico de la responsabilidad por deudas laborales propias del reembolso instado por el FOGASA, a las que se refiere la jurisprudencia, ha sido motivo de impugnación en diversas sentencias, basándose en la existencia de una mínima negligencia que conecte la inactividad de los administradores con el crédito que el FOGASA pretende cobrar, conducta imprudente que no ha queda suficientemente acreditada en los procesos judiciales de referencia.

Es precisamente esa naturaleza sancionadora la que motivaría, de conformidad con el art. 25.1 CE, un tipo de infracción específico en la ley que recogiera los incumplimientos concretos de los administradores generadores de daño a través de la mencionada relación de causalidad.

Es cierto -como precisa el Tribunal Constitucional en la sentencia 127/2001, de 4 de junio<sup>54</sup>, y en las que en ella se citan que *"la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de*

---

<sup>48</sup> STS 29 de abril de 1999 .

<sup>49</sup> SSTs 12-11-1999 (recurso 803/1995), 22-12-1999 (recurso 2659/1995), 30-10-2000 #§323324# (recurso 3341/1995) y 20-12-2000 (recurso 3654/1995).

<sup>50</sup> Superándose así determinadas opiniones judiciales como la SAP Vizcaya (Sección Tercera) de 15 de marzo de 1999 (AC 1999/4582).

<sup>51</sup> STS, Sala Primera, de 13-4-2000 .

<sup>52</sup> SAP de Valencia (Sección Novena) de 16 de noviembre de 2006 (JUR 2007/223.955).

<sup>53</sup> SAP de Valencia (Sección Novena) de 15 de diciembre del 2006. SAP Barcelona (Sección 15ª), sentencia nº 153/2017 de 7 abril.

<sup>54</sup> (RTC 2001, 127).

*predeterminación normativa de las conductas punibles", con implicaciones "no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales".*

Sin embargo, no cabe olvidar que el carácter sancionador que la jurisprudencia parece predicar del art. 367 LSC solo puede admitirse en un sentido impropio -se suele afirmar con el fin de facilitar la distinción entre el supuesto previsto en dichos preceptos y el consistente en la responsabilidad por daños-.

Y es que, en sentido propio, el mencionado art. 367 LSC no forma parte del derecho sancionador.

En efecto, que al administrador que omita el comportamiento exigido en el art. 365 en la LSC se le imponga responder de los créditos laborales de su empresa, constituye una reacción del ordenamiento, ante una conducta omisiva considerada antijurídica, que se traduce en una medida aflictiva para su autor.

Pero dicha medida no persigue -más que remotamente- la protección del interés general, sino, propiamente, la de los intereses de acreedores sociales, como el FOGASA, que ven correlativamente ampliada la esfera de sus facultades de cobro mediante un incremento del número de sus deudores -solidarios-, 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<sup>55</sup>.

El fundamento se encuentra en que quién no sepa o no quiera cumplir con unas normas que constituyen una garantía de buen funcionamiento social, no podrá luego protegerse o escudarse en las limitaciones de responsabilidad al sólo patrimonio de una sociedad aparente o hecha desaparecer de forma ilegal, porque ello constituiría un evidente fraude para los acreedores laborales y quienes se subroguen luego en su posición, como el FOGASA<sup>56</sup>.

En definitiva, esa correlación entre los efectos negativo y positivo de la medida para los administradores y los acreedores laborales, respectivamente y, al fin, esa función protectora de los intereses de estos últimos que cumple el art. 367 LSC impide calificar a la referida norma como sancionadora, lo que, consecuentemente, se traduce en que no corresponda considerar llamado el conjunto de reglas jurídicas que la Constitución Española vincula a las de aquella naturaleza<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> GARCÍA BARTOLOMÉ, D (Coord): "La causa de la disolución de la sociedad por pérdida del capital social y la convergencia en este aspecto con la legislación concursal y societaria", *Estudios sobre derecho de la insolvencia* /Eolas Ediciones, 2016, pp. 615-616.

<sup>56</sup> SAP de Castellón de 12 de febrero de 2003 (JUR 2003/186506).

<sup>57</sup> STS del 26 de septiembre 2007 .

### III. LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE DESPATRIMONIALIZACIÓN SOCIAL POR PÉRDIDAS EN LA POSICIÓN SUBROGADA DEL FOGASA

#### 1. Acreditación cronológica de la despatrimonialización y prueba documental

Que las pérdidas hayan dejado reducido el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social, es una situación que no puede presumirse en favor del FOGASA por el mero hecho de que existan salarios e indemnizaciones insatisfechas por la empresa insolvente, ni siquiera por la circunstancia de que el montante del adeudo no pagado supere incluso al del capital social<sup>58</sup>, a pesar de que esto último esté perfectamente perfilado por la cifra del capital social de la sociedad mercantil, dato que es público, y por la cantidad no pagada, cifra que le consta inveteradamente al FOGASA.

Se trata de acreditar en la reclamación judicial del FOGASA frente al administrador, que el patrimonio social es insuficiente, en un momento dado, ante la situación de pérdidas en la que se encuentra inmersa, en su caso, la mercantil. Para tal acreditación documental aneja a la demanda va a ser preciso, por consiguiente, una labor de fiscalización contable, que requiere de una supervisión técnica de la que probablemente carezcan los letrados del FOGASA. Para dicho proceso de averiguación deberán contar, como ya se ha indicado, con el auxilio de la Inspección de Trabajo, para que emita el correspondiente informe técnico, que sirva luego de soporte a aquellos para su labor procesal, que culmine con la estimación de la demanda de reembolso del FOGASA frente al administrador<sup>59</sup> de la sociedad despatrimonializada, y cuya insolvencia ha provocado la responsabilidad directa del Organismo Autónomo en el pago de salarios o indemnizaciones.

