

<p>Expediente: 65/2005 Objeto: Proceso de creación de la sociedad “...” (....) Dictamen: 7/2006, de 20 de marzo</p>
--

DICTAMEN

En Pamplona, a 20 de marzo de 2006

el Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don Julio Muerza Esparza y don Eugenio Simón Acosta,

siendo ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

El Presidente del Parlamento de Navarra, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo de Navarra el día 21 de diciembre de 2005, comunicó a este Consejo el acuerdo de la Mesa del Parlamento de Navarra adoptado en sesión celebrada el día 19 de diciembre de 2005, a petición del Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua y previa audiencia de la Junta de Portavoces, por el que se solicita al Consejo de Navarra, de conformidad con artículo 18 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, (en adelante, LFCN), dictamen sobre el proceso de creación de la sociedad “...” (....), y en particular:

- a) Si dicha empresa tiene la consideración de sociedad pública.
- b) Si dicha creación se ajusta a las previsiones de la Ley Foral de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

- c) En su caso, qué trascendencia jurídica tiene la creación de dicha sociedad sin seguir los pasos previos previstos en los artículos 121 a 123 de la mencionada Ley Foral.

El escrito del Presidente del Parlamento de Navarra tenía como anexo otro del grupo parlamentario citado, de fecha 15 de diciembre de 2005, en el que, tras aludir a una comparecencia parlamentaria del Consejero de Economía y Hacienda y a un informe jurídico del Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda, manifestaba que seguía manteniendo dudas sobre la legalidad de la creación de la sociedad “...” y solicitaba a la Mesa del Parlamento que recabase del Consejo de Navarra el presente dictamen.

El Presidente del Consejo de Navarra, observando que el expediente no estaba completo y al amparo de lo dispuesto en los artículos 23 de la LFCN y 29 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra, aprobado por Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero (ROFCN), se dirigió al Presidente del Parlamento de Navarra solicitando su integración con interrupción del plazo para emitir el dictamen.

El Presidente del Parlamento de Navarra, con fecha 1 de febrero de 2006, trasladó el citado acuerdo del Presidente del Consejo de Navarra al grupo parlamentario solicitante del dictamen y éste respondió con escrito de 6 de febrero de 2006, al que adjuntaba “el expediente administrativo remitido por el Gobierno de Navarra en relación al proceso de creación de la sociedad pública ... que ha sido solicitado por el Consejo de Navarra”.

Dicho expediente, aportado por el grupo parlamentario Izquierda Unida de Navarra/Nafarroako Ezker Batua, consta de una serie de documentos, no numerados ni precedidos del índice previsto por el artículo 28.4 del ROFCN, que se relacionan a continuación en el orden en que figuran anexados al citado escrito de 6 de febrero de 2006:

1. Oficio, de 12 de diciembre de 2005, por el que el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, remite al Presidente del Parlamento

de Navarra la información solicitada acerca del informe jurídico sobre la constitución de la sociedad pública

2. Oficio, de 5 de diciembre de 2005, del Consejero de Economía y Hacienda, remitiendo al Presidente del Parlamento de Navarra informe jurídico sobre la constitución de la citada empresa pública.
3. Informe de 5 de octubre de 2005, del Jefe de Contratación y Seguros del Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra.
4. Oficio, de 14 de octubre de 2005, dirigido por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior al Presidente del Parlamento de Navarra, remitiendo la información solicitada acerca de la constitución de la empresa pública
5. Oficio, de 14 de octubre de 2005, del Consejero de Economía y Hacienda, remitiendo al Presidente del Parlamento de Navarra los datos solicitados acerca de la constitución de la empresa pública ...
6. Copia de la escritura de constitución de la compañía mercantil "...", autorizada el día 5 de julio de 2005 por el notario de Pamplona don ... e incorporada a su protocolo con el número
7. Copia de la escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales de apoderamiento, nombramiento de administradores y secretario, otorgada por la compañía mercantil "...", ante el notario de Pamplona don ..., con fecha 8 de agosto de 2005, número ... de protocolo.

De lo expuesto se desprende que el Consejo de Navarra emite el presente dictamen sin disponer de más antecedentes útiles que la copia de la escritura de constitución de la compañía mercantil "...", y el informe, de 5 de octubre de 2005, del Jefe de Contratación y Seguros del Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra.

