



SOBRE LA POSSIBLE INCOMPATIBILITAT DELS CÀRRECS PÚBLICS DE LA CAIB A CAUSA DE LA TITULARITAT DE PARTICIPACIONS D'EMPRESSES QUE CONTRACTEN AMB L'ADMINISTRACIÓ

SUPÒSIT

Alt càrrec de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears que en el moment del seu nomenament, o al llarg del seu càrrec, té participacions, per si o juntament amb el seu cònjuge, fills dependents i persones tutelades, superiors a un deu per cent en empreses que tinguin contractes, concerts o convenis, bé siguin de caràcter econòmic o bé de qualsevol altra naturalesa, amb l'Administració pública autonòmica o entitats vinculades o dependents d'aquesta.

FONAMENTS DE DRET

1. Regim jurídic aplicable en matèria d'incompatibilitats dels alts càrrecs

Cal aplicar la Llei 2/1996, de 19 de novembre, d'alts càrrecs de la CAIB. En el supòsit plantejat cal aplicar directament l'article 4.2 de la Llei autonòmica 2/1996, de 19 de novembre, d'alts càrrecs de la CAIB, que indica:

“2. Així mateix, els titulars dels càrrecs o llocs de treball inclosos en l'àmbit d'aplicació d'aquesta norma no podran tenir, per si o juntament amb el seu cònjuge, fills dependents i persones tutelades, participacions superiors a un deu per cent en empreses que tinguin contractes, concerts o convenis, bé siguin de caràcter econòmic o bé de qualsevol altra naturalesa, amb l'Administració pública autonòmica o entitats vinculades o dependents d'aquesta.”

El nomenament per a un càrrec o lloc de treball dels referits a l'article 2 d'aquesta llei, comportarà, si n'és el cas, **l'obligatorietat de desfer-se de les participacions que es posseeixen**, en els termes referits en el paràgraf anterior, en el termini d'un mes, a comptar des del dia següent al del nomenament.

Si la participació s'adquireix per successió hereditària durant l'exercici del càrrec o lloc de treball, es tindrà l'obligació de desfer-se'n en el termini de tres mesos des de la seva adquisició.”



2. Sobre l'aplicació dels articles 13 i 14.3 de la Llei 3/2015, de 30 de març reguladora de l'exercici d'alt càrrec de l'Administració General de l'Estat

Habitualment es planteja la possibilitat d'aplicar els esmentats articles de la Llei 3/2015, on se preveu expressament la possibilitat de alienar o cedir les accions que excedeixin del deu per cent. No obstant entenem que no són d'aplicació per regular el règim d'incompatibilitats dels alts càrrecs de la CAIB, ni amb caràcter supletori ni per analogia.

La clàusula de supletorietat és una previsió constitucional que -lluny de tenir com a destinatari al legislador- es dirigeix a l'aplicador del dret autonòmic, habilitant-lo a identificar les llacunes que pugui presentar la legislació vigent i a integrar aquestes llacunes dins de l'ordenament autonòmic mitjançant l'ús de «les regles d'interpretació pertinents, inclosa la via analògica» (STC 118/1996, FJ 6, que cita a la STC 147/1991).

Cal distingir, doncs, entre el buit normatiu i el que és la voluntat del legislador de no regular una matèria o de no regular un aspecte concret. Si entenem que el fet de no haver regulat una matèria ja és una manera d'haver-se pronunciat sobre aquest tema, conseqüentment l'aplicador del dret no haurà d'acudir a l'altre ordenament.

El legislador autonòmic, ha regulat el règim d'incompatibilitats dels alts càrrecs, per la qual cosa s'ha evidenciat la voluntat de regular-lo completament i, en definitiva, no cal aplicar supletòriament la Llei 3/2015.