La labor de investigación debe centrarse en los momentos contables anteriores a los impagos de salarios e indemnizaciones de los que deba responder el FOGASA por insolvencia empresarial posterior, nunca sobre los anteriores, pues como refiere el art. 367 LSC, la responsabilidad solidaria del administrador lo será por deudas “posteriores” a aquellos hitos temporales, en los que se presentó la causa de disolución y el administrador adoptó un posicionamiento pasivo frente a ella. Por ello, si lo que se persigue es cobrar del administrador los salarios e indemnizaciones devengados en un determinado mes, es preciso remontarse dos meses antes al momento en el que tuvieron que ser satisfechos (último día del mes en el que se devengan salarios, o día del despido improcedente, en el caso de las indemnizaciones), y averiguar si, en dicho

---

<sup>58</sup> Vid; sino STSJ Andalucía-Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda) de 26 de mayo de 2011).

<sup>59</sup> DÍAZ RODRÍGUEZ, JM.: *La actuación de la Inspección de Trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 52.

instante, acaecían pérdidas que dejaban reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social de la empresa, cuya insolvencia posterior ha hecho responder al FOGASA.

Por consiguiente, si de dónde ha de partirse es de la existencia de pérdidas dos meses antes al momento del impago por parte de la empresa de las deudas laborales, que satisfizo posteriormente el FOGASA, con los límites legales correspondientes, es preciso fiscalizar la última cuenta de pérdidas y ganancias formulada, una parte de las cuentas anuales, cuya formulación aprobación y depósito son obligatorios (arts. 253 , 272 y 279 LSC), debiendo formularse antes del 31 de marzo del ejercicio siguiente a su cierre (art. 253 LSC); aprobarse antes del 30 de junio por la Junta General (art. 272 en conexión con el art. 164 , ambos de la LSC), y depositarse en el Registro Mercantil antes del 31 de julio (art. 279 LSC).

Otra posibilidad, es requerir, con el auxilio de la Inspección de Trabajo, el impuesto de sociedades del ejercicio anterior, cuya declaración debió presentarse hasta el 25 de julio del ejercicio siguiente, tal y como previene el art. 136 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en el que consta la cuenta de pérdidas y ganancias de dicho ejercicio cerrado y que, en teoría, debe ser idéntica a la depositada en el Registro Mercantil, aunque en la práctica difieran, pues la finalidad tributaria perseguida por la empresa puede ser distinta de la de otorgar la publicidad registral precisa a terceros, que pueden ser competidores directos de la mercantil depositante.

Ahora bien, ambos documentos contables (tanto la cuenta de pérdidas y ganancias depositada en el Registro Mercantil, como la incorporada al impuesto de sociedades) hacen referencia a la pérdida, en los términos del art. 367 LSC, a 31 de diciembre del año anterior a devengarse el débito laboral del que ha respondido el FOGASA, lo cual puede ser válido y actual en relación a impagos salariales e indemnizatorios producidos antes del 31 de marzo del año siguiente al del cierre de dicha cuenta de pérdidas y ganancias, porque es la última recopilación contable oficial a aquella fecha. Es decir, la falta de pago de los salarios del mes de febrero, hace que el FOGASA tenga que remontarse a las posibles pérdidas existentes el 28 de febrero, para lo cual debe fiscalizar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio anterior, cerrado al 31 de diciembre, para averiguar si entonces la sociedad presentaba pérdidas que dejaban reducido el patrimonio empresarial a menos de la mitad del capital social.

Sin embargo, tal maniobra de investigación resultaría estéril, si el impago de salarios o indemnizaciones de las que ha respondido el FOGASA se refiere, por ejemplo, al mes de agosto, en cuyo caso deberían saberse las pérdidas de la sociedad el 30 de junio (dos meses antes), dato que no consta en la cuenta de pérdidas y ganancias oficial

relativa al ejercicio cerrado anterior, que ha quedado datada a 31 de diciembre, como fecha límite y compendiadora de la totalidad del año fiscal precedente, la cual, ciertamente, habrá sido depositada en el Registro Mercantil antes del 31 de julio, pero relativas al año anterior al de su depósito, haciendo referencia a datos temporales que no son útiles para el FOGASA en este último supuesto (necesita saber las pérdidas de la sociedad, sí las hubo, el 30 de junio del año en curso, y no del ejercicio anterior recientemente depositado).

Es preciso, por lo tanto, que el FOGASA se auxilie de algún documento contable en el que conste la pérdida de la sociedad en un momento concreto y actualizado y no pretérito, pues puede ocurrir que la empresa remonte su actividad económica posteriormente, y no se encuentre en situación de pérdidas dos meses antes del impago al trabajador. Este documento contable es el balance de sumas y saldos al que hace referencia el art. 28 del CCo, y que la sociedad debe tener formulado, de modo obligatorio, al cierre de cada trimestre natural del año (31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre, coincidiendo este último trimestre con el que la cuenta de pérdidas y ganancias de las cuentas anuales globales a presentar al año siguiente al Registro Mercantil).

