

Gemma Angélica Sánchez Lerma

Doctora en Derecho Mercantil
Letrada. Cámara de Comptos de Navarra
Nafarroako Kontuen Ganbera

Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas

Damnum culpa datum etiam ab eo qui nocere noluit,
(Las Partidas 7,15,6 y Digesto 9,2,5)

RESUMEN/ABSTRACT:

Parejo al incremento en el número de sociedades mercantiles creadas por las administraciones públicas en estos primeros años del siglo, se ha ido detectando un cada vez mayor número de situaciones en las que la inadecuada gestión realizada por los administradores o responsables de dichas sociedades ha dado lugar a un claro perjuicio en el patrimonio y los fondos de las sociedades públicas. Sujetas como están al control de la administración matriz, y a la fiscalización de los órganos de control externo, el elevado número de irregularidades y corruptelas detectadas, ha provocado una evidente reacción contraria a su existencia de la que es buen ejemplo la normativa al efecto de la reciente Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la administración local. Sin embargo en la actual coyuntura el ciudadano lo que exige es la depuración de responsabilidades. En el presente artículo se analiza la doctrina jurisprudencial y su problemática sobre la responsabilidad contable, a que pueden estar sujetos los gestores y administradores de sociedades públicas.

The current work on the one hand presents some of the causes which can explain why urban planning has become an important source of financing for municipal corporations, through analysing the different urban models adopted by the land legislations of our country. On the other hand there is evidence of the work which the external regulating Bodies have steadily been carrying out with regard to auditing urban activity, despite the difficulties this entails. In this sense, the Pamplona Declaration, made by the Presidents of the Regional Financial Courts on 19 October 2006 confirms the need to strengthen urban audits although it recognises that this objective requires correct training for public auditors, taking into account that the risk with this type of audit lies mainly in what is left out of the documentation and accounts that are analysed.

EMPRESAS PÚBLICAS, EMPRESAS MIXTAS, ADMINISTRADORES, RESPONSABILIDAD, RESPONSABILIDAD CONTABLE, AUDITORÍA PÚBLICA
PUBLIC COMPANIES, MIXED COMPANIES, ADMINISTRATORS, LIABILITY, ACCOUNTING LIABILITY, PUBLIC AUDIT

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

1. INTRODUCCIÓN

Cuando la empresa pública es instrumento de la administración hay que justificar y valorar desde parámetros jurídico-públicos la actuación de la persona jurídico-privada. De otra forma el manejo y la utilización de fondos públicos puede escapar a los controles tradicionales, lo que aminora las garantías de su adecuada aplicación a los fines que les son propios. Cuando el control es de la administración y ésta se sirve de la empresa como instrumento, la actividad realizada al amparo del ordenamiento privado es imputable en última instancia a la administración pública. En términos jurídico-interpretativos, la empresa pública configurada como instrumento de la Administración al servicio de fines públicos propios de esta última, impone una apreciación más finalista que organizativa, y en consecuencia, la consideración de la existencia de ciertas limitaciones y reglas aplicables de derecho público, como es la autorización para actos de disposición del patrimonio, o actos de contratación o controles presupuestarios.

La “huída del derecho administrativo” que era utilizada de forma generalizada para justificar el fenómeno societario público, ha dado paso al necesario y obligado “regreso al derecho administrativo”, por una parte porque es una necesidad jurídica que en la gestión de fondos públicos sea protegido el cumplimiento y la transparencia de la legalidad económico-presupuestaria-contable; y por otra, porque representa una obligación ineludible garantizar a los ciudadanos la adecuada gestión de los servicios públicos conforme a los principios públicos.

En este último año, la Cámara de Comptos de Navarra ha realizado varias fiscalizaciones de empresas públicas. Coinciden en todas ellas claros incumplimientos

de las normativas a las que están sujetas estas sociedades en los ámbitos de contratación y de control, y una preocupante ausencia de buenas prácticas de gestión en sus administradores que, a la postre, ha conducido a todas ellas a situaciones de pérdidas y evidente despatrimonialización. El patrimonio inicial de toda sociedad proviene de las aportaciones de los socios: ya sea en forma total o mayoritaria, las administraciones invirtieron como socios —aportaron recursos públicos en concepto de capital fundacional—. Pero además, la mayor parte de las veces la necesidad de capitalizar la sociedad para poder realizar el objeto social, ha dado lugar a constantes puestas a disposición de estas empresas de fondos públicos, mediante ampliaciones de capital, o mediante la concesión de aportaciones a fondo perdido, o por medio préstamos concedidos en condiciones más beneficiosas que las de mercado, o inyectando recursos de la administración matriz mediante compensación de la pérdidas de la explotación, o concediendo ventajas financieras, o incluso, realizando cesiones gratuitas de bienes para la actividad societaria que de ninguna otra forma serían jurídicamente admisibles (por ejemplo cesiones gratuitas de patrimonio municipal de suelo a sociedades públicas con fines de promoción pública de vivienda).

Desde la fiscalización externa podemos constatar los desatinos, las irregularidades y los desaciertos de la gestión empresarial pública, recomendar mayor transparencia y más control por parte de los órganos de la administración matriz de las empresas, pero esto no es suficiente porque el ciudadano —más si cabe en estos últimos años— exige responsabilidad.

Desde el punto de vista jurídico la responsabilidad como término genérico, solo encuentra sentido a través



de la idea previa del “deber jurídico”. En nuestro actual sistema jurídico no es posible concebir una obligación sin la posibilidad jurídica de exigirla; la responsabilidad es la otra cara de la moneda de la existencia de una obligación. Por lo mismo, hay responsabilidad porque existe un deber previo, y esta responsabilidad es precisamente lo que garantiza su cumplimiento, ya sea voluntario o coactivo; hay responsabilidad porque hay deber previo incumplido que además ha causado un daño que debe ser reparado por la persona que lo ha causado.

En nuestro ordenamiento existen dos tipos de responsabilidad diferenciadas en función de la naturaleza del deber jurídico del que se derivan: la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones (art. 1101 Código Civil) y la responsabilidad extracontractual (art. 1902). Esta última responsabilidad, parte del deber genérico *nemine laeden*, es decir de no dañar al prójimo basado, no en una relación jurídica previa, sino, básicamente en la conducta ética y socialmente adecuada de evitar comportamientos lesivos para con los demás. En cualquier caso, ambas responsabilidades tienen una única finalidad cual es la de reparar el mal causado. A veces esto es posible, otras relativamente posible —aun cuando las cicatrices del daño perduren— otras es simplemente inviable, supuesto éste en el que hay que buscar un resarcimiento que previsiblemente nunca podrá colmar el vacío dejado por la acción injusta. El primer caso, es singularmente aquél que tiene por objeto daño en bienes fácilmente sustituibles, siendo el dinero o monetario un ejemplo claro de ello. El resarcimiento es el efecto normal de la responsabilidad siempre que haya habido daño, aunque el solo hecho de poder pedir el mismo ya actúa como revulsivo de posibles conductas contrarias al deber jurídico cuya observancia podemos exigir.

A veces la lesión del bien jurídico protegido precisa de una mayor fuerza de protección del ordenamiento jurídico en razón del grado máximo antisocial o de ilicitud en la calificación de la conducta; nos adentramos entonces en el ámbito del derecho penal en el que junto con el resarcimiento, la conducta da lugar a una resolución punitiva: resarcimiento y pena son los efectos de la responsabilidad por actuaciones tipificadas penalmente (delitos y faltas).

Por último, todos hemos oído hablar de la llamada responsabilidad política, de la que podemos decir que

viene referida a un cierto deber jurídico de quien ocupa cargos electos de comportarse en forma adecuada a lo que puede esperarse de quien ha sido designado por los ciudadanos para ser su representante... La indefinición de tal deber provoca un no menos indefinido efecto, pues aquí no hay resarcimiento alguno del daño causado, siendo suficiente la reprobación política de la persona responsable o como mucho, la renuncia al cargo, evidentemente no siempre voluntaria.

De los anteriores tipos de responsabilidad nos centraremos solo en la responsabilidad contractual, específicamente en la responsabilidad patrimonial, civil y profesional que puede nacer en el ámbito de las sociedades públicas. En este trabajo vamos a utilizar el concepto más amplio de sociedades públicas¹, entendiendo por tales todas aquellas en las que los poderes públicos puedan ejercer directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen². El criterio de la influencia dominante —importado de la teoría de los grupos de sociedades y utilizado por el Derecho Comunitario como concepto de sociedades en regulaciones específicas— concurre cuando lo que se tienen en cuenta son aspectos tales como la mayoritaria pertenencia a los poderes públicos del capital suscrito en la empresa, o la posibilidad de disponer de la mayoría de los votos en la Junta General, o la posibilidad de designar al menos a la mitad de los miembros del Consejo de Administración³.

Existiendo control o influencia dominante, las sociedades públicas se encuentran dentro del sector público, estatal, autonómico o local. Las personificaciones públicas o privadas no son el criterio al que ha de atenderse a la hora de especificar el régimen jurídico aplicable a cada entidad. Y aquí es donde queríamos llegar a la hora de fijar nuestro objeto principal de discusión porque la pertenencia al sector público de las sociedades es el primer punto de partida de la discusión para determinar el régimen de responsabilidad por daños ya que en ámbito de la gestión de los fondos públicos, las especialidades presupuestarias y contables dan lugar a un especial tipo de responsabilidad civil por su menoscabo: la responsabilidad contable.