3. Sobre la forma de desfer-se de les accions que excedeixin del deu per cent

Com ja s'ha indicat, cal aplicar en aquests supòsits l'article 4.2 de la Llei autonòmica 2/1996, de 19 de novembre, d'alts càrrecs de la CAIB, que estableix l'obligatorietat de desfer-se de les participacions que es posseeixin que excedeixin del 10 per cent, tenint en compte les següents consideracions:

- S'han d'incloure en el còmput també les participacions que pugui tenir el cònjuge, fills dependents i persones tutelades.
- L'empresa de la qual es té la participació ha de tenir contractes, concerts o convenis, bé siguin de caràcter econòmic o bé de qualsevol altra naturalesa, amb l'Administració pública autonòmica o entitats vinculades o dependents d'aquesta.



- Atès que es fa us del terme genèric d'empresa cal entendre que es refereix a qualsevol empresa, amb qualsevol forma mercantil, i amb qualsevol domicili social, fins i tot de fora de les Illes Balears.

Malauradament la llei autonòmica fa us d'un terme de caràcter excessivament genèric i un tant imprecís: “desfer-se de les participacions”, per la qual cosa caldrà interpretar-lo d'acord amb el que preveu l'article 3.1 del Codi Civil: *“1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*

No és possible aplicar el sentit gramatical atès que *“desfer-se'n”* significa, segons el Gran diccionari de la Llengua Catalana, anul·lar, tornar arrere (*“Desfer un casament, un tracte. Ha hagut de desfer tot el camí”*). Aquesta interpretació literal no és d'aplicació en aquest cas perquè la finalitat de la llei 2/1996 no és desfer participacions o negocis jurídics sinó evitar un conflicte d'interès del càrrec públic, per la qual cosa caldrà fer una interpretació teleològica —*“espíritu y finalidad”*—

D'acord amb l'article 3.3 de la llei 2/1996 la finalitat del règim d'incompatibilitats és garantir l'objectivitat i imparcialitat plena en la gestió dels interessos públics. En concret indica:

“[...] 3. El fonament de la incompatibilitat imposada com a principi general per mitjà d'aquesta regulació es troba en la necessitat de garantir que l'Administració autonòmica, mitjançant les persones que executen les seves finalitats des dels llocs de més responsabilitat o transcendència, serveixi amb objectivitat i imparcialitat plena els interessos generals. El reflex més immediat d'això es concreta en la incompatibilitat més absoluta que eviti l'exercici de qualsevol activitat aliena que pogués impedir, dificultar o menyscabar la disponibilitat per complir els deures i les funcions pròpies del càrrec o lloc de treball o que pogués comprometre o posar en entredit la imparcialitat, l'objectivitat i la independència en l'exercici d'aquest.”

Per a aquesta finalitat no té cap sentit *“anul·lar”* la titularitat d'unes participacions, sinó impedir que es pugui plantejar un conflicte d'interès en la gestió dels fons públics.



Per evitar que les participacions socials impedeixin exercir amb objectivitat la gestió dels interessos públics existeixen diversos negocis jurídics de l'àmbit civil i mercantil. Sense necessitat de fer una aplicació analògica, d'acord amb l'article 4.1 del CC, l'article 14.3 de la Llei 3/2015 dona dues alternatives — alienació o cessió de participacions socials— plenament traslladables al supòsit que ara ens ocupa, perquè permeten garantir l'objectivitat dels càrrecs públics, en el marc d'una llei estatal amb la mateixa finalitat que la llei autonòmica: “[.../...] tendrá que enajenar o ceder a un tercero independiente, entendiendo como tal a un sujeto en el que no concurren las circunstancias contempladas en el apartado 1, las participaciones y los derechos inherentes a las mismas [.../...]”

4. Sobre la interpretació de l'article 14.3 de la Llei 3/2015

Si bé, com ja s'ha explicat, la Llei 3/2015 no és directament d'aplicació als alts càrrecs de la CAIB, sí que pot servir com a solució el contingut de l'article 14.3 d'aquesta Llei ja que persegueix la mateixa finalitat que l'article 4.2 de la Llei 2/1996. En aquest sentit, volem posar de manifest que en data 29-6-2023 l'Oficina encarregada de les qüestions d'incompatibilitats dels Alts Càrrecs de l'Administració General de l'Estat, a petició d'una persona interessada, va informar sobre la interpretació de l'article 14.3 de la Llei 3/2015 en els següents termes:

En contestación a su consulta, relativa a la interpretación del artículo 14.3 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, le indicamos lo siguiente:

En efecto, el mencionado precepto, que en su apartado 1 impide a los altos cargos poseer, por sí o por persona interpuesta, participaciones directas o indirectas superiores a un 10% en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, o que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública, obliga a aquéllos, en su apartado 3, en el caso de que su participación en éstas sea superior al mencionado porcentaje, a enajenar o ceder a un tercero independiente el exceso durante el tiempo en que ejerzan su cargo, en el plazo de tres meses desde el día siguiente a su nombramiento.

En la mayoría de los supuestos en los que altos cargos de la AGE han incurrido en el supuesto de hecho previsto en este precepto, han



procedido a la enajenación del exceso sobre dicho 10% de sus participaciones a un tercero, formalizando al efecto la correspondiente escritura notarial de compraventa.

Sin embargo, se han planteado algunos casos en los que el respectivo alto cargo se ha decantado por elevar a público el correspondiente acuerdo societario por virtud del cual procede a la cesión a terceras personas de los derechos políticos de las participaciones que ostenta en la correspondiente sociedad, únicamente durante el tiempo de duración del mandato de su cargo, previéndose expresamente en el mismo acuerdo que una vez producido el cese en el mismo recuperará automáticamente dichos derechos políticos objeto de cesión, siendo suficiente la comunicación de la citada circunstancia a los cesionarios y al órgano de administración de la sociedad para poder inscribir en el libro registro de socios dicha recuperación.

Asimismo, en el acuerdo se estipula que además de elevarse a pública la cesión de derechos, la misma se anotará en el mencionado libro registro de socios, se declarará a esta Oficina de Conflictos de Intereses a efectos de su inscripción en los correspondientes registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales, y deberá contar con el previo visto bueno de la misma.

En estos casos, se incorpora al documento notarial la certificación expedida por el administrador de la sociedad, acreditativa de haberse adoptado el referido acuerdo aprobado por la junta de socios, compareciendo este ante el notario en nombre y representación de la mercantil.

Esperamos que esta información le sea de utilidad a efectos de conocer el procedimiento seguido por algunos altos cargos de la AGE para proceder a la cesión a efectos del cumplimiento del artículo 14.3 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, por el que usted se interesa, dado que no resulta posible, al amparo de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal y del deber permanente de secreto que recae sobre el personal de esta Oficina respecto de los datos e informaciones conocidas por razón de su trabajo, remitirle ejemplos de escrituras notariales que obran en poder de la misma



5. Sobre la forma en què s'ha de fer la cessió de les participacions

Per a dur a terme la cessió, ens remetem al procediment indicat en la resposta de la Oficina encarregada dels conflictes d'interès de l'Administració de l'Estat que es transcriu, però amb una important matisació; la cessió, com bé diu l'article 14.3, **ha de ser de tots els drets inherents, no només els drets polítics sinó també els econòmics, i qualsevol altre derivat de les participacions.** A més, la cessió **s'ha de comunicar a l'òrgan d'administració de la societat per a poder inscriure-la en el llibre registre de socis,** requisit d'inexcusable compliment. Per tant, la cessió ha de ser, **com a mínim,** de tots els drets de l'article 93 del Reial Decret Legislatiu 1/2010, de 2 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Societats de Capital:

- a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.
- c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.
- d) El de información.”

6. Sobre el tercer independent

És una qüestió d'especial transcendència; la desvinculació de les participacions ha de ser clara, per tal d'evitar qualsevol vinculació directa o indirecta que pugui vulnerar la regulació esmentada; la qual cosa significa que aquesta desvinculació tampoc pot fer-se mitjançant alguna societat mercantil o qualsevol forma jurídica amb la que es mantengui la vinculació directa o indirecta.

Cal recordar que les persones cessionàries o les adquirents, en cas d'alienació, no poden ser el cònjuge, fills o persones tutelades, d'acord amb l'article 4.2 de la Llei 2/1996.

Palma, 14 de juliol de 2023