Así, si lo que se reclama por parte del trabajador al FOGASA son los salarios que debieron pagarse como fecha límite el 30 de septiembre, remontarse dos meses antes a esa última fecha, conduciría al Organismo Autónomo al mencionado 31 de julio, fecha en la que debería estar cerrado el balance de sumas y saldos del segundo trimestre del año (de límite el 30 de junio). Es en este último documento donde el FOGASA debe hacer su labor indagatoria para averiguar si a 30 de junio, como fecha contable obligatoria más próxima al momento en el que debieron presentarse las pérdidas (31 de julio), en la sociedad acaecían estas últimas, y que provocaban la despatrimonialización estudiada.

El balance de sumas y saldos constituye, en mi opinión, el documento contable más útil y exhaustivo, de los de tenencia legalmente obligatoria, con el que puede contar la el FOGASA en sus pesquisas sobre la situación económica de la empresa en un momento determinado<sup>60</sup>. Recoge, además, todas las cuentas abiertas en el libro diario de la sociedad, de las que interesan esencialmente los ingresos y gastos para obtener el resultado final de explotación en una fecha concreta.

Algunos problemas suscitan, no obstante, el balance de sumas y saldos. Uno de ellos, es que dicho documento no forma parte de las cuentas de pérdidas y ganancias de la sociedad, por lo que no se encuentra depositado en el Registro Mercantil, sino que

---

<sup>60</sup> Con dicho documento no es preciso acudir al final del ejercicio para saber la marcha de la sociedad, sino que dicha situación es constatable en un momento concreto de aquél. Vid; sino SAP de Albacete de 14 de enero de 2014.



forma parte de los libros contables de la sociedad, que en su condición de empresario son de tenencia obligatoria, y cuya legalización ante el Registro Mercantil debe realizarse antes del 30 de abril del ejercicio contable siguiente al que se refieren los mencionados balances de sumas y saldos, según previene el art. 27.2 del CCo.

Esto supone, al igual de lo señalado anteriormente, que el último balance de sumas y saldos legalizado ante el Registro Mercantil, y que goza de todas las bendiciones oficiales a efectos probatorios, será el datado a 31 de diciembre, por lo que sólo servirá para certificar las pérdidas referidas a impagos de salarios e indemnizaciones a trabajadores que no sean posteriores al mes de marzo del ejercicio siguiente.

Para las faltas de pago de créditos laborales relativos a meses posteriores a marzo, el FOGASA podrá requerir a la empresa, con el auxilio del Inspección de Trabajo, los sucesivos balances de sumas y saldos que ésta vaya formulando, pero tales documentos no contarán con ninguna supervisión oficial externa hasta, por lo menos, el 30 de abril del ejercicio siguiente, en el supuesto de que la sociedad legalice de manera diligente los libros de contabilidad en tiempo y forma ante el Registro Mercantil.

En la práctica, y ante el requerimiento del revisitado documento contable por parte de la Inspección, se le suelen presentar listados confeccionados informáticamente que, además de no contar con ninguna validación oficial, ni siquiera van firmados por los administradores, por lo que se hace preciso, al menos, que la verificación de tales requerimientos de documentación se haga con su firma, para que con ella se responsabilicen, desde el punto de vista mercantil y penal de la exactitud y fidelidad de las cuentas que se reflejan en él<sup>61</sup>, de modo que los actuarios no vengan obligados por las circunstancias a efectuar un acto de fé en relación a los documentos que se les presenta para su fiscalización, y que pudieran ser confeccionados de manera unilateral e interesada por quienes los formulan.

Además del balance de sumas y saldos, formará parte de los libros contables a legalizar en el Registro Mercantil antes del 30 de abril del ejercicio siguiente, el libro diario que registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa (art. 28. 2 del CCo), y el libro de inventarios y cuentas anuales, que contiene tanto el mencionado balance de sumas y saldos e inventario final, como la cuenta de pérdidas y ganancias y el balance de situación (art. 28.2 CCo), representados estos dos últimos documentos contables, parte integrante de las cuentas anuales a depositar, además, de forma separada al contenido de los propios libros contables en el Registro Mercantil antes del 31 de julio del ejercicio siguiente (art. 279 LSC).

---

<sup>61</sup> Responsabilidad penal que bien puede serles exigible, en caso contrario, como aprecia OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: "Responsabilidad civil y penal de los administradores societarios", *Revista Aranzadi Doctrina*, numo. 10/2013, parte Estudio, p. 15.

Es, precisamente, dicho balance de situación, el que debe ser requerido por el FOGASA a la empresa, a través de la Inspección de Trabajo, para que pueda acreditar esta última la despatrimonialización de la empresa, o dicho de otro modo, que las pérdidas reducen el patrimonio social a menos de la mitad del capital social, representándose dicho patrimonio en las cuentas de activo y de pasivo que aparecen en aquel balance de situación, cuya tenencia y exhibición presenta los mismos problemas que la cuenta de pérdidas y ganancias, a la hora de acreditarse, a través de esta última, las pérdidas de la empresa, pues el balance de situación representará la fotografía contable de la empresa a 31 de diciembre de cada ejercicio, lo que servirá para impagos de créditos salariales de trabajadores hasta el 31 de marzo del año siguiente, pero no para los que se produzcan posteriormente.

Por ello, para averiguar el patrimonio neto de una empresa en un momento determinado, resulta igualmente útil requerir por el FOGASA el balance de sumas y saldos, a través de la Inspección de Trabajo, en donde se encuentran representados todas las cuentas abiertas en el libro diario, entre las que figuran las que se contienen en el activo y el pasivo del balance, representando la integración de algunas de ellas, en la forma explicitada anteriormente, el patrimonio empresarial, que las pérdidas deben dejar reducido a la mitad del capital social para que concurra la causa de disolución estudiada, ante cuya falta de actividad por parte del administrador de la empresa insolvente, hará que éste responda de las cantidades demandadas por el FOGASA en su acción de reembolso.

