

INFORME SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DE IMPULSA EL PUERTO

1. ANTECEDENTES

Mediante Decreto 2017/4799, D. Antonio Fernández Sancho, Teniente de Alcalde Delegado del Área Económica del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, resuelve la adjudicación de los servicios de “Asesoramiento jurídico y económico-financiero para el análisis de la situación actual y viabilidad de Impulsa y medidas y actuaciones a adoptar en el seno de la misma” a la entidad MARTÍNEZ ESCRIBANO ABOGADOS Y ECONOMISTAS, S.L.P.

El presente informe se emite en beneficio exclusivo del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María. Ningún tercero puede utilizar o acceder al informe sin el previo y expreso consentimiento del Despacho, y siempre de conformidad con los términos que el Despacho pueda estipular en relación con dicho tercero. Se autoriza expresamente el uso y acceso al informe a efectos informativos por el órgano de administración de IMPULSA EL PUERTO, S.L.U., no asumiendo ninguna responsabilidad el Despacho por dicho uso y acceso.

La información contenida en el informe tiene carácter confidencial y privilegiado y sólo puede ser divulgada o reproducida en todo o en parte con nuestra previa autorización escrita.

2. ALCANCE DEL INFORME

El objeto del presente informe trata de analizar la situación financiera y de solvencia de IMPULSA EL PUERTO, S.L.U. (“IMPULSA EL PUERTO”, la “Sociedad” o “IEP”) con la finalidad principal de determinar una eventual situación de insolvencia, con las posibles medidas y actuaciones conforme al resultado de dicho análisis.

3. PRESUPUESTO SUBJETIVO

3.1. Naturaleza jurídica de IMPULSA EL PUERTO, S.L.U.

El capital social de IMPULSA EL PUERTO es de titularidad pública, siendo su accionista único el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María. Así, en los estatutos sociales de la Sociedad se contempla que las participaciones sociales en que se divide su capital social son de titularidad exclusiva del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María.

La Sociedad se configura por tanto como una **sociedad mercantil local para la gestión directa de servicios públicos de competencia local** en los términos previstos en la letra d) del artículo 85.2.A) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL). Al respecto, el apartado 1 del artículo 85.ter de la LRBRL establece que

“las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo”.

El ordinal segundo siguiente del artículo 85.ter LRBRL dispone que

“la sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad”.

Del mismo modo, el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, de conformidad con la disposición final primera de la LRBRL prevé en el apartado 1 de su artículo 103 que

“en los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada. La Sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la Entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto representando al capital social”.

Por su parte, el artículo 33 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LALA) establece que los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa, por la propia entidad, o de forma indirecta, mediante modalidades contractuales de colaboración, teniendo la consideración de gestión propia o directa la prestación de los servicios públicos que las entidades locales desarrollen por sí o a través de sus entes vinculados o dependientes, que puede revestir, entre otras modalidades, la de sociedad mercantil local (artículo 33.3.e LALA).

En desarrollo de lo anterior, el artículo 38 LALA establece lo siguiente:

Artículo 38. Sociedad mercantil local

1. Las sociedades mercantiles locales tendrán por objeto la realización de actividades o la gestión de servicios de competencia de la entidad local.

*2. Las sociedades mercantiles locales **se regirán**, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, **por el ordenamiento jurídico privado**, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa patrimonial, presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, sin perjuicio de lo señalado en la legislación que resulte expresamente aplicable como garantía de los intereses públicos afectados.*

3. La sociedad mercantil local deberá adoptar alguna de las formas de sociedad mercantil con responsabilidad limitada y su capital social será íntegramente de titularidad directa o indirecta de una entidad local.

4. Los estatutos deberán ser aprobados por el pleno de la entidad local, que se constituirá como junta general de la sociedad, y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la sociedad. En ellos se determinará la forma de designación y funcionamiento del consejo de administración, los demás órganos de

dirección de la misma y los mecanismos de control que, en su caso, correspondan a los órganos de la entidad local.

También resulta de interés al respecto lo previsto en el capítulo II del Título II de la LALA:

CAPÍTULO II. De la iniciativa económica local

Artículo 45. Iniciativa económica local

1. En los términos del artículo 128.2 de la Constitución Española, las entidades locales andaluzas podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas en el marco de sus políticas propias, en régimen de libre concurrencia.

2. El ejercicio de actividades económica en régimen de libre concurrencia requiere acuerdo de la entidad local adoptado por mayoría.

Artículo 46. Empresa pública local

1. Para el ejercicio de actividades económicas las entidades locales adoptarán, preferentemente, la forma de empresa pública local.

*2. Tendrá la consideración de **empresa pública local cualquier sociedad mercantil con limitación de responsabilidad en la que los entes locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.***

3. Las empresas públicas locales tendrán por objeto la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia.

4. Las empresas públicas en ningún caso podrán ejercer potestades públicas.

Artículo 47. Creación de la empresa pública local

1. La creación de la empresa pública local requiere autorización del pleno mediante acuerdo adoptado por mayoría, previo expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, acuerdo que deberá ser objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y habrá de especificar como contenido mínimo obligatorio:

a) Denominación.

b) Forma jurídica de la sociedad.

c) Descripción de las actividades que integran el objeto social.

d) Facultad de participar o crear otras sociedades mercantiles.

e) Participación de la entidad local en el capital social, así como mecanismos para garantizar el mantenimiento de la posición de partícipe mayoritario cuando sea oportuno por razón de interés público.

f) *Líneas básicas de su organización y de funcionamiento de la administración de la sociedad y, en su caso, del consejo de administración.*

g) *Adscripción.*

Asimismo, el acuerdo debe incorporar y aprobar el proyecto de estatutos y el plan inicial de actuación en los mismos términos que los establecidos para las agencias.

2. *Los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la empresa pública local.*

Artículo 48. Régimen jurídico

1. *La empresa pública local se **regirá**, cualquiera que sea su forma jurídica, por el **ordenamiento jurídico privado**, salvo las materias en que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia, patrimonial y de contratación.*

2. *Los estatutos determinarán el funcionamiento del consejo de administración y de sus restantes órganos de dirección.*

3. *El personal al servicio de las empresas públicas locales se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.*

Artículo 49. Transparencia de las relaciones financieras

1. *Las empresas públicas locales tendrán el deber de suministrar información, en los plazos que se establezcan en sus estatutos, a la administración local de la que dependan, sobre la recepción de fondos enviados por las distintas administraciones públicas, al objeto de garantizar la transparencia de las relaciones financieras.*

2. *Las empresas públicas locales tendrán que incluir en la memoria anual información específica sobre la puesta a disposición de fondos efectuada por las administraciones públicas, ya sea directa o indirectamente, los objetivos perseguidos por los mismos y su utilización efectiva.*

perseguidos por los mismos y su utilización efectiva.

Igualmente, en materia de iniciativa económica local, el artículo 86 LBRL, respecto de las sociedades locales, establece que,

Artículo 86

1. *Las Entidades Locales podrán ejercer la **iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias.** En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda*

municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

2. *Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.*

Sobre la actividad que desarrollo la Sociedad, el artículo 2 e) los Estatutos Sociales de IMPULSA EL PUERTO, relativo a su objeto social, prevé:

La Sociedad IMPULSA EL PUERTO; S.L.U. tiene como objeto social el promover e impulsar el desarrollo económico y urbanístico de El Puerto de Santa María, así como prestar asesoramiento de todo tipo, ya sea técnico, jurídico, de gestión, financiero o económico a los proyectos de iniciativas de promoción de empleo y a las empresas en general. (...).

En este sentido, sobre la letra del artículo 25.2 LRBRL que establece como competencias propias de los municipios, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, no se encuentran expresamente incardinadas las actividades de la Sociedad.

Al respecto, la normativa autonómica, en el artículo 26.1 LALA dispone que

Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía.

El artículo 28 LALA prevé que las entidades locales pueden configurar los servicios locales de interés general como servicio público y servicio reglamentado, prestándose los servicios locales de interés general en régimen de servicio público cuando la propia entidad local realiza, de forma directa o mediante contrato administrativo, la actividad objeto de la prestación.

Por su parte, tienen la consideración de servicios públicos básicos los servicios enumerados en el artículo 92.2.d) del Estatuto de Autonomía para Andalucía (artículo 31 LALA): abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales; alumbrado público; recogida y tratamiento de residuos; limpieza viaria; prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros; cuya reserva a favor de los municipios está declarada conforme al artículo 32 LALA.

Sobre la actividad desarrollada por la Sociedad, no resulta un servicio público básico, y tampoco reservado por la LALA, ni otras disposiciones.

Por otra parte, dado el carácter de sociedad integrante del sector público le serán de aplicación la normativa en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, racionalización del gasto público y limitativa a la contratación por su consideración de sector público a tales efectos.

En materia estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, de conformidad con el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), la Sociedad opera como **ente de mercado no clasificado en el sector de administraciones públicas**.

Finalmente, resulta un límite condicionante en el sector público local la previsión de la disposición adicional novena de la LRBRL, introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

3.2. Actividad y análisis patrimonial de IMPULSA EL PUERTO

3.2.1. Actividad de IMPULSA EL PUERTO

De acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de los Estatutos Sociales de IMPULSA EL PUERTO relativo a la determinación del objeto social:

Tiene como objeto promover e impulsar el desarrollo económico y urbanístico de EL Puerto de Santa María, así como prestar asesoramiento de todo tipo, ya sea técnico, jurídico, de gestión, financiero o económico a los proyectos de iniciativas de promoción de empleo y a las empresas en general.

El desarrollo del objeto social reseñado se llevará a cabo mediante el ejercicio de las siguientes actividades:

- 1. Promover la iniciativa pública y/o privada, en cuanto a la creación de empresas en término municipal.*
- 2. Captar recursos ajenos para canalizarlos hacia las citadas empresas.*
- 3. Apoyar a la pequeña y mediana empresa, así como a las de economía social, orientándolas sobre sus posibilidades en sectores económicos apropiados, productos, mercados y cuantas gestiones sea beneficiosas para un desarrollo socioeconómico equilibrado de la zona.*
- 4. Colaborar con recursos propios con aquellas entidades, proyectos o actuaciones que tengan por finalidad contribuir a la promoción económica, cultural o social de El Puerto de Santa María.*
- 5. Informar de cualquier beneficio, ayuda o subvención existente en cada momento para la creación de empresas y estímulos a la inversión, así como su difusión, tramitación o gestión.*
- 6. Crear un fondo de documentación que incluya inventario de recursos naturales, medios de comercialización, suelo industrial o disponible, características de la mano de obra y cualquier otro dato de interés para los inversores.*

7. *Adquirir, producir, construir, promover y vender instrumentos, maquinarias, instalaciones, inmuebles, materiales, productos y elementos necesarios o convenientes para la sociedad, así como la promoción, participación o integración en otras sociedades de objeto idéntico o análogo.*
8. *La promoción, planificación desarrollo y ejecución de actuaciones que potencien y desarrollen la economía de la ciudad, especialmente las que fomenten el empleo y el turismo, pudiendo adquirir bienes inmuebles y muebles para su adecuación a este fin, urbanizando terrenos, construyendo edificio, complejos turísticos, incluyendo apartamentos turísticos, instalaciones náuticas deportivas o comerciales así como sus áreas conexas o instalaciones vendiéndolos, gravándolos, administrándolos y gestionándolos bien directamente o indirectamente en cualquier de las formas admitidas en derecho.*
9. *Construir, promover y gestionar parques industriales, comerciales y ganaderos, edificios industriales, de oficinas y ganaderos y demás instalaciones propias de las empresas.*
10. *Llevar a cabo las funciones previstas en el Art. 117 y concordantes, de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, referentes al desarrollo de la figura del Agente Urbanizador cuando desarrollo actuaciones previstas en su objeto social.*
11. *La Promoción, Gestión y Ejecución de aparcamientos subterráneos y en superficie en general, así como cualquier tipo de infraestructura, que a juicio de la Corporación Municipal beneficie especialmente a la evolución y desarrollo urbanístico de El Puerto de Santa María, y en particular todas las operaciones necesarias para la ejecución de estos fines, desde su promoción hasta su total terminación incluyendo: Estudios de viabilidad, Obtención del suelo, por cesión o concesión administrativa, o por cualquier otra vía. Preparación de Concursos de Licitación, Estudio de Plicas, Adjudicación y Contrato de Obras, Vigilancia, Seguimiento y Recepción de las Obras, Promoción, Gestión, Comercialización y Adjudicación o Venta de las plazas de aparcamiento obtenidas y Administración y Gestión de los aparcamientos propiedad de la Sociedad o propiedad ajena, cuidando de su mantenimiento y percibiendo de los propietarios la remuneración que se establezca entre las partes.*

En la actualidad IMPULSA EL PUERTO no tiene encomiendas específicas por parte de la corporación municipal.

