

Las sociedades mercantiles con capital público como deudoras en el concurso de acreedores

Diego Fierro Rodríguez

Las sociedades mercantiles con capital público son aquellas sociedades cuyo capital social es total o parcialmente público, es decir, procede total o parcialmente de los recursos económicos de las Administraciones Públicas, lo cual tiene una serie de implicaciones con gran trascendencia en la realidad práctica por diversas causas de corte jurídico y económico.

Hay que tener presente que las sociedades mercantiles con capital público pueden ser:

- a) Sociedades mercantiles públicas. Son las más relevantes en la práctica.
- b) Sociedades mercantiles privadas con intervención en su capital social de alguna de las Administraciones Públicas. También son denominadas sociedades mixtas.

Destacan las sociedades mercantiles públicas, ya que son la máxima expresión de lo que se conoce como la “huida del Derecho Administrativo”, por la que las Administraciones construyen entidades de Derecho Público y de Derecho Privado que pueden actuar sin tener que someterse al Derecho Administrativo, persiguiendo varios fines¹. José Pascual García² afirma que “El fenómeno es suficientemente conocido por lo que no es necesario realizar ningún esfuerzo argumental para demostrar su existencia; lo que sí resulta difícil es medir sus proporciones así como determinar el régimen aplicable allí donde la «huida» se produce. Ante un fenómeno como el que estamos considerando, no basta con señalar la vertiente negativa, es decir, la legislación que deja de aplicarse, aquella de la que se «huye», sino que es necesario dar un paso más y señalar, en positivo, cual es la normativa por la que, en su lugar, han de regirse los entes «fugitivos»”.

Las Administraciones Públicas pueden crear sociedades mercantiles con capital público conforme a lo establecido en la legislación, que regula, generalmente, las sociedades mercantiles públicas, que son muy numerosas. La Disposición Adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dice que “*Las sociedades mercantiles estatales*

1 DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS: “Lección 5. La Administración Instrumental y Corporativa”, *Organización y actividad de las Administraciones Públicas*, Opencourseware de la Universidad Carlos III de Madrid. Septiembre de 2010. <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/organizacion-y-actividad-de-las-administraciones-publicas/resumen-de-contenidos-1/leccion-5.-la-administracion-instrumental-y-corporativa>. Pág. 4.

2 PASCUAL GARCÍA, JOSÉ: “La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público”, *Presupuesto y Gasto Público 60/2010*, Secretaría General de Presupuestos y Gastos, Instituto de Estudios Fiscales. 2010. Págs. 109-128. Pág. 110.

se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”. El segundo párrafo del art. 116.4.a) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, dice que “(...) se entenderá por persona jurídica de Derecho privado perteneciente al sector público la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones públicas o personas jurídicas de Derecho público”.

En relación con el concurso de acreedores, se suscita una cuestión referente a la posibilidad de que las sociedades con capital público puedan acceder al mismo para desempeñar el papel del deudor, ya que el art. 1.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que establece que *“No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”*, no resuelve el problema que entrañan estas sociedades. Pablo Albert Albert³ dice que *“debe llevarse a cabo una interpretación restrictiva del citado artículo, entendiendo que la prohibición legal no debe alcanzar a este tipo de sociedades mercantiles que, si bien pueden desarrollar una función instrumental al servicio de la Administración del Estado, se integran y operan en el tráfico jurídico privado como si de sociedades mercantiles privadas se tratara, no siendo por tanto razonable que hayan de someterse a los derechos y obligaciones de las entidades privadas y no se vean sometidas al régimen jurídico común cuando surgen dificultades económicas”*. Este razonamiento es muy lógico, debido a que, en caso contrario, los acreedores de estas sociedades pueden resultar perjudicados e incluso pueden verse obligados a detener el ejercicio de su actividad comercial, perjudicando a la economía.

Los Jueces y Tribunales ya han resuelto esta relevante cuestión en varias ocasiones partiendo de la proporción de capital público que haya en el capital social y del objeto social, que podrá ser público o privado.

Los distintos casos en los que coinciden claramente las sociedades mercantiles con capital público y el concurso de acreedores son los siguientes:

a) La sociedad mercantil con un capital totalmente público y un objeto privado: En estos casos hay una sociedad mercantil cuyo capital social es totalmente público, siendo su actividad de carácter privado. El Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Málaga, de 13 de abril de 2009, afirma en su Fundamento Jurídico 2º que *“Este es, precisamente el presente caso en donde se trata de una sociedad mercantil (Sociedad Limitada) con un objeto social privado sin intervención pública o de servicio público o de ejercicio de autoridad cuya característica esencial es la plena participación pública que no le quita la naturaleza privada. Sustraer a la misma del derecho privado cuando concurre en el mercado, no aplicándole la normativa concursal, supone un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia”*. La resolución continúa diciendo que *“Es por ello que su naturaleza queda también cubierta en tanto a las reclamaciones realizadas*

³ ALBERT ALBERT, PABLO: “El sometimiento de las empresas de capital público al procedimiento concursal”, *El Economista*. 2 de enero de 2012. Pág. 18.

por los acreedores y que no pueden abstraerse de la par conditio creditorum en base a dichos principios en función de criterios delimitadores del pago al margen de la norma concursal. No es posible que el Ayuntamiento fije criterios de pago respecto de una sociedad al margen de la propia sociedad y tampoco que los pagos se sustancien sobre embargos en una carrera por conseguir la preferencia o privilegio al margen de dicho principio”. Puede decirse que, como la actividad que desarrolla la sociedad no consiste en la prestación de un servicio público, ésta debe someterse a los principios del Derecho Mercantil, ya que, de lo contrario, podrían producirse distorsiones muy peligrosas en el mercado, como una excesiva protección de las numerosas sociedades mercantiles públicas que realizan actos privados con total libertad.

