

Responsabilidad contable y tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles. Conexión y contraste con la responsabilidad de los administradores de fondos públicos

Purificación Martorell Zulueta

Magistrada Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia

ABSTRACT

The scope of responsibilities is not identical between the trading company managers and the public funds administrators. It is a fact that both figures have similarities and differences, which must be identified and analyzed.

Starting from the regulations applicable to each one of the respective spheres of action, and studying the judgements pronounced by the Civil Court – particularly, the First Chamber from de High Court– as well as the judging function of the countable responsibility from the Court of Audit, some common problems can be identified.

Consequently, this study examines from the perspective of the identification of these abovementioned problems, with the aim of running a comparison task between the legal matters which can be encountered, as well as the different solutions which are used by the different jurisdictions.

The distinction between the functions, the countable responsibilities trials, the inquiry reports probative value, the action prescription, the legal standing or the requirements to spur on responsibility are some of the matters which will be compared and examined.

1. INTRODUCCIÓN

El ámbito de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles y el de los administradores de fondos públicos no

es idéntico. Sin embargo, pueden encontrarse puntos de conexión y de contraste que merece la pena identificar y analizar.

Se enfoca este trabajo desde la perspectiva de la búsqueda de los problemas comunes y diversos, analizados por ambas jurisdicciones sobre la responsabilidad de los gestores de fondos (desde las respectivas normativas aplicables), con la finalidad de realizar una tarea de comparación y contraste de los temas jurídicos planteados y de las soluciones aplicadas. Para ello partiremos tanto del marco normativo correspondiente a cada una de los respectivas esferas de actuación como del examen de las resoluciones dictadas en sede mercantil por los Tribunales de la Jurisdicción Civil –eminentemente de la Sala Primera del Tribunal Supremo– y de las dictadas en el entorno de la función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas. Intentaremos encontrar una problemática común, teñida, sin duda, de los matices propios de cada uno de los dos ámbitos comparados, y trataremos de definir si las soluciones ofrecidas por cada una de las jurisdicciones son o no análogas.

Se puede anticipar que de las resoluciones contrastadas resultan alegaciones de temas jurídicos coincidentes: la prescripción de la acción y el cómputo del plazo prescriptivo, la legitimación para soportar la acción de responsabilidad (ya residenciada en el cese del gerente y en el alcance temporal de su responsabilidad, ya en la cuestión del gestor formal y del gestor de hecho), la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, la concurrencia o no de los presupuestos requeridos para el nacimiento de la responsabilidad o la carga de la prueba, entre otros.

Y también aspectos particulares o propios de cada área de enjuiciamiento. En el caso del Tribunal de Cuentas y en relación a la responsabilidad de los gestores de fondos públicos se identifican contenidos específicos como el relativo a la distinción entre la función fiscalizadora y la función de enjuiciamiento de las responsabilidades contables, o el valor probatorio de los informes de fiscalización (que puede ponerse, a su vez, en conexión con la problemática de la responsabilidad del auditor en el marco de las sociedades mercantiles¹,

¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2010 (ROJ: STS 7726/2010. Pte. Sr. Ferrándiz Gabriel) condenó a la entidad auditora de una cooperativa a resarcir el daño patrimonial ocasionado como consecuencia de su actuación profesional. Se había alegado por los demandantes que los informes de auditoría sobre las cuentas de la cooperativa en diversos ejercicios se realizaron deficientemente al no poner de manifiesto las graves irregularidades de que aquellas adolecían y que ocultaban la práctica insolvencia de la sociedad. El Tribunal, con cita de la Sentencia de 9 de octubre de 2008, destacó que la actividad de los auditores, en cuanto garantía

la transparencia de la información contable y el valor probatorio de los informes de auditoría).

Ciertamente la conexión y el contraste entre estos espacios de enjuiciamiento diversos es interesante y sugerente². Y es especialmente útil, pues permite tener una visión global del tratamiento de la información contable en el ámbito público y en el ámbito privado, así como completar el círculo de la responsabilidad derivada de la gestión de fondos ajenos.

2. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE

2.1. En el ámbito mercantil³

En materia de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles se ha de estar actualmente al Real Decreto

de la veracidad de las cuentas que por ellos son auditadas –señaladamente en los casos en que la norma la impone, como es el que contempla el recurso– tiene un indudable interés general, resaltando que se trata de «un servicio que se presta a la empresa revisada y que afecta e interesa no sólo a la propia empresa, sino también a terceros que mantengan relaciones con la misma, habida cuenta que todos ellos, empresa y terceros, pueden conocer la calidad de la información económico-contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas». Afirma, igualmente, el Tribunal Supremo que los auditores están «obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida, son responsables de los perjuicios que hayan causado por negligencia no sólo frente a quienes a ellos estén vinculados por la relación contractual en cuyo funcionamiento se produjo el deficiente cumplimiento de su prestación, sino también frente a los terceros que entren en relación con la sociedad auditada».

² A veces, incluso en el límite competencial. Así, por ejemplo, se examina la competencia para el conocimiento de las cuestiones controvertidas. La alegación de la falta de competencia de la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas por considerar que el conocimiento del asunto debió residenciarse ante los Juzgados de lo Mercantil se aborda, entre otras resoluciones, en la Sentencia 2/2009, de 18 de febrero de 2009, en cuyos Fundamentos Jurídicos Séptimo, Octavo y Noveno se analiza la constitución y composición de la sociedad afectada, la titularidad de sus fondos y los servicios prestados con la finalidad de determinar la jurisdicción competente, estimándose, en el caso indicado, que el conocimiento del asunto correspondía al Tribunal de Cuentas. Entre otras alegaciones se había razonado que la demanda se fundamentaba en la responsabilidad de los administradores, a lo que la Sala respondió diciendo que lo postulado era la declaración de la existencia de un perjuicio a los fondos públicos y la declaración de los demandados como responsables contables, lo que constituye una pretensión distinta de la propia del orden civil, que conocería de las pretensiones de responsabilidad de los administradores que se pudieran promover al amparo de la legislación mercantil.

³ La normativa que se cita es la actualmente vigente, sin perjuicio de las menciones que puedan hacerse a los artículos 127, 133 a 135 y 260 y 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, así como a los artículos 69, 104 y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (de los que trae causa el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), ya que, en términos generales, las resoluciones que se citarán del Tribunal Supremo o de las Audiencias Provinciales se refieren, en muchos casos y por razones estrictamente temporales, a la normativa precedente.

Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (con la modificaciones introducidas por Ley 25/2011, de 1 de agosto) y al artículo 172 bis de la Ley 22/2003 Concursal, conforme a la modificación legal operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre. Y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio o en el Código Civil, por ejemplo, en lo que se refiere a la prescripción de la acción, su cómputo y la interrupción del instituto prescriptivo.

Empezamos haciendo mención del artículo 225 del RDL 1/2010, relativo al deber de los administradores de las sociedades mercantiles de desempeñar su cargo «con la diligencia de un ordenado empresario», viniendo obligado a observar el deber de lealtad y de defensa del interés social a que se refiere el artículo 226. Vinculado a esos deberes de lealtad⁴ y defensa del interés social, el artículo 228 establece una prohibición de aprovechamiento de oportunidades de negocio en beneficio propio o de las personas vinculadas al administrador, un deber de poner en conocimiento de la sociedad las eventuales situaciones de conflicto de intereses y, finalmente, el de guardar secreto en los términos que resultan de los artículos 229 a 231, incluso con posterioridad al cese en sus funciones.

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital se contempla, en primer término, en los artículos 236⁵ y 241, relativos a la acción individual de responsabilidad por daño del precedente artículo 133 del TRLSA en relación con el artículo 135. El artículo 237 establece el carácter solidario de la obligación.