Gestiona cuatro (4) parkings cedidos por el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María (a los que a su vez subcontrata la gestión) y posee dos (2) edificios con intención de arrendar o vender (Edificios 286 y 287). Su actividad fundamental se ha centrado en la promoción inmobiliaria de suelo industrial, del Parque Empresarial Las Salinas del Poniente, a través de naves y parcelas, además de la gestión de las cuatro (4) bolsas de aparcamiento y la construcción proyectada de aparcamientos subterráneos a través de su participada IMPULSA APARCA, S.L.

Durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, la Sociedad también fue la encargada de la gestión de las áreas de aparcamiento regulados (“Zona naranja”) del Ayuntamiento.

Actualmente cuenta con una plantilla de nueve trabajadores y un gerente.

En cuanto a la actividad de promoción urbanística:

- Se han promovido varios polígonos industriales del entorno de la ciudad como “Salinas de Poniente”, donde posee naves y parcelas.
- Se han aportado parcelas para el proyecto “Salinas Bajo”, el cual se encuentra en fase de aprobación inicial.
- Posee varias naves, suelo sin urbanizar, 4000 m² de oficinas (de las cuales un 50% ya se encuentran arrendadas).
- En régimen de permuta con el ayuntamiento el “Estadio del Cubillo” (cuya escritura aún no está elevada a público).
- Posee convenio en vigor con la empresa que explota el conjunto de La Cantera de San Cristóbal.

No existen tasaciones recientes de estos activos inmobiliarios.

Asimismo, en cuanto a la relación de IMPULSA EL PUERTO con el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, se ha tenido constancia de la existencia de alquiler de oficinas sin canon, además del apoyo de la Sociedad a la Fundación Alberti. Igualmente se informa sobre la existencia de un crédito de dos millones de euros frente al Ayuntamiento derivado de la construcción de un puente sobre la que existe falta de conciliación con el Ayuntamiento.

En cuanto a la relación con el resto de empresas municipales, IMPULSA EL PUERTO es patrocinador de la Radio Municipal que gestiona El Puerto Global y que no existen relaciones recurrentes con el resto de empresas municipales.

3.2.2. Análisis patrimonial

Como conclusión al análisis de las partidas que componen el **activo** de la Sociedad se concluye lo siguiente:

- El principal activo de la Sociedad son inmuebles, recogidos en el balance en distintas partidas dependiendo del destino de los mismos (inmovilizado material, inversiones inmobiliarias y existencias). Aunque no existen tasaciones actualizadas de los inmuebles, puede deducirse de la información de la que se ha dispuesto que los **activos de la Sociedad pudieran estar reconocidos en el balance a un precio muy superior al de mercado, no reflejando en este punto la imagen fiel de las cuentas anuales**. Así lo entienden igualmente los auditores de la compañía, que desde años atrás vienen expresando salvedad en su informe de auditoría, por entender que existen indicios de deterioro en los inmuebles que posee la entidad. Dicha salvedad viene recogida en las últimas cuentas anuales auditadas correspondientes al ejercicio 2016, y ello no obstante

haberse incluido ajustes a la valoración de activos en las cuentas anuales de dicho ejercicio.

- Cabe mencionar la partida inversiones en empresas del grupo por 4,7 millones de euros, consistente en la participación que la entidad posee en la Sociedad Impulsa Aparca, S.L., entidad constituida al 50% con un socio financiero externo (No Administración Pública) cuyo objeto social es el desarrollo de dos aparcamientos subterráneos (Pozos Dulces y Plaza de Toros). Dichos proyectos sufren retrasos en la ejecución y la viabilidad de los mismos ha sido objeto de renegociación con costes adicionales para la Sociedad. De conformidad con las cuentas anuales auditadas correspondientes al ejercicio 2016, el 20 de octubre de 2016 se elevaron a público los acuerdos de modificación para la cancelación del proyecto de Plaza de Toros. A ello debe añadirse el impacto negativo que dicha cancelación ha supuesto para la Sociedad según se detallan en las cuentas anuales de 2016 y que existe un acuerdo de reducción de capital pendiente de formalización. De acuerdo con lo anterior entendemos que existen **elementos suficientes que aconsejarían la realización de un test de deterioro por si pudiera existir un deterioro de esa participación.**
- En el epígrafe “Inversiones en empresas del grupo y asociadas a corto plazo” se refleja un saldo deudor por importe de 2 millones de euros (no representando saldo a 31 de diciembre de 2015, que conforme a las cuentas del ejercicio 2016, fue un saldo traspasado), los auditores reflejan una salvedad en su informe por dicho saldo, **no pudiendo tener evidencia suficiente sobre la veracidad de ese activo, ya que es el propio Ayuntamiento de El Puerto de Santa María el que no reconoce esas cantidades.** Advertimos asimismo que en las cuentas del ejercicio 2016 se pone de manifiesto que alguno de los expedientes de reconocimiento de deuda por parte del Ayuntamiento se encuentra en avanzado estado, en particular del Expediente “Puente Salinas”, si bien no tenemos constancia de la exactitud material de afirmación. Como principales conceptos de dicho saldo registrados en las cuentas anuales de 2016 estarían:
 - Expediente “Puente Salinas”: 1.786.137,11 euros.
 - Expediente “Indemnización Zona Naranja”: 1.276.780,10 euros.

Adicionalmente, la Sociedad cuantifica en el importe adicional de 2.762.694,75 euros en reclamaciones efectuadas al Ayuntamiento pendientes de resolución.

De todo lo anterior se puede deducir que el activo reconocido en la contabilidad de la compañía no se encontraría valorado conforme a las Normas de Registro y Valoración expresadas en la normativa contable de aplicación, pues como se ha mencionado anteriormente, se dan elementos e indicios suficientes para entender que existe una depreciación tanto de los inmuebles que la entidad posee, como de las participaciones en otras entidades, además de los saldos deudores recogidos con el Ayuntamiento.

Debido a las **deficiencias halladas en el análisis del activo y la incertidumbre de su cuantificación**, no podemos expresar el efecto que en su caso pudiera tener en las partidas de patrimonio neto de la Sociedad.

En cuanto al pasivo, cabe destacar la cuenta acreedora con el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María por valor de 964 miles de euros, de la que no hemos podido obtener evidencia ni conciliación con el Ayuntamiento, sin que podamos determinar de qué forma pudiera afectar a las cuentas anuales analizadas. Adicionalmente, su **nivel de endeudamiento es alto**, encontrándose, según ha informado la Sociedad, muchos de sus préstamos y deudas vencidos y/o en proceso de renegociación y refinanciación.

Finalmente, según información facilitada por la gerencia, el resultado de explotación corriente del año 2016 fue negativo, por importe de -478.869,15 euros. El impacto del resto de elementos que conforman la cuenta de explotación del año 2016 fue negativo por importe de -10.796.672,42 euros, incluyéndose ajustes a la valoración de activos, gastos financieros, efecto de IMPULSA APARCA, efecto de las ventas inmobiliarias, otros gastos atípicos y el efecto de eliminar partidas no reconocidas por el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María-

3.3. Presupuesto subjetivo de la Ley Concursal

El artículo 1.3 LC dispone 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.”*

Por tanto, no puede instarse el concurso de ninguna de las Administraciones territoriales ni de ninguna de las Entidades de Derecho Público que integran la llamada «Administración institucional».

En consecuencia, los eventuales acreedores deberán hacer valer sus derechos de crédito contra los entes de Derecho Público que integran la Administración institucional mediante el ejercicio de las correspondientes acciones individuales contra los respectivos entes, sin que la norma contemple ni siquiera como posible la existencia de un concurso de acreedores respecto de estas entidades.

Como señala PULGAR, esta expresa exclusión del sector público del ámbito del concurso podría encontrar su justificación en el mandato constitucional que coloca a las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales (artículo 103.1), que conlleva la necesidad de preservar la integridad patrimonial de sus entes, evitando que, por la dinámica del concurso de acreedores, se pueda producir la disolución, liquidación y extinción de la Administración pública deudora. Por ello, habla de la «inadecuación del Derecho Concursal al sector público», señalando que esta situación de insolvencia de entidades públicas se ha venido resolviendo tradicionalmente «mediante la asunción del déficit por la colectividad». Para ROJO y ORDUÑA, esta exclusión tiene el mismo fundamento que la inembargabilidad de los bienes y derechos de dominio público.

Para algunos autores, así como la exclusión de la LC de las Administraciones en sentido estricto puede venir justificada por el mandato constitucional de servicio de éstas al interés público, la aplicación de esa exclusión respecto de entes que realizan una función empresarial podría ser contraria al Derecho de la Unión Europea y ser considerada una ayuda incompatible con el mercado común.

En dicha línea, apuntan algunos autores que la razón que se desprende de su exclusión como sujeto pasivo del concurso radica en que las Administraciones Públicas persiguen siempre fines de interés general (artículo 103 CE), por lo que en base al principio de

inmunidad de ejecución del Tesoro Público (artículo 30.2.1 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas y 23.1 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria), las Administraciones Públicas no son susceptibles de ser objeto de un procedimiento de ejecución singular que afecte a bienes demaniales, comunales y bienes patrimoniales afectos a un uso o servicio público, y en consecuencia, tampoco pueden serlo de un procedimiento de ejecución colectiva, ni devendrán nunca en una situación de insolvencia. En consecuencia, nunca pueden ser sujetos pasivos de un proceso concursal, ya que el servicio al interés general es incompatible con el interés particular inherente a un procedimiento de ejecución -la doctrina mercantilista representada Bercovitz y Sánchez Calero han mantenido esta posición-.

Como señala el Auto de 13 de abril de 2009, del Juzgado de lo Mercantil de Málaga:

Se trata , sin duda, de una excepción planteada por el legislador que pretende evitar que los mismos puedan ser declarados en concurso de acreedores precisamente por los mecanismos paraconcursoales que pueden servir al salvamento y por los intereses públicos o el orden público que pudiera resultar afectado.

Como consecuencia de lo anterior, debe valorarse si la Sociedad se encuentra dentro de la referida exclusión del artículo 1.3 LC, que como excepción a la regla general (la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, ex art. 1.1 LC), debe interpretarse de forma restrictiva.

Las sociedades mercantiles públicas, contrariamente a lo dicho para las entidades del sector público con personalidad jurídico-pública se encuentran plenamente sometidas a la LC, esto es, pueden ser declaradas en concurso de acreedores con arreglo a la normativa concursal común.

Ello resulta del artículo 1 de la citada Ley:

- tanto en su formulación «positiva» (artículo 1.1 LC): La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica;

- como en su formulación «negativa» o excepción (artículo 1.3 LC): No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la Administración territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público: esta exclusión, como se puede apreciar, no abarca a las sociedades mercantiles, por lo tanto, debemos entender en sentido contrario que podrán ser objeto de declaración de concurso.

- Administraciones territoriales:

El artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) considera a los efectos de esa Ley Administraciones Públicas, de forma plena a:

a) la Administración General del Estado;

b) las Administraciones de las Comunidades Autónomas; y

c) las Administraciones que integran la Administración Local, teniendo en cuenta que conforme al artículo 3 LRBRL:

1. *Son entidades locales territoriales:*

a) *El Municipio.*

b) *La Provincia.*

c) *La Isla en los archipiélagos balear y canario.*

2. *Gozan, asimismo, de la condición de Entidades Locales:*

a) *Las Comarcas u otras entidades que agrupen varios Municipios, instituidas por las Comunidades Autónomas de conformidad con esta Ley y los correspondientes Estatutos de Autonomía.*

b) *Las Áreas Metropolitanas.*

c) *Las Mancomunidades de Municipios.*

- Administraciones institucionales:

Conforme al artículo 2.2 LRJAP son las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Las entidades que integran esta categoría son todas entidades de Derecho Público, esto es, tienen personalidad jurídico-pública.

