



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 / 2 0 0 0

La Laguna, a 24 de febrero de 2000.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *el Proyecto de Decreto por el que se establecen normas sobre la creación y disolución de Sociedades Mercantiles Públicas, y sobre la participación de la Comunidad Autónoma de Canarias en Sociedades Mercantiles (EXP. 1/2000 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

Por la Presidencia del Gobierno se insta Dictamen preceptivo [art. 12.a) de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCC)], al amparo de lo dispuesto en los arts. 10.6 LCC y 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (LOCE), en relación con el Proyecto de Decreto por el que "se establecen normas sobre la creación y disolución de sociedades mercantiles públicas y sobre la participación de la Comunidad Autónoma de Canarias en sociedades mercantiles".

En el expediente figura el preceptivo certificado del Acuerdo gubernativo de solicitud de dictamen (art. 48 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo) y el informe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [art. 20.f) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de ese Servicio (Decreto 19/1992, de 7 de febrero, modificado por Decreto 232/1998, de 18 de diciembre). El procedimiento de elaboración de la disposición general ha sido tramitado con cumplimiento de las previsiones que se contemplan en nuestro Ordenamiento, según resulta del art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno de la Comunidad (Informe de legalidad, acierto y oportunidad).

* **PONENTES:** Sres. Yanes Herreros, Cabrera Ramírez, Trujillo Fernández, Reyes Reyes y Millán Hernández.

En el transcurso del plazo de emisión del presente Dictamen se remite a este Consejo Consultivo el Anteproyecto de Ley de Medidas Económicas, en materia de Organización Administrativa y Gestión y relativas al Personal de la Comunidad Autónoma de Canarias, en cuyo apartado II, referido a "Medidas de Organización Administrativas y Gestión", se proyecta modificar la Ley de la Hacienda Pública de la C.A. de Canarias (LH) y la Ley de Patrimonio de la C.A. de Canarias (LP), materia que incide en el objeto de regulación del presente proyecto de Decreto.

No obstante, las observaciones que se realizan al articulado del PD tienen como parámetro la ordenación legal vigente.

II

El Estatuto de Autonomía faculta a los poderes públicos de Canarias para constituir un sector público económico autonómico (art. 63.1), objetivo que encuentra su soporte competencial en el art. 31.4 del Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC), conforme con el cual la Comunidad Autónoma, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria y crediticia estatal y en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131, 149.1.11 y 13 de la Constitución, es competente para ordenar y planificar la actividad económica autonómica y para constituir, con los mencionados límites, un "sector público". El Proyecto de Decreto se mueve estrictamente en ámbitos internos o administrativos concernientes a la intervención de la Comunidad Autónoma en la actividad económica empresarial; por lo que, no incide, en principio, en títulos competenciales estatales. Ni en título competencial estatal sobre legislación mercantil (art. 149.1.6º CE), materia que tiene por objeto la regulación de las relaciones jurídico privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales (SSTC 96/96 y 118/96).

III

1. Según figura en el certificado gubernativo que acompaña la solicitud de Dictamen, el "Proyecto de Decreto supone el desarrollo y ejecución de las previsiones de la Ley Territorial 7/1984, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma (LHP) y de la Ley Territorial 8/1987, de 28 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias (LP)". Dicho esto, ha de señalarse que la mencionada LP ha sido desarrollada y ejecutada (Disposición Final Primera LP) mediante el correspondiente Reglamento, aprobado por Decreto 133/1988, de 22 de

septiembre. Reglamento que es parcialmente derogado por la norma reglamentaria que se propone (Disposición Derogatoria), cuando lo que procedería, en adecuada técnica normativa, es, su modificación, pues no se pretende suprimir determinada regulación, sino sustituirla por otra. De esta forma, existirán dos Reglamentos de ejecución de la LP, el general y el relativo a la materia a la que se refiere la norma reglamentaria objeto de dictamen. De esta incidencia normativo-reglamentaria no queda reflejo alguno en el título de la norma proyectada, pues no sólo se establecen normas sino que se suprimen las anteriores. La seguridad jurídica y la conveniencia pública de reducir los textos normativos a lo imprescindible aconsejan, en aras a una elemental economía normativa, no duplicar los reglamentos ejecutivos. Si de lo que se trata es de establecer el régimen reglamentario de las empresas públicas y participadas, entonces se deberían suprimir del Reglamento de la LP todos los preceptos concernientes a esa materia (arts. 13 a 16).

