

**ASUNTO: SOCIEDADES PARTICIPADAS DE GESTIÓN MUNICIPAL*****Venta de acciones en sociedad participada por sociedad publica municipal*****132/11**

EP

INFORME***********I. ANTECEDENTES DE HECHO**

Mediante escrito de fecha _____ 2011 y entrada en esta Institución Provincial el día 9 del mes de mayo del año en curso , el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de _____, interesa informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

" Por la presente le comunico que este Ayuntamiento participa como socio a través e la empresa pública municipal "promociones Públicas _____, S.A., en la empresa _____, S.A., Sociedad que actualmente se halla inmersa en una situación financiera y comercial muy delicada que requiere acción inmediata por parte de sus accionistas y/o el Consejo de Administración.

La operación comercial de la planta que la planta que la sociedad tienen en este municipio de _____ es deficitaria y no se prevé que la situación cambie ene el corto o medio plazo.

La Planta se puso en marcha finales a de 200__lo que supuso cuantiosas pérdidas para la sociedad. La puesta en operación supuso un margen de contribución negativo (sin costes fijos ni financieros) de -000.000 €.

Durante el ejercicio 2010, se acometió un importante plan de reducción de costes y se realizaron unas ventas de los subproductos que había.. En la Sociedad solo permanecen __ personas para el mantenimiento y conservación mínimas de las instalaciones, se han reducido todos los gastos y contratos e servicios al mínimo. Se ha negociado con todos los proveedores importantes quitas en torno al 50%. Solo



queda como acreedor relevante, Caja de _____ con un préstamo de ____ M€, además de _____, S.A., y sus socios industriales.

Por otra parte, durante el 2010, el Consejo acometió el estudio de la viabilidad de la Planta en el contexto de mercado y, tras determinar la caracterización de la estructura de costes operativos y logísticos, se identificaron las condiciones en las que la Planta pudiese comercializar biodiesel con márgenes de contribución positivos dentro de la cuota obligatoria de consumo nacional incrementada a ____ millones de toneladas en 2010.

Las conclusiones principales fueron:

- La inexistencia de legislación específica para prevenir la importación de biodiesel; el nuevo Real Decreto de cuotas sigue sin publicarse y no se prevé que pueda solucionar la sobrecapacidad existente;
- El aumento de la capacidad instalada nacional;
- Capacidad excedentaria en 4 millones de toneladas;
- Las plantas existentes se encuentran en procesos de venta, concursales o hibernación.

Ante esta situación, se plantean a la Sociedad las siguientes opciones:

A. Venta de la totalidad del capital social de la Sociedad a favor de _____.

La venta se instrumentaría como una compraventa de acciones en la que los vendedores serían todos los accionistas de la Sociedad (b a saber, _____, S.A., _____, S.A., y _____, S.L.). El precio de la compraventa sería 1 €, teniendo en cuenta que el valor actual de la Sociedad es negativo. El comprador sería _____ o bien Caja _____, en la proporción que en su caso _____ comunicara, dependiendo de los acuerdos finalmente alcanzados entre _____ y Caja _____ en relación con el repago de la deuda financiera otorgada por esta última.

Debe tenerse en cuenta que si la Sociedad es vendida a _____, se supera el riesgo acuciante de insolvencia actual y, por consiguiente, con carácter previo o simultáneo a la venta se podrá proceder al pago de la totalidad de la cantidad adeudada al Ayuntamiento de _____ en concepto de ICIO.

O bien,

B. Concurso de acreedores.

Si la venta propuesta en el apartado anterior no fuera posible por cualquier razón, se debería solicitar con carácter inmediato el concurso de acreedores de la Sociedad, toda vez que ésta se puede considerar ya en situación de insolvencia inminente y con riesgo cierto de incurrir en insolvencia actual a corto plazo.

Ante estas propuestas se plantean dudas sobre la legalidad de la venta de la participación de este Ayuntamiento mediante una compraventa de acciones en la que los vendedores serían todos los accionistas de la Sociedad (a saber, _____, S.A. _____, S.A., y _____, S.L.), cuyo precio sería 1 €, teniendo en cuenta que el valor actual de la Sociedad es negativo, por lo que, por



el presente le ruego que por ese Servicio de Asesoramiento y Asistencia Jurídica, se emita informe jurídico sobre la legalidad y el procedimiento a utilizar para dicha compraventa.”