En el ámbito local, con arreglo a la LRBRL podemos distinguir entre organismos autónomos locales (art. 85.2.b) LRBRL), entidades públicas empresariales locales (art. 85.2.c) LRBRL) y consorcios (art. 87 LRBRL). No se encuentran por tanto dentro de la Administración institucional la sociedad mercantil local.

- Otros entes de derecho público

La última mención relativa a los demás entes de derecho público, de carácter residual, incluye las corporaciones de derecho público como colegios profesionales, cámaras agrarias y cámaras de comercio, industria y navegación, las universidades públicas y las denominadas administraciones independientes, esto es, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión de Mercado de Telecomunicaciones y Agencia de Protección de Datos.

Siendo, pues, lo determinante para quedar, las entidades que integran el sector público, excluidas de la LC que las mismas ostenten personalidad jurídica pública (es a ellas a las que se refiere el artículo 1.3 LC), no cabe duda sobre la **posibilidad de que sociedades mercantiles públicas**, esto es participadas mayoritaria o minoritariamente por el sector público, **puedan ser declaradas en concurso**. Dicho artículo es coherente para el caso de IMPULSA EL PUERTO, como sociedad mercantil local, con el régimen aplicable establecido en la LRBRL y la LALA.

Otra cosa es que, en la práctica, el **recurso al concurso por parte de las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por las Administraciones Públicas haya sido menos frecuente, en tanto las citadas Administraciones normalmente han venido aportando a sus participadas los medios financieros precisos para su actividad y, en su defecto, han procedido a una liquidación ordenada de las mismas**. No podemos olvidar la peculiar naturaleza de estas entidades, debido a la posibilidad de que desarrollen una actividad de servicio público, por los posibles bienes de la Administración adscritos a la sociedad, etc. Este hecho determina que en la práctica se hayan producido menos supuestos de declaración de concursos de sociedades públicas¹.

En todo caso, debe ponerse de relieve que resulta cuanto menos paradójico, como señala la doctrina jurisprudencial, que una Administración pública que ha decidido valerse de una entidad de Derecho Privado -en el caso de, atendiendo a la clasificación enunciada, sociedades que gestionen un «servicio público»- para actuar sin el corsé al que le somete la normativa administrativa, con ánimo de ganar en eficacia, recurra ahora a criterios netamente mercantiles como mecanismo para solucionar la situación de insolvencia en la que se encuentra una sociedad instrumental que se halla bajo su tutela. Esta circunstancia será la que permitía a un acreedor, dentro de determinados parámetros, poder fundar su oposición al concurso de aquellas sociedades públicas, por cuanto se pudiera razonar que la Administración pública pretende obtener, por medios indirectos, un objetivo -la quita y espera de sus deudas- que no puede obtener ella por sí misma.

No obstante lo anterior, como excepción a lo anterior debe destacarse que fundamentándose en la existencia de un servicio público (el objeto social tiene carácter público, esto es, se dedica a satisfacer necesidades de interés general) y en el uso instrumental y artificioso de la sociedad mercantil (total dependencia a los intereses municipales, cuando la sociedad se convierte en mera ejecutora de la voluntad política pública del Ayuntamiento), el Auto de la Audiencia de Provincial de Valencia de 5 de mayo de 2014 confirma una Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia que en el caso de una sociedad mercantil local, de titularidad 100% de un Ayuntamiento, considera de aplicación la exclusión del artículo 1.3 LC:

De cuanto acaba de dejarse expuesto se colige que es el Ayuntamiento quien toma las decisiones estratégicas de los proyectos descritos, negocia con terceros contrayendo obligaciones e incluso opera en el tráfico económico como entidad responsable de la actuación; y siendo ello así en modo alguno la mera traslación de la titularidad del contrato a la sociedad GESTIONA puede servir para someterse al derecho privado. Por tanto, se constata con meridiana claridad que GESTIONA tiene como objetivo y fin subrogarse en actuaciones del Ayuntamiento de Albaida, para atender a necesidades del servicio público encomendado al ente local. Lo que no empece que esté constituida como

¹ Esto se debía a varias razones, porque aunque la Administración no tenía el deber legal expreso de rescatar a las empresas públicas que estuvieran al borde de la insolvencia, es habitual pensar que este rescate puede darse en cualquier momento (para evitar el coste político en caso en que se dejara «caer» a la sociedad, por la presunción de solvencia de las Administraciones, etc.). Existe, o ha existido hasta ahora, una «garantía implícita» para los acreedores, lo que provoca que pierdan todo interés en solicitar la declaración de concurso de las mismas pues confían en que sus créditos se verán satisfechos, aunque sea de forma tardía.

sociedad mercantil y frente a terceros haya actuado con sujeción al derecho privado. SJM-3 Valencia 15.11.2012

Sobre las especialidades en la LC, no hay, en principio, para las sociedades mercantiles del sector público, ninguna especialidad en la LC, que resultará de plena aplicación. Así resulta, por ejemplo, del Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 13 de abril de 2009 (AC 2009, 1005), que señala:

A partir de lo anterior no podrán ser declarados en concurso las entidades instrumentales dependientes de las administraciones territoriales que con carácter heterogéneo han venido desarrollándose y que hace referencia a las entidades jurídico-públicas de forma diferente a las entidades jurídico-privadas. En materia local, por tanto, la entidad instrumental local y entidad pública empresarial no podría ser declarada en concurso, es decir aquellas que tienen personificación jurídico-pública, pero si aquellas que tienen personificación jurídico-privada.

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.

Dicho Auto declaró el concurso de acreedores voluntario de la sociedad de titularidad 100% municipal marbellí Gerencia de Compras y Contratación de Marbella S.L.). Por su parte, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Almería de 22 de junio de 2011 (AC 2011, 2002) declara el concurso voluntario de una sociedad local de economía mixta (Empresa Mixta de Servicios Municipales de El Ejido S.A., con un capital público del 30%)². Asimismo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 26 de septiembre de 2011 (B.O.E. 8 de octubre), declaró el concurso también voluntario de otra sociedad mercantil de titularidad pública (Circuito de Jerez S.A., CIRJESA, sociedad participada por el Ayuntamiento de la localidad y la Junta de Andalucía). Recientemente el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla declaró el concurso voluntario de PILAS 2000,S.L., sociedad participada con capital público, por el Ayuntamiento de Pilas y una sociedad mercantil dependiente de la Diputación de Sevilla.

También se ha declarado el concurso de sociedades gestoras del servicio municipal del agua, como Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (INALSA) mediante Auto del Juez Mercantil nº 1 de las Palmas de Gran Canaria de 1 de junio de 2009 (B.O.E. 11 de septiembre de 2009) o como la sociedad Aguas de los Verdiales S.A., encargada de la

² El Auto no tiene mucha precisión en la calificación jurídica de la entidad, planteándose su posible condición de «entidad de derecho público» por tener «vínculos importantes con el Ayuntamiento de El Ejido». No obstante, descarta su inclusión en el artículo 1.3 LC por el hecho de ser su participación pública minoritaria. El Auto equipara indebidamente a estos efectos a las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles con participación mayoritaria pública por entender que su disolución «presenta trabas administrativas», lo que a su juicio, las excluye de la posibilidad de concurso. Determinada doctrina apunta a que el criterio del Auto es erróneo, pues prescinde del criterio expresado por el artículo 1.3. LC, que se limita al relativo a la personalidad jurídico-pública de la entidad en cuestión como único criterio excluyente de la aplicación de la LC.

gestión del suministro de agua en Antequera y otros municipios malagueños, mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga/1 Bis de 23 de noviembre de 2010 (B.O.E. 5 de enero de 2011). En ambos casos, se da la circunstancia de que se trata de concursos necesarios, a instancias de una compañía eléctrica acreedora, acordándose en el segundo la sustitución de sus administradores por la administración concursal.

4. PRESUPUESTO OBJETIVO

4.1. Regulación concursal

El artículo 2 LC establece sobre el presupuesto objetivo del concurso lo siguiente:

Artículo 2. Presupuesto objetivo

1. *La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.*
2. *Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.*
3. *Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.*
4. *Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:*
 - 1.º *El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.*
 - 2.º *La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.*
 - 3.º *El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.*
 - 4.º *El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades..*

4.1.1. Presupuesto único

Entiende la doctrina científica que el artículo 2 LC establece un único presupuesto objetivo del concurso: **la insolvencia del deudor común**. En dicho artículo 2 LC, partiendo de la unidad del presupuesto objetivo (la insolvencia), se establece una clara distinción respecto a los concursos voluntarios y necesarios.

En el primero de los casos, presentada la solicitud por el propio deudor común, le corresponde a éste justificar su situación de insolvencia, entendida como imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones, si bien se le permite anticiparse a este momento, presentando su solicitud en un momento inmediatamente anterior, fundando su solicitud en la denominada insolvencia inminente. En cambio, cuando la solicitud la presenta un acreedor o cualesquiera otros legitimados diferentes al deudor (concurso necesario), la Ley Concursal exige que el solicitante se apoye necesariamente en alguno de los hechos que bajo el sistema de *numerus clausus* recoge el artículo 2.4 LC, como hechos presuntivos, externos o reveladores del estado de insolvencia.

En todo caso, debe entenderse la expresión "*estado de insolvencia*" en un sentido flexible y no absoluto como acertadamente apunta la AP Barcelona (15) en sus sentencias de 11 de marzo de 2009 (JUR 2009, 411527) y 22 de mayo de 2013 (JUR 2013, 341789), al decir que:

“...no identificado necesariamente con la definitiva e irreversible impotencia patrimonial, sino con la situación de incapacidad actual o inminente para el cumplimiento regular de las obligaciones, aunque la imposibilidad se deba a una situación de iliquidez pero con activo superior al pasivo exigible (que se refleja contablemente por unos fondos propios expresados con signo positivo).

Síntoma o hecho revelador de tal estado puede ser el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, o el impago de las obligaciones tributarias o de cuotas de la SS durante tres meses (anteriores a la solicitud de concurso), de acuerdo con el art. 2.4 LC, pero lo relevante es la capacidad del deudor para afrontar de forma regular sus obligaciones, tanto transitoria como definitivamente, y en qué momento dejó de tenerla. A tal efecto, un dato significado para apreciar tal estado será la constatación de un cese generalizado en el pago de las obligaciones exigibles, más no el impago puntual o aislado de ciertos créditos”.

4.1.2. Insolvencia

La insolvencia viene caracterizada por la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones, recayendo sobre dicho adverbio modal el peso de la situación de insolvencia.

De dicha descripción se extrae que son tres los elementos integradores del concepto legal de insolvencia, **imposibilidad de cumplimiento, regularidad del cumplimiento y exigibilidad de las obligaciones**. De esta manera, parece que más que de un concepto económico, anudado a una determinada o concreta situación contable o a términos económicos, se opta por la descripción de la situación consecuencia de una crisis económica de solvencia subsistente en su manifestación respecto a los acreedores, esto es, la imposibilidad del deudor de cumplir sus obligaciones exigibles.

- **Imposibilidad:** Lo relevante, en este caso, es la falta de capacidad del deudor de cumplir con las obligaciones asumidas, siendo indiferente la causa que origine dicha imposibilidad. La imposibilidad implica un impedimento de carácter objetivo derivado de la situación económico-patrimonial del deudor, donde el deudor carece de medios económicos suficientes para cumplir sus obligaciones aun cuando su voluntad no sea contraria al cumplimiento.

- **Cumplimiento:** por cumplimiento habrá de entenderse tanto el pago en sentido estricto, como la extinción de la obligación por el resto de los medios de extinción de las obligaciones por cumplimiento recogidos en el art. 1156 del Código Civil. De esta manera, no se encontraría en situación de insolvencia el deudor que si bien carece de caja para cumplir mediante pago sus obligaciones puede acudir a cualesquiera otras figuras que la suplen.
- **Regularidad:** también se predicará el estado de insolvencia cuando el deudor ha cumplido con sus obligaciones, pero lo ha hecho de una forma anormal, esto es, cuando para ello ha sufrido un endeudamiento excesivo que aumenta dramáticamente su pasivo, o también cuando disminuye exageradamente su activo, lo que a la postre deteriora su equilibrio patrimonial y el déficit. En definitiva, podremos hablar de regularidad en el cumplimiento cuando el deudor cumple por los medios normales, corrientes, ordinarios o habituales de mercado que tiene a su alcance para financiarse. El adverbio regularmente viene referido a los medios a emplear para el cumplimiento, siendo un cumplimiento regular aquél que se realiza acudiendo a medios de financiación ordinaria y en condiciones normales de mercado.

