

La TGSS puede declarar la responsabilidad solidaria de un ayuntamiento respecto de una deuda contraída por una sociedad mercantil en concurso de acreedores cuando se actúa en forma análoga a lo que acontece con los denominados “grupos de empresa”

The National Social Security Institute can declare the joint and several liability of a city council with respect to a debt contracted by a commercial company in bankruptcy when it acts in a similar way to so-called "company groups"

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

*PROFESOR AYUDANTE DOCTOR
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

Resumen	Abstract
Pretendemos aclarar si la Tesorería General de la Seguridad Social es competente para declarar la responsabilidad solidaria de un ayuntamiento respecto de una deuda contraída por una sociedad mercantil en concurso de acreedores que actúa como medio propio del Ente Local, lo anterior, de conformidad con la aplicación de la figura jurídica del “grupo de empresa”.	We intend to clarify whether the General Treasury of Social Security is able to declare the joint and several liability of a city council with respect to a debt contracted by a commercial company in bankruptcy that acts as the aforementioned Local Entity's own means, in accordance with the application of the legal status of the "company group".
Palabras clave	Keywords
TGSS, responsabilidad, solidaria, sociedad, concurso, grupo de empresas	National Social Security Institute, responsibility, solidarity, partnership, competition, company group

1. INTRODUCCIÓN: INTERÉS CASACIONAL PARA RESOLVER EL SUPUESTO PLANTEADO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

Se pretende aclarar, en términos jurisprudenciales, si la Tesorería General de la Seguridad Social puede declarar la responsabilidad solidaria de un ayuntamiento respecto de una deuda contraída por una sociedad mercantil que actúa como medio propio del ayuntamiento, lo anterior, en virtud de la aplicación de la figura del “grupo de empresas”. Y, en ese caso de responsabilidad, si la competencia para declarar la responsabilidad solidaria de la Administración local (el Ayuntamiento de Écija) por deudas contraídas en el ámbito de la gestión recaudatoria por otra sociedad integrante del mismo grupo empresarial, que se hallan en situación de concurso y en fase de liquidación, corresponde a la referida Tesorería General de la Seguridad Social o bien al juez que tramita el concurso de acreedores, en virtud de los artículos 18.3 y 33.2 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en relación con los artículos 8.6º y 9 de la Ley Concursal.

Y existe interés casacional en resolver este supuesto pues nos encontramos ante cuestiones que pueden trascender del caso, hoy objeto del proceso, afectando a otras empresas y administraciones que se encuentren en la misma situación a la vista de la actividad desarrollada por la Tesorería General de la Seguridad Social en el ámbito recaudatorio que le es propio, además de que se hace necesario un pronunciamiento del Tribunal Supremo que determine con claridad si, en supuestos como el que nos ocupa, cabe que la Tesorería General de la Seguridad Social declare, por su propia autoridad, la responsabilidad solidaria en relación con deudas contraídas por sociedades sometidas a concurso y/o en fase de liquidación, o si, por el contrario, debe intervenir (y con qué alcance) el juez de lo mercantil que tramita el procedimiento concursal al que están sometidas las deudoras, ello al amparo de los supuestos del apartado c) y a) del art. 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Para ello comentamos la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de fecha 13 de junio de 2019¹.

2. TÉRMINOS DEL LITIGIO Y CUESTIÓN SOBRE LA QUE SE HA DECLARADO INTERÉS CASACIONAL

La representación procesal del Ayuntamiento de Écija interpone recurso de casación contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo deducido por aquel contra la resolución de 11 de enero de 2017 de la Subdirección Provincial de Recaudación Ejecutiva de la Dirección Provincial de Sevilla de la TGSS, que acordó la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento de Écija de la deuda contraída con el sistema de la Seguridad Social por la denominada Sociedad Ecijana para el Desarrollo Económico SA.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo debe pronunciarse sobre si la Tesorería General de la Seguridad Social puede declarar la responsabilidad solidaria de un Ayuntamiento respecto de una deuda contraída por una sociedad mercantil que actúa como medio propio del Ayuntamiento en virtud de la aplicación de la figura “grupo de empresas”.