No obstante, desde la entrada en vigor de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, es parte integrante de las cuentas anuales a depositar en el Registro Mercantil antes del 31 de julio del ejercicio siguiente un estado que muestre los cambios en el patrimonio neto (art 35.3 CCo), que tendrá dos partes. La primera reflejará exclusivamente los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa durante el ejercicio, distinguiendo entre los reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias y los registrados directamente en el patrimonio neto. La segunda, contendrá todos los movimientos habidos en el patrimonio neto, incluidos los procedentes de transacciones realizadas con los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales. También se informará de los ajustes al patrimonio neto debidos a cambios en criterios contables y correcciones de errores.

Este estado de cambios en el patrimonio neto, puede resultar útil para matizar el patrimonio real con el que cuenta la empresa y al que deben afectar las pérdidas para

dejarlo reducido a menos de la mitad del capital social<sup>62</sup>, pero tal información sólo será posible obtenerla a partir del 31 de julio del ejercicio siguiente, por lo que, hasta entonces, sólo podrá auxiliarse el FOGASA, con la ayuda de la Inspección de Trabajo, por el mencionado balance de sumas y saldos, como documento contable de averiguación patrimonial a los efectos de disolución perseguidos.

En el mismo balance de sumas y saldos, vendrá representada la cifra del capital social, que es la cantidad de referencia, cuya mitad es el límite al que puede verse reducido el patrimonio como consecuencia de las pérdidas empresariales, y es la cuenta que menos problemas plantea, tanto de acreditación, como de visualización por parte del FOGASA.

Todo lo dicho hasta el momento, serviría para supuestos en los que la sociedad, a cuyo administrador pretende responsabilizarse del pago de los créditos laborales satisfechos por el FOGASA, colabora con éste o con la Inspección de Trabajo, aportándole la documentación requerida, por otro lado, de tenencia obligatoria. La demanda de reembolso que articulará el FOGASA frente al administrador de la sociedad insolvente se construiría, en estos casos, sobre situaciones reales de pérdidas que suponen una despatrimonialización objetiva de la empresa ante la pasividad de su legal representante, y que se concreta gráficamente en los documentos contables aportados voluntariamente por la sociedad, a través de éste último, de tal manera, que la acción procesal de reembolso entablada por el FOGASA, hará referencia a unas pérdidas constatadas expresamente y que se desprenden de los documentos aportados, sin que haya que acudir a conjeturas o presunciones de dicha disminución de patrimonio por debajo de la mitad del capital social, por el mero hecho de la desaparición física de la sociedad sin haber instado su liquidación, cierre de facto e inactividad liquidatoria, que se producen frecuentemente, pues la existencia de pérdidas no faculta la interrupción, sin más, de la actividad empresarial<sup>63</sup>.

No obstante, los supuestos aplicativos que se presentan a la Inspección de Trabajo, cuando tiene que evacuar informes sobre despatrimonialización societaria, para la pretendida responsabilidad solidaria de los administradores por deudas sociales, como las que suponen el objeto del acción de reembolso del FOGASA, suelen ir acompañados bien de una falta de colaboración absoluta con la Inspección, bien de una imposibilidad de notificación a la sociedad, que se encuentra en paradero desconocido, bien de una falta de depósito de las cuentas anuales de cada ejercicio en el Registro Mercantil, por lo

---

<sup>62</sup> ESTEBAN MARINA, A.: "Las Cuentas Anuales en la Ley 16/2007", *Tribuna Fiscal* nº 204/2007, p. 5.

<sup>63</sup> PÉREZ VAQUERO, C.: "La existencia de pérdidas no excluye la actividad económica", *Cont4bl3*, Nº. 62, 2017, pp. 37-38

que los actuarios se encuentran con una orfandad probatoria absoluta en la que cobijarse en forma expresa para cumplimentar sus informes sobre situaciones reales y constatadas de la sociedad a cuyo administrador pretende responsabilizarse.

Si bien, para el primero de los supuestos, el de la falta de colaboración de la empresa y de su representantes para la aportación de la documentación contable exigida, puede calificarse de obstrucción a la labor inspectora, en el caso de que el FOGASA requiera el auxilio de la Inspección de Trabajo, con la corresponde sanción por infracción de lo dispuesto en el art. 50.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, ello no soluciona la prueba de la existencia real de las pérdidas, pues habrá de entenderse en tales supuestos que no se encuentran acreditadas, a priori, y se carecería de base inicial para determinar si aquellas hacen disminuir el patrimonio empresarial a menos de la mitad del capital social.

## **2. Ausencia de documentación probatoria de la despatrimonialización por desaparición empresarial**

El supuesto más frecuente, es el de la desaparición física de la sociedad, lo cual no significa, que se esté, de manera automática, en los demás supuestos de disolución contemplados en el art. 363.1 LSC, en particular, en las circunstancias descritas en las letras a), b) c) o d), siendo el caso previsto en la letra a) (cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año, (el de mayor facilidad probatoria, cuando se constata un cese de la actividad por tiempo superior a una anualidad).

La única posibilidad de obtener información contable ante un cierre empresarial de las características reseñadas es realizar un requerimiento directo al administrador de la empresa, quien, en su calidad de legal representante de la misma tiene obligación de custodiar dicha contabilidad y de presentarla a cualquier autoridad que así se lo requiera, pudiendo constituir su negativa un acto de obstrucción, siendo aquel el sujeto responsable.