La acción social de responsabilidad contemplada en el artículo 134 del TRLSA se encuentra ahora en el artículo 238⁶. El apartado

⁴ La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2011 (ROJ 2022/2011) se refiere al deber de desempeño del cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y representante leal referida al momento en que se produjeron los hechos, concluyendo, en el caso examinado, que el administrador omitió tal deber al vender una parte importante de la actividad de la sociedad y remitir a otra, perteneciente al mismo grupo, un porcentaje considerable del importe.

⁵ Dice: «1. Los administradores de derecho o de hecho, como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.»

⁶ Dice: «1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.

cuarto destaca que la aprobación de las cuentas anuales no impide el ejercicio de la acción social ni supone la renuncia a la acción acordada o ejercitada⁷.

En cuanto a la acción de responsabilidad por deudas, el artículo 367, en relación con el artículo 363, relativo a las causas de disolución, dispone que los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad (en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución) responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. Se establece, asimismo, la presunción de que las obligaciones sociales reclamadas son de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

Finalmente, y sin perjuicio de la remisión al contenido de la específica normativa contable, conviene la cita del artículo 172 bis de la Ley Concursal en cuanto en el seno del concurso y en la pieza de calificación cabe la condena de todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación, a la cobertura, total o parcial del déficit. En caso de pluralidad, cabe individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

2.2. En la esfera de conocimiento del Tribunal de Cuentas⁸

El ámbito subjetivo de los posibles responsables contables se define en los artículos 2 y 15 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo

2. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el 5% del capital social.

3. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.

4. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada.»

⁷ Los artículos 239 y 240 regulan la legitimación subsidiaria de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social.

⁸ Se ha de estar al contenido de los artículos 38 a 43 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

—quienes tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos porque los administren, recauden, intervengan, etc.—, en relación con el artículo 38, que establece la responsabilidad de quien por acción u omisión contraria a la Ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos, quedando obligado a su reparación, y 49.1 de la Ley 7/1988 de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, del que resulta la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública por los daños jurídicos causados como consecuencia de la actuación determinante del menoscabo patrimonial (en caso de alcance, saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, a tenor del artículo 72 de la Ley de Funcionamiento 7/88). La responsabilidad contable puede ser directa⁹ o subsidiaria¹⁰, siendo la primera solidaria y completa en el sentido de comprender todos los perjuicios causados, y operando la segunda sólo en el caso de que no pueda hacerse efectiva la responsabilidad directa. Tanto una como la otra se transmiten a los causahabientes¹¹ de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia en los términos que establece el artículo 38 de la Ley 2/1982.

A los gestores de fondos públicos de las sociedades públicas se les aplica el régimen de responsabilidad por daños de las sociedades de

⁹ El artículo 42 de la LO 2/1982, de 12 de mayo, refiere la responsabilidad directa a quienes hayan ejecutado, forzado o inducido o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución. Se añade en el apartado 2 la referencia a los cuentadantes.

¹⁰ El artículo 43 de la LO 2/1982, de 12 de mayo, señala que son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas.

¹¹ En el ámbito de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencias de 9 de diciembre de 2005 y de 5 de diciembre de 2006 (ROJ SAP V 4310/2006), entiende, respecto de la acción de responsabilidad por deudas que «si la sanción civil propia de la acción entablada es de carácter personalísima, puesto que va indisolublemente vinculada a la persona del administrador, en cuanto ostenta el cargo de administrador social, y además penalizadora (civilmente), no puede ser impuesta por trasmisión hereditaria a los llamados herederos de quien fue administrador social, ya que amén de ser contrario a la propia naturaleza de sanción es que no suceden en el cargo de administrador, pues con su fallecimiento se ha producido la extinción de esa responsabilidad. Diferente sería que esa responsabilidad ya estuviese sancionada judicialmente, y como consecuencia de tal sanción ya hubiese nacido la obligación de asumir las deudas solidarias, supuesto que no es el enjuiciado, donde la muerte del demandado (administrador) acontece pendiente el proceso».

capital vigente en el momento en que se produjeron los hechos sometidos al conocimiento del Tribunal de Cuentas. El Tribunal de Cuentas, en estos casos, cita la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Aspectos generales

Como señala Pérez Benítez¹² y como se desprende de los preceptos citados en el marco normativo de referencia, es trascendente la distinción de dos grandes bloques en el ámbito mercantil en el que puede operar la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles: 1) aquella que opera en «situaciones de normalidad», y 2) y aquella otra que surge en el ámbito de la crisis empresarial y más concretamente en sede concursal. En lo que a la primera se refiere, distinguimos, a su vez, entre la responsabilidad por daños (acciones social e individual de carácter resarcitorio) y la llamada responsabilidad por deudas, denominada a veces «responsabilidad sanción» (responsabilidad objetiva o cuasi objetiva).

La cuestión no es baladí a los efectos que nos ocupa, pues tendremos ocasión de constatar que la responsabilidad contable tiene naturaleza resarcitoria (o no sancionadora), lo que la aleja de la responsabilidad objetiva o cuasi objetiva y nos sitúa en el marco de la acción de responsabilidad por daño.

A. La distinción entre acción de responsabilidad por daños y acción de responsabilidad por deudas

Sobre este aspecto se ha venido pronunciando desde antiguo el Tribunal Supremo. Se ocupa especialmente de los presupuestos que deben concurrir para la estimación de cada una de las respectivas acciones que se pueden ejercitar en el proceso civil de forma separada o acumulada.

¹² PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: «Algunas cuestiones de interés sobre derecho de sociedades a propósito de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital. Especial referencia a la Junta General y al régimen de la responsabilidad de los administradores sociales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.» CENDOJ. Año 2011. *Cuadernos Digitales de Formación*.

Sin perjuicio de la evolución que se ha ido manifestado en las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo en torno a la naturaleza de la llamada «responsabilidad por deudas»¹³, el punto de partida inicial es la configuración de la acción individual por daños como acción resarcitoria y el de la caracterización de la responsabilidad por deudas como responsabilidad marcadamente objetiva¹⁴.

En el caso de la responsabilidad por daño, se exige:

- a) La concurrencia de una acción u omisión, culposa o negligente, de quien ostenta la condición de administrador.
- b) La existencia de daño o lesión a los intereses de terceros.
- c) La relación de causalidad entre la acción u omisión del administrador y el resultado lesivo.
- d) Que dicha relación sea «directa» entre la actuación del administrador y el daño.

En el régimen de responsabilidad por deuda, la Sentencia Tribunal Supremo de 30 octubre de 2000¹⁵ precisa los siguientes requisitos:

- a) La existencia de una deuda de la sociedad.
- b) La concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad previstas legalmente.
- c) La pasividad del órgano de administración, que no convoca junta a fin de adoptar el acuerdo de disolución o de remoción de las

¹³ Se parte, al efecto, de la Sentencia del pleno de 28 de abril de 2006 y se citan seguidamente las Sentencias de 20 de febrero de 2007, 14 de mayo de 2009 y 12 de febrero de 2010, introduciendo la reflexión en torno a la dulcificación del rigor de la responsabilidad por deudas, argumentando que no cabe una absoluta abstracción de la evolución de la sociedad y la conducta de los administradores.