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española (CE)
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)
- Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL)
- Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL)
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP)
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)
- Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV)
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC)
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP)

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Por los datos facilitados entendemos que el Ayuntamiento, a través de una sociedad mercantil local, participa, junto a otros socios privados, en otro ente societario, ejercitando una actividad económica sin vinculación a un servicio público municipal. Y que esta última se encuentra en una situación financiera de impagos regulares a los acreedores por deudas ya vencidas, y está tratando de revertir este estado “preconcurso”, mediante la venta de su participación en la misma.

A) ENAJENACIÓN POR LA SOCIEDAD MERCANTIL MUNICIPAL DE SU PARTICIPACIÓN ACCIONARIAL.

La Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local, establece en su artículo 85 TER que las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento



jurídico privado, salvo las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación. Es por ello que, en lo que ahora nos ocupa, utilizaremos normas propias del derecho privado y mercantil.

En primer lugar, hay que determinar el régimen jurídico de la enajenación de estos activos financieros, cuando no existan normas específicas de procedimientos de adjudicación de la sociedad mercantil municipal, como poder adjudicador.

El art. 6 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales -RBEL-, define los bienes patrimoniales municipales como aquellos que no estén destinados a uso público ni afectados a algún servicio público y puedan constituir fuentes de ingresos para el erario de la Entidad.

El art. 7.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), considera a esa clase de activos financieros como bienes patrimoniales, al señalar: *"(...) tendrán la consideración de patrimoniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos... los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles... 3. El régimen de... enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho (...)"*.

Respecto del procedimiento de enajenación de los bienes patrimoniales, la legislación aplicable viene determinada por el art. 80 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local -TRRL- , al señalar que: *"Las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario"*.

El art. 112 RBEL señala que las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en cuanto su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales. No obstante, en la actualidad habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 4.1.p) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -LCSP- , que explicita como contrato excluido de la misma la compraventa de valores negociables, y las acciones lo son según preceptúa el art. 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores -LMV- .

Por su parte, el art. 20 LCSP considera también contratos privados a los celebrados por sociedades mercantiles municipales, rigiéndose su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, se aplicarán las normas de derecho privado.



Y es el citado art. 4.1.p) LCSP el que reenvía otra vez a la legislación patrimonial, a la vez que confirma el carácter de privado de dichos contratos. Y, como consecuencia de todo ese vaivén de remisiones normativas, desembocamos en la LPAP; y, aunque los preceptos relativos a los procedimientos y formas de enajenación de bienes contenido en la misma no son de carácter básico, con arreglo al sistema jerárquico de fuentes determinado en el art. 1 RBEL, habría que entenderlo de aplicación supletoria, en defecto de normativa estatal o autonómica de aplicación directa.

Por tanto, en el supuesto planteado la legislación específica aplicable a las actuaciones contractuales de la sociedad mercantil municipal, al tener la condición de poder adjudicador y calificarse el contrato de venta de acciones de naturaleza jurídica privada, viene determinada por el art. 175 LCSP, debiendo aplicar el manual de instrucciones o normas internas en las que se regulen los procedimientos de adjudicación, de conformidad con los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. De no tener aprobados la sociedad municipal esas instrucciones internas, será aplicable la LCSP, en cuanto a la preparación y adjudicación, con la particularidad de adjudicarlo mediante procedimiento de subasta. Se seguirá el cauce procedimental y normativa de los entes administrativos, con las singularidades del régimen aplicable a las sociedades de capital.

Esta normativa deberá completarse con los Estatutos de la sociedad municipal, determinándose en un único criterio de adjudicación -precio más bajo del art. 134.1 LCSP-, modulado con otras cláusulas (capacidad, solvencia económico-financiera y técnica), en las cuales se establecerán el régimen jurídico obligacional del adjudicatario, incluyendo la asunción de continuar y suceder en la actividad empresarial, en la forma que se apruebe.

Conviene recordar que, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, ya no se habla de subasta -un único criterio para la adjudicación del contrato (el precio)-, o concurso (varios criterios), sino que se hace alusión a términos hasta entonces asumidos tanto por la normativa patrimonial como por la de contratación, en cuyo caso deberá precisarse en el Pliego.

Respecto del precio de la enajenación, su importe inicial habrá de ser establecido conforme al contenido del art. 118 RBEL, al señalar como requisito previo a toda enajenación de bienes patrimoniales la valoración técnica de los mismos, acreditando, de modo fehaciente, su justiprecio.