La desaparición de facto de la sociedad del centro de trabajo o el domicilio social, suele ir acompañado de una ausencia total de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, por lo que el FOGASA no sólo se va a ver imposibilitado en que se le presente por la empresa los libros contables, sino que tampoco podrá hacerse idea de la

situación contable de una empresa en un momento determinado, ante la ausencia de publicidad registral de las cuentas anuales de obligado depósito<sup>64</sup>.

Si la reclamación a la sociedad deudora la efectuara un acreedor civil, tendría éste, en principio, la carga probatoria de las pérdidas de la empresa en un momento dado, que dejarían reducido el patrimonio a menos de la mitad del capital social, lo que sólo podría acreditarse a través de los depósitos en cuentas anuales efectuados por la mercantil, dentro de la incumbencia probatoria que le impone el art. 217 LEC. Al mismo resultado debería llegarse cuando se pretende una acción de reembolso por parte del FOGASA, de tal manera que debería ser éste Organismo Autónomo, basándose en el informe remitido por la Inspección de Trabajo, quien debería acreditar para verificar su acción judicial frente al administrador, que la sociedad tenía pérdidas y que éstas dejaban reducido su patrimonio neto a menos de la mitad del capital social, lo que, en principio, supondría llegar a este resultado a tenor de los documentos contables inspeccionados, labor de acreditación de la despatrimonialización social, que se antoja difícil si la empresa ha desaparecido y no ha presentado cuentas anuales.

Han existido opiniones judiciales, en estos momentos superadas, que imponen la carga de la prueba de los hechos constitutivos a quien los alega, pero acontece que la acreditación de tales extremos resultaría imposible sin la colaboración de quien se opone a tales hechos, lo que conllevaría la aplicación de ciertos paliativos por la proximidad o cercanía a la fuente de la prueba, o por la dificultad por una parte y relativa facilidad para la otra (STS de 3 de junio de 1935 y 15 de julio de 1988), que determinadas Sentencias consideran excepcionales, imponiendo el principio de la carga de la prueba a quienes los alegan, y no al administrador cuya sociedad se opone<sup>65</sup>, lo que premiaría, y beneficiaría, a mi juicio, los incumplimientos y las omisiones derivadas de una contravención legal, en favor de los obligados a verificarlas, resultando mejor no realizar contabilidad de tipo alguno ni tampoco depositar las cuentas anuales de una sociedad de capital.

Es decir, la falta de depósito de las cuentas anuales así como la aportación de la contabilidad oficial cuando es requerida por el FOGASA, bien directamente o mediante el auxilio de la Inspección de Trabajo, impide conocer la situación patrimonial de la empresa, así como la posible existencia de pérdidas, que reduzcan dicho estado a menos de la mitad del capital social, por lo que dicho incumplimiento no puede beneficiar al infractor y, manifestada la deuda con los trabajadores, hará presumir la existencia de pérdidas que minoren a aquél, siempre y cuando dicha deuda represente al menos la

---

<sup>64</sup> Exigirle prueba en estas circunstancias sería tanto como instaurar contra la Administración la "probatio diabólica" en palabras de la SAP de Murcia (Sección Cuarta) de 6 de julio de 2011. Ibidem, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: "Responsabilidad de los administradores societarios y carga de la prueba.", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* nº 2, 1999, 3ª época, p. 141.

<sup>65</sup> SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 19 de abril de 2006.

mitad del capital social, capital que puede comprobarse de la escritura de constitución registrada, debiendo ser la empresa quien demuestre que posee patrimonio suficiente para hacer frente a las posibles pérdidas derivadas de la contabilización del crédito frente a sus empleados o frente a quienes se subroguen en sus derechos, como es el caso del FOGASA<sup>66</sup>.

Para zanjar la cuestión, la jurisprudencia ha entendido que el acreedor no puede probar la disminución patrimonial concreta en relación con la causa e) del art. 363.1 LSC, cuando la sociedad mercantil incumple la obligación de depositar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil, como le impone el art. 279 LSC, pues sería de mala fe y, al mismo tiempo, irracional pretender que el incumplimiento de una obligación deriva en beneficio para el incumplidor, en cuanto deja sin prueba a la contraparte de datos objetivos muy importantes<sup>67</sup>. Tampoco cuando un acreedor, como el FOGASA, no puede servirse de libros de contabilidad por la desaparición de la sociedad de su domicilio social, sin constancia de ningún otro en que efectúe actividad mercantil alguna<sup>68</sup>. De este modo, el Organismo Autónomo, con la ayuda de la Inspección de Trabajo podría constatar el cierre de facto del establecimiento social y la desaparición del tráfico mercantil sin liquidación alguna, así como que dicha sociedad mantiene una deuda con los trabajadores en un momento dado, y que tal débito constituye ahora un crédito del FOGASA, por haberse subrogado en la posición de estos últimos. La prueba de que la sociedad no ha sufrido disminución de su patrimonio en términos que obligasen a los administradores a proceder conforme al art. 365 LSC le hubiera correspondido a la sociedad deudora de los salarios e indemnizaciones reclamados, inicialmente, por los trabajadores<sup>69</sup>, por tratarse de documentación que sólo ella detenta y custodia, supuesto este último (facilidad y accesibilidad de la prueba) que invierte el "onus probandi" hacia la parte que está en esas condiciones, a fin de evitar la indefensión de la contraria<sup>70</sup>, en nuestro el FOGASA, como órgano actor en el procedimiento de reembolso, a quien compete la prueba sobre la concurrencia de la causa de disolución prevista en el mencionado art. 363.1.e) LSC.