La responsabilidad contable es —siguiendo la ya clásica sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencia 29/2009, de 15 de diciembre—

¹Sobre el concepto de sociedades públicas en nuestro ordenamiento vid. Sánchez Lerma G.A. (2009). El concepto comunitario de sociedad pública afecta a diversas normas que regulan el régimen jurídico de estas sociedades. Así por ejemplo, es de gran importancia en la regulación de su actividad contractual, con terceros o con los poderes públicos, o en la de las relaciones financieras de las mismas con sus administraciones.

²El artículo 2 de la Ley 7/2007 de 3 de abril de Transparencia de las relaciones financieras entre las administraciones Públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas, del que es copia la cursiva, introduce en nuestro Derecho el criterio de la influencia dominante.

³La sola lectura de la Ley General Presupuestaria y su comparación con el concepto de empresa pública a los efectos de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pone de manifiesto las diferencias entre el concepto jurídico de sociedades públicas y el concepto económico. Vid. también el concepto de sociedad pública según el Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

una subespecie de la responsabilidad civil. Es una responsabilidad patrimonial y una responsabilidad por daño. El artículo 2 y el artículo 15 en relación con el artículo 38, todos ellos de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, establecen la responsabilidad y consecuente obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados de quienes teniendo a su cargo el manejo de los caudales públicos originen su menoscabo, por acción o por omisión contraria a la Ley⁴. Pasemos pues al análisis del cumplimiento de sus requisitos en el ámbito de las sociedades públicas.

2. SOCIEDAD PÚBLICA, FONDOS PÚBLICOS Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Las sociedades públicas están sujetas a fiscalización del Tribunal de Cuentas y de los OCEX, sin duda alguna; la cuestión es si también, por ello, los fondos⁵ que se manejan en estas sociedades son fondos públicos y, por tanto, sujetos a enjuiciamiento contable. La diferencia en el criterio de sujeción establecido en relación a ambas funciones sembró en la doctrina⁶ y en la jurisprudencia la duda sobre la posibilidad de que los gestores de sociedades públicas pudieran ser sujetos de responsabilidad contable, no por no ser cuentadantes, que lo son, sino principalmente por considerar que no son públicos los fondos manejados.

Los principales problemas vienen porque el análisis jurisprudencial de la naturaleza de los fondos de estas sociedades se ha realizado sobre todo en el ámbito penal y con ocasión de la valoración de si es posible la imputación a los gestores de una sociedad pública del delito de malversación de caudales públicos. Suele citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de marzo de 1992, (RJ 2087, 1992) como una de las primeras en las que se niega la naturaleza pública de los fondos de una sociedad pública. El supuesto de hecho sin embargo, no es del todo subsumible, pues se trata de una empresa concesionaria de un monopolio (Tabacalera) en la que no nos queda claro si existía control o influencia efectiva —en el sentido actual apuntado— y siendo la valoración de la malversación en relación con las mercancías entregadas para su venta en comisión por el acusado; la sentencia condena no por delito de malversación, sino por el de apropiación indebida (art. 535 del Código Penal de 1973 entonces vigente) entendiéndose que los pagos no salen de las “arcas públicas” ni los “bienes apropiados

o géneros comerciales, capital o ingresos de la sociedad son caudales públicos”.

Por el contrario, en la Sentencia de fecha 5 de febrero de 1993, (RJ 875/1993) dictada por el mismo Tribunal también en sede penal, el pronunciamiento es bien distinto. La sentencia analiza la naturaleza de los caudales de una sociedad íntegramente pública local creada para la gestión directa de determinados servicios, fijándose para ello en la finalidad para la que ha sido creada y en las especialidades de derecho público que legislativamente derivan de ser sociedad local íntegramente pública, (constitución, formación de los órganos sociales, y finalidad de servicio público), y concluye

“Todo lo anterior quiere decir que si bien esas Sociedades de ente público adoptan externamente y frente a terceros una forma personificada de carácter privado, «ad intra», tanto en sus relaciones con su ente público matriz, como al desarrollo de la función o servicio que se le ha encomendado e, incluso, al funcionamiento interno de sus órganos, las relaciones jurídicas establecidas pertenecen a la órbita del Derecho público, pues de una relación jurídico-pública se trata, al estar gestionando intereses públicos y colectivos. Lo que representa que, aunque en aquella gestión utilicen los medios más ágiles del *ius privatum*, lo que están ejerciendo es una función pública”.

Es esta última interpretación la que ha sido seguida por la doctrina y jurisprudencia posteriores, por lo que puede afirmarse que la línea general es que —penalmente— los requisitos para que los fondos de las sociedades públicas sean considerados públicos, pasan por un concepto funcional de sociedad pública y una consideración del control efectivo público tan solo admisible desde la titularidad de la administración pública de la totalidad del capital social.

Es este un concepto de sociedad pública restrictivo y poco coincidente con el resto de las normas reguladoras de las sociedades públicas. La restricción excluye a las participadas indirectamente y por supuesto a las mixtas (mayoritarias o no). El concepto manejado por la jurisprudencia penal para subsumir ciertas conductas patrimonial y económicamente dañosas realizadas en seno de sociedades públicas se acota a sociedades claramente instrumentales, íntegra y directamente públicas, nunca con ánimo de lucro o con carácter industrial o mercantil, y evidentemente publicadas en su actuación y organiza-

⁴Una regulación mucho más amplia, que contempla los aspectos materiales y procedimentales propios de tal responsabilidad, se encuentra en la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. El artículo 49 de esta última norma perfila mucho más que los anteriores artículos citados, los requisitos predicables de tal responsabilidad.

⁵Como recoge Cortell Giner, R., (2010), 47 y ss. la doctrina identifica los caudales o efectos públicos con los recursos financieros de la Hacienda Pública, no obstante, el artículo 15. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, se refiere a los bienes a los efectos de delimitar el contenido de la jurisdicción contable.

⁶*Vid.* por todos Pascual García, J. (1999); y en el mismo sentido en cuanto a tal naturaleza de los fondos de las sociedades públicas al mismo autor en (2010).

ción interna (vid Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo (RJ 1992, 2087); 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10223) y 28 de febrero de 2014 (RJ 2014/89170).

Por otra parte, la exigencia de la instrumentalidad de la sociedad íntegramente pública parece que puede dejar fuera todas las sociedades que, aun siendo íntegramente mercantiles no sean instrumentales y a las que no realicen actuaciones, servicios o funciones de interés público.

No parece esta ser una interpretación acorde, ni con la evolución del derecho aplicable a las personificaciones privadas en el ámbito de la actuación de los poderes públicos, ni siquiera a la finalidad de los delitos analizados, pues ha de tenerse en cuenta que en el delito de malversación el bien jurídico protegido son los fondos públicos, con lo que se ha querido proteger además de la propiedad pública la confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos confiados a los poderes públicos.

En relación con el delito de prevaricación existe reiterada jurisprudencia que avala la calificación como conducta de prevaricación de aquellas actuaciones realizadas en el seno de sociedades íntegramente públicas con incumplimiento de la normativa administrativa sobre contratación pública aplicable a las mismas. Podemos citar, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de octubre de 2012 (RJ 2012/9853); la de 5 de julio de 2013 (RJ2013/6742).

Pero lo más preocupante es que ya existe algún que otro pronunciamiento que pone en duda incluso esto último. En la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2014 (2014/89170) se afirma que el incumplimiento de las normas contractuales públicas a que venía obligada la sociedad pública no puede calificarse como conducta constitutiva de un delito de prevaricación, y esto es así porque desde el punto de vista del Alto Tribunal “la actividad contractual de la sociedad pública no es administrativa, sino que se rige por derecho privado”. Baste argumentar en contra el dato de que la sociedad, sin embargo, era poder adjudicador.

Este mismo razonamiento sirve de base jurídica para la absolución de un delito de prevaricación del exconsejero de cultura y del gerente de CANTUR en la sentencia 1/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 8 de abril de 2014 (contratación de la casa de gorilas). Se trata también en este caso de una sociedad pública (íntegramente) en la que el Consejero de Cultura por su condición de tal era a su vez Presidente del

Consejo de administración con amplias facultades de actuación. La sociedad actuaba también con un director gerente. Ambos fueron acusados por el Ministerio Fiscal de un delito continuado de prevaricación y absueltos por el Tribunal por entender que la contratación no vulneró norma administrativa. Es interesante en esta última sentencia el voto particular que viene a poner de manifiesto lo erróneo de seguir la doctrina de la sentencia de 28 de febrero de 2014 en este aspecto, teniendo además en cuenta que se trata de una sentencia única y contraria a reiterada jurisprudencia. El voto particular entiende que existe una contradicción e ilegalidad manifiesta por la vulneración realizada por los acusados de las normas sobre contratación pública aplicables a la sociedad pública lo que constituye “una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo” que además estima es claramente ilegal y arbitraria, aspecto este que los acusados conocían o debían conocer atendiendo a los altos cargos que ocupaban y en análisis de su trayectoria profesional (esto último clave para la concurrencia del elemento subjetivo del tipo).

Si se duda de la naturaleza pública del patrimonio societario, la concurrencia del requisito subjetivo, de ser autoridad o funcionario público queda indudablemente en entredicho (vid. al respecto la STS de 22 de abril de 2004, RJ 2005,1415; en la que se analiza con profundidad esta cuestión y que sirve de referencia para posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo en este sentido).

La incongruencia de tal exclusión de nuevo se pone de manifiesto. Los miembros de los órganos de administración y los gestores de las sociedades públicas suelen estar designados —como es lógico e incluso legalmente establecido— por las autoridades dirigentes de los poderes públicos de los que dependen; es más, normalmente lo forman esas mismas autoridades: en las entidades locales lo son los miembros del pleno municipal; en las autonómicas, los miembros del gobierno... De hecho ya nadie pone en duda que “altos cargos” a los efectos de la aplicación de las normas administrativas, lo son también los directores generales y los miembros del consejo de administración de las sociedades públicas⁷.