Y, en ese caso de responsabilidad, debe resolverse si la competencia para declarar la responsabilidad solidaria a cargo de la Administración local por deudas contraídas en el ámbito de la gestión recaudatoria por otra sociedad integrante del mismo grupo empresarial, que se hallan en situación de concurso y en fase de liquidación, corresponde a la TGSS o bien al juez que tramita el concurso de acreedores, en virtud de los artículos 18.3 y 33.2 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en relación con los artículos 8.6º y 9 de la Ley Concursal.

3. EL RECURSO DE CASACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE ÉCIJA SOBRE LOS PRECEPTOS A INTERPRETAR

El Ayuntamiento de Écija parece dividir su recurso de casación en dos extensos argumentos. En el primer argumento considera que se ha infringido el artículo 85.2.A.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en relación con el artículo 4.1.n) y artículo 24.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por

¹ [RJ2019, 2889].

el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (preceptos concordantes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público).

Respecto al artículo 85.2.A.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, el mismo sostiene que *“los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación: A) Gestión directa: d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública”*. Lo que se pone en relación con el artículo 4.1.n) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y que dispone lo siguiente: *“están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190”*. Precepto que debe ponerse en relación con el artículo 24.6 del mismo texto normativo y que recoge que, *“a los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”*.

En efecto, el Ayuntamiento de Écija insiste en que una sociedad como instrumento propio de la administración no es un abuso de derecho. Rechaza la figura del *“grupo de empresas”* en razón de constituir un medio propio para prestar servicios públicos de competencia local.

Adicionalmente, el Ayuntamiento de Écija se sustenta en la STS 12 de julio de 2017 de la Sala de lo Social que viene a declarar la inexistencia de grupo de empresas entre un

Ayuntamiento y una sociedad de titularidad municipal. En dicha sentencia se alegaba que ambas empresas “*componen un peculiar grupo de empresas, o que cuando menos el Ayuntamiento es la sociedad dominante que «marca las políticas, las instrucciones, la totalidad de la gestión de la demandada»*”. Para el Tribunal Supremo, con este planteamiento (posición preeminente del Ayuntamiento frente a la sociedad demandada) se “*pasa por alto el significado instrumental de las empresas públicas, que tuvieron origen –precisamente– en el ámbito local para la prestación de servicios públicos y que con carácter general cuentan con la habilitación que les otorga el art. 128.2 CE, y en cuyo régimen jurídico ha de destacarse –tratándose de sociedades en las que el capital es de íntegra titularidad de la entidad local– que se trata de una forma de gestión directa de servicios públicos de competencia local [art. 85.3.b) LBRL], pese a lo cual que la sociedad creada se rige íntegramente por el ordenamiento jurídico privado [art. 85 ter LBRL]. Y aunque la dirección corresponde a propia Corporación municipal en los términos que describen los arts. 90 a 94 del RSCL [Decreto 17/Junio/55], este dato para nada consiente imputar a esa relación corporación/sociedad la cualidad de empresa de grupo, con todas las consecuencias laborales que ello comporta [entre otras la aquí pretendida en el PDC] y que son propias de las empresas privadas, pues de lo contrario se reduciría en no escasa medida la razón de ser y eficacia de las sociedades mercantiles públicas, a la par que indirectamente se vulneraría de forma toda la normativa que las regula*”. En el mismo sentido, se invoca la STS 17 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Civil (a la que después nos referiremos).

Por otro lado, en el segundo argumento, el Ayuntamiento de Écija considera que también se han lesionado los artículos 18.3 y 33.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los artículos 8.6º y 9 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Al hilo de lo anterior, el artículo 18.3 de la Ley General de la Seguridad Social establece que “*son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes. Dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esta ley y en su normativa de desarrollo*”.

Lo que debe ponerse en relación con el artículo 33.2 de la misma normativa y que recoge lo siguiente: “*procederá también reclamación de deuda cuando, en atención a los datos obrantes en la Tesorería General de la Seguridad Social o comunicados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y por aplicación de cualquier norma con rango de ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social, deba exigirse el pago de dichas deudas*”:

a) *A los responsables solidarios, en cuyo caso la reclamación comprenderá el principal de la deuda a que se extienda la responsabilidad solidaria, los recargos, intereses y costas devengados hasta el momento en que se emita dicha reclamación.*

b) *A los responsables subsidiarios, en cuyo caso y salvo que su responsabilidad se halle limitada por ley, la reclamación comprenderá el principal de la deuda exigible al deudor inicial en el momento de su emisión, excluidos recargos, intereses y costas.*

c) *A quien haya asumido la responsabilidad por causa de la muerte del deudor originario, en cuyo caso la reclamación comprenderá el principal de la deuda, los recargos, intereses y costas devengados hasta que se emita”.*

