

DON JUAN FUENTES FORNELL, SECRETARIO GENERAL DE LA AUDIENCIA DE CUENTAS DE CANARIAS,-----

C E R T I F I C A, Que en la Sesión del Pleno de la Audiencia de Cuentas de Canarias, celebrada el día 6 de octubre de 2016, se adoptó el siguiente acuerdo:

6.- Dictamen en relación a la Solicitud de informe del Juzgado de Instrucción nº 4, de Arrecife de Lanzarote sobre si el acuerdo adoptado por el Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote, relativo al pago de las deudas concursales de INALSA, se ajusta a la legalidad.

/.../

Tras deliberar, el Pleno acuerda, por unanimidad, aprobar y remitir al Juzgado de Instrucción número 4, de Arrecife, el siguiente:

DICTAMEN

ANTECEDENTES

I.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Arrecife solicita a la Audiencia de Cuentas de Canarias la emisión de dictamen sobre si el acuerdo adoptado por el Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote, relativo al pago de las deudas concursales de INALSA, se ajusta a la legalidad, acompañando al oficio las actas de 23 de mayo de 2013, de la Asamblea del Consorcio de Aguas de Lanzarote, y de 11 de julio de 2013, correspondiente a la sesión extraordinaria de la Asamblea General del Consorcio de Aguas de Lanzarote constituida en Junta General de INALSA, el informe de Intervención de 10 de junio de 2013 y los informes externos solicitados por el Consorcio al respecto.

II.- Acordado por el Pleno de la Audiencia de Cuentas el inicio del procedimiento previsto en el artículo 36 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Institución, se elevó al órgano plenario, una vez finalizados todos los trámites del mismo, la propuesta de dictamen.

CUESTIÓN PLANTEADA

Si se ajusta a la legalidad el acuerdo adoptado por el Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote relativo al pago de las deudas concursales de INALSA.

Dicho acuerdo consiste en que *“El Consorcio de Lanzarote paga en nombre de INALSA los créditos reconocidos en el informe definitivo de la Administración concursal menor una quita del 18,16%... El pago directo por el Consorcio a los acreedores supone, a su vez, un préstamo a la entidad INALSA, préstamo que será exigible cuando así lo acuerde la Asamblea del Consorcio y a primer requerimiento... Como forma de pago el Consorcio de Lanzarote cede a los acreedores de INALSA el crédito que ostenta frente a Canal de Isabel II Gestión, S.A. desde el segundo año...”*.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

a.- El presente dictamen se emite a la luz, única y exclusivamente, de la documentación remitida por el Juzgado de Instrucción número 4 de Arrecife, acompañada a los oficios de 13 de octubre de 2015, 18 de junio de 2016 y 21 de julio de 2016.

b.- En el acta de la sesión extraordinaria de la Asamblea General del Consorcio del Agua de Lanzarote, celebrada el día 23 de mayo de 2013, se señala que todos los acuerdos que se van a adoptar, y, por consiguiente, el que es objeto de este dictamen, *“se encuentran condicionados mediante condición suspensiva a que la Junta de acreedores del proceso concursal apruebe la propuesta de convenio presentada por INALSA de tal modo que si la Junta no se celebra o si se celebra y no se adopta el cuerdo, los acuerdos que se van a adoptar no llegarán a producir efecto alguno”*. Por lo tanto, comoquiera que el acuerdo a examinar está integrado en el citado convenio, el dictamen se emite haciendo abstracción de que aquél haya llegado a producir o no efectos como consecuencia de la aceptación o no del convenio por parte de la Junta de acreedores.

c.- Finalmente, el dictamen se emite sin perjuicio del control de legalidad del convenio que corresponde al Juez de lo mercantil, conforme a los artículos 106.3, 109, 114, 130 y 131 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I.- Los Artículo 57 y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL) prevén la posibilidad de que las Entidades Locales puedan crear Consorcios para desarrollar la cooperación económica, técnica y administrativa, así como para la gestión de servicios públicos o para fines de interés común, con plena sujeción a las normas de derecho público en su esfera de actuación. Por lo tanto, estaríamos ante una Corporación Instrumental de derecho público.

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 85.2 de la LRBRL, las Entidades Locales, para la gestión directa de los servicios públicos de competencia local, pueden constituir organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local o a un Ente Público dependiente de la misma. Estas organizaciones, aunque dependen de la Entidad Local, tienen personalidad jurídica propia.

La relación entre el Consorcio Insular de Aguas y la Sociedad Mercantil Pública INALSA, S.A., es una relación que ha de estar basada en la dirección y control del ente instrumental por parte del Consorcio, respetando la personalidad jurídica propia de la Sociedad mercantil y su capacidad y responsabilidad jurídica en su actuación frente a terceros.

El artículo 85 *ter* de la LRBRL dispone “1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán 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.

2. 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.

3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas”.