I.2ª. Antecedentes de hecho

De la escritura pública que obra en el expediente se desprende que "...", domiciliada en Pamplona, fue constituida el día 5 de julio de 2005 por "...", y por "...", con un capital de 600.000 euros, dividido en 600.000 participaciones sociales que fueron íntegramente suscritas y desembolsadas por los fundadores en la proporción de 90 % y 10 % respectivamente.

La sociedad, de duración indefinida, tiene por objeto la realización de servicios de producción informática, incluyendo la adquisición, mantenimiento, gestión y operación del hardware y software necesarios, así como el desarrollo de aplicaciones informáticas y la prestación de servicios de atención y soporte a usuarios; y la promoción, participación y colaboración con empresas que realicen actividades relacionadas con las descritas.

Se encuentran incorporadas a la escritura pública sendas certificaciones expedidas por el secretario de las sociedades fundadoras, en las que consta que el acuerdo de constitución de la nueva sociedad fue adoptado por sus respectivos consejos de administración los días 26 de abril de 2005 y 2 de diciembre de 2004.

En el informe del Jefe de Contratación y Seguros del Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra se contienen una serie de afirmaciones en las que podemos basarnos para dar por válidos, a efectos de este dictamen, algunos otros hechos relevantes, como son los siguientes:

- a) "...", está inscrita en el Registro Mercantil de Navarra y su constitución fue publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 31 de septiembre de 2005.
- b) Los acuerdos de constitución de "...", adoptados por los consejos de administración de "...", y de "...", respetan y son conformes a lo establecido en sus respectivos estatutos sociales.

- c) Las sociedades fundadoras han sido creadas por el Gobierno de Navarra, que posee la totalidad del capital social de ambas, han sido adscritas al Departamento de Economía y Hacienda y declaradas medio instrumental y servicio técnico de la Comunidad Foral de Navarra y de sus entidades vinculadas mediante Acuerdo el Gobierno de Navarra de 25 de agosto de 2003.

II. CONSIDERACIONES JURIDICAS

II.1ª. Sobre si “...” tiene la consideración de sociedad pública

Del contexto de la consulta se deriva que el Parlamento de Navarra tiene interés en que el Consejo de Navarra le informe sobre si “...” debe ser calificada como sociedad pública a los efectos de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN). Esta Ley Foral no establece el concepto de sociedades públicas, sino que se remite a la definición que se contenga en la que regule el Patrimonio de Navarra (artículo 121 de la LFACFN) y, mientras no exista definición en ésta última, serán sociedades públicas las que así se consideren por la Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre, reguladora de la Hacienda Pública de Navarra (disposición transitoria cuarta de la LFACFN).

A falta de norma que delimite las sociedades públicas en la Ley reguladora del Patrimonio de Navarra, rige a nuestros efectos lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre, reguladora de la Hacienda Pública de Navarra (en adelante, LFHPN), a cuyo tenor son sociedades públicas de la Comunidad Foral las sociedades mercantiles en las que la participación directa o indirecta de la Administración de la Comunidad Foral, de sus organismos autónomos o de los entes públicos de derecho privado a que se refiere el artículo anterior represente la mayoría absoluta del capital social.

De ello se deduce que la sociedad “...”, constituida el día 5 de julio de 2005 por “...” y “...”, que suscribieron la totalidad de su capital social, es una sociedad pública en la medida en que también lo son sus partícipes, según afirmación contenida en el informe del Jefe de Contratación y Seguros del

Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra, donde puede leerse que el Gobierno de Navarra posee la totalidad del capital social de las sociedades fundadoras.

II.2ª. Si dicha creación se ajusta a las previsiones de la Ley Foral de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 121 de la LFACFN, las sociedades públicas se regirán por el ordenamiento jurídico privado, sin perjuicio de las especialidades establecidas en la normativa administrativa aplicable en materia presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación.

La LFACFN establece, además, algunas especialidades de naturaleza administrativa que afectan al proceso de creación de las sociedades públicas. La creación de dichas sociedades, así como los actos de adquisición o pérdida de la posición mayoritaria, requerirá acuerdo del Gobierno de Navarra, que se adoptará a propuesta del Departamento interesado, y con el preceptivo informe previo de los Departamentos competentes en materia de función pública, organización administrativa y economía (artículo 122 de la LFACFN).

