

Solicitante: Ayuntamiento de la Villa de Ingenio

Consulta 3/2017, relativa a la existencia o no de obligación de pago por parte de la Corporación de la deuda generada por la Sociedad Municipal ISOGES, S.L. de capital íntegramente local, en situación concursal.

Acuerdo Plenario: 24 de octubre de 2017

Texto:

En cuanto a la cuestión planteada en relación a la hipotética responsabilidad del Ayuntamiento como único propietario capitalista de la sociedad municipal, hay que decir que, en principio, las sociedades mercantiles locales se rigen íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo en aquellas materias en que, como dice el artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local *“les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación”*. Por otra parte, dichas sociedades mercantiles, según el apartado 2 del citado precepto legal, deberán adoptar por imperativo legal *“una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital”*. Luego, con carácter general, la responsabilidad patrimonial de la Administración que las crea quedaría limitada exclusivamente al capital aportado por ésta a la sociedad.

Esta conclusión puede extraerse también de lo dispuesto en el artículo 105 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, que, si bien referido a las sociedades mercantiles con capital social solo parcialmente público, deja claro que *“la responsabilidad de la Entidad local se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, sin que, en ningún caso, sea inferior al valor de los bienes o derechos aportados por aquélla”*. Y es que, en lo que a las sociedades mercantiles creadas por los Ayuntamientos se refiere, hay que partir de dos premisas: la primera, que en sus relaciones ad extra con terceros se someten íntegramente al ordenamiento jurídico privado, civil, mercantil o laboral, salvo en las materias indicadas en el párrafo anterior; y la segunda, que lo característico de la forma societaria adoptada es, precisamente, la limitación de la responsabilidad, que les llevaría a responder solo por las deudas contractuales o extracontractuales contraídas en el ámbito de su actividad con su capital y patrimonio social. Ésta ha sido, precisamente, una de las ventajas fundamentales que, como ha puesto de manifiesto la doctrina administrativa, ha llevado a las diferentes Administraciones a personificar sus entes instrumentales en forma de sociedad mercantil de responsabilidad limitada y sujetos al Derecho privado.

Por ello, y en cuanto a la posible obligación del Ayuntamiento de responder de las deudas generadas por ISOGES S.L., una primera aproximación nos lleva al artículo 367 del

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC) que, al regular la responsabilidad de los administradores, determina que responderán solidariamente de las obligaciones sociales los que no soliciten el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

Por tanto, a la vista de la normativa expuesta ha de indicarse que la responsabilidad jurídica que se prevé en nuestro ordenamiento reside en los administradores y no en los propietarios de la sociedad (en el supuesto objeto de la consulta, el Ayuntamiento).

En consecuencia, y teniendo en cuenta que desde el punto de vista estrictamente privado la administración municipal no es sino un mero socio capitalista, del tenor literal de la normativa mercantil se derivaría que no podría repetirse ninguna responsabilidad contra el Ayuntamiento por las deudas de una sociedad mercantil de capital íntegramente municipal, salvo que existan faltas imputables a un administrador por negligencia, por cuanto los órganos municipales asumen dicha condición. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido a corregir esta interpretación excesivamente privada en los casos en que una sociedad sea un ente instrumental de una Administración pública, con órganos de dirección y administración de la misma y capital en su totalidad de la Corporación.

Así, la referida ventaja ha sido puesta en cuestión por algunas decisiones judiciales mediante la aplicación de la doctrina jurisprudencial denominada de *“levantamiento del velo”*, sobre todo, en el caso de aquellas sociedades con capital íntegramente público y dependientes, por tanto, de la Administración que las crea, al considerar que las relaciones que se producen entre ambas instituciones se producen entre una Administración y un ente instrumental que forma parte de la misma. La expresada doctrina del *“levantamiento del velo”*, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2009, autorizaría *“a los jueces a penetrar en el verdadero sustrato personal de las entidades y sociedades con el propósito de evitar que, en fraude de ley (prohibido también por el artículo 6.4 del repetido Título Preliminar), hagan uso de su personalidad jurídica independiente para causar perjuicios a intereses públicos o privados”*.

En parecidos términos se expresaba ya la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 1984, al afirmar que *“desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, 1, y noveno, 3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, 1, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el «sustratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como*