2. Al texto proyectado procede realizar las siguientes observaciones y reparos de legalidad.

- Comunidad Autónoma/Administración: Alcance de los conceptos.

Las empresas públicas son de la Comunidad Autónoma (art. 5.1 LHP) y es también la Comunidad Autónoma (en este caso, también los Organismos Autónomos y las empresas públicas) la que se hace presente en las "empresas participadas" (Disposición Transitoria Segunda LHP). El "sector público" es de la Comunidad Autónoma. Que ésta actúe a través de diversos Departamentos integrantes de la Administración Pública no altera la titularidad de las empresas, que no son de la Administración, que se limita a actuar imputando su actuación al ente al que sirve. Desde el estricto parámetro normativo, las empresas públicas son de la Comunidad Autónoma; las crea el Gobierno, previa intervención de los diferentes Departamentos administrativos de la misma. Por ello, es inadecuada la expresión "por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias" para crear sociedades (art. 1 PD); o para su disolución (art. 2 PD); o para la adquisición de títulos representativos del capital, así como obligaciones u otros títulos análogos representativos (...) (art. 3), o para la enajenación (art. 4 PD), porque la Comunidad Autónoma está, en definitiva, dotada de personalidad jurídica independiente y distinta de la de otros Entes Públicos (Estatal, Local, corporativa o institucional).

- La adscripción de las sociedades y su problemática.

El PD establece que, concluida la tramitación del expediente propondrá -el Consejero- la adscripción de la sociedad a una Consejería o, en su caso, una adscripción compartida (art. 1.3), con las consecuencias derivadas de la adscripción compartida; se detallan, entre otras, en la propuesta de adquisición de acciones y obligaciones "por la Consejería o Consejerías en que dicha sociedad esté adscrita [art. 3.1.1) y 2 del PD]; en el acuerdo de adquisición incluyendo la adscripción a una determinada Consejería o Consejerías (art. 3.3.4 PD) y también en la enajenación de acciones y obligaciones (art. 4.1.1 PD).

La mencionada adscripción compartida que se configura en el PD altera el contenido de la Disposición Adicional Primera.1 de la Ley 4/1997, de 6 de junio, sobre sedes de los órganos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, que señala que en las sociedades públicas la sede será el domicilio social establecido en su escritura de constitución o en sus modificaciones realizadas según sus normas estatutarias. En todo caso, ésta se adaptará a la Consejería a la que se adscriba por razones materiales, lo que difícilmente podrá cumplirse con la adscripción compartida que prevé el PD para las sociedades públicas.

- Tratamiento desigual de las sociedades "participadas".

El art. 1 del proyecto de Decreto no limita su ámbito de aplicación a la creación de empresas públicas conforme con la extensión que concede a estas empresas el art. 5 de la LH, sino también a las "participadas", sin determinar el grado de participación directa o indirecta, mayoritario o no en ellas de la Administración o de sus Organismos Autónomos.

Así, mientras adquieren la condición de empresas públicas las Sociedades mercantiles en cuyo capital la participación directa o indirecta de la Administración de la Comunidad Autónoma o de sus Organismos Autónomos sea mayoritaria [art. 5.1.a)], se consideran "participadas" las sociedades o entidades en las que la Comunidad, sus Organismos Autónomos y empresas públicas participen en más de un 25 por 100 del capital social, tengan la posibilidad de designar los órganos de dirección o cuando aquéllas presten servicios públicos y la participación sea superior al 10 por 100 (Disposición Transitoria Segunda de la LH), por lo que se hace pertinente expresar el ámbito de aplicación del PD respecto a las empresas

"participadas" que no son siempre equiparables jurídicamente con las empresas públicas.