No parece dudoso que no nos encontraremos ante supuestos de cumplimiento regular cuando para atender sus obligaciones el deudor acuda a préstamo calificado como usurario, o cuando precise la venta de inmuebles absolutamente necesarios para la continuación de su actividad (supuesto similar éste último al acaecido y resuelto por auto del Juzgado mercantil nº 1 de Tarragona de 6 de marzo de 2008). Sin embargo, la venta de activos del deudor que no pusieran en peligro la continuidad en el ejercicio de su actividad, por no ser necesarios para ello, no debería considerarse como irregularidad en el cumplimiento, pudiendo acudir para definir o delimitar la necesidad de un bien, a conceptos o criterios concursales propios de la paralización de ejecuciones judiciales, y cancelación de embargos trabados en ellas (arts. 55 y 56 LC).

- **Exigibilidad:** hemos de tener presente que una deuda será exigible cuando el acreedor pueda reclamar con eficacia jurídica su cumplimiento, esto es, que en caso de falta de pago del deudor, éste podrá ser demandado judicialmente. La imposibilidad de cumplimiento utiliza como término comparativo la exigibilidad de las obligaciones, de manera que aquellas obligaciones respecto a las cuales un deudor se encuentra imposibilitado de cumplimiento han de ser las exigibles. Por lo tanto, no se encontrará en situación de insolvencia el deudor al que no le son exigibles sus obligaciones por no haberse producido su vencimiento o encontrarse sometidas a condición suspensiva, sin perjuicio de su posible relevancia en orden a la concurrencia de la insolvencia inminente.

De cualquier modo, como se ha apuntado anteriormente, el artículo 2.4 LC establece una **relación de hechos que**, salvo prueba en contrario, **presumen que el deudor haya conocido su estado de insolvencia:**

4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

- 1.º *El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.*
- 2.º *La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.*
- 3.º *El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.*
- 4.º *El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.*

Por último, debemos distinguir entre la insolvencia, como presupuesto objetivo del concurso de acreedores (art. 2 LC), de la **situación de desbalance patrimonial**, infracapitalización o déficit patrimonial que se contempla como una causa de disolución societaria en el art. 363.1.e) LSC. En consecuencia, cuando como consecuencia de las pérdidas del ejercicio, el patrimonio neto quede reducido a menos de la mitad del capital social, procederá la convocatoria de junta general para la acordar la disolución societaria, salvo que la propia junta general acuerde su aumento o reducción en la medida suficiente, o que proceda la solicitud de concurso por encontrarse, además, en estado de insolvencia.

En consecuencia, **insolvencia y desbalance patrimonial son estados patrimoniales diferenciados**, con consecuencias jurídicas distintas, y ello **aunque ambos puedan confluir o coincidir en la misma persona en un momento determinado**. Sobre el particular podemos traer a colación lo que reiteradamente ha venido declarando el Tribunal Supremo en sede de calificación concursal (SSTS de 15 de octubre de 2013, y 1 de abril de 2014 [RJ 2014, 2159]), pues ni siquiera el propio legislador ha contemplado la situación de infracapitalización societaria como un hecho revelador de la insolvencia de los enumerados en el art. 2.4 LC.

Reproducimos el FJ 13º de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 (RJ 2014, 2159) (Ponente Excmo. Sr. Sarazá Jimena) por su indudable interés en la materia analizada:

“DECIMOTERCERO.- Valoración de la Sala. La insolvencia a efectos del concurso. Responsabilidad de los administradores por déficit concursal y responsabilidad societaria por deudas de la sociedad

1.- Las sentencias de instancia aplican incorrectamente el art. 2.2 en relación con el 5.1 y el 165.1, todos ellos de la Ley Concursal, al considerar que la sociedad CASERO HERMANOS se encontraba en situación de insolvencia en el año 2003 porque en tal ejercicio incurrió en la causa legal de disolución por pérdidas agravadas, al quedar reducido su patrimonio a menos de la mitad del capital social, situación en la que permaneció hasta la declaración de concurso .

2.- No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la

situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria .

En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual.

Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art. 165.1 de la Ley Concursal es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas”.

En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo anterior de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7253) (Ponente Excmo. Sr. Sancho Gargallo), en la que incluyen ciertas afirmaciones relevantes en un litigio de naturaleza societaria:

“No cabe confundir, como parece que hacen la demanda y la sentencia recurrida, entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que, como veremos a continuación, sí constituye causa de disolución.

Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito, antes en los arts. 262 TRLSA y 105 LSRL, y ahora en el art. 365 LSC. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC). De ahí que la imprecisión apreciada por la sentencia de apelación debería haber conducido a confirmar la desestimación de la acción de responsabilidad por falta de justificación de los requisitos legales, y al no hacerlo, la audiencia infringió los preceptos mencionados.

4.1.3. Insolvencia actual e insolvencia inminente

Finalmente, la LC diferencia entre el estado de insolvencia actual y el estado de insolvencia inminente.

Por un lado, se encuentra en estado de **insolvencia actual**, el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Por tanto, para que haya insolvencia la Ley parte de una premisa general, que el deudor no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, esta hipótesis generalista alcanza tanto a los tradicionales supuestos de falta de crédito o iliquidez, también conocidos como supuestos de insolvencia provisional, pues, se entiende que el deudor aun cuando en este momento no puede hacer frente a sus pagos, sin embargo, posee activo o patrimonio suficiente para afrontarlos; como a los denominados supuestos de insolvencia patrimonial o definitiva, a saber, cuando el activo es inferior al pasivo, caso de fondos propios negativos, o bien, insolvencia propiamente dicha.

Por otro lado, se encuentra en estado de **insolvencia inminente**, el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.2, in fine LC). La LC define la insolvencia inminente no sólo con referencia a la generalidad en el incumplimiento sino, que adiciona el elemento de la puntualidad. A diferencia de la insolvencia actual, la inminente comprende todos aquellos supuestos en que sea previsible no sólo el incumplimiento generalizado de las obligaciones, sino también, la previsión de un cumplimiento retrasado o impuntual.

El presupuesto es idéntico, la insolvencia del deudor, únicamente se le permite anticipar la solicitud a un momento anterior a la concurrencia efectiva de dicha insolvencia. Esta identidad de presupuesto objetivo determina que la **insolvencia ha de ser futura pero sostenida con una base que permita valorar con un mínimo grado de certeza su carácter próximo, esto es, no puede ser meramente futurible, no siendo suficiente con la existencia de una mera posibilidad sino que resulta preciso que sea previsible objetivamente como cierta.**

Esta certeza vendrá dada en último término por la documentación presentada por el deudor, que permitirá al Juzgado de lo Mercantil apreciar objetivamente la inminencia de dicha insolvencia, por la previsión de que resultará en un futuro imposible cumplir regularmente las obligaciones exigibles.

4.2. Análisis de la situación de equilibrio financiero y de solvencia de la Sociedad

4.2.1. Precedentes y actuaciones previas

Según la información facilitada, IMPULSA EL PUERTO ha venido realizado una serie de gestiones, actuaciones y negociaciones con sus principales acreedores en orden a prevenir la insolvencia, concretándose fundamentalmente en acuerdos singulares de carencia, refinanciación o constitución de nuevas o adicionales garantías reales, más la venta de activos inmobiliarios, ello como solución temporal y perentoria para afrontar vencimientos de pago y situaciones de falta de liquidez e ingresos.

No obstante las actuaciones realizadas, que han podido suponer una alternativa transitoria para salvar el estado de insolvencia de la Sociedad, las mismas están suponiendo un deterioro progresivo de su situación patrimonial, con la asunción de nuevas deudas (a través de refinanciaciones), la carga y gravamen de activos (a través de la constitución de nuevas garantías) o la enajenación o venta acelerada o apresurada de activos inmuebles. Ello conlleva la **utilización de medios no corrientes, ordinarios o habituales para el cumplimiento de sus obligaciones financieras y comerciales,**

justificado principalmente porque la actividad ordinaria, proveniente de aparcamientos en superficie y alquileres, no genera recursos suficientes para dicho cumplimiento.

A título ejemplificativo, se detallan algunas de dichas operaciones extraordinarias en fecha reciente:

- Escritura de constitución de hipoteca inmobiliaria sobre dos solares titularidad de la Sociedad y reconocimiento de deuda (247.519,08 €, en concepto de principal e intereses ordinarios) de 5 de diciembre de 2016 suscrita con PROTECCIÓN CASTELLANA, S.L. Se establecían 11 pagos con vencimientos el último día de los meses de abril de 2017 a febrero de 2018 de 20.000,00 € cada uno y un último pago el 31 de marzo de 2018 por importe de 27.519,08 €.
- Transacción judicial con Publicaciones del Sur, S.A. aprobada por auto de 9 de marzo de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de EL Puerto de Santa María (Cádiz), donde se derivaban tres pagos pendientes por importe de 6.667 cada uno (20.000 € total), exigibles el 31 de mayo, el 30 de julio y el 31 de julio de 2017.
- Acuerdo de fraccionamiento de pago de 1.282.388,52 € (principal e intereses) con Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. de 14 de junio de 2016, con vencimientos desde enero de 2017 a diciembre de 2020.
- Aprobación en mayo de 2017 de operación de crédito a corto plazo (vencimiento a 12 meses) con Cajasur por importe de 65.000 €.
- Aprobación en febrero de 2017 de carencia de capital del préstamo hipotecario con Bankia hasta el 17 de julio de 2017.
- Autorización de constitución de hipoteca en febrero de 2017 a favor de la Delegación de Economía y Hacienda (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad) en garantía de fraccionamientos
- Resolución de fraccionamiento de IVA concedido por la AEAT por importe de 20.000 € de fecha 1 de febrero de 2017, con vencimientos de abril a septiembre de 2017.
- Resolución de fraccionamiento con garantía hipotecaria concedido por la AEAT por importe de 308.699,58 € de fecha 16 de enero de 2017. La deuda correspondiente al reintegro de préstamos en el ámbito de los “Préstamos Miner”.
- Del mismo modo, la Gerencia ha informado de la existencia de negociaciones para la refinanciación de deuda con Ibercaja (póliza de 250.000 € con vencimiento el 15 de julio de 2017 y préstamos MINER avalados por dicha entidad).

Conviene asimismo advertir que en un eventual concurso, determinadas operaciones pudieran ser **objeto de rescisión por la Administración Concursal**, como actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

Ello de conformidad con el artículo 71 LC, destacando principalmente como actos de posible incardinación las operaciones de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas (como por ejemplo, de un análisis preliminar, el acuerdo de fraccionamiento con Distribución Eléctrica, S.L.U.).

La situación fue puesta de manifiesta por el Gerente de la Sociedad en la última reunión del consejo de administración:

La deuda que mantiene la sociedad en la actualidad asciende a 12 millones de euros y los ingresos de los que dispone son los provenientes de los aparcamientos en superficie y de algunos alquileres en edificios de “Salinas de Poniente”, que evidentemente no son suficientes ni siquiera para cubrir los gastos operativos de la sociedad. Sí que es verdad que, de manera ocasional y con rachas muy buenas, seguimos haciendo operaciones inmobiliarias que nos inyectan una liquidez importante y que han permitido que durante el año pasado, donde facturamos un millón de euros, la compañía haya seguido viva. Pero la realidad es que la deuda y los gastos de la sociedad ahora mismo no se pueden atender. Esto se ha concretado en el resultado contable del 2016, donde hemos tenido unas pérdidas superiores a 11 millones de euros.

Del mismo modo, la previsión de tesorería facilitada hasta diciembre de 2017 muestra una grave situación de caja que hace previsible y seguro la imposibilidad de atender los vencimientos existentes, con un saldo negativo de 533.828 € a 30 de junio, incrementándose hasta (2.405.289 €) a 31 de diciembre de 2017.