¹⁴ La discusión en torno a la naturaleza sancionadora o no de la responsabilidad por deudas se manifestó en el contexto de la discusión en torno a la retroactividad de la Ley 19/2005. En la Sentencia de la Sala Primera de 9 de enero de 2006 se incluye un *óbiter dicta* favorable a la retroactividad de la norma. Las Sentencias de 31 de enero y 7 de febrero de 2007 destacan la carencia de efectos retroactivos, añadiendo la de 26 de septiembre de 2007 que la norma no forma parte del derecho sancionador, indicando textualmente la de 25 de marzo de 2008 que no hay un problema de aplicación retroactiva de la Ley 2/1995 y que tal afirmación exime del análisis de la naturaleza de las acciones, «sin perjuicio de señalar que sólo de modo impreciso pueden ser calificadas como sancionadoras cuando se ciñen a establecer la responsabilidad civil por consecuencia del incumplimiento de ciertos deberes». Finalmente, las Sentencias de 23 de febrero de 2011 (ROJ 1068/2011) y 4 de abril de 2011 (ROJ 2016/2011) han negado el carácter punitivo de las normas reguladoras de la responsabilidad por deudas, optando por la no aplicación retroactiva.

¹⁵ Nº 977/2000. RJ 2000/9909.

causas de disolución dentro del plazo de dos meses desde la concurrencia de aquellas¹⁶.

Son numerosas las resoluciones judiciales que ponen de manifiesto la distinción entre ambos regímenes de responsabilidad. Es el caso, entre otras, de las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2000, 30 de enero de 2001¹⁷ y 18 de julio de 2002¹⁸.

La distinción no es intrascendente en caso de presentación de una eventual demanda contra administradores societarios. Al margen de la adecuada descripción fáctica que deberá contener la demanda, la elección de la acción adquiere una singular importancia no sólo respecto de los presupuestos que deben concurrir en uno u otro supuesto y en orden a la carga probatoria, sino muy especialmente en relación con las consecuencias jurídicas de la elección, en conexión con el principio de congruencia que debe presidir las resoluciones judiciales. El Tribunal Supremo incide en ello en la Sentencia de 20 de julio de 2001¹⁹.

B. Acción individual y acción social. Las diversas finalidades perseguidas

Sin perjuicio de la eventual acumulación de ambas acciones²⁰ –situación frecuente en la práctica– el aspecto a destacar en este momen-

¹⁶ En la Sentencia de 14 de mayo de 2009 se contempla expresamente el hecho de que la demandante hubiera sido consejera de la sociedad deudora y conocedora de la situación de insolvencia, afirmando en el Fundamento Quinto que «aun cuando un amplio grupo de sentencias de esta Sala han perfilado la responsabilidad ex artículo 262.5 como un supuesto de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva [...], otro grupo numerosos de sentencias han precisado que requiere la aplicación de las técnicas y las reglas de responsabilidad civil, evaluando los problemas de imputación objetiva, entre los cuales se encuentran el conocimiento por los reclamantes de la situación de la sociedad en el momento de la generación del crédito [...]» Y con cita de las Sentencias de 20 de julio de 2001 y 27 de mayo de 2004 dice: «El consentimiento de la situación por los socios o el conocimiento de la infracapitalización por el acreedor al momento de contratar con la sociedad no les autoriza para dirigirse luego contra los administradores [...] el perjudicado no puede fundamentar la responsabilidad del administrador en aquellas circunstancias que conocía o debía conocer al tiempo de contratar, y entre ellas las dificultades económicas existentes en el momento del pacto para saldar la deuda.» Por otra parte, la Sentencia de 12 de febrero de 2010 permite la consideración de factores de índole subjetiva relativos a la actuación de los administradores dirigida a reflotar la sociedad como elemento mitigador de la responsabilidad objetiva.

¹⁷ N.º 56/2001. RJ 2001/1683.

¹⁸ N.º 766/2002. RJ 2002/6256.

¹⁹ N.º 749/2001. RJ 2001/6863.

²⁰ Ya sea por acumulación de ambas de forma principal, ya de forma subsidiaria, como en la Sentencia de 23 de octubre de 2009 (ROJ 6295/2009)

to es el relativo a la diversa finalidad que se persigue con cada una de ellas. Mientras que la acción individual tiene por objeto el resarcimiento del daño padecido por el sujeto que insta la acción con causa en la actuación del administrador de la sociedad mercantil (por daño o por deuda), en la acción social de responsabilidad la finalidad que se persigue es resarcir a la propia sociedad del menoscabo sufrido²¹ como consecuencia de la gestión del administrador, de la que ha derivado el daño²². Quizá sea en el marco de análisis de la acción social donde podamos encontrar el mayor número de puntos de conexión en el proceso comparativo con los supuestos de responsabilidad contable enjuiciados por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en las Sentencias de 16 de febrero de 2004²³ y en la de 22 de marzo de 2006, declara que «*la acción social de responsabilidad se funda en la ejecución por el administrador o administradores de una conducta, positiva u omisiva, en el ejercicio de su cargo que comporte una lesión para el patrimonio social y tenga carácter anti-jurídico por ser contraria a la ley o a los estatutos o consistir en el incumplimiento de los deberes impuestos legalmente a los administradores*»²⁴.

C. La responsabilidad del administrador en situaciones de crisis empresarial

La Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal incide en el sistema de responsabilidad de los administradores durante el concurso. Como se ha indicado precedentemente, el artículo 172 bis –intitulado «responsabilidad concursal»– contempla la responsabilidad de los administradores, liquidadores y/o apoderados generales del deudor concursado por la cuantía (total o parcial) del déficit en la sección de calificación. Esta norma se ha de poner en conexión con los precep-

²¹ SAP Audiencia Provincial de Valencia de 22 de julio de 2010 (ROJ: SAP V 3873/2010).

²² La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2010 (ROJ 4621/2010) se pronuncia acerca de la acción social ejercitada frente a los administradores de la sociedad que habían satisfecho una retribución extraordinaria al consejero delegado para la adquisición de acciones de la propia sociedad. La Sala estima que se trata de un acto contrario a la ley y causante de un daño patrimonial apto para generar la responsabilidad civil de los administradores frente a aquella.

²³ RJ 2004/648.

²⁴ La Sentencia de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de marzo de 2008 (ROJ: SAP V 1514/2008) analizaba la imputación de responsabilidad a los administradores sociales por las deficientes declaraciones tributarias de la empresa, aunque no fueran ellos los redactores y autores de las mismas, concluyendo que en el supuesto examinado no procedía la condena atendidas las particulares circunstancias resultantes de la prueba practicada.

tos de la Ley Concursal relativos a la calificación culpable del concurso y especialmente –respecto del tema que nos ocupa– con los artículos 164.2.1º y 5º en cuanto establece la calificación culpable «en todo caso» cuando el obligado a llevar contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera, o cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos, y 165.3º, que establece una presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave de quien estando obligado a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales o no las hubiera sometido a auditoría debiendo hacerlo (entre otros supuestos)²⁵.

3.2. La responsabilidad contable: problemas específicos y soluciones judiciales

En mi experiencia profesional, el mayor número de procedimientos planteados ante los Tribunales en materia de responsabili-

²⁵ A mero título de ejemplo, por tratarse de resoluciones anteriores a la última reforma operada: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 6 de Julio de 2007 (ROJ: SAP SO 186/2007) estudió la cuestión de la calificación del concurso desde la perspectiva de la contabilidad mercantil y sus exigencias, y atendido el hecho de la inexistencia de los libros de contabilidad –pues no fueron aportados al expediente pese a los distintos requerimientos efectuados a los administradores de la concursada– concluyó en la calificación del concurso como culpable, diciendo que «... se constata que los administradores de la sociedad concursal han realizado consciente, voluntaria y deliberadamente la ocultación de los libros de contabilidad, lo que ha impedido y dificultado el cobro de los créditos por parte de los distintos acreedores y han agravado la situación de insolvencia, encontrándonos por ello ante un concurso culpable que acertadamente determina el juez de instancia en la sentencia recurrida». La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de noviembre de 2007 (ROJ: SAP PO 2964/2007 Recurso) analiza el contenido del artículo 164.1 de la Ley Concursal para declarar culpable –a tenor de la prueba practicada– el concurso sometido a su enjuiciamiento, vista la actuación de la administración social de la concursada. Se trataba de un supuesto en el que el deudor y su hijo –cómplice– habían preparado de forma intencionada la desaparición de la sociedad, participando en la enajenación de bienes (una furgoneta) con posterioridad a la declaración del concurso, con integración en el patrimonio de otra sociedad constituida en previsión de la desaparición de la primera. En interpretación del artículo 172.3 –antes de la reforma– el Tribunal Supremo, en Sentencias de 23 de febrero, 6 de octubre y 12 de septiembre de 2011, declaraba que la condena no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere que el juez valore conforme a criterios normativos los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento del administrador en relación con la actuación que ha determinado la calificación como culpable, ya sea por el apartado 1 del artículo 164, ya por el apartado 2 de dicha norma.