También se alegan los artículos 8.6º y 9 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Al respecto, el primer de ellos manifiesta que *“son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora, cualquiera que sea la fecha en que se hubiera contraído y las acciones para exigir a los socios de la sociedad deudora el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias”.*

Y termina con el artículo 9 en referencia a la extensión de la jurisdicción y que señala lo que sigue: *“1. La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. 2. La decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca”.* Por ello aduce el Ayuntamiento que corresponde al juez del concurso las decisiones sobre la marcha del procedimiento concursal.

Finalmente, el Ayuntamiento de Écija alega incongruencia omisiva y falta de motivación de la sentencia.

4. LA OPOSICIÓN DE LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Comienza la letrada de la Administración de la Seguridad Social haciendo referencia a los hechos declarados probados acerca de la confusión entre empresa y ayuntamiento. Prosigue señalando que no existe conculcación del artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Igualmente se insiste en la condición de empresario a efectos del artículo 18 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sustentándose en la sentencia de Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)², y la confusión patrimonial apreciada en la misma.

De conformidad con la sentencia de Tribunal Supremo 1555/2016, de 27 de junio, el ayuntamiento debe responder solidariamente por el incumplimiento en materia de cotizaciones de una sociedad de responsabilidad limitada municipal, a la que gestiona y controla en su totalidad. En esta sentencia se aclara que a la encomienda a una tercera entidad de un servicio público le es aplicable la responsabilidad solidaria prevista en el supuesto de contrata de obra y servicio recogido en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Así pues, el Tribunal Supremo manifiesta que *“la inclusión de la contratación*

² [RJ 2016, 3519].

del sector público es más conforme con el carácter protector que tiene lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de Trabajadores, al que no es ajena la normativa que rige la contratación del sector público, pues en ella no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social constituye uno de los supuestos de prohibición para contratar [artículo 60.1.d)] del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Se recalca que la Tesorería General de la Seguridad Social tiene plena competencia para las derivaciones de responsabilidad y estas son revisables ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en conexión con el artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LAS JURISDICCIONES COMPETENTES Y EL CASO A RESOLVER

Comienza el Tribunal Supremo haciendo referencia expresa a la jurisdicción social, la jurisdicción civil y la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para ello, recuerda lo declarado en la STCo. 182/1994, de 20 de julio³, cuando manifiesta lo siguiente: *“si bien la libertad de interpretación de la norma ha de ser respetada, como parte integrante de la propia función jurisdiccional, los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal (arts. 9.3 y 117.3 CE) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia”*⁴. *“Este efecto no sólo puede producirse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro órgano en supuestos en que concurran las identidades propias de la cosa juzgada (art. 1.252 CC). También se produce cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el referido art. 1.252 CC”*⁵. Sin embargo, no existen precedentes de la jurisdicción social respecto del supuesto aquí enjuiciado.

En la STS 17 de diciembre de 2008⁶, Sala de lo Civil, se declara que una sociedad se creó como ente instrumental para un fin determinado, y se daba por hecho que su voluntad no era distinta de la del Ayuntamiento, aunque tuviera personalidad jurídica diferente: *“quiere decir todo ello que el Ayuntamiento, para no regirse por la legislación administrativa de contratos de las Administraciones públicas, optó por crear una sociedad anónima instrumental que le permitiera celebrar contratos sujetos al derecho privado, y la consecuencia de esa opción no puede ser otra que la aplicación del derecho privado a los contratos que esa sociedad mercantil instrumental celebró con otra sociedad también mercantil pero ajena por completo a cualquier Administración pública”*. Y como entre los principios básicos del derecho privado se encuentran el de la obligación de cumplir lo

³ [RTC 1994, 182].

⁴ STCo. 77/1983 [RTC 1983, 77], STCo. 67/1984 [RTC 1984, 67], STCo. 189/1990 [RTC 1990, 189].

⁵ STCo. 171/1991 [RTC 1991, 171], STCo. 58/1988 [RTC 1988, 58] y STCo. 207/1989 [RTC 1989, 207].