De lo anterior **parece concluirse, a la luz de los hechos que presumen el conocimiento del estado de insolvencia, lo siguiente:**

- a) Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor (numeral 1º del artículo 2.4 LC)

Como hecho relevante de situación de insolvencia resulta la **inminencia de un cese generalizado en el pago de las obligaciones exigibles**. Son dos pues los elementos necesarios para reconocer la presencia de este hecho presuntivo: por un lado, existencia de impagos o incumplimientos de obligaciones vencidas y exigibles, y, en segundo lugar, que, en atención al conjunto de obligaciones del deudor, tales impagos puedan alcanzar la consideración de impago “generalizado”.

Desde un punto de vista negativo, podemos afirmar que para la constatación de este hecho revelador de la insolvencia no se precisará que la cesación en los pagos sea total, pudiendo convivir el pago de determinados créditos con la existencia de un sobreseimiento generalizado. Y, por otra parte, jurisprudencialmente se ha señalado que el mero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual, no se puede identificar con el sobreseimiento general. Por ello, el **sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo, debiendo implicar, exteriorizar, una imposibilidad absoluta de pagar las obligaciones corrientes** (así, auto de AP Madrid -28- de 17 de abril de 2008 y de 12 de junio de 2012, o de la AP Barcelona -15- de 1 de junio de 2011 y de 12 de diciembre de 2012).

A mayor abundamiento, hemos de discriminar entre el mero retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, y el sobreseimiento generalizado, lo que ha sido matizado con gran acierto por la AP Madrid (28) en su auto de 27 de abril de 2012 en los siguientes términos:

“El sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones, al que se refiere el nº 4.1º del artículo 2 de la LC como hecho revelador del estado de insolvencia, significa que el deudor estaría atravesando una situación en la que, con independencia de la causa que lo motivase, ya fuese de modo temporal o definitivo (en cualquier caso no de manera puntual o aislada), no podía atender por medios normales el cumplimiento de sus obligaciones (pecuniarias o de la naturaleza que fuesen) frente a una pluralidad de acreedores que tuviesen pendiente la satisfacción de sus derechos.

Ahora bien, como ya tuvimos ocasión de puntualizar en el auto de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 12 de marzo de 2011, hay que deslindar de ese tipo de situaciones aquellas otras que pudieran considerarse como meras fases transitorias de simple impuntualidad en el cumplimiento. Las dificultades de tesorería, si pueden ser solventadas en un plazo razonable, no equivalen a insolvencia, ya que el deudor podrá cumplir en cuanto se solventen, por lo que deberían ser excluidas como justificativas para la declaración de concurso (precisamente esta referencia se eliminó del artículo 2.2 de la LC). La incursión en mora puede traer causa en un momento de iliquidez, revelador de posibles dificultades, pero si, aun así, fuese posible satisfacer las obligaciones, aunque fuese con cierto retraso, la situación no debería calificarse de insolvencia. No podrá considerarse como tal, por lo tanto, la consecución a meros pagos retrasados, si son sólo fruto de una dificultad transitoria y no de una definitiva cesación en los mismos por la imposibilidad del deudor de cumplir con sus obligaciones. No obstante, sería ya más propio de lo segundo que de lo primero las situaciones de retraso sistemático y continuado en los pagos, porque ya no responderían a un momento concreto sino a una situación continuada de iliquidez.”

En el caso particular de la Sociedad, de conformidad con el documento aportado por la gerencia sobre el cierre a 30 de junio, se constataría **un cese generalizado en el pago de obligaciones exigibles en el mes de julio.**

b) Embargos por ejecuciones pendientes.

De conformidad con la información facilitada, los embargos existentes no afecten de una manera general al patrimonio del deudor, dado que exclusivamente se han producido embargos singulares y por cuantías no relevantes en comparación con el total de deuda existente y vencida (62.000 € sobre un total de 1.187.000 €). Sin perjuicio de lo anterior, de la situación financiera de la Sociedad, y ante la existencia de deuda vencida e incumplida, existe alto riesgo de que se inicien o soliciten nuevas ejecuciones judiciales o administrativas sobre el patrimonio de IMPULSA EL PUERTO (recientemente se ha recibido burofax de Bankia).

c) Alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de bienes por el deudor.

El precepto contiene dos conductas del deudor: el alzamiento y la liquidación apresurada o ruinosa. Por lo que se refiere al alzamiento, ROJO señala los siguientes requisitos para que pueda hablarse de alzamiento:

- a) Un acto imputable al deudor consistente en la ocultación o desaparición de bienes o derechos
- b) Que el acto haya producido como resultado real o potencial, la lesión (total o parcial) del derecho de crédito de uno o varios acreedores.
- c) Que el acto se haya realizado con ánimo de defraudar a uno o varios acreedores.

No constan actos que pudieran incardinarse en la figura del alzamiento.

No obstante, respecto al segundo supuesto, esto es, la **liquidación apresurada o ruinosa de bienes**, es necesario que el deudor haya ya comenzado la liquidación de su patrimonio, y que ésta sea apresurada (realizada con especial prisa o rapidez) o ruinosa (con pérdidas graves). En este caso se exigirá que se acredite que el deudor ha realizado -o está realizando- una liquidación de la totalidad de los bienes más relevantes de su patrimonio tanto desde un punto de vista cuantitativo, como cualitativo. En consecuencia, se precisa que dichas operaciones se hubieran realizado con especial prisa o rapidez, y se hubiera constatado una pérdida significativa de valor respecto del real del mercado, o que ni tan siquiera conste las condiciones que se efectuó la venta.

Al respecto, advertimos de la reciente enajenación o venta de determinados activos inmuebles y la existencia de **propuestas de nuevas operaciones de venta** (como la venta del edificio de oficinas 287 del P.I. Salinas de Poniente), sobre las que **aconsejamos su eventual paralización hasta que la Sociedad adopte un plan general de actuación** donde se incardinan las mismas.

- d) Sobreseimiento generalizado sectorial

Nos encontramos ante un incumplimiento también generalizado, si bien respecto de determinadas obligaciones (las tributarias, laborales o de Seguridad Social). Al igual en el caso del sobreseimiento generalizado, se exige que los impagos no sean meramente puntuales, sino que afecten a una pluralidad relevante de alguna de las clases de obligaciones que contempla la norma. Así mismo, también se incluye en el precepto un elemento temporal para valorar la relevancia del sobreseimiento, que se fija en tres meses anteriores a la solicitud.

A la presente fecha no consta que se haya producido dicho sobreseimiento generalizado sectorial, pero la inminente ausencia de tesorería y liquidez conforme ha trasladado la gerencia de la Sociedad, hace presumir su acaecimiento en los meses venideros (en particular, por el incumplimiento de los fraccionamientos con la AEAT y la imposibilidad de atender nóminas y seguros sociales).

4.2.2. Situación actual y previsiones de la Sociedad

Conforme a los elementos integradores del concepto de insolvencia, del análisis de la información facilitada conforme a las cuentas anuales formuladas y auditadas a 31 de

diciembre de 2016 (con algunas precisiones respecto a información provisional facilitada a 31 de marzo de 2017) se desprende lo siguiente:

a) Cuenta de Pérdidas y Ganancias:

En los dos últimos ejercicios cerrados (2015 y 2016) la Sociedad presenta unas pérdidas contables por importe de 635.715 y 11.275.541 euros, respectivamente, lo que ha supuesto una despatrimonialización acumulada de la sociedad en los dos últimos ejercicios de -11.911.256 euros.

No obstante, dicha despatrimonialización, conforme al balance facilitado a 31 de diciembre de 2016 la Sociedad no se encontraba en la causa de disolución establecida en el artículo 363.1.e) LSC, esto es, por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

Conforme el balance de situación a 31 de marzo de 2017 facilitado tampoco se constata dicha situación.

b) Fondo de maniobra

Los ratios de liquidez y solvencia de la Sociedad arrojan un balance positivo, ascendiendo el fondo de maniobra aparente (la diferencia entre el activo corriente o realizable y el pasivo exigible) a 8.101.903 €.

Sin embargo, debe matizarse que dicho fondo de maniobra incluye un total de 12.777.348,79 € en existencias que, a juicio de la Sociedad son irrealizables en el corto plazo, ya que no se espera la venta de ningún inmueble o parcela.

Además de lo anterior, las inversiones en empresas del grupo y asociadas a corto plazo asciende a 2.051.929,18 €, los cuales no son reconocidos por el propio Ayuntamiento.

Por el contrario, los pasivos exigibles (pasivo corriente) ascienden a un importe de 9.058.227,83 € (9.151.098,75 € a 31 de marzo de 2017).

c) Liquidez

La existencia de una cuenta de explotación deficitaria, así como de un fondo de maniobra negativo, al descontar del mismo las existencias, pudiera derivar en una situación de insolvencia.

En este sentido, se ha recibido previsión de tesorería para el ejercicio 2017 en el que se refleja que la Sociedad, desde el cierre de junio, se encontraría en una situación de insuficiencia de liquidez, por lo que, constatadas dichas cifras, la Sociedad estaría en **situación de insolvencia por incapacidad en el corto plazo de hacer frente a sus obligaciones económicas frente a terceros** (denominada “insolvencia provisional”).

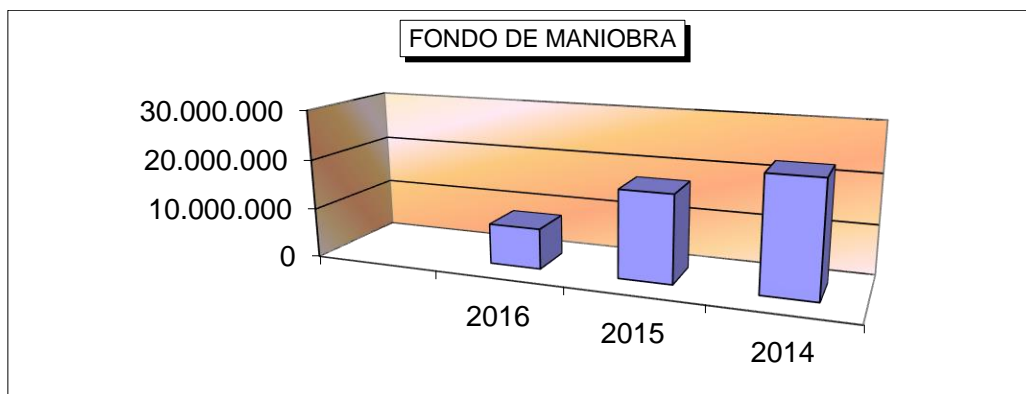
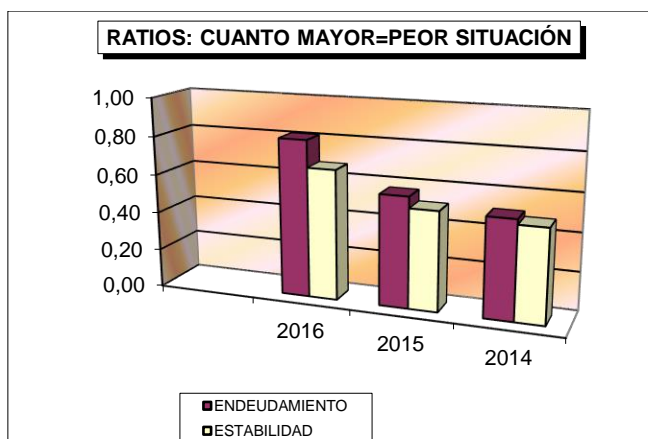
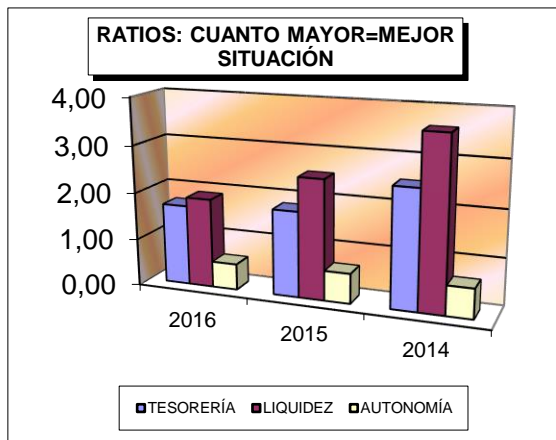
Asimismo, de forma particular como se señala en el informe de gestión de las cuentas anuales del ejercicio 2016, **pese a la situación patrimonial aparentemente saneada, la situación de tesorería viene siendo precaria** fundamentalmente por las siguientes razones:

- Dependencia de dos fuentes de ingresos insuficientes para garantizar la viabilidad económica de la Sociedad: alquileres y aparcamientos en superficie.
- Inviabilidad financiera derivada de la necesidad de atender el servicio de deuda bancaria y comercial.
- Falta de conciliación y reconocimiento de partidas adeudadas por el Ayuntamiento.

d) Análisis financiero y rentabilidad

A continuación se incorporan ratios financieros y de rentabilidad de la Sociedad conforme a las cuentas de los ejercicios 2014, 2015 y 2016.