Sin perjuicio de lo que en su caso disponga la futura normativa reguladora a la que remite la Disposición Transitoria, se debería, en orden a la adecuada claridad normativa y, consecuentemente, al postulado constitucional de seguridad jurídica, clarificar el uso que el PD hace del concepto "participado". Concepto que se utiliza tanto para identificar a la empresa pública creada o no por la Comunidad pero en la que ésta posee la condición mayoritaria, como, en otra acepción, para hacer referencia a los supuestos en los que la Comunidad Autónoma, en cualquier caso, no posee capital mayoritario. La distinción es esencial, pues la creación de empresas públicas, incluso cuando lo sea por fusión o absorción de otras, la decisión sobre la adquisición de la condición de participación mayoritaria en el capital social y la autorización para la enajenación de títulos que impliquen la pérdida de la posición mayoritaria, son actos todos ellos que corresponden al Gobierno (art. 6.1, 2 LHP). Los demás actos (es decir, las decisiones relativas a las "empresas participadas"), generalmente, corresponden al Consejero de Hacienda (art. 6.3 LHP).

- La determinación previa del sentido del voto a emitir por parte de los representantes del Gobierno en las sociedades participadas.

El PD exige a los representantes del Gobierno en las sociedades, públicas o participadas, sin determinar el grado de participación en éstas últimas, obtener previamente el "mandato expreso" (instrucción) del sentido del voto a emitir (en la Junta General) para el acuerdo de creación (art. 1 PD); para la disolución de Sociedades mercantiles en las que la Comunidad Autónoma tenga participación (art. 2 PD); respecto a las ampliaciones de capital de las sociedades que se realicen con cargo a sus propias reservas (art. 3 PD); o en cuanto a las reducciones de capital que las sociedades realicen con devolución de aportaciones, en relación con la correspondiente modificación estatutaria (art. 4 PD). Tal previsión normativa, sin embargo, no puede tener otro alcance jurídico que el de una mera relación interna entre el representante y representado.

3. Referencias singulares al articulado.

Art. 3.-

Las normas y procedimiento contenidos en el art. 3 del PD, para la adquisición de acciones y obligaciones por la C.A. o sus Organismos Autónomos, afecta a títulos representativos del capital, obligaciones y otros títulos análogos representativos de participación en la deuda emitida por entidades mercantiles y a las ampliaciones de capital de las sociedades mercantiles públicas o participadas que se realicen mediante aportación dineraria o no dineraria, o mediante conversión y canje de créditos por acciones a suscribir por la Comunidad Autónoma. No así para las ampliaciones de capital de las citadas sociedades que se realicen con cargo a sus propias reservas.

La competencia para acordar la adquisición (art. 3.3 del PD) se distribuye entre el Gobierno (art. 3.3.1), cuando el valor suponga la obtención por la Comunidad Autónoma, directa o indirecta, de la condición de socio mayoritario, así como cuando el valor de adquisición de los títulos sea superior a su valor teórico y en el Consejero de Hacienda en los supuestos que se especifican en los apartados a) y b) del inciso 3.3.2, que guarda relación con el art. 6.1 de la Ley.

El art. 47 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias establece que el régimen establecido para la enajenación "se aplicará también, en cuanto sea posible a la adquisición, tenencia y enajenación de obligaciones y otros títulos análogos representativos de participación en la deuda emitida por empresas mercantiles".

El art. 35 LP establece que la participación de la Comunidad Autónoma en el capital de las empresas mercantiles, como consecuencia de la participación, no podrá ser inferior al 10% del capital social, previsión legal que se acata con el contenido que establece el PD de que la adquisición determina una participación en el capital de la sociedad no inferior al 10% del mismo (art. 3.1.2).

El criterio de atribuir la competencia al "Gobierno" (art. 3.3.1) para acordar la adquisición o "al Consejero de Hacienda" (art. 3.3.2) cuando el valor de los títulos

representativos del capital de las sociedades supongan o no respectivamente la obtención por la Comunidad Autónoma, directa o indirectamente, de la condición de socio mayoritario (arts. 3.3.1 y 3.3.2.a), deja sin resolver situaciones equivalentes a la de mayoría del capital social como la referida a la adquisición de situaciones de dominio de hecho como socio minoritario hegemónico en sociedades de capital excesivamente dividido ("accionario de control o gestor").