⁶ [RJ 2009, 530].

pactado (art. 1258 CC) y el de no poder dejarse dicho cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 del mismo cuerpo legal), *“claro está que la sociedad hoy recurrente no podía desvincularse sin más de sus obligaciones contractuales amparándose en el ejercicio por el Ayuntamiento de una potestad administrativa ajena que no era distinta de la pura y simple voluntad de la propia sociedad anónima, pues ello equivaldría a que las sociedades mercantiles instrumentales de los ayuntamientos se acogieran en sus relaciones de derecho privado bien a normas administrativas, bien a normas civiles y mercantiles, según su propia y exclusiva conveniencia en cada caso o ante cada conflicto”*.

De lo reflejado en dicha sentencia se colige que nada aporta a la posición mantenida aquí por el ayuntamiento pues dice bien claro que el ente público no puede escoger, según el caso, el derecho aplicable.

Y aunque el Ayuntamiento de Écija insiste en que una sociedad como instrumento propio de la administración no es un abuso de derecho, rechazando la del *“grupo de empresas”* y negando dicha existencia sustentándose en la STS 12 de julio de 2017⁷, Sala de lo Social, en la misma se realiza el enjuiciamiento de un despido colectivo en que se niega la existencia de cesión ilegal de trabajadores y se rechaza la cualidad de *“empresa de grupo”* en la relación corporación/sociedad. Sin embargo, y como de manera correcta sustenta el Tribunal Supremo en el caso hoy debatido, no son los aspectos aquí comprometidos ya que estos se refieren a la responsabilidad solidaria de la cotización a la Seguridad Social. Por ello, debemos recordar lo dicho en la STS 27 de junio de 2016⁸: *“que las conclusiones y criterios de una jurisdicción no vinculan al resto precisamente por las diferencias entre todas las jurisdicciones lo que provoca que un mismo supuesto de hecho obtenga una respuesta distinta según se trate de una jurisdicción u otra”*.

6. HECHOS PROBADOS POR EL JUZGADO DE INSTANCIA PARA DECLARAR LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE UN AYUNTAMIENTO RESPECTO DE UNA EMPRESA DE TITULARIDAD MUNICIPAL

Resulta hecho incontrovertido, por haberlo así declarado probado la sentencia de instancia, que la sociedad respecto de la que se reclama solidariamente la deuda de la Seguridad Social se incardina en el Ayuntamiento, realiza actividad municipal como prolongación del Ayuntamiento para quien presta sus servicios de forma exclusiva, se encuentra eximida del pago de alquileres por el Ayuntamiento que no solo le realiza cesiones gratuitas, sino que también subviene a los compromisos de la empresa.

Por ello, dada la redacción del derogado art. 24.6. de la Ley de Contratos del Sector Público, ninguna duda ofrece que la sociedad respecto de la que se reclama la deuda ostentaba el carácter de medio propio del Ayuntamiento recurrente para el que prestaba un servicio al amparo del artículo 85.2.A.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

Tampoco existe duda acerca de su incardinación en la descripción de medio propio que realizan los arts. 32 y 33 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del

⁷ [RJ 2017, 4147].

⁸ [RJ 2016, 3519].

Parlamento Europeo y del consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. En lo esencial coincidente con la derogada Directiva 80/723/CEE, de la Comisión de 25 de junio relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las empresas públicas.

Dado el marco en que se desenvuelve el conflicto, al estar concernido un Ayuntamiento en representación del municipio, entidad local básica de la organización territorial del Estado, lo cierto es que no resulta técnicamente apropiada la denominación “grupo de empresas” entre un ente público y una sociedad anónima controlada por aquel.

La Ley de Bases de Régimen Local exige gestión directa de los servicios cuando las sociedades mercantiles locales tengan un capital social de titularidad pública (artículo 85.2.A.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril). En tales supuestos acabamos de exponer que, en una concepción más avanzada y acorde con las realidades socioeconómicas actuales, estamos ante lo que se califica un “medio propio” de los entes públicos. Tales medios propios pueden ser equiparados, a efectos de la responsabilidad solidaria por deudas a la Seguridad Social, a lo que, en el sector privado, se califica como “grupo de empresas” en razón de que el “medio propio” tiene unas grandes similitudes con el “grupo de empresas” en supuestos como el analizado hoy en razón no solo al control sino también a la confusión patrimonial y el funcionamiento en favor del ente local en régimen de cuasi exclusividad.