RATIOS	2016	2015	2014	FORMULA	EXPLICACIÓN	LIMITE
TESORERÍA	1,71	1,82	2,52	$\frac{\text{ACT. CORR} - \text{EXIST}}{\text{PAS CORRIENTE}}$	Capacidad para atender las obligaciones de pago a corto sin realizar existencias	>0,5
LIQUIDEZ	1,89	2,53	3,61	$\frac{\text{ACTIVO CORR}}{\text{PASIVO CORR}}$	Capacidad para hacer frente a las obligaciones a corto basándose en la realización del activo circulante	>1,5
AUTONOMÍA	0,55	0,64	0,63	$\frac{\text{FONDOS PROPIOS}}{\text{ACTIVOS TOTALES}}$	Autonomía financiera que indica nivel de autofinanciación	>0,4
ENDEUDAMIENTO	0,81	0,57	0,51	$\frac{\text{PASIVO NO CORR}}{\text{RECURSOS PROPIOS}}$	Relación entre financiación propia y ajena	<0,6
ESTABILIDAD	0,67	0,51	0,48	$\frac{\text{ACT. NO CORR}}{\text{PAS. NC} + \text{FP.}}$	Estructura de financiación del inmovilizado	<1
FONDO DE MANIOBRA	8.101.903	17.431.515	22.614.266	$\text{ACT. CORRIENTE} - \text{PAS. CORRIENTE}$	Capital de trabajo. Parte de activo circulante financiado con recursos a largo plazo.	>0



	2016	2015	2014	FORMULA	EXPLICACIÓN
FINANCIERA	-34,62%	-2,13%	0,80%	$\frac{(B^{\circ} + G. \text{FINANC.}) \times 100}{\text{RECURS. TOTALES}}$	Rentabilidad financiera de todos los recursos empleados en la empresa
RECURSOS PROPIOS	-62,98%	-2,18%	0,03%	$\frac{\text{RTDO EJER} \times 100}{\text{FONDOS PROPIOS}}$	Rentabilidad de los recursos propios

GLOBAL	-33,20%	-1,35%	0,02%	$\frac{\text{RESULTADO NETO} \times 100}{\text{RECURSOS TOTALES}}$	Rentabilidad económica de todos los recursos empleados
DEL CAPITAL	-50,40%	-2,84%	0,05%	$\frac{\text{RESULTADO NETO} \times 100}{\text{CAPITAL SOCIAL}}$	Rentabilidad del capital social
RENT. COMPRAS	-75,58%	537,49%	372,09%	$\frac{\text{RESULTADO NETO} \times 100}{\text{VENTAS}}$	Rentabilidad de la ventas
MARGEN SOBRE COMPRAS	-80,20%	78,08%	144,67%	$\frac{\text{VTAS-APROV} \times 100}{\text{APROV}}$	Rentabilidad de la ventas
RENT. VENTAS	-679,69%	-112,71%	1,22%	$\frac{\text{RESULTADO NETO} \times 100}{\text{VENTAS}}$	Rentabilidad de la ventas
MARGEN SOBRE VENTAS	-404,93%	43,85%	59,13%	$\frac{\text{MARGEN} \times 100}{\text{VENTAS}}$	Porcentaje de margen sobre ventas

Sin perjuicio de los comentarios realizados en los apartados anteriores, las siguientes conclusiones pueden determinarse de la comparativa histórica de dicho análisis:

- Progresivo empeoramiento de las ratios con el transcurso de los ejercicios, que pone de manifiesto un **deterioro de la situación financiera y rentabilidad**.
- En particular, sobre el análisis financiero, destaca el deterioro de las ratios de tesorería y liquidez, en la línea de la situación de tesorería apuntada, y la ratio de endeudamiento (por encima del límite <0,6).
- Sobre el análisis de rentabilidad, las ratios ponen de manifiesto la falta de rentabilidad de la Sociedad en el ejercicio 2016.

e) Endeudamiento: propuesta interna

En relación con la deuda de la Sociedad, se nos ha facilitado propuesta de gestión emitida por la gerencia con fecha 7 de julio que se apoya en las siguientes consideraciones:

- Transmisión de activos inmobiliarios para el pago de deudas: venta de edificios 286 y 287 (Bankia) y dación en pago a Banco Sabadell. Se propone asimismo negociación con GED Capital encaminada a garantizar la deuda por IMPULSA APARCA de 1.698.000 euros con activos inmobiliarios de la Sociedad.

- Refinanciación: Ibercaja (póliza de crédito y avales MINER), Banco Popular (avales MINER), Endesa, Cajasur, Cajamar, AEAT (subvenciones Reindus), Impulsa Aparca
- Apoyo financiero del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, con objeto de solventar la falta de liquidez actual y proveer a la Sociedad de nuevos fondos para el cumplimiento de obligaciones:
 - Dación en pago a Banco Sabadell: 75.000 euros.
 - Ibercaja (póliza de crédito): 3.000 euros.
 - Ibercaja (avales MINER): 75.000 euros.
 - Banco Popular (avales MINER): 2.000 euros.
 - Cajasur: 60.000 euros.
 - Cajamar: 53.000 euros.
 - Protección Castellana: 220.000 euros.
 - Publicaciones del Sur: 17.000 euros.
 - Sentencia Forecon: 213.000 euros.
 - Otros proveedores: 125.000 euros.

Hacemos notar que dicha **nueva propuesta continua en la misma línea de la operativa extraordinaria seguida hasta la fecha**: asunción de nuevas deudas (a través de refinanciaciones, en su caso con quitas y esperas), carga y gravamen de activos (a través de la constitución de nuevas garantías) o enajenación o venta de activos inmuebles, con el añadido de requerir el apoyo financiero del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María. El valor estimado de apoyo financiero del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María asciende a 843 miles de euros, quedando una deuda pendiente de 4,5 millones de euros. Nada se indica de la forma de repago de dicha deuda pendiente, y en la asunción de que los ingresos continuarían siendo insuficientes para garantizar la viabilidad económica de la Sociedad, resultaría necesario el apoyo financiero adicional del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María para su satisfacción por parte de la Sociedad. Por ello, entendemos que no soluciona el problema estructural de la falta de actividad e ingresos ordinarios de la Sociedad.

4.2.3. Consideraciones

De conformidad con todo lo anterior, del análisis de la situación de la Sociedad puede determinarse o concluirse la **existencia de insolvencia inminente a la fecha actual**, entre otros motivos: (a) la utilización de medios no corrientes, ordinarios o habituales para el cumplimiento parcial de sus obligaciones financieras y comerciales (particularmente, continuas operaciones de carencia, refinanciación, constitución de nuevas garantías o enajenación de activos inmuebles); (b) la Sociedad se encontraría de forma inminente en alguno de los supuestos previstos en el apartado 4 del artículo 2

LC que fundamentan la solicitud de concurso necesario por un acreedor; (c) los ratios de liquidez y solvencia de la Sociedad que arrojan un balance, aunque en apariencia positivo, negativo a la presente fecha, por ser sus principales activos irrealizables y encontrarse sobrevalorados; (d) ausencia a día de hoy de caja suficiente para eliminar la existencia del supuesto clásico de “insolvencia provisional” con incapacidad en el corto plazo de hacer frente a sus obligaciones económicas frente a terceros; y (e) porque aunque de los fondos propios positivos no resulta un supuesto de “insolvencia patrimonial” (o definitiva, a saber, cuando el activo es inferior al pasivo, caso de fondos propios negativos, o bien, insolvencia propiamente dicha), la acumulación de pérdidas del ejercicio 2016 y las previsibles durante este ejercicio y siguientes, sumado a determinados elementos y contingencias previsibles y futuribles, de los fondos propios hacen previsible una insolvencia patrimonial futura.

Dicha **insolvencia inminente podría considerarse actual al constatarse la materialización de las provisiones de tesorería para el cierre de los meses de junio y julio** conforme a la información facilitada.

4.3. Procedimiento concursal

4.3.1. Deber de solicitud de concurso

La **situación de insolvencia conllevaría para IMPULSA EL PUERTO el deber de solicitar la declaración de concurso en los términos del artículo 5.1 LC dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia**. Deber cuyo incumplimiento supondría uno de los presupuestos de existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia, y que podría suponer la calificación del concurso como culpable, pudiendo afectar a los administradores o liquidadores de derecho y de hecho, o a apoderados generales de la sociedad concursada, siempre que hubiera tenido tal condición dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, así como a terceros declarados cómplices, implicando la determinación de su responsabilidad (inhabilitación para la administración de bienes o responsabilidad patrimonial).

La finalidad de la existencia de este deber es la de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.

No obstante lo anterior, **no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario si el deudor pone en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo con objeto de superar la situación de insolvencia (conocido como “preconcurso”)**. Esta **comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo de dos meses establecido en el artículo 5**.

Los efectos de la comunicación del preconcurso vienen establecidos en el artículo 5bis.4 LC:

Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

- a) *Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1;*
- b) *se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación;*
- c) *se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos;*
- d) *se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio;*
- e) *o tenga lugar la declaración de concurso.*

En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso.

Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente.

Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas en el primer párrafo de este apartado o haya transcurrido el plazo previsto en el siguiente apartado.

Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de

convenio, **deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente**, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

4.3.2. Tramitación ordinaria del procedimiento concursal

A efectos ilustrativos, la tramitación ordinaria³ del procedimiento concursal se iniciará una vez comprobados los presupuestos objetivos y subjetivos, cuando el juez competente declarará el concurso, haciendo constar esencialmente su carácter voluntario o necesario, si se ha solicitado la liquidación o presentado propuesta anticipada de convenio, los efectos sobre las facultades de administración y disposición de la propia sociedad sobre su patrimonio, el nombramiento y las facultades de los administradores concursales, las medidas cautelares que en su caso estime precisas hasta que los administradores concursales acepten el cargo y el llamamiento a los acreedores para que comuniquen su crédito. Debemos destacar que, por tanto, de instarse el concurso, **IMPULSA EL PUERTO** y su accionista único perderían iniciativa y capacidad de decisión sobre la misma, quedando en manos del Juzgado de lo Mercantil y del administrador/es concursal/es.

En cuanto al posterior procedimiento concursal, las fases del concurso una vez declarado el mismo son:

a) Fase común

Con la declaración de concurso se inicia la fase común, durante la cual se determina la masa activa y pasiva del deudor, finalizando con informe de la administración concursal, o bien, en caso de existir impugnaciones de la lista de inventario y de acreedores contenidas en éste, tras su resolución por el juez.

b) Fase de convenio o liquidación

Tras la fase común, se siguen las de convenio o liquidación, el primero se debate en junta de acreedores y la segunda procede si se insta por el deudor y el juez la acuerda, especialmente cuando no sea posible o se incumpla el convenio.

Es posible presentar una propuesta anticipada de **convenio** con la propia solicitud de concurso, y en todo caso, hasta la finalización del plazo de comunicación de créditos, debiendo contar con el porcentaje de adhesiones de acreedores que establece la ley.

Cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación ni la propuesta anticipada de convenio o ésta no haya sido aprobada, se abrirá la fase de convenio, convocándose una junta de los acreedores.

La solicitud de convenio ordinario se podrá realizar por el concursado, una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos, hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores o hasta la presentación de los textos definitivos de éstos. En su defecto, y cumplida la proporción legalmente

³ Existen determinadas especialidades o peculiaridades de tramitación que afectan a determinados fases del procedimiento, como por ejemplo el procedimiento abreviado o la utilización de la propuesta anticipada de convenio.

establecida, puede ser presentada propuesta de convenio por los acreedores.