Por lo tanto, constatada la deuda con el Organismo Ministerial y que supera ésta la mitad del capital social, se presumirá que la sociedad al tiempo del impago de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores tenía, al menos, una pérdida derivada de

---

<sup>66</sup> SAP de Madrid (Sección Décima) de 29 de octubre de 2004; SAP de Navarra (Sección Tercera) de 30 de junio de 2011.

<sup>67</sup> STS de 5 de octubre de 2004. SAP de La Rioja de 14 de mayo de 2013.

<sup>68</sup> SAP de Navarra (Sección Tercera) de 30 de mayo de 2005.

<sup>69</sup> SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 16 de enero de 2009.

<sup>70</sup> SAP de las Palmas (Sección Cuarta) del 20 de mayo de 29.

este último gasto, que dejaba reducido su patrimonio a menos de la mitad del capital socio. Esta presunción puede desmontarse probando en contrario, mediante la aportación voluntaria de la contabilidad por parte de la empresa, o del administrador frente a quien se dirige la acción de reembolso, o de su puntual depósito de las cuentas anuales, que demuestren que su patrimonio es de tal envergadura que hace que la pérdida derivada de aquel gasto o de la totalidad de los que soporta la empresa, son insuficientes para aminorar el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social<sup>71</sup>. “A sensu contrario” si la aportación contable o el depósito de cuentas no se verifican por la empresa cuya insolvencia ha hecho responder al FOGASA, se presumirá que se encuentra en la causa de disolución contemplada en el repetido art. 363.1 e) LSC<sup>72</sup>.

Esta falta de aportación de la contabilidad o de depósito obligado de las cuentas anuales se dará, fundamentalmente, en empresas desaparecidas sin liquidación, lo que no debe llevar al FOGASA a afanarse en conseguir una prueba procesal que sólo compete a la sociedad deudora y a su administrador, y que no puede perjudicar tal omisión de una obligación legal su derecho de reembolso.

### **3. prueba del cómputo del plazo para entenderse producida la despatrimonialización social**

Por otro lado, El art. 365.1 LSC determina “*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.”*

El problema que se le puede plantear al FOGASA es el la prueba del instante en el que se inicia el cómputo bimensual del que disponen los administradores para instar de la Junta la disolución de la sociedad o el concurso en el supuesto de despatrimonialización del art. 363.1.e) LSC, pues dicho precepto establece que la sociedad se disolverá “*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*”.

La cuestión, por tanto, se centra en determinar para el Organismo Autónomo cuándo se producen realmente esas pérdidas, computando desde entonces el plazo de dos meses que tendría el administrador, como legitimado pasivo de la acción de reembolso,

---

<sup>71</sup> No siendo suficiente, una mera presentación ante el FOGASA de declaraciones de impuestos presentadas, SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 21 julio DE 2017.

<sup>72</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda) de 19 de noviembre 2009.

para convocar la Junta para proceder por ésta a adoptar el acuerdo de disolución de la sociedad o del concurso.

La justificación para no convocar la Junta por parte de los administradores para que adopte el acuerdo de disolución se encuentra en el propio art. 363.1.e) LSC, y es que el capital se aumente en la medida suficiente, lo que puede acreditarse frente al FOGASA con la oportuna escritura pública otorgada en el mismo plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a la mitad del capital social<sup>73</sup>.

Lo que es discutible, a efectos de la correspondiente acción judicial del FOGASA frente al administrador es si el *dies a quo* debe computarse desde el final del ejercicio contable anual del año en el que se manifiestan las pérdidas susceptibles de reducir el patrimonio neto a la mitad del capital social (31 de diciembre); o desde el último día del trimestre contable en el que se producen dichas pérdidas y en el cual los fondos propios de la empresa resultan ser ya negativos, y se produce desde entonces la despatrimonialización.

Habría que deslindar, en este contexto, entre el derecho de información de los socios y así, por ejemplo, el derecho al examen de la contabilidad (en concreto de las cuentas anuales) y el deber de información de los administradores, externo e interno, por cuanto no sólo contempla el deber de proporcionar información a los socios sino el deber, asimismo, de informarse ellos de la marcha de la sociedad y, más aún, ocuparse de su buena marcha y gestión (art 225 LSC). Tanto más cuanto, precisamente, el depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil no tiene sino otra función más que publicitar la contabilidad anual empresarial cara a terceros, pero no, desde luego, cara a los administradores que son, en su justa medida, responsables de las mismas por lo que en absoluto podría operar para el administrador como "dies a quo" la fecha del cierre contable anual, ni mucho menos el plazo de 31 de marzo del ejercicio siguiente (art. 253 LSC) como fecha límite de presentación de cuentas anuales.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la fecha inicial del cómputo del plazo bimensual establecido, y así en sentencias que, si bien son dictadas al amparo de la extinta LSA, el supuesto es idéntico a la actual LSC. En ella se hace recopilación de la doctrina legal existente al respecto, en defensa de anticipar la fecha inicial de cómputo de dicho plazo bimensual al cierre anual del ejercicio contable. Y así, la STS de 30 de octubre de 2000 declara que la obligación legal de convocar la Junta en el plazo de dos meses nace *"una vez conocida la situación económica que*

---

<sup>73</sup> Forma de exención apuntada por la SAP de Almería (Sección Segunda) de 14 de junio de 1999.