En cuanto al órgano competente para la enajenación, habrá de estarse a lo establecido en los Estatutos y la normativa que regulen la sociedad mercantil local, en cuanto a la distribución de facultades entre los órganos societarios.

La ordenación de la venta de estos activos financieros se contiene en el art. 175 LPAP, al regular la enajenación de títulos representativos de capital; y, aunque no es de aplicación general a todas las Administraciones, podemos tenerlo en cuenta a falta de otra regulación (así, parte de la doctrina considera que el Título VII de esta Ley, en el que se encuentra el art. 175 LPAP, es supletoriamente aplicable en ausencia de normativa local específica, aunque no estamos en presencia de una Administración Pública, sino de un ente societario instrumental del Ayuntamiento).



La utilización de otro procedimiento diferente al de la subasta -como pudiera ser el concurso con varios criterios de adjudicación-, conllevaría su motivación así como su vinculación a la prestación de un servicio público local o necesidad de interés general.

Así, la aplicación del procedimiento de enajenación de bienes patrimoniales mediante subasta ha venido matizándose por la Doctrina de la JJCA del Estado, en su informe nº 25/2008, de 29 de enero, sobre procedimientos y formas de adjudicación de contratos patrimoniales, y la jurisprudencia del TS (Sentencias de 20 de mayo de 2006, y de 22 de marzo de 2006).

B) DECLARACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

Respecto a la situación de insolvencia de la sociedad participada, hay que matizar que si la sociedad mercantil se encuentra en situación de desequilibrio por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del capital social, estaría incurso en causa de disolución, de conformidad con el art. 363 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 -LSC-, salvo que concurren los fundamentos para solicitar el concurso de acreedores, en cuyo supuesto no supondría la disolución de la sociedad hasta la apertura de la fase de la liquidación en el concurso de acreedores (art. 361 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal -LC-).

La declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad de la sociedad participada, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de la misma; pero goza el juez del concurso de amplias potestades para acordar el cierre de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, así como llevarla al cese o la suspensión, total o parcial, de ésta, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores.

En cualquier caso, corresponde al deudor, en este caso la sociedad participada, expresar en la situación en la que se encuentra, y además, deberá justificar, que no probar, su endeudamiento y su estado de insolvencia, lo que hará precisamente en el momento de la presentación de la solicitud de concurso y que se trata en el artículo 6 de la Ley. Es decir, la solicitud de la declaración del concurso de acreedores (llamado voluntario) debe presentarlo el deudor cuando su insolvencia sea actual o inminente, con una previsión de no poder atender de forma regular y puntualmente sus deudas. En este caso, el órgano competente para solicitar el concurso voluntario es el órgano de administración o de liquidación. El término "inminente" gira en torno a la previsión de imposibilidad de cumplir a corto plazo; es decir, amenaza con suceder prontamente. El concepto "inminente" se compone de dos elementos: por un lado, exige una previsión (es un estado objetivamente probable) y, por otro, el juicio que contenga dicha previsión ha de ser un juicio de probabilidad y no de posibilidad en el sentido de que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá. Ante esta situación, la Ley le impone al deudor la obligación de solicitar su propio concurso en el plazo de dos meses desde que conoció o debió conocer su estado de insolvencia, y ello con el fin de impedir el



colapso de su patrimonio, a que se vería avocado por el retraso en la decisión de colocarse en situación concursal. Se excepciona este deber si ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada del convenio y lo comunica al Juzgado. Si trascurren tres meses del traslado al Juzgado, tendrá obligación de solicitar el concurso en el plazo de un mes. (También están legitimados para pedir la declaración de concurso cualquiera de sus acreedores, con tal de que prueben la existencia de su crédito con los requisitos que marca la Ley en su artículo 5.)

Así, la sociedad participada deudora deberá presentar, junto con el escrito de solicitud del concurso, los mismos documentos cualquiera que sea el estado concreto de la misma, a saber:

- a) Un poder especial para solicitar el concurso.
- b) Una memoria.
- c) Un inventario de bienes y derechos.
- d) Una relación de acreedores,

Todos estos documentos con el contenido y circunstancias a que se refiere el artículo 6 de la Ley Concursal.

En lo que respecta al **procedimiento**, el mismo se inicia por la simple presentación de su solicitud ante el Juzgado de lo Mercantil competente para su conocimiento. La Ley no contiene un precepto específico que puntualice cuál debe ser el contenido de la solicitud, si bien indudablemente debe aportarse con claridad al escrito la manifestación separada de los hechos y fundamentos de derecho. Resulta evidente la necesidad de aportar los datos identificativos del promovente, tanto si es el que propio deudor el que solicita el concurso o como si son sus acreedores.