dad de administradores societarios tiene por objeto la acumulación de las acciones de responsabilidad por daños y de responsabilidad por deuda, destacando en el relato fáctico que se ofrece al Tribunal bien la existencia de pérdidas por debajo de la mitad del capital social, o bien el cierre de la sociedad sin haber acudido a los mecanismos de una ordenada liquidación²⁶, normalmente vinculado a la omisión del deber legal de convocar junta para la disolución de la sociedad.

La problemática contable es menos habitual.

O bien se plantea discusión en orden a los criterios de contabilización con ocasión de la impugnación de acuerdos sociales dirigidos a la aprobación de las cuentas correspondientes a un concreto ejercicio económico, o bien se valora a los efectos de la infracapitalización, o, como se ha apuntado anteriormente, es en el ámbito del ejercicio de la acción social de responsabilidad –que ahora nos interesa– en el que se pretende el reintegro a la sociedad del menoscabo sufrido como consecuencia de la actuación del gestor.

Respecto de la acción social de responsabilidad, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 (que se ocupa de un supuesto en que por la recurrente se había alegado la existencia de «daño contable») fija –siguiendo la propia doctrina constante y reiterada sobre la cuestión– los presupuestos que deben concurrir para que pueda prosperar la acción, y dice:

«1. Que la condena de los administradores a indemnizar a la sociedad al amparo de la previsión contenida en los artículos 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas –hoy 236 a 240 de la Ley de Sociedades de Capital–, como declara la Sentencia 477/2010, de 22 de julio, exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores, sin que a ello fuese obstáculo que en la redacción anterior a la Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia, el texto de la norma se refiriese exclusivamente a «acción».

b) Que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal.

²⁶ Son los motivos más frecuentes, pero, obviamente, no los únicos que pueden alegarse.

c) Que la conducta sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal.

d) Que la sociedad sufra un daño.

e) Que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.»

4. CONEXIÓN Y CONTRASTE CON LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE FONDOS PÚBLICOS

En la búsqueda de los puntos de conexión y de contraste entre el enjuiciamiento de los administradores de las sociedades mercantiles y los administradores de fondos públicos se hace necesario partir del análisis de las cuestiones que con más frecuencia se suscitan y resuelven por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas. Y fijadas tales cuestiones las relacionaremos con los problemas más frecuentes planteados ante la jurisdicción civil respecto de los administradores de sociedades privadas de capital, con examen de las respuestas judiciales en uno y otro caso.

Se ofrece seguidamente una enumeración de temas tratados, indicando, en cada uno de ellos, si se trata de una cuestión particular del ámbito de la responsabilidad contable de que conoce el Tribunal de Cuentas, o si se trata de un problema común a cada uno de los dos espacios de conocimiento, y en este segundo caso, el concreto tratamiento del problema por cada una de las diversas jurisdicciones.

Importante resaltar que nos encontramos en el marco de la responsabilidad patrimonial –y no en el de la responsabilidad sancionadora–, constituyendo la responsabilidad contable una subespecie de la responsabilidad civil, según declara la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencia 29/2009 de 15 de diciembre. Esta consideración influye en las particularidades que se describirán en orden al propio concepto de responsabilidad o los presupuestos que deben concurrir para la estimación de la acción o, finalmente, una serie de aspectos no menos relevantes, tales como la distinción entre responsabilidad directa y responsabilidad subsidiaria. E, incluso, condicionará la constante remisión a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

4.1. La distinción entre la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas y la función de enjuiciamiento de las responsabilidades contables

Son diversas las resoluciones de la Sala de Justicia en las que se insiste en esta distinción²⁷ y se destaca que el ejercicio de la actividad de enjuiciamiento no tiene carácter revisor de la actividad fiscalizadora realizada por el mismo Tribunal, tanto por razón de los distintos fines de cada una de tales actividades como por los principios separados en los que se sustentan²⁸.

A destacar la idea de que la Sala de Justicia no puede pronunciarse sobre la adecuación o no a derecho de los informes de fiscalización²⁹, sin perjuicio de su valor probatorio en el procedimiento jurisdiccional³⁰, debiendo efectuarse su valoración conjuntamente con el resto de la prueba practicada en el proceso. En la Sentencia 16/2010, de 8 de septiembre de 2010, se afirma que *«la finalidad de un informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas no es otro que informar a las Cortes Generales sobre la adecuación de la gestión económico-financiera del sector público fiscalizado a los principios que constitucionalmente [...] informan el gasto público»*, sin que nazcan, en ningún caso, con vocación de ser utilizados como prueba³¹ en un procedimiento judicial.

Este tema es particular del ámbito de la responsabilidad contable sometida al conocimiento del Tribunal de Cuentas. Salvando las distancias y en lo relativo al valor probatorio de los informes de fiscaliza-

²⁷ Es el caso, por ejemplo, de las Sentencias 20/2009, de 20 de septiembre, y 29/2009, de 15 de diciembre, o la 16/2010, de 8 de septiembre de 2010.

²⁸ La Sentencia 17/2010 de la Sala de Justicia, de fecha 8 de septiembre de 2010, afirma que el objeto del procedimiento fiscalizador es un sector o subsector público, o una entidad pública o parte de ella, pero no el análisis de la gestión desarrollada por determinadas personas con el propósito de detectar indicios de responsabilidad contable.

²⁹ Sentencia 16/2010, de 8 de septiembre de 2010.

³⁰ En la Sentencia 16/2010, de 8 de septiembre de 2010, se incide en que no cabe pronunciamiento sobre la adecuación o no de los informes de fiscalización porque «ello supondría atribuirse una competencia que constitucionalmente no le corresponde». También se hace referencia al valor probatorio de tales informes en el conjunto de la valoración de la prueba y se le atribuye un valor semejante al de cualquier otro documento administrativo de los incluidos en los números 5 y 6 del artículo 317 de la LEC.

³¹ Otra cuestión es la relativa a la determinación de su naturaleza y los efectos de su incorporación al proceso. Sin perjuicio de lo reseñado en orden a la atribución de valor documental, en la Sentencia 17/2010, también de 8 de septiembre de 2010, se indica que los informes de fiscalización participan, por su contenido, de los caracteres de la pericia, pero no tienen la fuerza probatoria plena que se atribuye a los documentos públicos.

ción aportados al proceso, podría buscarse una equivalencia en la problemática relativa al valor probatorio de los informes de auditoría aportados en los litigios en que se enjuicia la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles³². De hecho, en las Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 14/1998, de 31 de julio, y 18/2004, de 13 de septiembre, se analiza también el valor probatorio de los informes de auditoría realizados por empresa privada, concluyendo que no constituyen prueba de cargo suficiente para acreditar un alcance cuando en el trabajo desarrollado por el auditor falta un requisito fundamental: el debido contraste de las cifras por el obligado a rendir cuentas. La Sala de Justicia contable, en otras ocasiones, también ha tratado el tema del valor probatorio de los informes de los órganos autonómicos de control externo, así como el de los informes de los órganos de control interno (Sentencias, entre otras, 32/04, de 29 de diciembre, y 16/03, de 23 de diciembre).