Art. 4.-

En el art. 4 del PD se regula la enajenación por la "Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias o por sus Organismos Autónomos, de títulos representativos del capital o de los derechos de suscripción que les correspondan, así como la enajenación de obligaciones y otros títulos análogos representativos de participación en la deuda pública emitida por entidades mercantiles", así como "las reducciones de capital de las sociedades mercantiles públicas o participadas que se realicen mediante devolución de aportaciones o condonación de dividendos pasivos por parte de la Administración de la C.C.", conforme con el procedimiento y requisitos que se establecen en los diversos apartados del citado artículo.

El procedimiento de enajenación se estructura en cinco apartados: el primero (4.1), para la "iniciación del expediente"; el segundo (4.2), referido a la "instrucción", atribuyendo al Gobierno la autorización de enajenación en los supuestos que se especifican [(4.2.2 a), b) y c)] y la necesidad de solicitar autorización al Parlamento cuando el valor de la enajenación exceda de 250 millones de pesetas, el tercer (4.3), "acuerdo de enajenación", en donde se distribuye la competencia entre el Gobierno o el Consejero de Hacienda; el cuarto (4.4), sobre el "procedimiento de enajenación"; y el quinto (4.5), para la "formalización".

En fase de instrucción del procedimiento de enajenación (art. 4.2 del PD) se atribuye al Gobierno la competencia para autorizar la enajenación directa de los títulos que no coticen en bolsa. El art. 46.2 LP, para el supuesto de enajenación directa, establece que, en tal caso, será aplicable el régimen previsto en general para este tipo de enajenaciones, respecto de bienes inmuebles (art. 38.3), si supera los 20 millones y no excede de 100 millones correspondiendo (la competencia) en este caso al Gobierno, debiendo ser autorizado por Ley del Parlamento de Canarias, si supera tal valor. La Disposición Adicional Tercera LP faculta al Gobierno para que, por Decreto, a propuesta del Consejero de Hacienda, proceda a actualizar las

cuantías y valores establecidos, entre otras, en el art. 38.3 a fin de adecuarlas a las oscilaciones del valor de la moneda. En consecuencia, la autorización del gobierno para la enajenación directa de títulos que no coticen en bolsa, que se regula en el PD, conforme con la normativa vigente citada, vulnera la vigente Ley de Patrimonio, por no respetar el límite cuantitativo expresado, puesto que dichas cantidades exceden de la precisa y adecuada actualización.

La competencia del Gobierno para autorizar la enajenación de la totalidad de los títulos que la Administración de la C.A. y sus Organismos Autónomas posean en una sociedad cuando la misma suponga, directa o indirectamente, la pérdida por la Comunidad Autónoma de la condición de socio mayoritario en la sociedad, contraviene el actual art. 45 de la LP, por cuanto, "en ningún caso, podrá acordar el órgano competente, dentro de un mismo ejercicio, la enajenación de títulos representativos de capital que (...) impliquen la pérdida de la condición de socio mayoritario.

Por otro lado, no se clarifica en el art. 4.2.2.d) del Proyecto el alcance de la frase "solicitar autorización al Parlamento de Canarias, para la enajenación (...) de títulos representativos del capital o de la deuda emitida por sociedades mercantiles cuyo valor exceda de doscientos cincuenta millones de pesetas", al omitirse la referencia instrumental de la autorización. Autorización mediante ley, ya que no sólo se podrá autorizar la enajenación, en tal supuesto a través de una ley, pronunciamiento legislativo que se configura como una autorización a la Administración, acordada dentro de una previsión legal previa.

La distribución de la competencia para acordar la enajenación entre el Gobierno (art. 4.3.2) y el Consejero de Hacienda (art. 4.3.3) por razón de la condición o no de socio mayoritario en la sociedad, no resuelve adecuadamente la competencia para la enajenación (que recae por ello en el Consejero de Hacienda) en el supuesto de igual o mayor trascendencia al criterio de mayoría de capital social, como en aquellas sociedades mercantiles en las que la Administración ejerce un control y lleva a cabo una eficaz dirección.

El criterio de "control efectivo" y de "unidad de decisión" es el utilizado por la normativa comunitaria para ampliar el concepto de empresa pública (Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio (art. 2).

C O N C L U S I Ó N

El PD que se somete a la consideración de este Consejo no se adecua, íntegramente, al marco legal vigente que se pretende completar y desarrollar, tal como se razona en el Fundamento III de este Dictamen.