Y los medios propios instrumentales no solo se encuentran regulados en la normativa de contratación pública sino que constituye hecho notorio la existencia de sociedades, como la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, TRAGSA, que tienen la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, de acuerdo con la Disposición Adicional Vigésima Quinta del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ahora plasmado en la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

7. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS

Esta Sala, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 2016⁹, confirmó la responsabilidad solidaria de un Ayuntamiento por deudas de la Seguridad Social de la empresa concesionaria del matadero municipal: *“la expresión empresario, utilizada por el artículo 42, no ha de entenderse limitada a quien sea titular de una organización económica específica que manifieste la existencia de una empresa, en sentido económico o mercantil. El área prestacional y no económica en que es encuadrable el servicio encomendado por el Ayuntamiento recurrente a quien es empleadora directa, efectuado mediante contratación administrativa, no excluye, por la condición pública del titular de tal servicio, la aplicación del artículo 42, dado que dicha condición no es obstáculo para que tal entidad, de haber asumido directamente y por sí misma la gestión del referido servicio, con el cual se atiende a la consecución de fines enmarcados en el área de su competencia, habría actuado como empleador directo, siendo también tal en múltiples facetas de su*

⁹ [RJ 2016, 3519].

actividad. Una interpretación teleológica del mencionado precepto fuerza a entender incluida a esta última en su disciplina, con relación al supuesto de gestión indirecta de servicios, mediante la que se encomiende a un tercero tal gestión, imponiéndole la aportación de su propia estructura organizativa y de sus elementos personales y materiales, para el desarrollo del encargo que asume. Entenderlo de manera distinta supondría una reducción del ámbito protector del citado artículo 42, que no respondería al espíritu y finalidad del precepto. Aun posibilitando cesiones indirectas para facilitar la parcelación y división especializada del trabajo, dicho precepto otorga a los trabajadores las garantías que resultan de la responsabilidad solidaria que atribuye al dueño de la obra o servicio.

Por otra parte, las expresiones “contratas o subcontratas”, por su generalidad, continúan el Tribunal Supremo, “no cabe entenderlas referidas, en exclusiva, a contratos de obra o de servicio de naturaleza privada, ya que abarcan negocios jurídicos que tuviesen tal objeto, aún correspondientes a la esfera pública, siempre que generasen las antedichas cesiones indirectas y cumpliesen los demás requisitos exigidos para la actuación del mencionado precepto. Esta doctrina es más conforme con el carácter protector que tiene lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de Trabajadores, al que no es ajena la normativa que rige la contratación del sector público, pues en ella no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social constituye uno de los supuestos de prohibición para contratar (artículo 60.1.d) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público)”.

Por último, en referencia al tema que nos encontramos analizando, continúa la sentencia diciendo lo siguiente: “la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, dispone en su artículo 26.c) que los Ayuntamientos de más de veinte mil habitantes vienen obligados a prestar el servicio de matadero. Aunque la redacción de este artículo es modificada por el Real Decreto 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica (artículo 24), no hay constancia de que el Ayuntamiento de Lugo introdujera modificación alguna en el contrato de concesión que le unía a la sociedad”.

8. LA TGSS ES COMPETENTE PARA EFECTUAR LA DECLARACIÓN DE DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR IMPAGO DE CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN SITUACIÓN DE CONCURSO CUYA TITULARIDAD OSTENTA UN ENTE PÚBLICO LOCAL

Para resolver el supuesto debe hacerse referencia a la normativa concreta que ya se ha traído a colación. Así pues, de conformidad con el artículo 8.6º de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil, siendo la jurisdicción del juez del concurso exclusiva y excluyente en “las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora”. Y en su artículo 9 se recoge que la jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.

Lo que debemos de poner en vinculación con el artículo 18.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y que, en resumidas cuentas, señala que son responsables del

cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social, las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso “y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes. Dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esta ley y en su normativa de desarrollo”.

Por último, el propio artículo 33.2 de la Ley General de la Seguridad Social, recoge que procederá reclamación de deuda cuando, en atención a los datos obrantes en la Tesorería General de la Seguridad Social o comunicados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y por aplicación de cualquier norma con rango de ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social, deba exigirse el pago de dichas deudas: “a) A los responsables solidarios, en cuyo caso la reclamación comprenderá el principal de la deuda a que se extienda la responsabilidad solidaria, los recargos, intereses y costas devengados hasta el momento en que se emita dicha reclamación”.