4.2. La tutela judicial en los procesos contables

El Tribunal de Cuentas, en la Sentencia 20/2009, de 29 de septiembre de 2009, declara: *«El contenido de la tutela judicial que se hace efectiva a través de los procesos contables es la declaración y exigencia de responsabilidad contable que trata de lograr la indemnidad de los caudales públicos, es decir, la restitución íntegra a la Hacienda Pública que ha sufrido un daño económico como consecuencia del incumplimiento ilegal y culpable de sus obligaciones por parte del gestor de los fondos públicos menoscabados.»*

Se han descrito, anteriormente, las finalidades perseguidas en los procedimientos judiciales en materia de responsabilidad de admi-

³² En el supuesto resuelto por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2008 (ROJ: STS 6663/2008) se había alegado como motivo de casación la desnaturalización del valor probatorio del informe de auditoría aportado al proceso, reconocido implícitamente por los demandados, y que incorporaba un balance de situación que, a juicio del recurrente, demostraba que la empresa se encontraba en situación de quiebra técnica como consecuencia de pérdidas acumuladas. El Tribunal declara: «La doctrina jurisprudencial de este Tribunal ha determinado el valor probatorio de un documento privado conjugándolo con otras pruebas (SSTS 8 de noviembre de 1994, 29 de marzo de 1995 y 12 de diciembre de 2000), ya que la prueba que emana del mismo no es superior a las demás pruebas (SSTS 28 de noviembre de 1986, 2 de diciembre de 2003 y 19 de febrero de 2004) y no constituye prueba legal o tasada respecto de su veracidad intrínseca, que puede ser desvirtuada por los demás elementos probatorios (SSTS de 8 de febrero y 9 de mayo de 1995, 14 de febrero de 2003, 18 de octubre de 2004, etc.). La Sala de Instancia no ha desconocido el informe a que se refiere el motivo, sino que examina su contenido y concluye, examinando el resto de los medios probatorios, que carece de virtualidad suficiente para demostrar la negligencia de los administradores de la sociedad.»

nistradores de sociedades mercantiles, remitiéndome a lo indicado *ut supra*.

4.3. La prescripción de la acción de responsabilidad contable

La responsabilidad derivada de la gestión de los administradores está sujeta a un plazo de prescripción, por lo que es frecuente su alegación como excepción material o de fondo. Se aprecia, efectivamente, la invocación de la prescripción ante cada una de las dos jurisdicciones contrastadas, siendo importante destacar su diferente tratamiento por razón, precisamente, de las diferencias existentes entre ellas, sin perjuicio de los aspectos comunes propios de la institución.

La Sentencia 20/2009 de la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas de fecha 29 de septiembre de 2009 pone de relieve el régimen distinto de tratamiento de la prescripción respecto de la jurisdicción civil³³. El Tribunal declara que la institución, en su marco de enjuiciamiento, no se rige por lo dispuesto en el Código Civil o en la normativa societaria, sino que se rige por la propia regulación de plazos especiales prevista en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988. La Sentencia 17/2010, de 8 de septiembre, precisa que la acción de responsabilidad contable es distinta de la contemplada en el Código de Comercio, con una regulación propia y plazos prescriptivos propios.

Cuestión que se plantea de forma habitual en ambas jurisdicciones es la relativa a la interrupción del plazo, si bien en la jurisdicción contable se analiza un aspecto específico derivado de la actividad fis-

³³ Consecuentemente, la problemática planteada en una y otra sede no es absolutamente coincidente al margen de los lugares comunes relativos a la naturaleza de la institución, o las discusiones –como objeto de controversia– en referencia al cómputo del plazo o a la interrupción del mismo. En el ámbito civil, uno de los problemas más controvertidos fue el relativo a la determinación de la propia extensión del plazo en referencia a las diversas acciones de responsabilidad de los administradores, lo que fue zanjado por el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 15 de marzo de 2002 (RJ 2002/2846) para concluir que el plazo era el de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio y no el de un año del artículo 1968 del Código Civil, y tanto en referencia a la acción por daño como respecto de la acción por deuda. Otro tema muy discutido es el de la fijación del día inicial del cómputo en los supuestos en que se alega el cese del administrador y respecto al momento en que opera la inscripción en el Registro Mercantil, cuestión de la que se ocupan las Sentencias de 14 de abril de 2009, 11 de marzo, 15 de julio, 23 y 30 de noviembre de 2010 y 15 de febrero y 21 de marzo de 2011. También se ha discutido sobre el momento en que debe alegarse la excepción, que se sitúa en el escrito de contestación a la demanda y no con posterioridad.

calizadora del propio Tribunal. La Sentencia 29/2009, de 15 de diciembre de 2009, precisa que la doctrina de la Sala se ha ido consolidando en el sentido de considerar como acto interruptivo de dicho instituto jurídico la iniciación del procedimiento fiscalizador, sin necesidad de exigir el requisito de la notificación formal a tenor de lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera 3 de la Ley de Funcionamiento³⁴, diferenciándose esta regulación contable de la establecida en materia administrativa, tributaria y sancionadora. Con cita de la Sentencia 6/05, de 13 de abril, incide en que la responsabilidad contable tiene carácter exclusivamente reparatorio de los daños y perjuicios causados a los fondos públicos y, por tanto, un marcado carácter patrimonial y no sancionador. Y en interpretación de la norma citada *ut supra* señala que el precepto contempla como requisito para la interrupción de la prescripción el inicio de un procedimiento de examen de los hechos que la originan, pero no exige su conocimiento formal por los presuntos responsables contables³⁵, concluyendo en que el régimen de la prescripción se asemeja –que no identifica– al régimen de la prescripción en el ámbito civil y no al régimen de la misma en materia tributaria o sancionadora.

La Sentencia 17/2010, de 8 de septiembre de 2010, introduce el matiz del tratamiento restrictivo³⁶ en la aplicación y tratamiento del instituto de la prescripción extintiva³⁷.

³⁴ Criterio que se reitera en la Sentencia 16/2010, de 8 de septiembre de 2010.

³⁵ Se trataba de un supuesto en el que se había producido una amplia difusión mediática, por lo que la Sala de Justicia razonaba que los demandados debieron tener conocimiento de la fiscalización no sólo por el hecho de aquella difusión, sino también por otras actuaciones fiscalizadoras respecto de actos en los que los demandados también tenían protagonismo.

³⁶ En tal sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2010 dice: «Opera, además, a favor de esta decisión la procedencia de interpretar la prescripción con criterio restrictivo (SSTS 2 de noviembre de 2005, RC nº 605/1999, 25 de mayo de 2010; RC nº 1020/2005), que debe ser aplicado, según la jurisprudencia, para interpretar la voluntad del acreedor de conservación o abandono de su derecho (SSTS de 15 de julio de 2005, RC nº 673/1999, 26 de abril de 2008; RC nº 113/2001)...»

³⁷ El extenso Fundamento Sexto de la resolución citada, amén de referirse al tratamiento restrictivo de la prescripción y a los plazos de 3 y 5 años de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, incide en que para la interrupción de la prescripción no se exige otro requisito que el relativo al inicio del proceso fiscalizador, no siendo necesario el presupuesto del conocimiento formal. Se distingue entre el fundamento objetivo de la prescripción (seguridad jurídica) y el subjetivo (abandono del derecho por parte del titular) para concluir, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, que para apreciar el instituto de la prescripción han de concurrir el tiempo y el *animus*. Y afirma expresamente que no es de aplicación el plazo de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio por contemplarse legalmente plazos específicos en materia de responsabilidad contable.