constituye el supuesto normativo"; la STS de 18 de julio de 2002 <sup>74</sup> dictamina que los administradores "no podían ignorar la grave situación de descapitalización de la sociedad sin necesidad de esperar al final del ejercicio económico"; la STS de 16 de diciembre de 2004<sup>75</sup> establece que el plazo "debe contarse desde que los administradores tuvieron o debieron tener conocimiento de tal situación"<sup>76</sup>, siendo válido para determinar el desequilibrio patrimonial de la sociedad tanto un balance de comprobación como un estado de situación" y la STS de 9 de marzo de 2006 <sup>77</sup>ratifica que el plazo bimensual comienza a correr desde que los administradores pueden conocer la situación de desequilibrio patrimonial. Doctrina legal de la que también se hacen eco las Audiencias Provinciales, por lo que, en definitiva, el cómputo de los dos meses para la convocatoria de la Junta de la sociedad tiene lugar desde que los administradores efectivamente conocieron la concurrencia de causa de disolución, o la habrían conocido de ajustar su comportamiento al de un ordenado empresario entre cuyos deberes figura el de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad<sup>78</sup>.

Además de ello, el art. 25 del Código de Comercio establece que todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario. Respecto de este libro de Inventario y Cuentas Anuales lo que se dice en el art. 28 del CCo es que "al menos trimestralmente se transcribirán con sumas y saldos los balances de comprobación".

Por tanto, y en sintonía con la jurisprudencia mencionada, parece más conveniente situar el "dies a quo" para el cómputo del plazo bimensual señalado en la ley con carácter preceptivo a fin de proceder a convocatoria de Junta General cuando menos en dicha fecha de balance trimestral<sup>79</sup>, momento en el que puede comprobarse la situación de desequilibrio patrimonial por todos los administradores, a los que les corresponde velar por la buena marcha de la empresa con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal (art. 225 LSC), por lo que, a efectos prácticos, es conveniente

---

<sup>74</sup> .

<sup>75</sup> .

<sup>76</sup> SAP de Barcelona (Sección 15) de 18 de septiembre de 2008.

<sup>77</sup> . Y no el del momento en el que se genera la deuda. Así, SAP de Murcia (Sec 4ª) de 28 de febrero de 2013.

<sup>78</sup> STS 173/2011, de 17 de marzo, reiterando entre otras la 460/2010, de 14 de julio #(\$302644)#, y la 680/2010, de 10 de noviembre #(\$311333)# y la de 7-3-2012.

<sup>79</sup> STS de 16 de diciembre 2004 (recurso 1375/1998).

exigir por parte del FOGASA a la empresa insolvente o al administrador de la misma los balances de sumas y saldos trimestrales para comprobar el momento en el que dichas pérdidas eran conocidas, bien directamente o a través de la Inspección de Trabajo.

En relación con la cuestión, no siempre resulta fácil determinar el momento en el que concurre la causa de disolución y comienza a computarse desde entonces el plazo de dos meses para convocar la Junta General para que acuerde la disolución de la sociedad. Se trataría de supuestos en los que se ha producido el cese del administrador justo antes del cierre del ejercicio contable anual y con posterioridad al impago de salarios e indemnizaciones a los trabajadores que luego satisfará el FOGASA. De entrada, se estima que concurre la causa de disolución cuando los administradores, en cualquier momento del ejercicio y a través de cualquier documento contable, conozcan o hubieran debido conocer que la sociedad ha perdido la mitad de su capital por despatrimonialización<sup>80</sup>. Lógicamente la determinación del importe de las pérdidas habrá de resultar de documentos mercantiles y contables, y en ese sentido ha de valorarse positivamente la referencia legal al patrimonio contable, que presenta el mérito de eliminar cualquier incertidumbre en la determinación del patrimonio social. Esos documentos pueden ser las cuentas anuales, que corresponde formular a los administradores en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, u otros, como los referidos balances de sumas y saldos, que con anterioridad al cierre del ejercicio manifiesten con evidencia el referido desequilibrio patrimonial. A partir de ese momento, comienza a correr el plazo para que los administradores convoquen la Junta General que ha de decidir la medida a adoptar (art. 365 LSC). En todo caso, los administradores deberán facilitar a la Junta General los documentos contables adecuados para que los accionistas puedan juzgar por sí mismos acerca de la situación económica de la sociedad y adoptar el correspondiente acuerdo (art. 365 LSC).

Teniendo presente cuanto se ha expuesto, la dificultad de fijación del momento en el que concurre la causa de disolución puede escenificarse con el siguiente ejemplo: administrador que cesa el 5 de diciembre de 2018, habiendo resultado impagados los salarios e indemnizaciones de octubre y noviembre del mismo año, si el FOGASA se afana en la cuenta de pérdidas y ganancias global del año 2018, cuyo cierre se produce a 31 diciembre, nos encontraríamos con la imposibilidad de exigir responsabilidades al administrador que ha cesado, pues aunque la deuda sea anterior a su cese, la prueba

---

<sup>80</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: "Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas" *Diario La Ley* nº 7156/2009 Año XXX. P. 10.

contable se refiere a un momento posterior a este último<sup>81</sup>, a partir del cual debía empezar a computar el plazo de dos meses para la convocatoria de la correspondiente Junta General, por lo tanto, es imprescindible acreditar por el Organismo Autónomo que la causa de disolución por despatrimonialización concurre, como mínimo, en los dos meses inmediatamente anteriores al cese del administrador, 5 de octubre, por lo que habría que remontarse al balance de sumas y saldos cerrado al 30 de septiembre de 2018 para comprobar en él la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social, de ahí la importancia apuntada en relación a este documento contable de tenencia obligatoria en cualquier empresa<sup>82</sup>.