Los estatutos de las sociedades públicas se elevarán al Gobierno de Navarra junto a la propuesta de acuerdo por la que se disponga la creación de la sociedad. A partir de aquí concluimos que el Gobierno de Navarra ha de autorizar el contenido de los estatutos, cuya aprobación corresponde -según el artículo 123 de la LFACFN- al órgano que tenga atribuida tal facultad de acuerdo con la normativa mercantil que resulte de aplicación. Una vez aprobados, se publicarán en el «Boletín Oficial de Navarra».

En el expediente entregado a este Consejo no existen elementos suficientes para un pronunciamiento seguro sobre la adecuación del proceso de creación de “...” a la LFACFN. Aun después de cumplimentada la petición de integración del expediente realizada por el Presidente del Consejo de Navarra, sólo disponemos de la escritura de constitución de la sociedad, en la que intervinieron los representantes o apoderados de las sociedades

fundadoras y a la que se anexan certificaciones de los acuerdos adoptados en sus respectivos consejos de administración.

Respecto de la preceptiva aprobación o autorización del Gobierno de Navarra no existen más que alusiones indirectas contenidas en el informe del Jefe de Contratación y Seguros del Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra, donde podemos leer:

“(...) la sociedad ... (...) ha sido creada correctamente conforme a la normativa mercantil de aplicación y su proceso de creación es distinto respecto al establecido en la normativa administrativa para las sociedades públicas como también en cuanto al órgano que haya de autorizar su constitución, sin que de ello pueda derivarse conclusión alguna que obste a su correcto nacimiento. Lo cierto, en consecuencia, es que no se aprecia afección legal que pueda derivarse de la Ley Foral de Administración citada.

(...)

Atendidos los requerimientos que el ordenamiento exige en el alumbramiento de una sociedad pública, la sociedad ... ha sido constituida conforme al ordenamiento mercantil y su creación no precisa de ningún otro informe o acto administrativo.

Obviamente, nada impediría que, mediante acuerdo, el Gobierno de Navarra aprobase la participación indirecta de la Comunidad Foral en el capital de la sociedad, a propuesta del Departamento de Economía y Hacienda, y con el preceptivo informe previo de los Departamentos competentes en materia de función pública, organización administrativa y economía. En dicho acuerdo se incluiría la conformidad del Gobierno de Navarra con los estatutos sociales de ..., en su caso, y se ordenaría su publicación en el Boletín Oficial de Navarra, pero dichas actuaciones en nada influirían en la personalidad jurídica y capacidad de la sociedad recientemente creada.”

No sabemos, pues, si la creación de “...” ha sido aprobada por el Gobierno de Navarra, aunque sobre la base del texto del informe - especialmente del último párrafo transcrito- cabe imaginar que el acuerdo del Gobierno de Navarra no ha sido adoptado. En el Boletín Oficial de Navarra no hemos localizado los estatutos de la nueva sociedad.

En conclusión, nuestro pronunciamiento sobre la segunda cuestión formulada por el Parlamento de Navarra ha de ser un pronunciamiento condicionado. Si el Gobierno de Navarra no ha adoptado acuerdo de creación de “...” o no se han cumplido los demás requerimientos impuestos por los artículos 121 a 123 de la LFACFN, ha de entenderse que no se han cumplimentado los trámites administrativos que deben preceder a la constitución de una sociedad pública.

II.3ª. En su caso, qué trascendencia jurídica tiene la creación de dicha sociedad sin seguir los pasos previos previstos en los artículos 121 a 123 de la mencionada Ley Foral.

El incumplimiento de los requisitos de naturaleza administrativa establecidos por los artículos 121 a 123 de la LFACFN no afecta a la validez jurídica del negocio de creación de la sociedad. Se trata de condicionamientos legales de carácter público que no invalidan la escritura de creación de la sociedad otorgada por dos sociedades mercantiles que tienen personalidad jurídica, se rigen por las normas del Derecho privado y han actuado -según el informe repetidamente citado del Jefe de Contratación y Seguros del Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra- en el ámbito de su objeto social y de las competencias que a sus órganos atribuyen la ley y los estatutos sociales.