camino del fraude (artículo sexto, 4, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, 2, del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (artículo 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (artículo séptimo, 2, del Código Civil)». En consecuencia, a los efectos de la determinación de la responsabilidad contraída en virtud de un contrato, continúa diciendo la última de las Sentencias citadas, “quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» y menos «cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona»”.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 31 de julio de 1992, pronunciada en el caso de una reclamación formulada en relación con la entrega de una vivienda de protección oficial en la que Ayuntamiento demandado alegó que el responsable era el Patronato Local de la Vivienda, S.A., entendiéndose que se trataba de una persona jurídico-privada diferenciada. El Tribunal recuerda que ese patronato se constituyó “con la finalidad de atender a un servicio relativo a la construcción de viviendas al amparo del acuerdo municipal en el que el órgano diferenciado se constituye en sociedad anónima con capital de propiedad exclusiva de la Corporación y cuyos órganos de dirección y administración están a cargo de los de la Corporación que asume las funciones de Junta General, artículos 89 y 90 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; de lo que se infiere la identidad entre el Patronato, persona jurídica que adopta la forma de Sociedad Anónima para la prestación de un servicio municipal, de naturaleza industrial con un órgano de gestión directa de un servicio municipal; sometido al Derecho Privado en su actuación sin que de ello se desprenda que el convenio suscrito por el Alcalde, Presidente del Patronato sea ajeno al Municipio, pues este Patronato actúa como sociedad Privada dentro de la Administración del Ayuntamiento como órgano diferenciado del mismo pero en cumplimiento de sus fines; actividad de la Corporación municipal que no se halla exenta de las obligaciones asumidas por dicha sociedad privada”.

Esta postura jurisprudencial que ha sido recogida más recientemente en la Sentencia dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, con fecha 21 de julio de 2010, cuyo Fundamento Jurídico Octavo recogía que: “Dada la condición de Administrador único de la mercantil Dehesa Boyal de Villarrasa S.R.L. del Ayuntamiento de Villarrasa en la persona de su Alcalde-Presidente, dada la actuación del citado Ayuntamiento en la desaparición total del activo de la mercantil, como ha quedado reflejado, lo que de hecho ha impedido el cobro por parte del actual apelante de la cantidad que le fue reconocida en Resolución Judicial firme, y dado el contenido de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, declaramos la responsabilidad del Ayuntamiento de Villarrasa en el impago de la deuda debida por la

empresa Dehesa Boyal de Villarrasa S.R.L. al actual apelante, y en consecuencia condenamos al Ayuntamiento de Villarrasa a abonar al actual apelante la cantidad que aún se le adeuda por los conceptos ante citados, de 142.630'41 euros, más los intereses legales solicitados que se calcularán desde el momento de la notificación de la actual Sentencia hasta el momento del abono efectivo de la cantidad referida”.

Dicho de otro modo, el hecho de que el Ordenamiento Jurídico español admita la posibilidad de que los poderes públicos realicen actividades económicas, y por ello, acudan a fórmulas jurídico-privadas, no evita que la clave de esta cuestión se encuentre en la relación de dependencia entre el ente instrumental y el ente matriz, que *“remiten su titularidad final a una instancia administrativa, inequívocamente pública”*. O en otras palabras, la personalidad jurídica independiente es una herramienta que no implica una desvinculación de dicha organización del ente público del que trae causa. Es una personalidad jurídica a los meros efectos instrumentales, de ahí que el ente no puede ser considerado como un *“tercero”* respecto de la Administración, sino como algo propio.

No obstante, es necesario recordar que los derechos pendientes de cobro y las obligaciones pendientes de pago propias de la sociedad continuarán siendo de la titularidad de ésta, en tanto permanezca en período de liquidación. Es decir, el Ayuntamiento no puede hacerse cargo de las deudas de la sociedad hasta la extinción definitiva de la misma, pues es ella la que ha de hacer frente a sus obligaciones.

En efecto, el artículo 392.1 del TRLSC establece que *“salvo disposición contraria de los estatutos sociales, la cuota de liquidación correspondiente a cada socio será proporcional a su participación en el capital social”*. Es decir, la cuota de liquidación para el Ayuntamiento será del 100 por 100 de la que resulte una vez liquidada la sociedad. Ahora bien, el artículo 391.2 del mismo texto legal establece que *“Los liquidadores no podrán satisfacer la cuota de liquidación a los socios sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos o sin consignarlo en una entidad de crédito del término municipal en que radique el domicilio social”*. O lo que es lo mismo: no podrá transferirse al Ayuntamiento la cuota de liquidación —compuesta, normalmente, por fondos en metálico, pero también, en su caso, por inmuebles, muebles, etc.— mientras no se haya satisfecho a los acreedores de la sociedad las obligaciones pendientes.

Por tanto, con carácter general, el Ayuntamiento no se halla exento de las obligaciones asumidas por la sociedad privada de capital íntegramente público, ya que, como han señalado los Tribunales, las sociedades de capital municipal actúan como sociedades privadas *“instrumentales”* de la Administración del Ayuntamiento como órgano diferenciado del mismo, pero en cumplimiento de sus fines, y con dirección y administración dependiente de la Corporación o integrada en la misma.

Ello implica a efectos legales la integración del Activo (bienes, personal, etc.) y del

Pasivo (deudas con la TGSS, con AEAT, con proveedores, etc.) de ISOGES S.L., en el Ayuntamiento.