Es por todo lo expuesto que no existe atribución específica competencial a favor de los Juzgados de lo Mercantil para conocer, en caso de concurso de sociedades mercantiles, de la declaración de derivación de responsabilidad por el impago de las cuotas de la Seguridad Social hacia los titulares del capital social.

Por tal razón se confirma que la Tesorería General de la Seguridad Social es competente para efectuar tal declaración que podrá ser sometida al control jurisdiccional de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

9. LA TGSS PUEDE DECLARAR LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL AYUNTAMIENTO RESPECTO DE UNA DEUDA CONTRAÍDA POR UNA SOCIEDAD MERCANTIL QUE ACTÚA COMO MEDIO PROPIO DEL ENTE LOCAL

Esta Sala ya expuso de forma clara la doctrina de la responsabilidad solidaria el supuesto de grupos de empresas laboral y las notas definidoras del concepto en su sentencia de fecha 2 de junio de 2016¹⁰, recordando dicha doctrina en la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2018¹¹. Al hilo de lo anterior es doctrina de Tribunal Supremo la siguiente: “en el estado actual de la jurisprudencia, la presencia de los “elementos adicionales” a los que la Sala de instancia se refiere resulta esencial para entender que concurre una unidad empresarial a efectos laborales en los grupos de empresa. Y esos componentes adicionales, a tenor de aquella doctrina, serían actualmente los siguientes: 1. El funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo (simultánea o sucesivamente) en favor de varias de las empresas del grupo; 2. La confusión patrimonial; 3. La unidad de caja; 4. La utilización fraudulenta de la

¹⁰ [RJ 2016, 3461].

¹¹ [RJ 2018, 5359].

personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; y, 5. El uso abusivo (anormal) de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores”.

Habiéndose ya considerado que es posible declarar la responsabilidad solidaria de un ayuntamiento por deudas a la Seguridad Social de una empresa concesionaria, y habiéndose también razonado acerca de las sociedades mercantiles públicas que se califican en el ámbito que las regula, el de la contratación pública, como medios propios de los entes que ostentan su capital y control, por ello, a efectos de la responsabilidad solidaria por deudas a la Seguridad Social, tales sociedades que constituyen un “medio propio” de un ente local pueden ser reputados equivalentes al supuesto de “grupo de empresas”.

Por todo ello, y en respuesta a los fundamentos formulados, el Tribunal Supremo acuerda lo siguiente:

1. La Tesorería General de la Seguridad Social puede declarar la responsabilidad solidaria de un Ayuntamiento respecto de una deuda contraída por una sociedad mercantil que actúa como medio propio del Ayuntamiento en forma análoga a lo que acontece con los denominados “grupos de empresa”.

2. La Tesorería General de la Seguridad Social es competente para efectuar la declaración de derivación de responsabilidad por impago de cuotas de la seguridad social de una sociedad anónima en situación de concurso cuya titularidad ostenta un ente público local la cual, una vez declarada, podrá ser sometida al control jurisdiccional de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

10. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES JURÍDICAS

El fondo de la cuestión es el recurso contra la resolución de 11 de enero de 2017 de la Subdirección Provincial de Recaudación Ejecutiva de la Dirección Provincial de Sevilla de la Tesorería General de la Seguridad Social, que acordó la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento de Écija de la deuda contraída por la Sociedad Ecijana para el Desarrollo Económico, S.A. con el Sistema de la Seguridad Social.

La sociedad en cuestión se constituye en fecha de 24 de febrero de 1989, siendo participada por el citado ayuntamiento con una aportación de 9.971 euros. Su objeto social, aunque cambiante, es sumamente amplio y actúa como medio propio del ayuntamiento. Fue declarada en concurso de acreedores en fecha de 13 de septiembre de 2013, acumulando una deuda con el sistema de la Seguridad Social de 882.340,87 euros.

En nuestra opinión, el hecho de que la empresa esté sometida a un procedimiento concursal no puede impedir el conocimiento de este recurso, ni la competencia de la Tesorería General de la Seguridad Social. En este sentido, el artículo 18.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, confirma que son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no

excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes. Dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esta ley y en su normativa de desarrollo.