Estas incongruencias nos pueden llevar por ejemplo a excluir de la posible aplicación de este tipo penal actuaciones realizadas por altos cargos de sociedades públicas incumpliendo las normas aplicables —obligatorias— sobre contratación pública, e incluirlas si las

⁷Vid. por ejemplo para la Administración General del Estado la Ley 5/2006, de 10 de abril de Regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado el Proyecto de Ley Reguladora del ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado que incluye entre los mismos a los “Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que tengan la condición de máximos responsables y cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno” vid. en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, num. 831, 28 de febrero de 2014.

mismas actuaciones con los mismos incumplimientos se realizan valiéndose de otra personificación o tipo de ente del sector público.

Cuando se trata de sociedades mixtas (mayoritarias, directas, indirectas) la negación se instaura como regla, por entender que no es posible encontrar conductas tipificadas como delitos contra la administración pública. Sin embargo la incongruencia de tal valoración se pone también en estos casos de manifiesto, porque, por ejemplo, las sociedades mixtas mayoritarias públicas, cumpliendo los requisitos determinados en la Ley de Contratos del Sector Público, son poderes adjudicadores —tan poderes adjudicadores como las sociedades públicas íntegra y directamente participadas— y deben cumplir con un procedimiento y unos requisitos impuestos desde la normativa administrativa contractual⁸: mutatis mutandis los mismos argumentos, observaciones y críticas anteriormente apuntadas serán aquí aplicables.

La responsabilidad penal no tiene la misma naturaleza, fundamento, ni régimen que la responsabilidad civil, o en nuestro sujeto, la contable, pero también es cierto que los mismos hechos pueden dar lugar al menos a los dos tipos de responsabilidad (la penal y la civil) y que las calificaciones penales de los actos y hechos constitutivos del tipo, también pueden afectar nuestras calificaciones en la jurisdicción contable.

No existe ninguna justificación para que en el ejercicio de las tareas públicas realizadas por sociedades públicas (íntegramente participadas, o parcialmente de forma mayoritaria, directa o indirectamente, o en cual-

quier caso, con claro control o influencia dominante de la administración pública) no se imponga la necesidad de valorar su actuar conforme a las mismas garantías que el ejercicio de esas tareas públicas se exige en el caso de ser realizadas por una entidad o administración pública. Lo que procede cuando nos encontramos ante una sociedad pública es tener siempre en cuenta que se nutre íntegra o parcialmente de fondos públicos. Ciertamente la administración gusta de vestir diversos trajes, pero cuando la actividad es de servicio e interés público, la actuación debe siempre realizarse conforme a los principios constitucionales que rigen la actuación de las administraciones públicas: objetividad, legalidad, eficacia, eficiencia, coordinación, prohibición de arbitrariedad, mérito y capacidad e imparcialidad. Es por ello por lo que más allá del levantamiento del velo en estas sociedades, la actual regulación ya opera como base suficiente para no tener que acudir a dicha técnica a la hora de valorar la actuación realizada. La forma privada en el actuar al servicio de intereses públicos ya no da lugar a un régimen jurídico íntegramente privado y en consecuencia, el incumplimiento de las normas públicas aplicables necesariamente tendrá que ser juzgado desde parámetros del derecho público⁹.

Cuestión diferente será cuando la actuación lo sea en ejercicio de actividad puramente mercantil o industrial y soportando los riesgos de su actividad sin acceso especial a fuentes de financiación pública a fondo perdido (es decir que los presupuestos públicos no asumen las pérdidas de la actividad de que se trate)¹⁰. La empresa pública de



⁸Concepto de poder adjudicador de las sociedades públicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.3 b) en relación con artículo 3.1 ambos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Aun en el caso de no ser poder adjudicador, si son sector público de acuerdo con la norma también existe regulación administrativa específica.

⁹Sobre la calificación de los actos de las sociedades públicas desde el derecho administrativo, la jurisdicción y su problemática en relación con las sociedades públicas íntegramente municipales vid. Ballina Díaz, D, (2014).

¹⁰Requisitos determinados por la jurisprudencia comunitaria para considerar que entes sujetos a la influencia dominante de una administración o de otro poder adjudicador no han sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general.

actividad puramente mercantil o comercial—ya sea íntegramente pública o mixta— es la concreción material de los principios constitucionalmente recogidos de la iniciativa económica pública y de la libertad de empresa. La primera consecuencia de estas observaciones es la necesaria desaparición de toda clase de privilegios propios de las administraciones públicas y de las sociedades públicas que por su objeto (servir al interés general, ser instrumento de la administración en el ejercicio de sus potestades propias) tienen el mismo carácter que la administración (sector administrativo). Las sociedades públicas que actúan en mercado de forma concurrente, no pueden operar al margen de los postulados aplicables a los demás agentes u operadores económicos, porque ello originaría un quebranto del sistema de economía de mercado.

El ámbito jurídico así delimitado en el que este tipo de sociedades públicas se mueve, precisa la observación estricta de las normas sobre competencia y por ello, un exquisito cuidado en las motivaciones y formas con que se realiza la financiación de la actividad empresarial pública. En este caso la sujeción a fiscalización pública sigue existiendo, pero nos parece más que cuestionable que los parámetros de exigencia de responsabilidad de sus administradores no sean los mismos que para cualquier otra sociedad mercantil¹¹.

Tanto en el informe de fiscalización realizado por la Cámara de Comptos sobre “Operaciones financieras y contractuales del Sector Público Foral con diversas empresas forestales 1997 a 2012”¹² como en el informe “Gestión de las sociedades públicas del Ayuntamiento del Valle de Egüés (2004-2013)”¹³ realizado por la misma institución, se pusieron de manifiesto ciertas actuaciones de sus gestores que suponían el menoscabo de los fondos públicos, así como diversas actuaciones claramente contrarias a la normativa contractual, presupuestaria y de control. Si algunas de estas actuaciones hubieran sido realizadas por funcionario público y en el claro ámbito de una administración pública, ninguna duda existiría de su tipificación penal, en unos casos como malversación, en otros como prevaricación. Sin embargo, al estar moviéndonos en el ámbito de las sociedades públicas totalmente públicas y también mixtas, la valoración realizada no pudo ser la misma.

El Ministerio Fiscal, en relación con ciertas irregularidades denunciadas en el primer informe citado, incoó diligencias de investigación y acordó su sobreesamiento y archivo, por no ser los hechos denunciados constitutivos de delito contra la administración pública, todo ello con base y argumento principal en la jurisprudencia que entiende que en el caso de sociedades públicas con participación privada, al existir aportaciones privadas no existen fondos que puedan identificarse con el concepto de caudales públicos. El capital social de la empresa estaba participado en un 30% por una empresa privada y en un 70% por una empresa pública (100%); es más, la participación indirecta que supone este último dato fue, para el Ministerio Fiscal importante a la hora de valorar si los fondos eran públicos llegando a la conclusión de que no lo eran.

Esta interpretación dada por el Ministerio Público marca nuestra valoración acerca de la concurrencia de indicios de delito en el informe sobre las sociedades de Egüés. El informe analiza la actuación de un ayuntamiento en el ámbito urbanístico que se realizó creando una sociedad pública participada al 100% por la entidad local. Esta sociedad a su vez creó dos sociedades mixtas mayoritariamente públicas, para la gestión y promoción, cada una de ellas, de determinadas actuaciones urbanísticas del ayuntamiento. No se dotaron ninguna de las tres sociedades (ni la matriz, ni las mixtas) de recursos humanos y materiales propios y toda su actividad se contrató externamente. El órgano de administración de la sociedad pública local matriz estaba ocupado íntegramente por cargos públicos del ayuntamiento (alcalde y ciertos concejales). El consejo de administración estaba formado por el alcalde y por concejales, si bien se nombró un consejero-delegado (el alcalde) con amplias facultades de actuación y también, de entre los miembros del consejo de administración, una apoderada, concejala de la corporación local que, pese a su dedicación exclusiva, fue retribuida por sus servicios por la empresa pública. Las sociedades mixtas también tenían un consejo de administración en el que estaba adecuadamente representada la parte pública del capital social, pero de acuerdo con el contrato de constitución de la sociedad era el socio privado, —que en am-

¹¹En el informe emitido por la Cámara de Comptos de Navarra en junio de 2010 sobre el *Circuito de Velocidad de los Arcos* se analiza la actuación de una sociedad privada que posteriormente es adquirida por la Administración de la Comunidad Foral. La sociedad es la que realiza las obras de construcción del circuito y la que posteriormente es sociedad de gestión del Circuito. Desde nuestro punto de vista esta sociedad pese a ser inicialmente mixta pero mayoritariamente pública y actualmente íntegramente pública debería formar parte del sector competitividad porque en su actividad presenta ánimo de lucro y no debería contar entre sus fuentes de financiación con la aportación pública a fondo perdido (entre otras vid. sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero, 10 de noviembre, 17 de diciembre de 1998, 27 de febrero y 22 de mayo de 2003). El informe puede consultarse en <http://camaradecomptos.navarra.es/informes/circuito-de-velocidad-de-los-arcos.html>. También puede verse el informe “Operaciones financieras y contractuales del Sector Público Foral con diversas empresas forestales 1997 a 2012” en el que la sociedad Echauri Forestal, sociedad pública mixta inicialmente, es también considerada como mercantil o industrial. Informe 12/2014, de fecha de 11 de abril de 2014, puede consultarse en http://camaradecomptos.navarra.es/imgx/informes/InformeComptos1412_firmado.pdf

¹²Informe 12/2014, de fecha de 11 de abril de 2014, puede consultarse en http://camaradecomptos.navarra.es/imgx/informes/InformeComptos1412_firmado.pdf