Tal posibilidad se recoge en el artículo 81 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME), sobre la cesión global de activo y pasivo:

“1. Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.

2. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación.”

Para sociedades en liquidación, esta opción de cesión global de su activo y de su pasivo solo es posible cuando no hayan comenzado el reparto de su patrimonio entre los socios (artículo 83 de la LME).

Tal y como disponen el artículo 85 y siguientes de la LME, los administradores de la sociedad habrán de redactar y suscribir un proyecto de cesión global, que contendrá, al menos, las siguientes menciones:

1º) La denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad y los datos de identificación del cesionario o cesionarios.

2º) La fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.

3º) La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio, la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario.

4º) La contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios. Cuando la contraprestación se atribuya a los socios, se especificará el criterio en que se funde el reparto.

5º) Las posibles consecuencias de la cesión global sobre el empleo.

Los administradores deberán presentar para su depósito en el Registro Mercantil un ejemplar del proyecto de cesión global, y deberán asimismo elaborar un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de cesión global.

La cesión global habrá de ser acordada necesariamente por la Junta de Socios de la

sociedad cedente, ajustándose estrictamente al proyecto de cesión global, con los requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión.

El acuerdo de cesión global se publicará en el *“Boletín Oficial del Registro Mercantil”* y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, con expresión de la identidad del cesionario o cesionarios. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.

No será necesaria la publicación del acuerdo de cesión global cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad. Asimismo, deberá ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores el proyecto de cesión global y el informe de los administradores.

Según dispone el artículo 88 de la LME, la cesión global no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos. Dentro de ese plazo, los acreedores de la sociedad cedente y los acreedores del cesionario o cesionarios podrán oponerse a la cesión, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión.

En cuanto a los aspectos presupuestarios y contables de la asunción de pasivos de ISOGES S.L. por el Ayuntamiento, el *“Manual de cálculo del déficit en contabilidad nacional adaptado a las Corporaciones Locales”*, en su apartado III.13, relativo a la *“ASUNCIÓN Y CANCELACIÓN DE DEUDAS DE EMPRESAS PÚBLICAS”* contempla que *“La asunción de deudas es el acto por el cual un ente se subroga como prestatario de una deuda previamente contraída por otro. Supone el surgimiento de un pasivo para la unidad que se subroga, y su cancelación en el ente que originariamente contrajo la deuda. Es decir, el nuevo deudor toma el lugar del antiguo ante el acreedor y se responsabiliza del reembolso de la deuda en las mismas condiciones. Así pues, es requisito imprescindible para la existencia de asunción de deudas, la sustitución del deudor”*.

En el mismo sentido se pronuncia la Guía para la determinación de la Regla de Gasto para Corporaciones locales, publicados ambos por la Intervención General del Estado, donde las Corporaciones locales pueden llevar a cabo operaciones de asunción de deudas de sus entidades dependientes, que suponen la subrogación de la posición deudora por parte de la Corporación Local y la desaparición del pasivo correspondiente a dicha deuda en la entidad cuya deuda se asume.

De acuerdo con los Manuales mencionados esta operación de asunción de deuda no tiene reflejo en la contabilidad presupuestaria, y sí en la contabilidad nacional, a efectos del

cálculo de la estabilidad presupuestaria y de la regla del gasto, de forma que resulta necesario hacer un ajuste que supone un mayor déficit y un mayor gasto computable, por el importe total de la deuda asumida, de cara al cálculo de la estabilidad presupuestaria y de la regla del gasto respectivamente; pero que excepcionalmente, en caso de que la entidad cuya deuda se asume desaparezca como unidad institucional -como sucede con la entidad ISOGES S.L.- no resulta necesario realizar dichos ajustes; de forma que esta operación no tendría efectos en cuanto al cálculo de la estabilidad presupuestaria y de la regla del gasto en el momento de aprobación de la liquidación del presupuesto del Ayuntamiento.

CONCLUSIÓN

Si bien, con carácter general, la responsabilidad patrimonial de la Administración que las crea quedaría limitada exclusivamente al capital aportado por ésta a la sociedad, la jurisprudencia ha venido a corregir esta interpretación excesivamente privada en los casos en que una sociedad sea un ente instrumental de una Administración pública, con órganos de dirección y administración de la misma y capital en su totalidad de la Corporación.

Así, la referida ventaja ha sido puesta en cuestión por algunas decisiones judiciales mediante la aplicación de la doctrina jurisprudencial denominada de "*levantamiento del velo*", sobre todo, en el caso de aquellas sociedades con capital íntegramente público y dependientes, por tanto, de la Administración que las crea, al considerar que las relaciones que se producen entre ambas instituciones son entre una Administración y un ente instrumental que forma parte de la misma.

Por ello, existe base jurisprudencial suficiente para llevar a cabo la cesión global del Activo y del Pasivo de ISOGES S.L. al Ayuntamiento de Ingenio.