Aun siendo sociedades públicas, las sociedades “...” y “...” son primordialmente sociedades anónimas y sus actos se rigen por el ordenamiento jurídico privado (artículo 121.1 de la LFACFN). Desde esta perspectiva se puede afirmar que la sociedad “...” ha sido válidamente constituida. Confirma esta conclusión el artículo 16 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL), donde se establecen las causas por las que puede ejercitarse la acción de nulidad de este tipo de sociedades, que son única y exclusivamente las siguientes:

- a) Por la incapacidad de todos los socios fundadores.
- b) Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de

éstos, o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.

- c) Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.
- d) Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social.
- e) Por no expresarse en la escritura de constitución o en los estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital o el objeto social.

Ninguna de estas causas concurren en el supuesto sometido a dictamen, por lo que, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, ha de sostenerse la validez de la sociedad creada y así lo corrobora la categórica declaración del apartado 2 del artículo 16 de la LSRL: fuera de los casos enunciados “no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad inscrita, ni tampoco acordarse su anulación”. Este precepto no es sólo estricto en sus términos gramaticales, sino que además debe ser interpretado estrictamente pues así lo exige la normativa comunitaria (artículo 11 de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se ha pronunciado del siguiente modo en relación con una sociedad anónima:

“De ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado.

9 De lo anterior se deduce que la exigencia de una interpretación del Derecho nacional conforme al artículo 11 de la Directiva 68/151, antes citada, impide interpretar las disposiciones del Derecho nacional sobre sociedades anónimas de manera tal que pueda declararse la nulidad de una sociedad anónima por motivos distintos de los que se enumeran taxativamente en el artículo 11 de la Directiva de referencia.”(STJCE de 13 de noviembre de 1990).

La eventual falta de autorización del Gobierno de Navarra -pues como autorización se debe interpretar el acuerdo exigido por el artículo 122 de la LFACFN cuando se trata de creación de nuevas sociedades por otras sociedades públicas- constituye una irregularidad de naturaleza administrativa, pero no es un defecto que invalide los acuerdos adoptados por los respectivos consejos de administración de acuerdo con la ley mercantil y los estatutos sociales, que rigen el funcionamiento de las sociedades públicas. La citada y supuesta vulneración del ordenamiento administrativo no permite afirmar que los fundadores sean incapaces ni que esté ausente su voluntad efectiva en el negocio de constitución de la nueva sociedad.

Por tanto, el hipotético incumplimiento de los requisitos de Derecho administrativo establecidos por los artículos 121 a 123 de la LFACFN, sólo produce efectos dentro de su ámbito.

Estaríamos ante un supuesto de inactividad de la Administración, por lo que no cabe hablar de que se hayan producido actos nulos o anulables. La inactividad no afecta, como hemos afirmado, a la validez del acto de constitución de la sociedad “...”

Si no se hubiesen cumplido los requisitos y trámites previstos por los artículos 121 a 123 de la LFACN, el Gobierno de Navarra podría actuar del siguiente modo:

- a) En caso de que el Gobierno de Navarra no oponga reparos a los negocios concluidos por “...” y “...”, sería aconsejable subsanar la deficiencia, cosa que el Gobierno de Navarra puede hacer en cualquier momento al amparo del artículo 67.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- b) En caso contrario puede adoptar las decisiones que le convengan y ordenar a los órganos administrativos a los que las sociedades fundadores están adscritas que tomen las medidas necesarias para su cumplimiento, ejercitado, a tal efecto, las potestades

administrativas que le competen y, en su caso, los derechos derivados de la condición de socio.

III. CONCLUSION

El Consejo de Navarra, supeditando su opinión a las limitaciones impuestas por las lagunas del expediente administrativo remitido por el Parlamento de Navarra, considera que:

- a) La sociedad “...” tiene la condición de sociedad pública.
- b) No dispone de antecedentes para pronunciarse con seguridad sobre si la creación de la sociedad “...” se ajusta a las previsiones de la Ley Foral de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Del expediente parece deducirse que falta el preceptivo acuerdo del Gobierno de Navarra y la publicación de los estatutos en el Boletín Oficial de Navarra.
- c) La eventual omisión del acuerdo del Gobierno de Navarra constituiría una irregularidad administrativa que no afecta a la validez jurídica de la sociedad. El Gobierno de Navarra puede subsanarla, o adoptar las decisiones que considere oportunas, en uso de sus facultades, en caso de que no esté conforme con lo actuado por las sociedades fundadoras.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.