¹³Informe 12/2014, de fecha de 11 de abril de 2014, puede consultarse en http://camaradecomptos.navarra.es/imgx/informes/InformeComptos1412_firmado.pdf

bas sociedades era el mismo— el que, de hecho dirigía toda la actividad societaria. En el informe se detectaron importantes y reiterados incumplimientos de la normativa contractual aplicable, básicamente el resultado era una total inexistencia de concurrencia, siendo el socio privado de ambas sociedades mixtas el que gestionaba y promovía estas y el que a su vez se adjudicaba a sí mismo o a una empresa de su grupo los contratos licitados por las sociedades, o en ocasiones a empresas externas pero que habían sido elegidas por el socio privado con anterioridad a la licitación o incluso, en algunos casos, ya habían realizado los servicios que posteriormente se les adjudicaban. Así mismo, la inexistencia de todo tipo de controles administrativos por parte de los órganos municipales, propició incumplimientos graves de los contratos por parte del socio privado, inexistencia de garantías que debería haber depositado el socio privado, ya en su calidad de socio de las mixtas ya en su calidad de adjudicatario de obras de las mixtas, asunción por las sociedades de gastos que debía por contrato haber asumido el socio privado, pagos al socio privado no justificados contractualmente, falta de justificación de la realidad del coste de las obras efectivamente realizadas que en el informe se estima no queda justificado.... El informe pone de manifiesto que “el socio privado, con una inversión financiera de 0.15 millones ha incrementado su patrimonio en 7,35 millones procedente tanto de su participación en las sociedades mixtas como de su propia actividad constructiva y promotora de viviendas /.../ si este socio privado se hubiera limitado exclusivamente a su actividad de promoción y construcción de vivienda su incremento patrimonial hubiera sido de 3,92 millones, es decir, 3,43 millones inferior”. En la actualidad el socio privado se encuentra en situación de concurso voluntario de acreedores.

Pues bien, dada la doctrina jurisprudencial anteriormente apuntada, de los hechos arriba reseñados y sobre todo en relación con las sociedades mixtas del grupo es, poco probable que se deriven diligencias dirigidas a depurar presuntas responsabilidades penales por malversación o por prevaricación. Esperemos que esta valoración no afecte a las posibles responsabilidades contables que pudieran desprenderse de la fiscalización realizada.

La huída del derecho administrativo no debe propiciar la desprotección de fondos públicos. Desde el punto de vista administrativo y económico presupuestario, las empresas mixtas con mayoría de capital social público, son empresas públicas, es decir, son empresas que se encuentran dentro del sector público, y por ello, preci-

samente sujetas a nuestra fiscalización. Por ello, como afirma la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2014 (2014/89170):

“Si las cuentas de las empresas públicas pueden ser fiscalizadas por el Tribunal de Cuentas al estar aquellas, inequívocamente incluidas en el sector público, también les alcanzará la función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran sus administradores”.

Una de las primeras sentencias del Tribunal de Cuentas en la que existe análisis y pronunciamiento a favor de la posibilidad de enjuiciamiento de responsabilidad contable en sociedades públicas es la pronunciada en relación con las sociedades públicas de Estepona el 16 de abril de 2008 en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-164/05 (*Corporaciones Locales, P. E. XXI, S.L., Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Estepona, ejercicios 1995/1999, Málaga*). El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso administrativo, sección 8ª, en sentencia de fecha 29 de septiembre de 2010 confirmó la sentencia 7/2009 dictada por el Tribunal de Cuentas en apelación y declaró la responsabilidad contable de los administradores y gestores de determinadas empresas públicas participadas directa e indirectamente por una entidad local. Para el Tribunal Supremo los fondos de tales sociedades públicas son públicos y en consecuencia los pagos indebidos e injustificados son constitutivos de responsabilidad contable. De acuerdo con esta jurisprudencia, los parámetros en los que se fija esta responsabilidad contable son los siguientes:

- La sociedad forma parte del sector público local.
- Sus fondos son públicos porque su capital social es propiedad de una entidad pública, en forma directa e indirecta —lo que también representa una diferencia con respecto a los pronunciamientos penales—.
- Además también es público la parte del patrimonio y fondos de la sociedad que no provienen directamente de las aportaciones públicas: el fruto de su actividad social que se integra en su patrimonio y fondos es también de naturaleza pública.
- Orgánicamente, la sociedad está regida por un Consejo de Administración cuyos miembros son concejales de la entidad local, y lo son precisamente por ser concejales. La junta general de la sociedad está constituida por el pleno de la corporación¹⁴.
- Se constituyen para la gestión de servicios públicos.

¹⁴El dato nos parece importante. La derogación del principio de representación de la propiedad del capital en relación con la configuración de la Junta General y del Consejo de Administración ya indica algún que otro cambio conceptual a tener en cuenta en la valoración del funcionamiento de estas sociedades. A este respecto, las mayorías de capital decisorias se sustituyen por las mayorías electorales y representativas de la corporación local.

La doctrina contable en orden a la identificación de qué empresas públicas pueden ser objeto de actividades en las que concurra responsabilidad contable queda ampliada con respecto a la doctrina penal, admitiendo también las sociedades en las que existen participaciones indirectas públicas. La calificación como públicos de sus fondos, tanto de las aportaciones como de los productos de su actividad, extiende de forma evidente el ámbito de la jurisdicción. Sin embargo mantiene el Tribunal su alineamiento en una —ya superada legislativa y doctrinalmente— identificación patrimonialista y restrictiva conceptual de sociedad pública. La consecuencia de esta restricción es que se excluyen de enjuiciamiento a empresas mixtas mayoritarias aun cuando el socio privado no tenga ningún tipo de control o influencia en la marcha societaria. Estas empresas son públicas, deben cumplir con normas presupuestarias, contractuales, patrimoniales públicas y sin embargo no excluyendo la fiscalización sí quedan, en principio, inmunas a la jurisdicción contable.

Sin embargo, recientemente se ha dado un paso verdaderamente relevante en la inclusión de las empresas públicas mixtas en el ámbito de competencia plena de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas. En la reciente sentencia del Tribunal de Cuentas de fecha 20 de enero de 2014 (JUR/2014/53100) en contestación a la excepción planteada por los demandados de falta de jurisdicción para conocer de los hechos del Tribunal de Cuentas alegando que se trata de empresa mixta en la que la entidad local Ayuntamiento de El Ferrol solo tiene un 51% del capital social, el Tribunal justifica su jurisdicción en que:

“La sociedad E. forma parte del Sector Público, definido en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/1982, y está incluida en el ámbito subjetivo de fiscalización y de posible enjuiciamiento contable, dado que las dos funciones atribuidas al Tribunal de Cuentas, como son la fiscalización de la actividad económico-financiera del Sector Público y el enjuiciamiento contable, deben interpretarse de forma coordinada, es decir, como vertientes de una única potestad de control. Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1979”.

Así mismo, los recurrentes sostenían que si se entendía que había habido daño a los fondos públicos en la empresa mixta debería reducirse la cuantificación del daño al 51% de los mismos, dado que el 49% de los fondos era de origen privado. El Tribunal da aquí un curioso golpe de timón al desestimar la pretensión argumentando que la responsabilidad que se está enjuiciando lo es en relación con los fondos de una sociedad que es pública, no con los fondos que en la misma tiene el ayuntamiento o con los fondos del ayuntamiento:

“A este respecto conviene subrayar que el objeto de este proceso, sobre el que se ha pronunciado la sentencia apelada, es un perjuicio a los fondos públicos de E., como mercantil dependiente del Ayuntamiento de Ferrol, y no un perjuicio a los fondos de dicho Ayuntamiento. Las respectivas participaciones del Ayuntamiento y del socio privado afectarán, en su momento, a la liquidación de la sociedad, pero mientras no se produzca la liquidación nos encontramos ante una entidad perteneciente al sector público cuyos fondos son fondos públicos en su totalidad, por lo



que la responsabilidad contable por daños causados a dichos fondos se extiende a la totalidad del daño y no sólo al porcentaje correspondiente a la participación del Ayuntamiento en el capital social”

Así pues, esta sentencia da entrada a la posibilidad de existencia de responsabilidad contable en empresas públicas mixtas, entendiéndose que su pertenencia al sector público y su finalidad de creación para la gestión de servicios públicos de competencia de la administración matriz *publica* la empresa, *publicando* los fondos de la misma en su totalidad.

3. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD

En relación con la concurrencia del elemento subjetivo de la responsabilidad contable en las empresas públicas, los criterios jurisprudenciales se recogen en diversos pronunciamientos. Así en las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 30 de junio de 2011 (RJ2011, 6078), 21 de julio de 2011 (RJ 2011, 6751) y 2 de marzo de 2012 (RJ 2012/4353), 28 de febrero de 2013 (RJ 2013/3517 (casos sociedades públicas de Marbella) se analiza la excepción planteada por los demandados de falta de legitimación pasiva argumentando que eran administradores a título formal o institucional, careciendo “de verdadero poder decisorio en la gestión de la sociedad municipal, pues se limitaban a ejecutar las instrucciones que recibían del Ayuntamiento de Marbella”. En estas sentencias se discutía la cualidad de cuentadante de los miembros del consejo de administración de las sociedades públicas, lo cual es ratificado por el Tribunal Supremo, afirmando que:

“ninguno de los preceptos reguladores de la responsabilidad contable se refiere exclusivamente a los funcionarios o autoridades como exclusivos sujetos pasivos. Por el contrario, se habla en todos ellos de personas encargadas de la recaudación, custodia, manejo o utilización de los caudales o efectos públicos.