Si lo que se tuviera en cuenta para accionar procesalmente por el FOGASA fuera la cuenta de pérdidas y ganancias global del ejercicio 2018, nos encontraríamos con que la fecha de formulación sería la del 31 de marzo de 2019 (art. 253 LSC), es decir, cuando el administrador hubiera cesado ya cuatro meses antes, sin que sea válido argumentar que la obligación no satisfecha consistente en el impago de los salarios o indemnizaciones de los trabajadores tuvo lugar vigente el nombramiento del administrador a quien pretende responsabilizarse solidariamente mediante la acción de reembolso entablada por el FOGASA, pues lo importante es que la causa de disolución que motivaría la convocatoria de la Junta General se haya producido, como mínimo, dos meses antes de aquel impago (art. 365 LSC)<sup>83</sup>, y acreditar procesalmente cuando los letrados del FOGASA accionan contra el administrador, para repetir contra él los créditos insatisfechos por la empresa a la que representa, en el supuesto de que la causa de disolución sea la contemplada en el art. 363.1.e) LSC, que ésta tenía entonces pérdidas que dejaban reducido el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social, lo cual en el ejemplo del que se parte, sólo sería posible su prueba si el órgano ministerial se remonta a los balances de sumas y saldos trimestrales del 30 de septiembre de 2018 para atrás.

#### **4. Requerimientos formales y registrales para enervar la acción del FOGASA por despatrimonialización**

---

<sup>81</sup> Exonerando de responsabilidad a los administradores en tal supuesto en SAP de Valencia (Sección Novena) de 20 de diciembre de 2006.

<sup>82</sup> Lo importante es que el crédito laboral nazca estando vigente el cargo del administrador, aunque cese en el cargo antes de que la obligación estuviera vencida y fuera líquida y exigible. Vid; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia nº 144/2017, de 1 marzo. .

<sup>83</sup> SAP de Valencia (Sección Novena), de 20 diciembre 2006.

Otra cuestión es cómo se instrumentaliza, desde el punto de vista formal y registral, el acuerdo de disolución, al objeto de enervar la acción de reembolso del FOGASA, adoptado por el administrador ante una situación de despatrimonialización social.

En este contexto, el art. 22.2 del CCo establece el carácter necesario de la inscripción en el Registro Mercantil de la disolución de la sociedad, que el administrador ha sometido a Junta General en el plazo de dos meses desde que se produce la causa de disolución por despatrimonialización social.

Asimismo, el art. 94.7.º del RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil establece la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la disolución de las sociedades mercantiles. El título inscribible, de acuerdo con el art. 239.1 del citado Reglamento, es la escritura pública correspondiente o, en su defecto, testimonio judicial de la sentencia firme por la que se hubiera declarado la disolución de la sociedad.

Por su parte, el art. 369 LSC dispone que la disolución de la sociedad se inscribirá en el Registro Mercantil. El registrador mercantil remitirá de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, la inscripción de la disolución al Boletín Oficial del Registro Mercantil para su publicación.

Como ha señalado la doctrina, la inscripción no tiene carácter constitutivo<sup>84</sup>. Sin embargo, conforme a los arts. 21.1 del Código de Comercio y 9.1 del Reglamento del Registro Mercantil, *«los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil»*.

Doctrina y jurisprudencia han distinguido entre los efectos internos, entre los socios, cuya voluntad rige la vida de la sociedad, y los efectos externos, frente a terceros, a quienes no les resulta oponible el acuerdo disolutorio que no se hizo constar en escritura pública y por ese motivo no tuvo acceso al Registro Mercantil (así, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 noviembre 1994<sup>85</sup>).

Aplicando la exposición legal y jurisprudencial expuesta no cabe oponer al FOGASA la celebración de una Junta General, convocada por el administrador para disolver la sociedad con el único soporte documental del libro de actas, pues dicho acuerdo puede plasmarse en él en cualquier momento, eludiendo, en este último caso, la responsabilidad respecto de los créditos salariales insatisfechos por la mercantil. En tal caso, es preciso la elevación de dicho acuerdo a escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil. En el supuesto de que el administrador haya cesado en dicha Junta y

---

<sup>84</sup> MARTÍNEZ FLOREZ, A, RECALDE CASTELLS, AJ.: "La doctrina del Tribunal Supremo en relación con la cancelación registral de la sociedad de capital con pasivos insatisfechos", *Revista de derecho de sociedades*, nº 50, 2017, p. 285.

<sup>85</sup> Recurso núm. 2860/1991).

se haya nombrado un liquidador, no puede imputarse a aquél responsabilidad en la falta de inscripción de la disolución de la sociedad en el Registro, sino que sólo sería exigible que el acuerdo de disolución haya constado en escritura pública, pues ello demostraría que el administrador ha convocado Junta a los fines de disolución de la sociedad a que se refiere el art. 367 LSC, evitándose así que pueda prosperar la acción de reembolso a entablar por el FOGASA<sup>86</sup>.

En caso de que el liquidador sea el administrador cesado, debe exigírsele, a mi juicio, la inscripción en el Registro Mercantil para que tenga eficacia frente a acreedores como el FOGASA, pues es a la misma persona, a la que ahora se pretendería reclamar los créditos salariales en cuyo derecho se ha subrogado el Organismo Autónomo, la que tiene obligación de inscribir el acuerdo de disolución adoptado en Junta General y elevarlo a escritura pública<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> MARTÍN REYES, MA.: "La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores", p. 862.

<sup>87</sup> Ver si no, SAP de Barcelona (Sección 15) de 28 de julio de 1998.