Y a modo de síntesis, en la Sentencia de la Sala en Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas 2/2009, de 18 de febrero de 2009, se hace la siguiente precisión: *«En definitiva, no se debe perder de vista que el instituto de la prescripción opera de distinta forma (esto es, con distintos requisitos, plazos, formas de interrupción, etc., en atención a los distintos intereses en juego) en los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico. Y en el campo que nos ocupa –el de la responsabilidad contable– habrá de estarse a la regulación del Código Civil en todo lo que no se encuentre específicamente en la legislación propia del Tribunal de Cuentas; en este sentido, el artículo 1969 del Código Civil fija, para el inicio del cómputo de la prescripción en las acciones civiles, el día en que pudieron ejercitarse y no el día en que se tuvo conocimiento de ello, y el artículo 1973 del mismo texto legal tampoco exige ese conocimiento al regular las causas de interrupción de la prescripción civil.»*

Los criterios apuntados están consolidados en las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de julio y 3 de diciembre de 2010, 30 de junio de 2011 y 2 de marzo de 2012 (por las que se desestima el recurso de casación deducido contra la Sentencia de la Sala de Justicia 18/2010, de 8 de septiembre), que, en interpretación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, concluye: *«1º La LFTC prevé dos plazos de prescripción, uno general de cinco años y otro de tres aplicable a aquellos supuestos en que existe responsabilidad contable bien por ser detectada en un procedimiento fiscalizador previamente iniciado o declarada por sentencia firme. 2º Cada uno de esos plazos tiene sus respectivos días a quo, fecha de comisión de los hechos para el primero y fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente o de firmeza de la sentencia en el segundo. 3º La interrupción del plazo de prescripción se produce por el inicio de cualquier actuación o procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, no exigiendo el precepto legal el conocimiento por los interesados del hecho interruptivo de la prescripción, que nada tiene que ver con la intervención que, en su caso, les corresponda en los citados procedimientos en orden a ejercer su derecho de defensa y los efectos que pudieran derivarse de su inobservancia»; y añade, sobre la inexigencia del conocimiento formal por los interesados de la iniciación de alguno de los procedimientos referidos, que ello es consecuencia de la naturaleza reparadora y no propiamente sancionadora de la responsabilidad contable.*

Coinciden entre ambas jurisdicciones los criterios relativos a la interpretación restrictiva de la prescripción, pero divergen en otros,

como el relativo a los plazos aplicables, o la propia operativa de los actos interruptivos³⁸.

4.4. La gestión formal y la gestión de facto vinculada a la alegación de la excepción de falta de legitimación pasiva para soportar la acción de responsabilidad

Es frecuente en el ámbito de la jurisdicción civil –y se aprecia asimismo en el ámbito de enjuiciamiento de la responsabilidad contable por el Tribunal de Cuentas– la alegación defensiva consistente en afirmar la existencia de un mero título formal de gestor, correspondiendo la gestión efectiva a un tercero. Ello nos obliga a determinar quién ostenta la legitimación pasiva para soportar la acción.

A. Los legitimados pasivamente

En el ámbito de los procesos tramitados ante la jurisdicción civil³⁹.

A los efectos de residenciar la legitimación pasiva en las acciones de responsabilidad derivadas de nuestro derecho societario son administradores de derecho de las sociedades de capital quienes, reuniendo las condiciones para poder serlo han sido designados para ello en forma legal y han aceptado el nombramiento, que permanece vigente.

Siendo así sería suficiente con la conceptualización anterior del administrador de derecho para cerrar este apartado. No obstante lo anterior, en la tarea de identificación de los eventuales sujetos pasivos del procedimiento, no cabe agotar la reflexión con la mera conceptualización de los administradores de derecho en los términos efectuados, pues cabe contemplar dentro del contexto de la designación legal formal y con aceptación de nombramiento una serie de situa-

³⁸ La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2010 (ROJ: STS 7753/2010) declara que en relación con los interesados que no fueron parte en el proceso penal no entra en juego la data del archivo de las actuaciones cuando no se les ha hecho saber. Dice: «... en relación con los interesados que no fueron parte en el proceso penal [...], no entra en juego la data del archivo de las actuaciones cuando no se les ha hecho saber, sino aquella en que lo supo el perjudicado, «ya que la ausencia de esta comunicación procesal es susceptible de afectar con relevancia al derecho constitucional del perjudicado a acceder a proceso civil para hacer valer sus pretensiones a fin de obtener reparación del daño padecido...»

³⁹ MARTORELL ZULUETA, P.: «Administración, dirección y gestión de las sociedades mercantiles. Delimitación conceptual; análisis jurisprudencial», en la obra colectiva «La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles», *Estudios de Derecho Judicial*, nº 70, Consejo General del Poder Judicial.

ciones que bastará ahora con apuntar por exceder su análisis del objeto del estudio. Sería el caso de los liquidadores de las sociedades mercantiles, los administradores judiciales o, en su caso, la propia administración concursal.

Amén de los administradores de derecho, se maneja en la práctica civil el concepto y tratamiento de la responsabilidad de los llamados administradores fácticos, cuyo origen como «figura jurídica» arranca, según la doctrina científica, de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968⁴⁰, y más adelante de la Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 1999⁴¹, quedando consolidada la figura en otras resoluciones posteriores, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 18 de noviembre de 1999⁴², la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001⁴³ o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 30 de julio de 2004⁴⁴, que delimita los caracteres del administrador fáctico. Dentro de la tipología⁴⁵ de los llamados administradores de hecho se suelen identificar los socios de control, los socios únicos en las sociedades unipersonales, el apoderado general dotado de amplísimas facultades, los directores generales o los casos de gestión indirecta en los grupos de sociedades.

Y en lo que a la práctica de los Tribunales se refiere, se advierten las siguientes situaciones: 1) la del administrador de derecho que alega que nunca ejerció como tal delegando sus facultades en otra persona; 2) el administrador que alega la falsedad de su nombramiento (como en el caso de la Sentencia de la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de marzo de 2000⁴⁶); 3) el administrador que alega ignorancia del estado de la sociedad,

⁴⁰ El artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital contempla expresamente la responsabilidad de los administradores de derecho y de hecho, como también el artículo 172 bis de la Ley Concursal, citados anteriormente.

⁴¹ Base de Datos Tirant on Line: TOL 247548 SAPC_16492 (Pte. Sra. Andrés Cuenca). Dicha resolución tiene sus antecedentes en las resoluciones del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1998 y de 7 de junio de 1999, entre otras, así como en la de la Audiencia Provincial de Teruel de 22 de diciembre de 1998, que habían hecho referencia al administrador de hecho, aunque la responsabilidad no aparecía fundamentada en la figura del gestor fáctico.

⁴² AC2352/1999.

⁴³ RJA 7489/2001.

⁴⁴ TOL 5043777 SUPC_28223 (Pte. Sr. Pérez Serna).

⁴⁵ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis: *El administrador de hecho de las sociedades*, Editorial Aranzadi, S. A., 2002.

⁴⁶ AC 2000/4255.

abordado, en la Sentencia Tribunal Supremo de 15 marzo⁴⁷, que no entendió aplicable la causa de exoneración contemplada en el artículo 133.2 del TRLSA (la solidaridad no alcanzará a los administradores que no habiendo intervenido en el acto lesivo prueben que desconocían su existencia); 4) los supuestos del administrador que continúa en la función de administración después de la renuncia o cese en el cargo, o de caducidad del nombramiento de administrador o de la pérdida de la condición de administrador y ausencia de inscripción registral, a que se refieren las Sentencias de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2000⁴⁸, la de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) de 28 de marzo de 2003⁴⁹, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 2 de abril de 2001 y de 20 de junio de 2002⁵⁰, o en lo que concierne al Tribunal Supremo, la Sentencia 1025/2001 de la Sala Primera de 30 de octubre de 2001⁵¹ en un supuesto en el que fue parte actora la Tesorería General de la Seguridad Social y en el que los demandados alegaron la renuncia a los cargos de administrador dieciséis meses antes de la entrada en vigor de la LSA. Más recientemente, las Sentencias de 14 de abril y de 18 de junio de 2009 o la de 11 de marzo de 2010; 5) los administradores de hecho sin nombramiento formal; 6) los supuestos en los que se discute el carácter de factor mercantil o administrador de hecho del demandado o, finalmente, el de los apoderados generales cuya actuación es la de un verdadero administrador.