- Definido así el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, la participación en la actividad económica financiera de un ente público hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos”.

La gestión de las sociedades mercantiles es realizada bajo la responsabilidad de los administradores; la responsabilidad por la gestión inadecuada de los fondos públicos en las sociedades mercantiles se predica de quien tiene a su cargo dichos fondos, que son, principalmente, los administradores, por ello como afir-

ma la citada sentencia de 28 de febrero de 2013 (RJ 2013/3517):

“la responsabilidad contable surge, en todo caso, en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia, a saber, el cargo o entrega de los fondos, y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca la data, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien sea bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas o entrega de las cantidades recibidas en interés de un tercero. Acreditado un cargo y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas, lo que denominamos un alcance de fondos”

Como no podía ser de otra forma surge en este punto la conexión entre la responsabilidad mercantil de los administradores y la responsabilidad contable de los administradores de sociedades públicas. Son *sociedades* y son *públicas* y en consecuencia nos vamos a encontrar, por una parte con un sistema de responsabilidad propio del Derecho societario, por otra parte, con un sistema de responsabilidad propio del Derecho público. Es interesante conocer cómo se articulan ambos tipos de responsabilidades.

De acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 38.1, 15.1 y 2.b) de la aludida Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, los responsables contables son “quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen” y en este sentido la acotación es claro que incluye a los administradores de las sociedades mercantiles públicas, aunque no solo a ellos.

Así es evidente que existirá responsabilidad, tal y como existe también en el ámbito mercantil, de quien deba realizar el control de dichos fondos (intervención). Específicamente los interventores de la administración matriz forman son los posibles sujetos responsables directos de responsabilidad. La obligación de control también puede predicarse de otros sujetos como el secretario de una entidad local o los miembros del pleno que aprobaron las cuentas de la sociedad. Así por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Cuentas de fecha 20 de enero de 2014 (JUR/2014/53100) se analiza la posible responsabilidad contable de todos los sujetos anteriormente nombrados en un alcance realizado en una sociedad mixta, entendiéndose que es factible la concurrencia en todos estos sujetos de responsabilidad. La responsabilidad sería solidaria por lo que no se acepta

la excepción planteada de falta de litisconsorcio pasivo necesario¹⁵.

En relación con los interventores, el mencionado informe de la Cámara de Comptos de Navarra sobre *las sociedades públicas de Egüés*, puso de manifiesto la total ausencia de control por parte de los servicios de intervención de la entidad local, pese a que reiteradamente en otros informes se había recomendado que se realizara en forma adecuada. De acuerdo con la normativa aplicable concretada además en los Estatutos de la sociedad pública matriz, la Intervención municipal del Ayuntamiento debería haber desarrollado sus funciones de control respecto de la gestión económica de la sociedad en su triple acepción de función interventora, función de control financiero y función de control de eficacia, lo que evidentemente no se hizo.

Por su parte, incluso podría plantearse la sujeción de los auditores de cuentas de la sociedad. En el *Informe de las Sociedades de Egüés* se observaron muchas irregularidades que no se habían puesto de manifiesto en los informes de los auditores de cuentas de las sociedades¹⁶. La norma mercantil aplicable es la reguladora de la actuación profesional de los auditores de cuentas y en concreto la Ley de Auditoría de Cuentas (Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio)¹⁷. Esta responsabilidad lo es por daños y es de naturaleza civil, y exigible a título de culpa o negligencia y en el ámbito de las sociedades de capital da lugar también a la acción de responsabilidad social. El artículo 271 de la Ley de Sociedades de Capital remite en relación con la responsabilidad de los auditores frente a la sociedad, a los artículos sobre responsabilidad social de los administradores (236 a 240 de la citada Ley de Sociedades de Capital)¹⁸. Si tenemos en cuenta que los auditores de estas sociedades públicas lo son de fondos públicos y asimilando el efecto a la valoración de la conducta negligente profesional de los administradores como constitutiva de responsabilidad contable, parece que podríamos también encontrar casos en los que la negligencia profesional de los audito-

res haya sido el origen o concausa del menoscabo en los fondos públicos de la sociedad.

Por lo tanto, la responsabilidad contable predicada en una sociedad pública es más amplia desde el punto de vista subjetivo que la responsabilidad social de administradores y auditores, porque abarca o puede abarcar a muchos otros sujetos que tengan a su cargo la gestión de los fondos públicos de la sociedad (*intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen*).

En principio, la responsabilidad será de quienes realicen el acto lesivo. Cuando la responsabilidad se predica de los administradores, todos los miembros del consejo de administración serán en principio responsables de la actuación, sin embargo el Tribunal de Cuentas entiende que la responsabilidad contable en el caso de no actuación directa del administrador o del consejero será subsidiaria. La razón de tal valoración está en la estimación como negligente de la omisión del obligado control y vigilancia de los administradores sociales.

Así por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Cuentas de fecha 20 de enero de 2014, (con cita de las sentencias de la misma sala 11/2009, de 12 de mayo, 10/2009, de 11 de mayo, 8/2009, de 31 de marzo, 6/2009, de 31 de marzo, 4/2009, de 17 de marzo, 18/2008, de 3 de diciembre y 10/2007, de 18 de julio) se valora la intervención de los miembros del consejo de administración en determinados pagos realizados que dieron lugar a daño en los caudales públicos, calificando su actuación como negligente en su función de control y rendición de cuentas, por "omisión de las especiales cautelas exigibles a un gestor de fondos públicos cuya adopción podría haber evitado la producción del daño". No obstante, puesto que no intervinieron materialmente en los pagos, se califica la responsabilidad contable como subsidiaria, siendo la responsabilidad contable directa atribuida al gerente de la sociedad.

En la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 10/2012, de 9 de mayo de 2012, se analiza la responsabilidad contable de un consejero y del interventor

¹⁵Es decir, que para pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad contable no es necesario que todos los posibles responsables solidarios sean llamados a juicio. Por otra parte, la declaración de existencia en relación con uno de ellos no implica cosa juzgada en relación con los demás, ni es título para entender su condena, pudiendo dirigirse acción contra los demás posibles responsables solidarios mientras no se cobre totalmente la deuda. Nada impide tampoco que los condenados en el proceso puedan con posterioridad ejercitar las acciones de regreso que crean corresponderles contra cualquier otro sujeto que crean es responsable solidario.

¹⁶Sobre el tema en forma específica vid. Cabeza del Salvador, I., (2014).

¹⁷El artículo 22 de esta norma específica que: 1. Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en el presente artículo.

2. La responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional a la responsabilidad directa por los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero. A estos efectos, se entenderá por tercero cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo éste elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión. La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros.

3. Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, dentro de los límites señalados en el apartado precedente, tanto el citado auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad de auditoría.

4. La acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribirá a los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría.

¹⁸Vid. sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2009, ejemplo de reiterada y unánime jurisprudencia al respecto.

de una empresa pública municipal por el libramiento de un cheque sin justificación. El Tribunal entiende que ambos libradores son responsables contables directos del perjuicio en los fondos públicos que supuso el pago injustificado de dicho cheque, y analiza la posible responsabilidad del consejero de la sociedad que estampó su firma en el cheque dando su visto bueno a la operación. En opinión del Tribunal este último consejero es responsable contable subsidiario porque ha coadyuvado directa o indirectamente al menoscabo en los fondos públicos producido por el abono del citado cheque ya que prestó su conformidad sin la debida diligencia, es decir, “en modo negligente en el cumplimiento de sus obligaciones en su calidad de miembro del Consejo de Administración” de la sociedad pública local.

He aquí por lo tanto otra diferencia con respecto a la responsabilidad social de los administradores. De acuerdo con lo previsto en el artículo 237 LSC, la responsabilidad de los administradores siempre recae en todo el Consejo de Administración. La responsabilidad social es directa y solidaria, de todos los consejeros, salvo que prueben que “no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”. Dada la valoración de la conducta en el ámbito contable, parece que las causas de exención no son aquí trasladables, porque si la razón de la responsabilidad contable subsidiaria es no haber intervenido materialmente en el acto y omisión del deber de vigilancia y control, la prueba de la no intervención en la adopción o la ejecución no enerva la responsabilidad contable subsidiaria, tampoco el desconocimiento. Entendemos que en el caso de que probada la actuación activa del consejero dirigida a evitar el daño o la oposición expresa la exoneración sí operaría en ambas responsabilidades.

Estas cuestiones plantean una nueva diferencia entre ambas responsabilidades; y la paradoja de que un consejero puede ser mercantilmente responsable directo y solidario de una actuación dañosa para los bienes de la sociedad pública, y contablemente responsable subsidiario por la misma actuación, pero también puede darse el caso de que sea responsable contable subsidiario y no responsable mercantil, lo que no deja de sorprender. Teniendo en cuenta estas diferencias de ámbito, sujeto

y tipo de acción, admitiendo que se trata de responsabilidades ambas de naturaleza civil que se dirigen a resarcir los mismos daños por los mismos hechos parece en principio difícil admitir que se puedan ejercitar ambas acciones contra las mismas personas (acción civil y acción contable). En principio parece que los hechos, por especialidad, deberían ser planteados ante la jurisdicción contable, pero como hemos visto, podría darse el caso de existencia de responsabilidad mercantil solidaria, siendo solo subsidiaria en el caso de responsabilidad contable, con evidente beneficio para el consejero si el conocimiento es de la jurisdicción contable — o la posible concurrencia de causa de exoneración (prueba de desconocimiento, por ejemplo) de responsabilidad mercantil frente a la condena contable, aun cuando sea subsidiaria.