Se advierte que tanto en los supuestos de gestión directa como de gestión indirecta, la Entidad Local debe actuar, para cumplir con la gestión sostenible y eficiente, como un propietario informado y activo, y establecer una política de propiedad clara y consistente, garantizando que el gobierno corporativo de las empresas públicas se realiza de forma transparente y responsable, con el nivel necesario de profesionalidad y efectividad.

En este sentido, el Consorcio tiene como propietario, al igual que en cualquier sociedad, cuatro derechos básicos del accionista mercantil: participar y votar en las juntas generales de accionistas; obtener suficiente información relevante sobre la empresa a tiempo y con regularidad; elegir y remover a los miembros directivos y aprobar transacciones extraordinarias.

En la empresa municipal, la entidad propietaria debe ejercer dichos derechos de forma plena y juiciosa, lo que le permitirá tener la influencia necesaria sobre las empresas públicas sin inmiscuirse en su gestión cotidiana.

La efectividad y credibilidad del gobierno corporativo y supervisión de las empresas públicas dependerán, en gran medida, de la capacidad de la entidad propietaria de hacer un uso bien fundado de sus derechos como accionista y de ejercer de forma efectiva sus funciones de propiedad de las empresas públicas.

De lo expuesto, se puede concluir, aplicado al caso objeto del presente dictamen, que el Consorcio de Aguas de Lanzarote, como accionista mayoritario de la mercantil INALSA, viene obligado a ejercer, en relación con la delicada situación económica de la misma, sus funciones de control, dirección y adopción de las pertinentes decisiones por los cauces legalmente establecidos.

II.- El Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante TRLRHL), al regular las

Operaciones de Crédito, dispone que “En los términos previstos en esta ley, las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes podrán concertar operaciones de crédito en todas sus modalidades, tanto a corto como a largo plazo, así como operaciones financieras de cobertura y gestión del riesgo del tipo de interés y del tipo de cambio”.

A las operaciones de crédito a corto plazo se refiere el artículo 51 del mismo texto legal, que considera como tales, entre otras, los anticipos que se perciban de entidades financieras y los préstamos y créditos concedidos por entidades financieras.

Por otra parte, en cuanto a las operaciones de crédito a largo plazo, el artículo 49.1 del TRLRHL establece: *“Para la financiación de sus inversiones, así como para la sustitución total o parcial de operaciones preexistentes, las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, podrán acudir al crédito público y privado, a largo plazo, en cualquiera de sus formas”.*

A los efectos anteriores, se entiende que un ente es de mercado, tal y como señala el Manual de cálculo de déficit en contabilidad nacional ajustado a las corporaciones locales, si la producción de estas unidades institucionales únicamente se vende a precios económicamente significativos y las ventas cubren como mínimo el 50% de los costes de producción y todo ello sobre la base de una secuencia de años suficientemente representativa.

La Sociedad Mercantil Insular de Aguas de Lanzarote (INALSA) es una unidad institucional pública controlada por Administraciones Públicas que no se encuentra clasificada en ninguna de las categorías en el artículo 4.1 o 4.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto 1.463/2007, de 2 de noviembre, en su aplicación a las entidades locales /en adelante, RLEP).

Sería preciso, pues, analizar la naturaleza de los ingresos que percibe INALSA a fin de determinar si el préstamo sólo podía destinarse a gastos de inversión. Ahora bien, en el caso de que INALSA se encontrara incluida en el artículo 4.1 del RLEP, para poder concertar el préstamo se hubiera requerido ahorro neto positivo. En este sentido, señala el artículo 53.1 del TRLRHL que *“No se podrán concertar nuevas operaciones de crédito a largo plazo, incluyendo las operaciones que modifiquen las condiciones contractuales o añadan garantías adicionales con o sin intermediación de terceros, ni conceder avales, ni sustituir operaciones de crédito concertadas con anterioridad por parte de las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado sin previa autorización de los órganos competentes del Ministerio de Hacienda o, ... cuando de los estados financieros que reflejen la liquidación de los presupuestos, los resultados corrientes y los resultados de la actividad ordinaria del último ejercicio, se deduzca un ahorro neto negativo”.* Se considera ahorro neto, en las sociedades mercantiles locales, los resultados

de la actividad ordinaria, excluidos los intereses de préstamos o empréstitos, en ambos casos, y minorados en una anualidad teórica de amortización, igualmente en ambos casos.

Asimismo, cuando el artículo 49.7 del TRLRHL se refiere exclusivamente a las sociedades mercantiles, sólo prevé que la corporación local pueda avalar las operaciones, pero no establece la posibilidad de que la entidad local pueda conceder créditos a sus entes instrumentales, y el artículo 52.1 del mismo texto se refiere expresamente a la concertación de toda clase de operaciones de crédito con entidades financieras sin distinguir entre entidades locales y los demás entes mencionados en los artículos 48 y 49.

Por ello, cuando los artículos 49 y siguientes del TRLRHL se refieren a operaciones de crédito y préstamos, se asocia directamente a entidades financieras.