b) La sociedad mercantil mixta con capital municipal minoritario: En estos casos hay una sociedad mercantil, cuyo capital social es parcialmente público, existiendo también capital privado. El Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Almería, de 22 de junio de 2011, dice en su Fundamento Jurídico 11° que “(...) según se deduce de la memoria y de la hoja registral de la legitimada, Elsur se constituyó mediante escritura de 6 de noviembre de 1994 por el Excmo Ayuntamiento de El Ejido y por Abensurasa AIE (hoy Aguas y Gestión de Servicios Urbanos SL), para la gestión de servicios locales antes referidos, expresamente como Sociedad Mercantil de capital mixto, con un capital social de 200.000.000 pesetas, con dos clases de acciones: clase A, 60 acciones, de titularidad municipal, y clase B, 140 acciones, de titularidad privada, y que tienen ciertos derechos preferentes para su reembolso. A su resultas, es claro que nos encontramos ante una empresa de servicios que no implica el ejercicio de autoridad, en la que el capital público es minoritario, y donde las facultades de disolución y liquidación no requieren de ningún tipo de obstáculo administrativo, según se desprende del art. 29 de los Estatutos. Más aún, no se especifica nada en materia de disolución, por lo que habrán de aplicarse las reglas ordinarias de la legislación sobre sociedades de capital. No constan, al respecto, modificaciones estatutarias a esta estructura, siendo así que la sociedad puede disolverse por acuerdo adoptado en Junta General según se deduce de dicho art. 29 de los Estatutos. Desde esta perspectiva, caso de adopción de una decisión de liquidación, ésta estará libre de toda traba administrativa, por lo que la legitimada no es una corporación de Derecho Público en el sentido del art. 1.3 LC , y en ella concurre el presupuesto subjetivo para la declaración del concurso”. Puede decirse que, como la sociedad mercantil, en este caso, actúa conforme a las reglas del Derecho Mercantil, puede someterse al concurso de acreedores. Esto tiene mucho sentido en la medida en que es necesaria la coherencia en lo que se refiere a la actividad del mercado.

c) La sociedad mercantil con capital totalmente público y un objeto público: En estos casos hay una sociedad mercantil, cuyo capital social es público en su totalidad, que realiza la prestación de un servicio público. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 3 de Valencia, de 15 de noviembre de 2012, expresa en su Fundamento Jurídico 4° que “Dice la Administración Concursal y dice bien, que la sociedad mercantil municipal resulta a la postre una fórmula artificiosa pues si, por una parte, está dotada de personalidad

jurídica propia, distinta de la Corporación que la constituye y, en consecuencia, existen legalmente dos voluntades, la realidad es que sólo la voluntad de la Administración matriz rige los destinos de la sociedad filial. Externamente en sus relaciones con terceros, la personalidad de la sociedad se desarrolla según el régimen de derecho privado, pero internamente es sólo un instrumento de la Administración que mantiene sobre aquélla un doble control: el jurídico-privado derivado de su condición de socio y el jurídico-público que deviene de su cualidad de titular del servicio gestionado por la sociedad. Contundente es la manifestación de D. Ricardo Torres Balaguer - Administrador Concursal - relativa a que GESTIONA no interviene en el mercado con criterios empresariales, sino en el ejercicio de la función pública siguiendo principios ajenos al ánimo de lucro propio de la actividad económica. Y prosigue: si se examinan los principales proyectos desarrollados por GESTIONA, queda patente que no responden a una actividad económica-empresarial, sino al ejercicio de la función pública propia de la Entidad Local, quien diseña las operaciones que luego traslada a la sociedad una vez contraídas las obligaciones como ente público”. Puede decirse que el órgano jurisdiccional considera que, como la sociedad mercantil pública actúa en el mercado con el fin de prestar un servicio público y no con el fin de obtener beneficios, no resulta procedente iniciar un concurso de acreedores, motivo por el cual, en este caso, el concurso no ha tenido eficacia “ab initio”.

Como es posible observar, las soluciones en las distintas situaciones son diferentes. Ello responde, sin duda alguna, a que existe un conflicto entre los intereses generales de la ciudadanía y los intereses particulares de los acreedores de la sociedades de capital en cada uno de los casos, que deberá resolverse partiendo de las circunstancias y de cuáles son los intereses que merecen ser protegidos. Esta idea es fundamental para entender el papel de las sociedades mercantiles con capital público y si éstas pueden ser deudoras en un concurso de acreedores.

Podría resultar positivo que se incorporaran a la Ley Concursal las soluciones que se han establecido en las resoluciones judiciales de los últimos años, para garantizar la seguridad jurídica fijando los criterios conforme a los cuales habrá de resolverse cada situación.

Bibliografía

- ALBERT ALBERT, PABLO: “El sometimiento de las empresas de capital público al procedimiento concursal”, *El Economista*. 2 de enero de 2012. Pág. 18.

- BARÓ CASALS, ANTONIO: *Jurisprudencia concursal sistematizada*, Tomo 1. 2013. <http://www.bufete-baro.com/pub-docs/jurisprudencia-concursal.pdf>.

- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS: “Lección 5. La Administración Instrumental y Corporativa”,

Organización y actividad de las Administraciones Públicas, Opencourseware de la Universidad Carlos III de Madrid. Septiembre de 2010. <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/organizacion-y-actividad-de-las-administraciones-publicas/resumen-de-contenidos-1/leccion-5.-la-administracion-instrumental-y-corporativa>.

- PASCUAL GARCÍA, JOSÉ: “La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público”, *Presupuesto y Gasto Público 60/2010*, Secretaría General de Presupuestos y Gastos, Instituto de Estudios Fiscales. 2010. Págs. 109-128.