Pero hay otras especialidades en la responsabilidad de los administradores de sociedades públicas que es necesario poner de manifiesto. En las sociedades de capital la separación entre la posición del socio capitalista inversor y el gestor profesional de las empresas es regla definidora. Por ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 236 LSC ni siquiera en el caso de que el acto se haya adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General hay exoneración de la responsabilidad. En sede de sociedades públicas, esta responsabilidad de los administradores puede verse modificada por seguir instrucciones específicas de la administración matriz. El supuesto de exoneración de responsabilidad se encuentra para las sociedades mercantiles estatales en el ámbito la Administración General del Estado en el artículo 179 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las administraciones públicas (en adelante LPAP)¹⁹. Son estos supuestos aquéllos en los que se imparten a los administradores de una sociedad pública instrucciones desde la administración matriz. En determinados casos, justificado en el servicio al interés público, puede ocurrir que el cumplimiento de las instrucciones genere consecuencias lesivas para la sociedad pública, supuesto en el que se activaría la responsabilidad de los administradores ante los socios, los acreedores y la propia sociedad mercantil. En tales casos, la exención de responsabilidad está justificada en el servicio y bien público por el que están dictadas las instrucciones (art. 178 LPAP) que se superpone como bien jurídico protegido de mayor intensidad. Las normas se refieren a responsabilidad mer-

¹⁹Esta exoneración también opera de acuerdo a la normativa de las administraciones autonómicas. Así por ejemplo en la Comunidad Foral de Navarra se recoge esta exoneración de responsabilidad de los administradores de sociedades públicas en el 112.1 Ley Foral 14/2007 de 4 de abril, de Patrimonio de Navarra que exonera de responsabilidad social a los administradores de sociedades públicas que actúen de acuerdo a las instrucciones recibidas. Ahora bien, aquí la problemática de justificación de la exoneración puede ser mayor, dado que este artículo es aplicable a todo tipo de sociedad pública. La exoneración tenía sentido predicada en relación con el concepto originario que sociedad pública tenía esta norma que restringía las mismas a cualquier sociedad “creadas o reconocidas por el Gobierno de Navarra, cuyo capital social sea en su totalidad de titularidad directa de la Administración de la Comunidad Foral, y estén vinculadas permanentemente a la satisfacción de fines de interés público”. Modificado el concepto de sociedad pública, debió haberse adaptado también el régimen de exoneración.

cantil, pero entendemos que caso de generarse tampoco podrá exigirse una responsabilidad contable que deberá recaer en el órgano que ha impartido las instrucciones. Debe no obstante observarse que la norma está dictada para las sociedades mercantiles estatales del 166.2 LPAP que son sociedades íntegramente públicas (directa o indirectamente) lo cual implica que suelen ser sociedades instrumentales y sociedades de servicio público.

En el ámbito local, la Junta General de las sociedades públicas locales es el pleno de la entidad local. Normalmente, la total ausencia de control que desde los órganos locales se realiza de estas sociedades implica un generalizado desconocimiento de los integrantes del Pleno de la corporación local en relación con los actos de las sociedades. No obstante, debe recordarse que el artículo 78 de la Ley de Bases de Régimen Local especifica el régimen de responsabilidad de los miembros de las corporaciones locales, y los sujeta a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo, siendo responsables de los acuerdos los miembros de las corporaciones que hayan votado favorablemente. Las responsabilidades civiles o patrimoniales a las que están sujetos pueden calificarse como responsabilidad contable por actos realizados actuando como miembros de la Junta General de una sociedad pública —cuando por ejemplo voten o ratifiquen una actuación de los administradores o gestores dañosa para la sociedad pública, normalmente subsidiarios—. Es esta una diferencia clara entre la posición del socio en la Junta General de una sociedad mercantil y la posición de los concejales o componentes de la Junta General de una sociedad pública. La Junta General en una sociedad pública toma acuerdos que pueden perjudicar, no el patrimonio privado de los que toman la decisión, sino los fondos públicos: la valoración de la responsabilidad en este caso es muy diferente, pues ninguna responsabilidad existe por perjudicar lo propio, pero sí debe existir por perjudicar lo ajeno.

4. IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS VULNERADAS

Siguiendo con el análisis de los elementos de la responsabilidad contable, se observa que no toda acción u omisión dará lugar a responsabilidad contable. El acto generador de la responsabilidad debe suponer una infracción de las normas presupuestarias y contables reguladoras del sector público que se trate. Veamos cómo puede interpretarse este requisito en el caso de sociedades públicas.

La vulneración de la normativa presupuestaria contable puede realizarse en diversas formas. Según Cortell²⁰, representa vulneración de normas contables y presupuestarias la consistente en actuaciones que directa-

mente sean contrarias a dichas normas, como pago duplicado o la prescripción de un derecho ya liquidado. También se entiende existe vulneración de este tipo de normas cuando la misma resulta en forma indirecta, por la vulneración de otras no contables o presupuestarias siempre y cuando esta vulneración determina la improcedencia de los pagos que se realicen, es decir, un saldo deudor injustificado en una cuenta o alcance.

Existen otros dos supuestos en los que según este autor pueden plantearse dudas: el primero es el caso de los actos administrativos realizados fuera del ámbito de la gestión de los caudales públicos pero que vulneran normas no contables ni presupuestarias, pero que a su vez, da lugar a que los gestores públicos realicen actos, que afectan a los caudales públicos; el segundo es el caso de existencia de normas jurídicas de rango reglamentario que es ilegal y que da ocasión a que se produzcan actos por los gestores de los caudales jurídicamente improcedentes. En relación con estos dos últimos supuestos ya apuntaba el autor la clave interpretativa consistente en la valoración de si la ilegalidad es manifiesta o no. En la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2012, dictada en materia de responsabilidad contable se considera que los actos administrativos que autorizan los pagos realizados por una entidad local son válidos y eficaces al tiempo en que se dictan si se fundamentan en un Acuerdo aprobado por el Pleno de la entidad que no ha sido recurrido y, por lo tanto, al estar vigente y ser válido obliga en sus efectos en los caudales públicos. La cobertura legal dada por el acto no invalidado aunque viciado es suficiente para enervar la acción de responsabilidad contable.

Lo que en cualquier caso queda claro es que, en general, no todo acto dañoso de contenido económico realizado por los gestores da lugar al nacimiento de responsabilidad contable, sino que tiene que, de forma directa o indirecta, vulnerar normas contables o presupuestarias públicas aplicables.

A las sociedades mercantiles públicas, según se ha dicho, se aplican ciertas normas presupuestarias y contables de carácter público; parece claro que la vulneración directa de estas normas da lugar en este ámbito a responsabilidad contable. Sin embargo, dado el régimen jurídico, es lo cierto que estos supuestos serán los menos frecuentes.

También son de aplicación a estas sociedades normas públicas de contratación y patrimoniales. Existiendo menoscabo de los caudales públicos con incumplimiento de dichas normas públicas se entenderá predicable la vulneración indirecta de normas presupuestarias y de contabilidad.

²⁰Sobre la interpretación del Tribunal de Cuentas de este requisito *vid.* en Cortell Giner, R, o.c., 50.

En el ámbito societario afirma el artículo 236 de la LSC que la responsabilidad de los administradores nace por el daño causado por “actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”. Este artículo nos plantea tres supuestos de antijuridicidad de la conducta: contra ley, contra estatutos (que son ley societaria) y contra deber profesional. Es claro que si la responsabilidad societaria nace por contravención de ley o estatutos que a su vez supone vulneración directa o indirecta de normas presupuestarias o de contabilidad nacen ambas responsabilidades sobre el mismo hecho dañino, la societaria y la contable.

Así por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011 se resuelve un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 29 de junio de 2009. Esta resolución declaró la responsabilidad contable de varios directivos (que habían desempeñado cargos de director general y de presidente del consejo de administración) de una empresa pública autonómica que habían satisfecho indebidamente a varios altos empleados (los llamados miembros del “Comité de Dirección Amplio”, evidentemente amplio, pues eran trece los directivos que lo formaban), entre los que estaban ellos mismos como miembros del consejo de administración, determinadas cantidades como complementos de pensiones de jubilación y como premios a la dedicación y permanencia en la empresa. Así mismo declaró la responsabilidad contable del presidente del consejo de administración y director general de la empresa, por la percepción de dietas injustificadas. Es interesante el pronunciamiento por cuanto entiende que el manejo de los fondos públicos implica una cualificación y agravamiento en la exigencia de diligencia y responsabilidad. Hay que tener en cuenta que la norma era contraria a normativa específica aplicable a todo el sector público autonómico.

Afirma el Tribunal Supremo en relación con los directivos de esta sociedad pública que “el gestor de los fondos públicos esta obligado a una diligencia calificada en la administración de los mismos, que es superior a la exigible al gestor del patrimonio privado”.

Esta última afirmación nos lleva a analizar si, al igual que ocurre en el caso de responsabilidad de los administradores, simplemente la omisión de la diligencia profesional puede ser valorada como la acción antijurídica exigida para el nacimiento de la responsabilidad contable.

En el ámbito de sociedades mercantiles existen deberes y normas reguladas por el derecho privado, plenamente aplicables a las sociedades públicas, que siendo vulneradas dan lugar a responsabilidad de los administradores

y que tanto el Tribunal de Cuentas como el Tribunal Supremo entienden susceptibles de generar responsabilidad contable. Así por ejemplo en la sentencia de 4 de febrero de 2014 (RJ2014/2086) dictada en recurso de casación de la Sentencia del Tribunal de Cuentas de 17 de febrero de 2012, señala el Tribunal Supremo que :

“La responsabilidad directa del sr...cuya conducta se subsume en el artículo 42.1 LFTCu por infringir la normativa presupuestaria y contable que obliga a los gestores de los fondos públicos a responder del alcance en que hubieran podido incurrir, tanto por acción como por omisión, es decir, por no desarrollar la actividad que-estando incluida dentro de las funciones de la gestión encomendada- hubiera evitado los daños y perjuicios sufridos por los caudales públicos”

La vulneración de la normativa presupuestaria y contable se reconduce así por la jurisprudencia a supuestos de falta de diligencia en el ejercicio de las funciones de administrador de la sociedad, fundamentando el reproche en que la condición de gestor de los fondos públicos implica una serie de facultades y deberes estatutarios y legales (presupuestaria, contable, mercantil y societaria) que comportan su obligación de control de la gestión económica de la sociedad pública.