En la solicitud se hará constar claramente la petición de declaración de concurso. Presentada ésta con toda la documentación antes señalada, el juez pasará a la observación minuciosa de la misma; en caso de adolecer la solicitud de alguno de los documentos exigidos o de no estar completos, el juez dará al solicitante un plazo de cinco días para su justificación o subsanación, como bien expresa el artículo 13.2 de la Ley.

Presentada la solicitud en el Registro general, con sus documentos y copias, se procederá a su reparto entre los distintos juzgados de lo mercantil en el caso de existir varios. Respecto a la competencia territorial de los juzgados, la misma vendrá determinada por el lugar donde la sociedad concursada tenga el centro de sus intereses principales, que no es otro que el de su domicilio social. Por tanto, y salvo prueba en contrario, en los concursos voluntarios (promovidos por el propio deudor, en este caso la sociedad participada), será competente el juez de lo mercantil donde radique el domicilio social de la sociedad; allí será por tanto donde deba presentarse la solicitud.



Llegados a este punto, y una vez turnada la solicitud al juez de lo mercantil y admitida su competencia, éste la examinará en ese mismo día o en el siguiente, y si la estima completa, dictará auto declarando el concurso si el que la ha solicitado es el propio deudor. Si la solicitud de concurso la presentan los acreedores, dictará auto admitiendo la solicitud a trámite, pero trasladando la documentación al deudor para su examen y comparecencia en el plazo de cinco días, proponiendo los medios de prueba necesarios.

Especial atención dedica la ley a los supuestos de concurso de persona jurídica y a los efectos que en este caso produce la declaración, materia de gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico.

Durante la tramitación del concurso se mantienen los órganos de la persona jurídica deudora. Los administradores concursales están legitimados para ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores, auditores y liquidadores, sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios. El efecto más severo que la ley establece es el del embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores, que el juez puede acordar cuando exista fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas.

De lo señalado en la consideración anterior se desprende que cabe la posibilidad de llegar al embargo de bienes de administradores y liquidadores. No podemos olvidar que estas sociedades participadas por sociedades públicas municipales o sociedades de economía mixta, suelen contar con bienes pertenecientes al inventario municipal, esto es, se trata de bienes de carácter patrimonial, y este extremo es importante, ya que en caso final de embargo, la legislación de régimen local marca el límite sobre la embargabilidad de los bienes que son propiedad de las entidades locales, pues un primer límite a la embargabilidad de los bienes del Ayuntamiento conforme resulta de los arts. 80.1 LRBRL, 5 RBEL, y 23 LGP, es que sólo podrían ser embargados los bienes patrimoniales no afectados a uso o servicio público.

En cuanto al **cobro del ICIO por el Ayuntamiento**, en el supuesto de declaración del concurso de acreedores, los créditos existentes con anterioridad a la declaración del mismo se denominan créditos concursales y, de conformidad con el art. 91 LC, los créditos tributarios están graduados para su pago en el 2º orden, como créditos con privilegio general.

En todo caso, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, según el art. 164 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria -LGT- .



IV. CONCLUSIONES:

Primera.- En defecto de normas internas propias o manual de instrucciones reguladoras de los procedimientos de adjudicación de la sociedad local, respetando los principios publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, se aplicará el procedimiento contractual de la enajenación mediante subasta pública, pero únicamente de los títulos representativos de capital social que tiene la sociedad mercantil municipal, previa valoración pericial de la participación empresarial municipal. Los activos financieros de los otros socios privados accionistas se transmitirán mediante su venta sujeta a la normativa de derecho privado.

Segunda.- Si concurren los requisitos para dar cumplimiento al deber de solicitar el concurso de acreedores, puede comunicarse al Juez la propuesta anticipada de convenio que se haya llegado con el tercero o entidad bancaria, a efectos de continuar con la actividad empresarial, obteniendo un margen temporal de cuatro meses para terminar la adjudicación del accionariado municipal y presentar un plan de viabilidad dentro de la propuesta de convenio, evitando la posibilidad de nombramiento judicial de administradores concursales que pudieran tener una voluntad diferente a los actuales gestores y propietarios de la sociedad participada.

Badajoz, mayo de 2011