En el contexto de los procesos tramitados ante el Tribunal de Cuentas.

La legitimación para soportar la acción de responsabilidad contable por alcance resulta, entre otras, de la Sentencia 29/2009, de 15 de diciembre, que parte del concepto de responsabilidad de los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982 y 49.1 de la Ley 7/1988 para señalar que es exigible *«a los que deban rendir cuentas por tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos cuando origen en su menoscabo mediante dolo, culpa o negligencia grave.»* No comprende a quienes no ostentan la condición de cuentadantes, correspondiendo en este caso el conocimiento de la eventual acción de responsabilidad a la jurisdicción civil, según declara la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Senten-

⁴⁷ RJ 2002/2846

⁴⁸ AC 2000/4253.

⁴⁹ TOL 429680 (Pte. Sr. Seoane Prado).

⁵⁰ TOL 68805 y TOL 200519.

⁵¹ RJ 2001/8140.

cias de 8 de noviembre de 2006, 17 de abril de 2008, 4 de febrero de 2009 y 24 de mayo de 2010⁵².

En la Sentencias de 25 de noviembre de 1998 y 29 de noviembre de 2009 se precisa que se puede ostentar la condición de gestor de fondos públicos aun cuando no se sea titular de facultades que incluyan «*la intervención directa en el manejo de numerario*». Y en la 17/2010, de 8 de septiembre de 2010, se afirma que la asunción de los cargos de presidente, secretario y vocal del Consejo de Administración implica «*gestión de caudales o efectos públicos*» por establecerlo la legislación vigente, con la consecuente asunción de obligaciones y responsabilidades.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de mayo de 2010⁵³, afirma que el concepto de «*cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos*» comprende tanto a los funcionarios como a quienes no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, porque el concepto de cuentadantes «*es un concepto jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado y a los presidentes o directores de los organismos autónomos o sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado y a los perceptores de subvenciones concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas*».

B. Las consecuencias de la alegación de que el efectivo gestor de los fondos es un tercero

En los dos ámbitos la respuesta judicial es la misma: no puede ser alegado con éxito absolutorio el incumplimiento de un deber legal. Lo dice el Tribunal de Cuentas en la Sentencia 20/2009, de 29 de septiembre de 2009: «*La responsabilidad de la gestión patrimonial es única-*

⁵² Dice la última de las resoluciones citadas: «Si se sostuviese la tesis contraria de que la responsabilidad contable alcanza a cualquier persona, entonces la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencias de otros órdenes jurisdiccionales.»

⁵³ Las ulteriores Sentencias de 21 de julio de 2011 y de 2 de marzo de 2012 fijan los criterios jurisprudenciales sobre la figura del cuentadante, analizando los elementos calificadores de la responsabilidad contable y la normativa aplicable. En la Sentencia de 2 de marzo de 2012, con cita de los artículos 69 de la LSRL y 133.2 del TRLSA, se estima que el recurrente incumplió, por omisión inexcusable, el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control inherentes al cargo respecto de la salida injustificada de fondos de la empresa pública, y constata la falta de diligencia propia de un ordenado comerciante y representante legal como razón de la atribución de la responsabilidad exigida.

mente predicable y exigible de aquel que la tiene legalmente atribuida, produciendo efectos frente a terceros por su inscripción en el Registro Mercantil. Si dicha gestión era, como mantienen los apelantes, puramente formal, además de resultar irrelevante frente a terceros, nos encontraríamos ante un acto grave de negligencia de los administradores y gerente de la sociedad, ya que aceptaron y desempeñaron un cargo de forma fraudulenta a modo de testateferros.»

Y también se concluye en términos análogos en sede civil. Sin perjuicio del tratamiento de la responsabilidad de los llamados administradores *de facto* en el ámbito de las sociedades mercantiles, la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 30 de junio de 2000, en un supuesto en el que el apelante argumentó que era su padre quien tenía delegadas las facultades y quien suscribió el contrato de que traía causa la reclamación, afirmó que la tesis sostenida por el recurrente no podía ser acogida porque se sustentaba en un auténtico fraude de ley, ya que ello supondría dejar vacía de contenido la responsabilidad de los administradores establecida en la Ley de Sociedades Anónimas. En el mismo sentido la sentencia de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de octubre de 2002⁵⁴, en la que el demandado –administrador de la sociedad, según se desprendía de la certificación del Registro Mercantil–, alegó que la efectiva administración de la sociedad la realizaba un tercero.

4.5. La falta de litisconsorcio pasivo necesario

Se destaca ahora el contenido del Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas nº 17/2010, de 8 de septiembre, en referencia a un supuesto en que se invocó la excepción por no haber sido demandados quienes ejercían de manera efectiva el control de la sociedad, y en concreto el interventor. La Sala argumentó que no cabía acoger la excepción por no proceder su llamada al litigio (el control no era previo), ya que había sido suspendido por el alcalde de la corporación municipal precisamente por haber facilitado información a la Sección de Enjuiciamiento del propio Tribunal de Cuentas.

En las Sentencias 21/2010, de 18 de noviembre de 2010 –con cita de las anteriores 16/05, de 26 de octubre; 23/05, de 1 de diciembre, y 8/2008, de 28 de mayo (entre otras)–, y en la 10/2011, de 20 de julio, el Tribunal aborda la cuestión desde la perspectiva de las obligacio-

⁵⁴ Publicada en la *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 5, 2003, página 223.

nes solidarias. Argumenta, en síntesis, que ha de valorarse en cada caso concreto la concurrencia o no de la excepción por cuanto que el hecho de que la responsabilidad contable sea solidaria no significa que el origen de la misma haya que buscarlo en una obligación solidaria, siendo personalísima la de rendir cuentas.

Sobre la figura del litisconsorcio pasivo necesario, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencias de 18 de diciembre de 2009 y 3 de diciembre de 2010, declara la aplicabilidad de la misma a este tipo de procesos, añadiendo que *«son las partes las que deben configurar la relación jurídico-procesal, debiendo limitarse el Tribunal a vigilar la idoneidad de la misma y rechazarlo solamente cuando, de manera flagrante, esté mal constituida [...] la figura del litisconsorcio pasivo necesario debe ser admitida en la jurisdicción contable con suma cautela...»*.

Por su parte, y en cuanto a la Sala Primera del Tribunal Supremo, bastará la cita de la Sentencia de 13 de mayo de 2008⁵⁵ en la que se indica que la resolución recurrida subrayaba la responsabilidad solidaria de los administradores «entre sí y con la sociedad por las deudas sociales», que «subsiste» en los casos de disolución de la sociedad. El Tribunal desestimó el motivo de casación argumentando haber dicho muchas veces que *«en los supuestos de responsabilidad solidaria no se produce el litisconsorcio pasivo necesario, que es la razón de fondo utilizada por la sentencia recurrida, bastante por sí sola para rechazar el motivo. Así, entre muchas otras, SSTs 14 de noviembre de 2002, 4 de abril de 1997, 24 de septiembre de 1996, 14 de julio y 17 de octubre de 1995, 26 de enero de 1994, 26 de julio de 1991, etc.»*.