Así, siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8437) la omisión de los deberes de un ordenado empresario, o la omisión de la diligencia debida de los administradores societarios es la razón por la que se entiende existe vulneración de norma que da lugar a alcance en los fondos públicos:

“La responsabilidad que se imputa al recurrente es por la absoluta omisión de la diligencia debida en el desempeño de sus funciones, al resultar innegable que si hubiese adoptado en el ejercicio de la función de control y rendición de cuentas las especiales cautelas exigibles a un gestor de fondos públicos, podría haberse evitado la producción de los daños a la entidad mercantil, actuación omisiva de la diligencia exigible a los administradores que permitió los incrementos indebidos de remuneración o los pagos injustificados al no quedar acreditada la contraprestación, habiéndose generado de esta manera un menoscabo en los caudales públicos de la sociedad mercantil municipal que debe ser reintegrado por los miembros del Consejo de Administración en cuanto se actuó con negligencia grave en el desempeño del cargo y, entre su actuación omisiva y el daño producido existió el necesario nexo de causalidad”

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo Sección 8ª de fecha 29 de septiembre de 2010, (RJ\2010\6867) se analiza el supuesto

de actuación negligente de los administradores, y constando la existencia de responsabilidad de los administradores conforme a las normas mercantiles, siendo la misma responsabilidad por negligencia o culpa y que ha dado lugar a menoscabo de los caudales públicos, se concluye en que debe entenderse que éste constituye supuesto de responsabilidad contable:

“Del examen de las actuaciones y de los criterios manifestados por la sentencia recurrida **se constata la falta de la diligencia propia de un ordenado comerciante y representante legal, siendo ésta la razón última de la atribución de responsabilidad que se le exige** y tales razonamientos son asumibles por esta Sala, en la medida en que no han sido adecuadamente combatidos por el recurrente y conducen a la desestimación del cuarto de los motivos.”

Entendemos en consecuencia que la responsabilidad contable en estos casos se concreta por la existencia de una conducta negligente, siendo esta cualidad de la acción la constitutiva de su ilicitud o antijuridicidad.

En estos casos la negligencia ha dado lugar a un daño, frecuentemente una salida injustificada de fondos. Pero en la actividad empresarial, el daño a los fondos de la sociedad no necesariamente tiene que ser una salida injustificada, a veces es una inversión fallida, una gestión inadecuada o poco profesional que da lugar a pérdidas injustificadas o al deterioro general del patrimonio empresarial. Desde el punto de vista mercantil también entonces puede nacer responsabilidad²¹; el límite se encuentra en el simple error de apreciación. Aceptado el presupuesto de la negligencia profesional como generador de responsabilidad contable, parece que no debería haber problema en admitir en estos casos también la existencia de esta responsabilidad. La valoración de las circunstancias del caso concreto es actuación ineludible.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que las actuaciones por las que es posible entender que existe una responsabilidad contable de los administradores de las sociedades públicas por incumplimiento del deber de diligencia del 225 LSC (al igual que la responsabilidad societaria de los administradores) no pueden ser tan extensas y tan indiscriminadas que hagan peligrar la buena marcha de la sociedad; toda exageración en el rigor puede comportar mayores males que los que se desean evitar. Por una parte, no todas las actuaciones con mal resultado, es decir, con efectos negativos en la buena marcha de la sociedad, dan lugar a responsabilidad; por

otra hay que ser conscientes que aun existiendo negligencia y daño debe valorarse la existencia de una cierta zona de impunidad, en aras de hacer factible la adecuada marcha de la empresa.

En un sistema de mercado competitivo, estos administradores son empresarios, actúan en el tráfico como empresarios y en consecuencia asumen con sus decisiones riesgos. La asunción del riesgo implica que por naturaleza no se pueda saber cuando se toma una decisión si la misma será o no provechosa, si colmará las expectativas de la inversión, es decir, el riesgo empresarial implica necesariamente incertidumbre de resultado. Lo importante a la hora de determinar la valoración de la conducta es conocer si el administrador ha actuado conforme a la diligencia y cuidados propios de un buen comerciante.

Estos parámetros de valoración deben tenerse mucho más en cuenta cuando hablemos de sociedades públicas creadas en ejercicio de la iniciativa pública económica; es decir sociedades de fines y actividad mercantil o industrial. De hecho, en este tipo de sociedades falta uno de los requisitos que normalmente se exige por la jurisprudencia para anudar al perjuicio de los fondos públicos la responsabilidad contable, cual es la ya especificada de gestión o servicio público como componente esencial y justificación de la actividad.

Un ilustrativo de estas dos últimas afirmaciones lo podemos observar en el reciente informe de fiscalización realizado por la Cámara de Comptos sobre “Operaciones financieras y contractuales del Sector Público Foral con diversas empresas forestales 1997 a 2012”²².

En el informe se analizan las operaciones societarias entre una sociedad pública del Gobierno de Navarra y varias sociedades mixtas, algunas sobrevenidamente y otras creadas con la participación pública mayoritaria para la realización de un concreto proyecto de inversión. Se observa en el informe que la inversión pública en el proyecto inicialmente planteada ha ido incrementándose, tanto por la vía de capital como por la de préstamos efectuados a las empresas mixtas. Al final, las pérdidas de las sociedades dominadas de las mixtas han afectado en los resultados negativos de la sociedad pública por la que se canalizaba la inversión. El proyecto consiste en ciertas inversiones forestales, en especies para maderas nobles modificadas genéticamente, un proyecto y una inversión evidentemente mercantil, en el que el socio privado aportaba principalmente el *know-how*, con un horizonte de negocio muy largo (30 años) y que de hecho, todavía

²¹Con la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 la valoración de la conducta típica generadora de responsabilidad de los administradores se ve modificada. Si antes era necesario que la conducta fuera gravemente negligente, maliciosa o realizada con abuso (art. 73 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951) a partir del artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 basta con que la conducta sea: ó contraria a los estatutos, o a la ley, o no realizada con la diligencia propia La franquicia de la culpa leve o levisima de la que disfrutaban los administradores bajo la Ley Sociedades Anónimas de 1951 ha desaparecido en la vigente normativa.

²²Informe 12/2014, de fecha de 11 de abril de 2014, puede consultarse en http://camaradecomptos.navarra.es/imgx/informes/InformeComptos1412_firmado.pdf

no se ha alcanzado. En la actualidad la sociedad mixta creada para la realización del proyecto es totalmente pública habiendo abandonado el proyecto el socio privado que ha vendido su participación a la parte pública del accionariado. La valoración de la conducta de los administradores de las empresas públicas y las mixtas, debería pasar por el concreto conocimiento de las operaciones realizadas, su justificación, las previsiones razonables que en su momento se pudieron hacer y los estudios que dieron lugar a las decisiones de inversión, las circunstancias que finalmente dieron lugar a las pérdidas y deducir de todo ello la concurrencia de culpa o negligencia en la actuación de los administradores. Debe al respecto tenerse en cuenta que el hecho de que una inversión se prevea que va a fracasar o incluso fracase, no supone, necesariamente, una opinión de concurrencia de actuación negligente. Las decisiones empresariales de inversión siempre vienen acompañadas de riesgo: la cuestión es si ese riesgo de pérdida era evidente y razonablemente previsible o no, porque *in lucris est periculum*.

Otro ejemplo ilustrativo es el caso reflejado en el informe “Fiscalización sobre la compra de participaciones preferentes por la sociedad pública local Andacelay SL”.

Se analiza en este informe la operación realizada por el representante de la sociedad pública local —a la sazón, alcalde de la entidad local, presidente del consejo de administración de la sociedad y consejero delegado con amplios poderes de representación...— consistente en la compra en marzo de 2011 de un paquete de participaciones preferentes de Catalunya banc S.A. por un valor de adquisición de 100.241 euros. La sociedad es íntegramente pública, creada por el ayuntamiento para la gestión de la función de urbanismo de la entidad local. La operación se realizó cuando ya por cambios legislativos importantes, las participaciones preferentes

habían perdido todo su atractivo inversor y en plena crisis y denuncia de pequeños inversores de las formas de colocación por las entidades bancarias de las preferentes en el mercados, dado que ya habían comenzado a dar lugar a importantes pérdidas. Al momento de realizarse la operación la crisis económica ya estaba muy avanzada y se conocían perfectamente los riesgos asociados a las preferentes. Además, y este es dato importante en la valoración de la conducta, la adquisición se hace un mes antes de la entrada en vigor de cambio legislativo que haría de las preferentes un producto todavía menos atractivo, tanto para las entidades crediticias como para los tenedores, que con la nueva regulación vieron agravado el riesgo de su inversión y modificado en forma importante el régimen de su remuneración²³.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los valores adquiridos, no existe norma pública alguna que prohíba, limite o determine procedimiento alguno para el caso²⁴. No se trata de un acto contrario o denegatorio del objeto social, sino de un acto del tráfico, ciertamente cuestionable, arriesgado, injustificado y altamente dañino a la postre para los fondos de la sociedad pública.