Como puede comprobarse, el tenor literal de la normativa es clara y evidente por lo que no puede existir duda sobre la competencia de la Tesorería General de la Seguridad Social para adoptar el acuerdo que se pretende combatir. Además, la propia empresa vino a reconocer, en el proceso mercantil, la deuda que poseía con la Seguridad Social.

En lo que respecta a la segunda cuestión, la de los grupos de empresas, concurre la figura jurídica del grupo de empresa cuando quedan articuladas varias unidades económicas de producción bajo una dirección unitaria (una única dirección), lo que supone que las mismas actúan de forma coordinada, obedeciendo a una planificación común y a una política empresarial conjunta.

En todo caso, el rasgo común del grupo es la falta de coincidencia entre la realidad económica –donde se aprecia una actuación conjunta– y la realidad jurídica –en la que cada uno de los miembros posee personalidad propia formalmente independiente de la de los demás–.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo aquella que, en términos generales, viene a recoger la operación realizada por los tribunales de trabajo para resolver tales cuestiones, consistente en el denominado “levantamiento del velo” societario, otorgando relevancia al entramado o sustrato real que dicho velo oculta, cuando el mantenimiento de la apariencia formal comporte un perjuicio injustificado a los derechos de los trabajadores.

En este “levantamiento de velo” es importante fijarse en la identificación del empresario en el grupo de empresas. En este sentido, cuando la prestación de trabajo del empleado viene realizándose de manera indistinta, simultánea o sucesiva para varias de las empresas agrupadas, es difícil identificar al verdadero titular efectivo de la relación de trabajo. En estos supuestos, cuando un grupo de empresas actúa bajo una dirección económica unitaria, los tribunales vienen considerando empleador único al propio grupo de empresas. La misma solución se localiza en supuestos de agrupaciones y uniones temporales de empresas para desarrollar una determinada obra o actividad productiva.

Pero no siempre es así, pues la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo advierte e insiste en el criterio de atenerse a la realidad a la hora de identificar la posición empresarial, reconociendo una única relación de trabajo cuando el grupo actúa y se desarrolla con ámbito funcional unitario en la relación.

Y acudiendo a la doctrina de la existencia o inexistencia de responsabilidad laboral solidaria entre los miembros del grupo de empresa, lo cierto es que no cualquier conexión o coordinación entre los miembros de mismo grupo va a desencadenar el mecanismo de la responsabilidad solidaria. De conformidad con la jurisprudencia, para que el fenómeno de la agrupación de empresas tenga trascendencia en el ámbito de las relaciones de trabajo, han de concurrir lo que la jurisprudencia ha denominado “características especiales” que afectan a la ejecución de la relación contractual de trabajo.

Para el Tribunal Supremo, la responsabilidad compartida corresponde, sea cual sea la atribución de la posición empresarial, cuando exista “funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo”. Por tanto, existirá cuando la prestación de trabajo se realice indistintamente, por confusión patrimonial, a favor de varios empresarios; y cuando se haya producido o buscado de propósito una dispersión o elusión de responsabilidades laborales mediante una pluralidad de empresas. Son casos en los que sí existe responsabilidad solidaria por los miembros del grupo.

Así pues, de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 1998¹², la “*dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas*”; hace falta “*un plus, un elemento adicional*” que la jurisprudencia ha concertado en las referidas “*características especiales*”. Es decir: se necesita algo más para que exista responsabilidad solidaria entre las empresas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:

- 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo. Por tanto, cuando las empresas actúan como una unidad: como si fueran una sola empresa.
- 2) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo. En otros términos, cuando se trabaja para varias empresas y no solo para una.
- 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales.
- 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. Por tanto, cuando se confunden elementos.

En consecuencia, si no se dan estos requisitos, se descartará la aplicación del mecanismo de responsabilidad solidaria. En este sentido, se descarta la responsabilidad solidaria entre varias sociedades que integran un grupo cuando las mismas se dedican a actividades debidamente separadas, sin confusión de plantillas ni caja única.

De acuerdo con la jurisprudencia, sí existe responsabilidad solidaria: por el pago de los salarios de los trabajadores (es decir, cuando la misma empresa paga a todos los trabajadores) o por el pago de la indemnización por despido del trabajador cuando coinciden las personas que dirigen las empresas, se trasvasan cantidades entre ellas y se comparte la utilización de inmuebles y los servicios del trabajador¹³; o cuando las empresas están conectadas económicamente entre sí con control de una sobre la otra. En definitiva, se ha decidido la aplicación excepcional de la doctrina del “levantamiento del velo de la sociedad” declarando responsables a las personas físicas por cuenta de las que prestó servicios el trabajador cuando la interrelación de bienes, intereses, derechos y obligaciones de aquellas

¹² STS 26 de enero de 1998 [RJ 1998\1062].