El deudor podrá pedir la **liquidación** en cualquier momento, procediendo el juez a abrir esta fase. Necesariamente habrá de solicitarse durante la vigencia del convenio por parte del concursado, cuando conozca su imposibilidad de cumplimiento.

La ley prevé también la posibilidad de que la liquidación sea instada por los acreedores o por la administración concursal en concretas circunstancias, pudiendo incluso acordarse de oficio por el juez.

La apertura de esta fase conllevará la disolución de la sociedad, si no se hubiera producido previamente, así como la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor, igualmente, si no lo estaban ya (como sería en el caso del concurso necesario).

La administración concursal deberá elaborar un plan para la materialización de los bienes y para el pago de los acreedores de forma ordenada, previéndose en la ley concursal normas supletorias para el caso de su no aprobación o insuficiencia de éste

c) Calificación del concurso

En todo concurso existe (salvo determinadas excepciones⁴), además, un procedimiento o pieza de calificación. En la misma resolución judicial por la que se aprueba el convenio o el plan de liquidación, se acuerda la apertura de la pieza de calificación del concurso, que podrá ser fortuito o culpable.

La calificación de culpabilidad procederá cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave, pudiendo afectar a los administradores o liquidadores de derecho y de hecho, o a apoderados generales de la sociedad concursada, siempre que hubiera tenido tal condición dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, así como a terceros declarados cómplices, implicando la determinación de su responsabilidad (inhabilitación para la administración de bienes o responsabilidad patrimonial).

4.4. Liquidación o reestructuración ordenada extraconcursal de la Sociedad

Como alternativa al procedimiento concursal, por los costes e incertidumbre que ello supone, **podría resultar como mecanismo más idóneo una liquidación o reestructuración ordenada extraconcursal de la Sociedad**. Dicho proceso extraconcursal otorga a la Sociedad mayor flexibilidad para alcanzar acuerdos singulares con sus acreedores y para poder disponer y administrar su patrimonio.

En cualquier caso, dada la situación actual de la Sociedad, dicha **opción requiere de forma previa la decisión por el socio único sobre la continuidad** (total, parcial o modificación) **o cese de la actividad de la Sociedad, y el apoyo financiero que solvente**, al menos de forma transitoria y ante la ausencia de nuevas actividades e ingresos, **la falta de liquidez de la Sociedad**, y evite el riesgo de insolvencia y permita

⁴ Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiéndose igualmente por tales las establecidas en el artículo 94.2 LC, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.

continuar con las operaciones de liquidación o reordenación extraconcursal de la Sociedad.

4.4.1. Causa legal de disolución: Ley de Sociedades de Capital

De conformidad con la Ley de Sociedades de Capital (LSC), las sociedades de capital se disolverán por la existencia de causa legal o estatutaria debidamente constatada por la junta general (o por resolución judicial), o por mero acuerdo de la junta general (adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de estatutos).

En el caso de IMPULSA EL PUERTO, la **Sociedad podría disolverse por mero acuerdo de la junta general (disolución voluntaria)**. Del mismo modo, habrá que estar también a la posible existencia futura de causa de disolución establecida en el artículo 363.1.e) LSC (por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso en los términos antes señalados).

Con la disolución, deben establecerse las reglas para la liquidación y procederse al nombramiento de los liquidadores (los administradores cesan de su cargo).

Abierto el proceso de liquidación, en el caso de IMPULSA EL PUERTO **los mecanismos para su formalización que encajarían inicialmente serían: la liquidación ordinaria o la cesión global de activo y pasivo.**

Asimismo, podrán estudiarse otras alternativas de reestructuración societaria para la liquidación de la Sociedad, como serían la fusión o la escisión, modificaciones estructurales transmisivas también del patrimonio a título universal, aunque dada la incertidumbre del estado patrimonial y financiero de la Sociedad, desaconsejaríamos dicho mecanismo con objeto de evitar la extensión de riesgos o mayor deuda a otras sociedades municipales.

4.4.2. Desequilibrio financiero: LOEPSF y LRBRL

A los efectos de adoptar los mecanismos extraconcursales para liquidar o reordenar la Sociedad, deberá tenerse en cuenta por el Ayuntamiento las normas de desequilibrio financiero y aportaciones patrimoniales.

De acuerdo con el artículo 3 de la LOEPSF para las entidades incluidas en el sector Administraciones Públicas, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas la estabilidad presupuestaria es la situación de equilibrio o superávit estructural, mientras que para las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas, no incluidas en el sector Administraciones Públicas, a las que se refiere el artículo 2.2 de la cita LOEPSF, la estabilidad presupuestaria es la posición de equilibrio financiero.

El principio de estabilidad presupuestaria y el cumplimiento del objetivo de estabilidad se instrumentalizan en el caso de IMPULSA EL PUERTO, de conformidad con los artículos 4.2 y 15.2 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre mediante la **aprobación de su cuenta de pérdidas y ganancias en situación de equilibrio**

financiero, de acuerdo con los criterios del plan de contabilidad que les sea de aplicación.

Conforme concluye la Intervención en su informe de 28 de junio de 2017, con el resultado de pérdidas del ejercicio 2016, la Sociedad se encontraría en **situación de desequilibrio financiero que requeriría un plan de saneamiento**, y bajo nuestro criterio, ello se deduciría tanto de las cuentas anuales como de la previsión de gastos e ingresos y el documento de gestión de deuda para el presente ejercicio 2017 que se nos ha facilitado.

Artículo 24. Incumplimiento del equilibrio financiero por las entidades del artículo 4.2 de este Reglamento

1. Se considerará que las entidades comprendidas en el ámbito del artículo 4.2 del presente Reglamento se encuentran en situación de desequilibrio financiero cuando, de acuerdo con los criterios del plan de contabilidad que les resulte aplicable, incurran en pérdidas cuyo saneamiento requiera la dotación de recursos no previstos en el escenario de estabilidad de la entidad del artículo 4.1 a quien corresponda aportarlos.

La situación de desequilibrio se deducirá tanto de los estados de previsión de gastos e ingresos, como de sus cuentas anuales, y conllevará la elaboración, bajo la supervisión de los servicios competentes de la entidad local de la que dependan, de un plan de saneamiento para corregir el desequilibrio, entendiéndose por tal que la entidad elimine pérdidas o aporte beneficios en el plazo de tres años.

2. Cuando se produzca la situación definida en el apartado anterior, las cuentas anuales de la entidad en desequilibrio se complementarán con un informe de corrección de desequilibrios a efectos de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, en el que se detallarán las medidas a adoptar en el futuro para corregirla y, una vez aprobadas por su junta general u órgano competente, se elevará al Pleno de la entidad local de la que depende, para conocimiento.

El plan de saneamiento previsto en el párrafo segundo del apartado anterior habrá de presentarse a la aprobación del Pleno de la entidad local de la que dependa, dentro del plazo de tres meses contados a partir de la fecha de aprobación de las cuentas por la junta general u órgano competente.

Aprobado por el Pleno, el plan de saneamiento se someterá a los mismos requisitos de aprobación y seguimiento establecidos para los planes económico-financieros de la correspondiente entidad local.

Con objeto de proceder a dicho plan de saneamiento, las siguientes consideraciones deberán ser tenidas en cuenta:

- La corrección del desequilibrio requiere que la Sociedad elimine pérdidas o aporte beneficios en el plazo de tres años.
- El plan de saneamiento habrá de presentarse a la aprobación del Pleno dentro del plazo de tres meses contados a partir de la fecha de aprobación de las cuentas por la junta general.

- El plan de saneamiento se someterá a los mismos requisitos de aprobación y seguimiento establecidos para los planes económico-financieros del Ayuntamiento.

Por su parte, como ya hemos mencionado la disposición adicional novena de la LRBRL recogía un conjunto de normas que tienen por objeto el redimensionamiento del sector público local. La regulación que contiene afecta directamente a las sociedades mercantiles dependientes de los Ayuntamientos, como en este caso y, dentro de este grupo, a las que tengan un plan económico-financiero o de ajuste que estén aplicando, como es el caso del Ayuntamiento de El Puerto de Santamaría. En particular, su apartado primero:

«Disposición adicional novena. Redimensionamiento del sector público local.

1. Las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley y los organismos autónomos de ellas dependientes no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.

*Las entidades mencionadas en el párrafo anterior durante **el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación. Excepcionalmente las Entidades Locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.**»*

Sin perjuicio de lo anterior, en un eventual escenario de liquidación de la Sociedad, con objeto de salvar la obligación de solicitar el concurso, y ante la ausencia de nuevas actividades y fuentes de ingresos, pudiera resultar necesario la realización de aportaciones extraordinarias para la liquidación por el Ayuntamiento como socio único.

4.4.3. Liquidación ordinaria

En la liquidación ordinaria resulta necesario satisfacer los créditos de todos los acreedores de forma previa a proceder a satisfacer la cuota de liquidación al accionista (con la excepción admitida por la DGRN en el caso de inexistencia de patrimonio social). Alternativamente, si no fuera posible satisfacer dichos créditos, pueden garantizarse o que el accionista asuma la deuda correspondiente (como mecanismo de asunción de deuda requerirá el consentimiento individual del acreedor, salvo que en el contrato o acuerdo correspondiente se hubiera acordado la libre cesión de la deuda). Aunque societariamente resulta un procedimiento más sencillo que la cesión global de activos y pasivos (ver apartado siguiente), los trabajos de liquidación pueden ser más complejos y **demorarse bastante en el tiempo, en particular, debido a la necesidad de ir acometiendo individualmente las diferentes operaciones de liquidación con los respectivos acreedores y deudores de la sociedad.**

4.4.4. Cesión global de activo y pasivo

- a) La cesión global de activo y pasivo: mecanismo de prevención y solución del concurso de acreedores

Según el art. 81 de la Ley de Modificaciones Estructurales (LME) la cesión global de activo y pasivo supone la transmisión en bloque por sucesión universal de todo el patrimonio social a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario, quedando la Sociedad extinguida si la referida contraprestación es recibida total y directamente por el socio único. Dicha operación está prevista para sociedades en liquidación, como establece el art. 83 LME: **“las sociedades en liquidación podrán ceder globalmente su activo y pasivo siempre que no hubiera comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios”**.

El hecho de que la cesión global de activo y pasivo tal y como viene regulada en la LME permita tanto la extinción de la sociedad como su reestructuración, así como su consideración expresa legal como auténtica modificación estructural al lado de la fusión y la escisión, resulta tremendamente relevante en su relación con el concurso, por poder servir tanto para la prevención, como para la solución y alternativa del concurso.

Ello resulta del hecho de que la función esencial del concurso de acreedores que es la satisfacción de los acreedores –de la manera más eficiente y equitativa posible- sería evidentemente cumplida mediante una modificación estructural extintiva como resulta de la cesión global de activo y pasivo prevista en la LME. La función solutoria se cumple de un modo directo en la medida en que todas las deudas sociales y todos los bienes y derechos son transmitidos a otra persona.

La segunda función del derecho concursal es la de adoptar, de la manera más eficaz y eficiente posible, la decisión de si la empresa en crisis puede y debe ser conservada por ser viable o si debe ser expulsada del mercado por ser inviable o, al menos, ineficiente. Esta segunda función del concurso de acreedores sea, evidentemente también, satisfecha tanto en los casos de liquidación como en los de modificación estructural extintiva. En la modificación estructural extintiva, porque supone que la empresa continuará tras ser transmitida a otra u otras sociedades, de modo que se lleva a cabo una de las soluciones naturales del concurso de acreedores. En caso de liquidación, la función se cumple más claramente aún en la medida en que la sociedad ha optado previamente por una solución a la empresa, que puede consistir tanto en la extinción en sentido estricto como en la transmisión (no puede olvidarse que la sociedad en liquidación puede participar en operaciones de fusión, de escisión y de cesión global).

Finalmente, respecto a la función represora (moralizante) de determinadas conductas del deudor, de sus representantes y, sobre todo, de sus administradores la liquidación y la modificación estructural no impiden que la sociedad, los socios y los acreedores cuenten con las correspondientes acciones de responsabilidad contra administradores, de acuerdo con las reglas generales (y recuérdese que, precisamente, los acreedores solo tienen legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en caso de insuficiencia patrimonial de la sociedad para la satisfacción de los créditos (art. 240 LSC).