La existencia de un acto que ha causado daño a la sociedad en el supuesto ahora analizado es absolutamente innegable. ¿Era razonablemente previsible ese daño? ¿Actuó el representante y administrador conforme a la diligencia y profesionalidad debida? La falta de concurrencia de esta diligencia es, desde nuestro punto de vista la clave de la constatación clara de negligencia profesional la cual es exigible conforme a lo previsto en el artículo 225 LSC y puede hacer nacer la responsabilidad de los administradores societarios y, por ende, la contable siguiendo en este aspecto la jurisprudencia ya citada, puesto que se dan todos y cada uno de los requisitos analizados.

²³Las entidades de crédito españolas acudieron a la emisión de este tipo de valores a través de entidades extranjeras —filiales de las españolas pero normalmente domiciliadas en paraísos fiscales como las Islas Caimán— Estos valores negociables inicialmente se emitían como acciones preferentes que cumplían los requisitos definidos en Basilea. El término participaciones preferentes fue utilizado normativamente por primera vez en España en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del Sistema Financiero, norma que reformó la Ley 13/1985, de 25 de mayo de coeficientes de inversión y obligaciones de información de los intermediarios financieros. El artículo 7 de esta norma recoge las participaciones preferentes como recurso propio de las entidades de crédito. La primera regulación específica de las participaciones preferentes se encuentra en la disposición adicional tercera de la Ley 19/2003, de 4 de julio, de prevención del blanqueo de capitales, que añade la disposición adicional segunda a la ley 13/1985. Esta norma se limitó a determinar los requisitos que debían tener las participaciones preferentes para poder ser reconocidas como recursos propios de las entidades de crédito, porque la finalidad, no era la regulación del instrumento, sino más bien facilitar las condiciones para que pudieran ser emitidas en España, evitando que las entidades de crédito domiciliadas en España tuvieran que acudir a crear filiales y emitir las preferentes en paraísos fiscales. Pero el panorama cambió. España, antes incluso de que se modificara y adaptara a Basilea III el ordenamiento comunitario de regulación bancaria de todos los estados miembros, aprobó el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, de reforzamiento del sistema financiero. Esta norma entró en vigor el 20 de febrero de 2011. En este nuevo contexto las entidades crediticias perdieron todo su interés en las participaciones preferentes. Además, a lo anterior se añade que mediante Ley 6/2011, de 11 de abril se modifica la disposición adicional segunda de la ley 13/1985, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. Esta nueva redacción modifica el régimen de computabilidad como recursos propios básicos de las preferentes, adaptándolo al régimen de Basilea III y se modifica el régimen de remuneración y del riesgo de forma claramente contraria a los intereses de los tenedores de las preferentes. Este cambio legislativo va a conllevar una evidente disminución de ventajas (por no decir un claro perjuicio) para los entonces tenedores de preferentes. De acuerdo con esta nueva redacción las preferentes dejan de ser títulos asimilables a la renta fija, porque la discrecionalidad en el pago dejada a una de las partes (consejo de administración) y los diferentes supuestos de posibilidad u obligación, según el caso, de cancelación del pago de la remuneración así como la posibilidad de sustitución por entrega de otros productos, introduce importantes variables en la determinación de su rentabilidad. Además la reforma introduce ex novo la obligación de los preferentistas de participar en la absorción de pérdidas corrientes o futuras.

²⁴Cuestión diferente es que teniendo en cuenta que la sociedad pública era una sociedad de servicio público local estas operaciones meramente especulativas, sin estar prohibidas, no parecen ser muy justificables desde el punto de vista de los fines de las administraciones públicas



Las pérdidas, generadas en menos de un año de la operación que ascienden al 67% de lo invertido son dato relevante de valoración, reflejo de lo inadecuado de la inversión²⁵. A este respecto, nos parece relevante observar las circunstancias concurrentes en el momento en el que se adquirieron las preferentes, porque si bien es cierto que si la operación se hubiera realizado dos años antes se podría afirmar su inocuidad o ser valorada como un acto normal y diligente del tráfico que sin embargo ha dado lugar a pérdidas no esperadas, sin embargo, es constatable que en el momento en que realizó la operación se conocía —ya no por los profesionales o conocedores del entorno de los instrumentos financieros, como es el caso del consejero delegado, que estaba en excedencia de su puesto de trabajo en la entidad crediticia con la que contrató, sino en el entorno social general— que la inversión en preferentes era probablemente una de las inversiones más arriesgadas y menos convenientes a realizar, mucho más si tenemos en cuenta el cambio regulatorio anterior a la operación que convirtió en nefastas todas las inversiones en preferentes realizadas. La reforma de abril de 2011 (las preferentes se adquirieron en marzo) terminó “dándole la puntilla” a este tipo de inversiones. La operación desde nuestro punto de vista supuso un daño derivado de una actuación negligente del administrador, valorada

así por las circunstancias concurrentes a la actuación concreta. Arriesgar en una operación que se sabe o se debería saber a ciencia cierta, sin ningún lugar a dudas que va a dar lugar a pérdidas para la sociedad, denota desde nuestro punto de vista una actuación antijurídica por contraria a la diligencia debida de todo administrador recogida en el artículo 225 de la LSC. Vulnerada esta norma y producido el daño en los fondos públicos entendemos que concurren los requisitos jurisprudencialmente determinados para exigir responsabilidad contable.

Ciertamente los controles de la operación hubieran sido mayores en el caso de que la entidad local hubiera actuado directamente²⁶, siendo este uno de los ámbitos en el que claramente se observa cómo la utilización de las formas societarias por las administraciones públicas supone, más que una huida, una actuación fuera de la órbita del derecho público, que sin embargo afecta y arriesga fondos cuya naturaleza pública debería haber comportado un plus de garantía²⁷.

5. CONCLUSIONES

1. Abandonando posicionamientos restrictivos y patrimonialistas debe utilizarse el concepto amplio de sociedad pública tanto para la función de fiscalización como para la de enjuiciamiento contable.

²⁵A partir de noviembre de 2012 comienzan las tareas de reestructuración de las entidades crediticias realizada por el FROB. La gestión de instrumentos híbridos de capital (preferentes) debe realizarse por este organismo, entregando acciones a cambio de participaciones, con una evidente pérdida de valor. Una vez obtenidas las acciones los preferentistas puede vender las acciones obtenidas al Fondo de Garantía de Depósitos.

En junio de 2013 el FROB se comunica con Andacelay S.L como preferentista, se realiza el canje de preferentes por acciones y en julio de 2013 Andacelay S.L. vende las acciones al Fondo de Garantía de depósitos

²⁶Lo cual se nos antoja ciertamente inadecuado, pues pocos veríamos razonable que una entidad local en plena crisis realice operaciones de adquisición o inversión en títulos de los que ya se conoce su alta toxicidad.

²⁷El sentido común llama a nuestra puerta: los fondos eran públicos porque la sociedad era íntegramente pública, el consejero delegado era el alcalde ¿por qué si lo hubiera hecho la entidad local lo veríamos con diferentes ojos que si lo hace la sociedad municipal?

2. La forma privada en el actuar al servicio de intereses públicos ya no da lugar a un régimen jurídico íntegramente privado y en consecuencia, el incumplimiento de las normas públicas aplicables necesariamente tendrá que ser juzgado desde parámetros del Derecho público.

3. De acuerdo con los últimos pronunciamientos jurisprudenciales puede afirmarse la posibilidad de existencia de responsabilidad contable en empresas públicas mixtas, entendiendo que su pertenencia al sector público y su finalidad de creación para la gestión de servicios públicos de competencia de la administración matriz *publica* la empresa, *publicando* los fondos de la misma en su totalidad.

4. La responsabilidad contable predicada en una sociedad pública es más amplia desde el punto de vista subjetivo que la responsabilidad social de administradores y auditores, porque abarca o puede abarcar a muchos otros sujetos que tengan a su cargo la gestión de los fondos públicos de la sociedad: interventores, secretarios, directores o meros gestores de la empresa o

de otras sociedades dominantes, concejales del pleno, consejeros de la administración matriz...

5. La responsabilidad contable solo será directa en el sujeto que materialmente ha realizado el acto; los demás sujetos responden subsidiariamente por omisión de las especiales cautelas exigibles a un gestor de fondos públicos. Este dato da lugar a paradojas en las relaciones entre responsabilidad contable, responsabilidad mercantil y responsabilidad civil de los sujetos implicados.

6. Si la responsabilidad societaria nace por contravención de ley o estatutos que a su vez supone vulneración directa o indirecta de normas presupuestarias o de contabilidad nacen ambas responsabilidades sobre el mismo hecho dañino, la societaria y la contable.

7. La jurisprudencia contable reconoce como presupuesto de responsabilidad el incumplimiento de la diligencia mercantilmente exigible que ha dado lugar a vulneración indirecta de normas presupuestarias o contables. La concurrencia de tal negligencia debe valorarse atendiendo al caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

Ballina Díaz, D. "Reclamaciones frente a las actuaciones de las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal: jurisdicción competente y legitimación de los concejales para su impugnación", *Reala*, num. 2, Julio a diciembre 2014.

Cortell Giner, R. "Supuestos de Responsabilidad contable" en *Auditoría Pública*, núm. 50, (2010), 47 y ss.

Pascual García, J. "Fondos públicos y responsabilidad contable" en *Revista Española de Control Externo*, Vol. 1 num. 2 (1999) 173-200

Pascual García, J. "La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público" en *Presupuesto y Gasto Público*, num. 60 (2010), 109-128

Sánchez Lerma G.A. "El patrimonio empresarial público" en *Derecho de los bienes públicos I: El patrimonio de Navarra*, p. 485 a 586, Pamplona, 2009