Como puede comprobarse, de los preceptos transcritos se desprende que las entidades locales tienen limitada la posibilidad de concertar operaciones de crédito a las que contraten con entidades de crédito.

III.- Por su parte, la Guía para la determinación de la Regla de Gasto para las Corporaciones Locales, elaborada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en desarrollo del artículo 12 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, establece, respecto de los préstamos lo siguiente: *“Deberá reflejarse como mayor empleo no financiero el importe de los préstamos concedidos a otras entidades cuya situación financiera evidencie una reducida probabilidad de reembolso de los mismos a favor de la entidad local. No obstante, cuando estos préstamos se concedan a unidades integrantes de la Corporación Local, incluidas en el artículo 2.1 de la L.O. 2/2012, se tendrá en cuenta para la consolidación de transferencias entre unidades y, por tanto, no computará a efectos de la regla de gasto como un mayor empleo no financiero”*.

Del contenido de lo dispuesto en esta Guía, cabría entender que las entidades locales puedan conceder préstamos a aquellas unidades integrantes de la Corporación Local, como pudieran ser las sociedades mercantiles pertenecientes íntegramente a la misma. Al respecto, el artículo 2.2 de la citada Ley Orgánica considera que *“Las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las Administraciones públicas, no incluidas en el apartado anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta ley que específicamente se refieran a las mismas”*.

No obstante lo anterior, en el análisis del pago realizado directamente por el Consorcio, puede estimarse que dicho pago supone una asunción de deuda, entendida ésta como el acto por el cual una Administración pública se subroga como prestataria de una deuda previamente creada por otro ente, en este caso, una sociedad dependiente del Consorcio, a lo que viene jurídica y jurisprudencialmente obligado el Consorcio, aplicando el principio del enriquecimiento injusto, y que podría haberse instrumentado a través de una subvención de capital para cancelación de deudas, teniendo tal consideración, según se establece en el

Cuadro de Cuentas, concretamente en la Cuenta 656, del Anexo de la Orden EHA/4041/2004, relativo al Plan General de Administración Local, *“los fondos concedidos para la compensación de resultados negativos acumulados”*.

IV.- El canon cuyo derecho de crédito ostenta el Consorcio constituye un derecho de naturaleza pública. La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, dispone en su artículo 5.2 que *“Son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas”*. La citada ley no prevé la figura de la cesión de créditos para las Administraciones públicas.

La transmisión de los derechos de crédito ha sido tradicionalmente objeto de regulación en el ámbito de la contratación administrativa. En la actualidad, el artículo 218 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la regula con toda amplitud y el artículo 19.2 establece de manera supletoria la aplicación del derecho privado. Cabe preguntarse, pues, si en el presente caso el Consorcio puede también efectuarla. La respuesta a nuestro entender ha de ser positiva siempre que la transmisión se haga con arreglo a las normas de derecho privado sobre transmisión de créditos contenidas en los artículos 1.526 a 1.536 del Código Civil y en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio, pues ninguna norma jurídico-pública lo impide, e incluso se autoriza, aun cuando no con la claridad que en el ámbito contractual. Así, el artículo 198.2 del TRLRHL, en lo referente a los medios de pago, dispone que las entidades locales podrán pagar sus obligaciones por cualquiera de los medios a que se refiere el apartado anterior, es decir, por efectivos, transferencias, cheques o cualquier otro medio o documento de pago, sean o no bancarios, que se establezcan.

A los efectos del artículo 1.198 del Código Civil será necesaria la aceptación del deudor, porque la cesión no notificada no puede ser eficaz frente al deudor cedido, cualquiera que sea la causa de la omisión, aspecto éste que no se justifica entre la documentación aportada.

CONCLUSIONES

1ª.- El Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TRLRHL no regula la posibilidad, si bien tampoco lo prohíbe expresamente, de que un Consorcio conceda un préstamo a una sociedad dependiente.

2ª.- Por aplicación del principio del enriquecimiento injusto, el Consorcio ha de responder por las deudas contraídas por INALSA, en cuanto dicha sociedad es un ente instrumental que reúne las condiciones de medio propio y que prestaba un servicio público esencial de carácter obligatorio, habiéndose podido instrumentar su aportación mediante una subvención de capital.

3ª.- No existe ninguna norma jurídico-pública que impida la transmisión de los derechos de crédito; al contrario, el artículo 218 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la regula exhaustivamente, por lo que dicha transmisión es posible siempre que se efectúe con arreglo a las normas del derecho privado, siendo necesario el consentimiento del deudor.”

La anterior certificación se emite con anterioridad a la aprobación del Acta correspondiente, de conformidad con lo que señala el párrafo 2º del artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999 de 13 de enero. Y para que conste y surta los efectos oportunos se expide la presente en la Sede de la Audiencia de Cuentas de Canarias, en Santa Cruz de Tenerife, a once de octubre de dos mil dieciséis.

EL SECRETARIO GENERAL