Y es que **pueden considerarse verdaderamente sustitutivas del concurso las modificaciones estructurales extintivas** (la fusión, la escisión total y la cesión global

de activo y pasivo con entrega de la contraprestación a los socios), en la medida en que la sociedad en crisis se extingue transmitiendo todas sus deudas, aunque también puede incluirse la cesión global de activo y pasivo con entrega de la contraprestación a la propia sociedad, en la medida en que afecta también a todos los acreedores y a todos los bienes. Y así parece haberlo entendido la LC, introduciendo en la aplicación del procedimiento abreviado que se presente una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo (art. 190.2 LC, así como el art. 100.2 LC sobre el contenido del convenio).

El supuesto típico es, pues, aquel en que una sociedad en crisis se extingue, por fusión o escisión total o lleva a cabo una cesión global de activo y pasivo. Mediante la cesión global de activo y pasivo en la que la contraprestación sea recibida por los socios, en la que la sociedad se extingue mediante el traspaso por sucesión universal de todo el patrimonio y, por tanto, de la empresa, a otra persona, sociedad o no, sea nueva o sea preexistente.

Como consecuencia de ello, la cesión global de activo y pasivo puede ser una solución al problema de la insolvencia. Y es que la sociedad en crisis puede integrarse en un proceso de reestructuración societaria a fin de abandonar el estado de insolvencia.

No obstante, aunque la Sociedad plantee dicha operación para salvar el estado de insolvencia de la misma, existiría la posibilidad –remota en nuestra opinión por no suponer una mejora en la situación del acreedor- de que se declare el concurso de acreedores cuando la operación de modificación estructural se encuentre ya en marcha. Ello se debe a la ausencia de coordinación normativa entre el proceso corporativo para llevar a cabo la modificación estructural y el procedimiento concursal.

Si el proceso que constituye la modificación estructural no se ha completado, la declaración de concurso se someterá a las reglas generales, de modo que cualquier acreedor podrá instar el concurso invocando la concurrencia de cualquiera de los hechos presuntos reveladores (art. 2.4 LC) y la sociedad sólo podrá evitar el concurso probando que, a pesar de eso, es solvente (art. 18 LC). Con determinadas salvedades, el proceso de modificación estructural iniciado podrá continuar adelante, aunque quedará sometido a las reglas concursales, del mismo modo que si el proceso se iniciara con posterioridad a la declaración de concurso.

En todo caso, de forma previa a acometer una operación para la cesión global de activos y pasivos de la Sociedad, dado el alto endeudamiento de la misma, aconsejaríamos que se procediera a una reordenación previa de la deuda existente para aminorar el impacto patrimonial en la entidad cesionaria.

b) Procedimiento de cesión global de activo y pasivo

Con la cesión global IMPULSA EL PUERTO transmitiría en bloque todo su patrimonio por sucesión universal a su socio, el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, u otra sociedad municipal, quedando la sociedad cedente extinguida. La ventaja de dicho mecanismo son los efectos de la sucesión a título universal, que suponen evitar enfrentarse al problema de la transmisión a título particular (que exigirá el consentimiento de las contrapartes de las relaciones transmitidas) y no se hace necesaria la satisfacción de los acreedores como en la liquidación ordinaria (los

acreedores tendrán un mecanismo de oposición como se señala en el párrafo siguiente). Esto último suele resultar de gran ayuda en sociedades con dificultades para llevar a cabo una liquidación ordinaria (entre otras causas, por un número muy elevado de acreedores o por imposibilidad de llegar a acuerdo para su satisfacción, aseguramiento o asunción por el accionista).

La cesión global de activos y pasivos requerirá seguir los trámites previstos en la LME, que son sucintamente: (1) elaboración de proyecto de cesión global (que deberá ser depositado en el Registro Mercantil) e informe de administradores, (2) comunicación o puesta a disposición de determinada información, (3) adopción de acuerdo (en el caso de junta universal no será necesaria la convocatoria previa), (4) publicación del acuerdo en BORME y diario (salvo por comunicación individual a todos los acreedores y socios), (5) plazo de un mes de oposición de acreedores (la oposición supone la obligación de la sociedad de presentar garantía a satisfacción del acreedor o la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento), (6) otorgamiento de escritura de cesión global y (7) inscripción en el Registro Mercantil.

5. CONCLUSIONES

A continuación, se exponen las conclusiones de los aspectos tratados en el presente informe:

- Debemos partir de la posibilidad subjetiva de que IMPULSA EL PUERTO, pese a su condición de sociedad municipal, sea declarada en concurso de acreedores en los casos en los que su situación de insolvencia se corresponda con los requisitos exigidos en la LC. La sujeción de las sociedades mercantiles públicas a derecho privado (salvo en determinadas materias) conlleva la aplicación plena de las normas procesales en pie de igualdad con el sector privado, esto es, ninguna especialidad en la LC, que resultará de plena aplicación. De acuerdo con ello, sus bienes y derechos serán embargables, sin que pueda invocarse, como regla general, privilegio alguno de inembargabilidad, que es uno de los fundamentos para la doctrina de la exclusión del sector público del ámbito del concurso⁵.
- En relación con el análisis patrimonial de la Sociedad se concluye lo siguiente: (i) los activos de la Sociedad pudieran estar reconocidos en el balance a un precio muy superior al de mercado, no reflejando en este punto la imagen fiel de las cuentas anuales; (ii) existen elementos suficientes que aconsejarían la realización de un test de deterioro por si pudiera existir un deterioro de la participación en IMPULSA APARCA; (iii) no puede tenerse evidencia suficiente sobre la veracidad del saldo con el Ayuntamiento, ya que es el propio Ayuntamiento de El Puerto de Santa María el que no reconoce esas cantidades. Debido a las deficiencias halladas en el análisis del activo y la incertidumbre de

⁵ Ello no obstante, sí debe reconocerse aquí, en todo caso, la inembargabilidad de los bienes de dominio público o afectos al uso o servicio público que puedan estar siendo utilizados especialmente por tales sociedades.

su cuantificación, no podemos expresar el efecto que en su caso pudiera tener en las partidas de patrimonio neto de la Sociedad. Asimismo, la Sociedad tiene un alto nivel de endeudamiento.

- Según la información facilitada, IMPULSA EL PUERTO ha venido realizado una serie de gestiones, actuaciones y negociaciones con sus principales acreedores en orden a prevenir la insolvencia, concretándose fundamentalmente en acuerdos singulares de carencia, refinanciación o constitución de nuevas o adicionales garantías reales, más la venta de activos inmobiliarios, ello como solución temporal y perentoria para afrontar vencimientos de pago y situaciones de falta de liquidez e ingresos. No obstante las actuaciones realizadas, que han podido suponer una alternativa transitoria para salvar el estado de insolvencia de la Sociedad, las mismas están suponiendo un deterioro progresivo de su situación patrimonial, con la asunción de nuevas deudas (a través de refinanciaciones), la carga y gravamen de activos (a través de la constitución de nuevas garantías) o la enajenación o venta acelerada o apresurada de activos inmuebles. Ello conlleva la utilización de medios no corrientes, ordinarios o habituales para el cumplimiento de sus obligaciones financieras y comerciales, justificado principalmente porque la actividad ordinaria, proveniente de aparcamientos en superficie y alquileres, no genera recursos suficientes para dicho cumplimiento.

En todo caso, hacemos notar que la nueva propuesta de gestión de deuda presentada el 7 de julio continua en la misma línea de la operativa extraordinaria seguida hasta la fecha, con el añadido de requerir el apoyo financiero del Ayuntamiento, y no soluciona el problema estructural de la falta de actividad e ingresos ordinarios de la Sociedad.

- Respecto al análisis del estado de insolvencia de la Sociedad, a la luz de los hechos que presumen el conocimiento del estado de insolvencia previstos en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, resultaría la inminencia en el mes de julio de un cese generalizado en el pago de las obligaciones exigibles (numeral 1º del artículo 2.4 LC) por falta de liquidez.
- En este sentido, se ha recibido previsión de tesorería para el ejercicio 2017 en el que se refleja que la Sociedad, desde el cierre a 30 de junio, se encontraría en una situación de insuficiencia de liquidez, por lo que constatados dichas cifras, la Sociedad estaría en situación de insolvencia por incapacidad en el corto plazo de hacer frente a sus obligaciones económicas frente a terceros (denominada “insolvencia provisional”).
- Por ello, del análisis de la situación de la Sociedad puede determinarse o concluirse la existencia de insolvencia inminente a la fecha actual, entre otros motivos: (a) la utilización de medios no corrientes, ordinarios o habituales para el cumplimiento parcial de sus obligaciones financieras y comerciales (particularmente, continuas operaciones de carencia, refinanciación, constitución de nuevas garantías o enajenación de activos inmuebles); (b) la Sociedad se encontraría de forma inminente en alguno de los supuestos previstos en el apartado 4 del artículo 2 LC que fundamentan la solicitud de concurso necesario por un acreedor; (c) los ratios de liquidez y solvencia de la Sociedad que arrojan un balance, aunque en apariencia positivo, negativo a la presente fecha, por ser

sus principales activos irrealizables y encontrarse sobrevalorados; (d) ausencia a día de hoy de caja suficiente para eliminar la existencia del supuesto clásico de “insolvencia provisional” con incapacidad en el corto plazo de hacer frente a sus obligaciones económicas frente a terceros; y (e) porque aunque de los fondos propios positivos no resulta un supuesto de “insolvencia patrimonial” (o definitiva, a saber, cuando el activo es inferior al pasivo, caso de fondos propios negativos, o bien, insolvencia propiamente dicha), la acumulación de pérdidas del ejercicio 2016 y las previsibles durante este ejercicio y siguientes, sumado a determinados elementos y contingencias previsibles y futuribles, de los fondos propios hacen previsible una insolvencia patrimonial futura.

- Dicha insolvencia inminente podría considerarse actual al constatarse la materialización de las previsiones de tesorería para el cierre de los meses de junio y julio conforme a la información facilitada.
- En el caso de no encontrarnos en una situación de insolvencia actual, esto es, de persistir la situación de insolvencia inminente, conllevaría para IMPULSA EL PUERTO el deber de solicitar la declaración de concurso en los términos del artículo 5.1 LC dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. No obstante lo anterior, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario si el deudor pone en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo con objeto de superar la situación de insolvencia (conocido como “preconcurso”). Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo de dos meses establecido en el artículo 5.

Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

- Como alternativa al procedimiento concursal, por los costes e incertidumbre que ello supone, podría resultar como mecanismo más idóneo una liquidación o reestructuración ordenada extraconcursal de la Sociedad. Dicho proceso extraconcursal otorga a la Sociedad mayor flexibilidad para alcanzar acuerdos singulares con sus acreedores y para poder disponer y administrar su patrimonio.

En cualquier caso, dada la situación actual de la Sociedad, dicha opción requiere de forma previa la decisión por el socio único sobre la continuidad (total, parcial o modificación) o cese de la actividad de la Sociedad, y el apoyo financiero que solvente, al menos de forma transitoria y ante la ausencia de nuevas actividades e ingresos, la falta de liquidez de la Sociedad, y evite el riesgo de insolvencia y permita continuar con las operaciones de liquidación o reordenación extraconcursal de la Sociedad.

- En el caso de optarse por la liquidación, podría ejecutarse mediante algún tipo de modificación estructural de orden societario por la que se lleve a cabo la transmisión del patrimonio de IMPULSA EL PUERTO por sucesión universal,

evitando la necesidad de ir acometiendo individualmente las diferentes operaciones de liquidación con los respectivos acreedores y deudores de IMPULSA EL PUERTO.

- Y en este sentido, la cesión global de activo y pasivo pudiera encajar como opción viable. En todo caso, de forma previa a acometer una operación para la cesión global de activos y pasivos de la Sociedad, dado el alto endeudamiento de la misma, aconsejaríamos que se procediera a una reordenación previa de la deuda existente para aminorar el impacto patrimonial en la entidad cesionaria

En Sevilla, para El Puerto de Santa María, a 12 de julio de 2017.

MAIO Martínez Escribano (Martínez Escribano Abogados y Economistas, S.L.P.)