¹³ STS 18 de mayo de 1998 [RJ 1998\4657].

personas y de las sociedades ha generado una confusión de actividades, propiedades y patrimonios¹⁴.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia, no existe responsabilidad solidaria: cuando no existe confusión de plantillas y de caja única o confusión de patrimonios de dominación, gobierno unitario (las órdenes no vienen de la misma dirección) o funcionamiento integrado (no actúan de manera conjunta)¹⁵; cuando dos sociedades distintas con personalidad jurídica y consejos de administración diferenciados comparten únicamente una dirección comercial común (encargada de las ventas), se ha entendido que no llegan a constituir grupo de empresas a efectos de compartir las respectivas responsabilidades laborales¹⁶; tales responsabilidades solidarias no pueden basarse en el único fundamento de la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo¹⁷; tampoco en el único dato de que una sola persona fuese representante legal de una de las sociedades y administrador único de la otra, sin confusión de patrimonios, apariencia externa unitaria ni prestación laboral indiferenciada¹⁸.

Trasladado al caso que hoy se resuelve, respecto a la noción de “grupo de empresa”, aun cuando el Tribunal Supremo no ha dedicado la atención fáctica que quizás el asunto hubiera requerido, todo parece indicar que se dan los requisitos que suelen exigirse por la jurisprudencia. Y, además, no puede negarse su incardinación en el ayuntamiento; la noción de grupo de empresa, dada la participación del ente municipal, las encomiendas que por éste se le han otorgado, hacen concluir que la demandante es una prolongación de su principal, para quien casi en exclusiva presta servicios, por lo que en modo alguno ofrece duda. Se ha producido una confusión patrimonial, el ayuntamiento hace no pocas cesiones gratuitas a la mercantil e incluso la exime del pago de alquileres, subviene a compromisos de la empresa y son las aportaciones municipales los ingresos predominantes de la entidad.

Realizando un recorrido jurisprudencial hemos podido localizar algunas manifestaciones sobre casos parecidos (pero no idénticos) en los que se recoge una escueta fundamentación jurídica de contrario. Por ejemplo, los recurrentes a los que se les exige la deuda, han venido alegando que *“la TGSS va a seguir una política de liquidar deudas que no ha reclamado a las sociedades concursadas en los juzgados de lo mercantil, reclamándola a pesar de que la autoridad del juez de lo mercantil excluye la actuación administrativa arrogándose jurisdicción, esto es, la facultad de declarar la existencia de solidaridad y la cuantificación de la deuda y además exigirla en vía de apremio, prescindiendo de la LOPJ y de la Ley Concursal derivando al OJCA todas estas cuestiones, como si no fueran civiles”*¹⁹. Lo cual, como ha quedado comprobado, jurídicamente no es así.

Por tanto, se confirma la legalidad de las actuaciones seguidas por la Tesorería General de la Seguridad Social, consistentes en adoptar el correspondiente acuerdo de derivación de responsabilidad solidaria, al amparo de los artículos 18.3 y 33.2 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (antiguos preceptos 15 y 30 del Texto Refundido de la Ley General de la

¹⁴ STS 6 de marzo de 2002 [RJ 2002\4659].

¹⁵ STS 30 de junio de 1993 [RJ 1993\4939].

¹⁶ STS 30 de abril de 1999 [RJ 1999\4660].

¹⁷ STS 21 de diciembre de 2000 [RJ 2001\1870].

¹⁸ STS 26 de diciembre de 2001 [RJ 2002\5292].

¹⁹ Auto del TS 8 de febrero de 2017 [JUR 2017\38261].

Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), por las deudas contraídas por otras sociedades mercantiles, algunas de las cuales sí están concursadas y forman parte del mismo grupo empresarial, sin dirigirse previamente al juez que tramita el concurso, considerando que no concurre ninguno de los supuestos del artículo 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y, en particular, que la Tesorería General de la Seguridad Social no ha ejercitado ninguna acción de reclamación de deudas sociales contra socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora; supuesto al que se refiere el apartado 6º del citado artículo 8.