4.6. Los presupuestos de la responsabilidad

Conforme a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la acción de responsabilidad por daño frente a los administradores de las sociedades mercantiles exige la concurrencia de una serie de presupuestos sin los cuales no es viable el pronunciamiento de condena. Criterio que igualmente mantiene la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas cuando afirma que para la exigencia de la responsabilidad contable deben concurrir todos los elementos configuradores de la misma (Sentencia 18/2004, de 13 de septiembre).

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas parte de la consideración de que la responsabilidad contable es una subespecie de las responsabilidades civiles, entre otros, los administradores de las sociedades mercantiles, y por ello es frecuente que en la fundamentación de

⁵⁵ ROJ: STS 2019/2008.

las resoluciones de la Sala de Justicia se haga expresa cita y referencia a las resoluciones dictadas sobre la materia por la Sala Primera del Tribunal Supremo⁵⁶. Pero, asimismo, y por razón de su especialidad, y por razón de la propia naturaleza de las entidades fiscalizadas y deberes inherentes a los gestores de fondos públicos, los presupuestos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial se concretan y especializan⁵⁷ como se concreta y particulariza el propio concepto de responsabilidad contable por alcance y la distinción entre responsabilidad directa y responsabilidad subsidiaria.

*A. Los presupuestos que han de concurrir para la estimación de la acción*⁵⁸

La Sala de Justicia ha mantenido, en Sentencias de 24 de febrero de 1994, 18 de diciembre de 1998, 19 de julio de 2002, 20 de septiembre, 15 de diciembre de 2009, 8 de septiembre y 5 de octubre de 2010, entre otras, que deben concurrir los siguientes requisitos:

a) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

⁵⁶ Fundamento Jurídico Noveno de la Sentencia de 29 de noviembre de 2009 y Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia de 15 de diciembre de 2009, entre otras.

⁵⁷ Dice la Sentencia 29/2009 de la Sala de Justicia de 15 de diciembre de 2009 que «la regulación en el ordenamiento mercantil de la responsabilidad de los administradores societarios, así como a los gerentes de las sociedades mercantiles, interpretada por la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, debe, sin embargo, ser observada, y aplicada, por esta jurisdicción contable, asimismo, a tenor del ordenamiento jurídico regulador de la responsabilidad de naturaleza contable e, igualmente, de la jurisprudencia recaída acerca de la misma, pues debe tenerse presente que esta responsabilidad contable se enjuicia por el hecho de tratarse de una sociedad pública cuyos administradores y gestores han manejado fondos de naturaleza pública, ha sido calificada como una subespecie de la responsabilidad civil, y, en este orden, hay que impetrarla a la luz de las Leyes Orgánicas 2/1982 y de Funcionamiento 7/1988, del Tribunal de Cuentas, las cuales fijan un procedimiento jurisdiccional específico de reintegro por alcance, así como delimitan la misma como una responsabilidad de carácter subjetivo que exige dolo o culpa o negligencias graves en el gestor o en quien o quienes manejen caudales o efectos públicos, regulando, además, como posibles tipos de responsabilidad contable, la directa (arts. 38.3 y 42 de la citada Ley Orgánica 2/1982) y la subsidiaria regulada en los arts. 38.4, 40 y 43 de la señalada Ley».

⁵⁸ En lo que a las resoluciones del Tribunal Supremo se refiere, la Sentencia de 4 de abril de 2003 exige «la prueba no sólo del daño directo a la sociedad, los accionistas o los acreedores, sino también la de la falta de diligencia del administrador demandado y, por supuesto, la de la relación de causalidad entre ésta y aquél (SSTS de 26 de octubre de 2001, 19 de noviembre de 2001, 25 de febrero de 2002, 14 de noviembre de 2002, 20 de diciembre de 2002 y 24 de diciembre de 2002)».

b) Que la acción u omisión se desprenda de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien o manejen caudales o efectos públicos. Señalan las Sentencias de 25 de septiembre de 1998 y 29 de noviembre de 2009 que no sólo se puede incurrir en responsabilidad contable directa por acción, sino también por omisión, esto es, *«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 y efectos públicos»*. La Sentencia 16/2010, de 8 de septiembre, se refiere a la imputación de responsabilidad por omisión de la diligencia debida como causa de la realización de pagos sin título justificativo y sin acreditación de la correspondiente contraprestación, declarando: *«Lo que determina la responsabilidad contable de los declarados responsables en la instancia es el concreto contenido de su actividad profesional y la relación específica de esta con los hechos generadores del alcance, y ello con independencia de la mayor o menor corrección de las conductas ajenas [...] el posible incumplimiento por otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias», de manera que tales actuaciones ajenas ni atenúan el grado de negligencia ni interrumpen el nexo causal*⁵⁹.

c) Que la mencionada acción u omisión suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable.

d) Que el menoscabo sea individualizado y que se produzca mediante dolo, culpa o negligencia grave. A destacar, en lo que a este presupuesto se refiere, el Fundamento Séptimo de la Sentencia 19/2010, de 5 de octubre, en la que se razona (citando la resolución precedente de 16 de enero de 2007) que *«en el ámbito contable hay que partir de que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia, a la que se refiere el artículo 1104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien debe tenerse en cuenta que la obligación de rendición de cuentas, que incumbe a todo gestor de fondos públicos, deriva de una relación jurídica de gestión de fondos ajenos, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, por lo que debe exigirse una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta generadora de daños y perjuicios que puede considerarse socialmente reprochable. La culpa o negligencia consiste, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 1104 del Código Civil, “en la omisión de aquella*

⁵⁹ La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2011 (ROJ 2022/2011) afirma que en nada atenúan la responsabilidad del administrador que con su actuación vació de contenido económico a la sociedad, las instrucciones recibidas de una sociedad francesa, ni la situación económica real de la empresa al tiempo de la operación de venta de parte de la actividad social.

diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”, y tal y como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de marzo de 1994 existe una conducta culpable “a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta por ser contraria a valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada”.

e) Que exista relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido en los efectos públicos.

La Sala de Justicia argumenta, a los efectos de imputar la responsabilidad contable por alcance, la indiferencia de que el descubierto obedezca a la simple ausencia de numerario o a la falta de justificación de ese numerario por ausencia de soportes documentales.

B. La especial referencia al presupuesto relativo al «daño»

El Tribunal de Cuentas, en las Sentencia 16/2010⁶⁰, de 8 de septiembre, afirma que *«el daño o menoscabo en los fondos públicos se ocasiona cuando se produce una salida injustificada de bienes o dinero público, o cuando la Hacienda Pública deja de percibir un ingreso debido; en tales casos el patrimonio público disminuye o no se ve incrementado como debía y esa disminución patrimonial o falta de incremento debido debe ser reparada por el gestor de los fondos públicos que, con su actuación ilegal y culpable, haya ocasionado el menoscabo»*. Y en la Sentencia 20/2009, de 29 de septiembre de 2009, declara: *«El daño determinante de responsabilidad contable debe ser económico, real y efectivo.»* Añade el Tribunal que para declarar la existencia de responsabilidad contable no basta la expectativa o presunción de que como consecuencia de una determinada acción u omisión del gestor de los fondos públicos se producirá o, menos aún, probablemente, un daño. Y con fundamento en el carácter reparador de la responsabilidad contable dice: *«En los casos de pagos sin justificación parece claro que hasta que el dinero público no haya salido de las arcas públicas el daño no se ha ocasionado, y en el caso de derechos de crédito o ingresos hasta que ese derecho de crédito no resulte incobrable por prescripción no se produce daño alguno efectivo para la Hacienda Pública.»* La conclusión es que necesariamente ha de concurrir un daño cierto y que en tanto no se ha producido una disminución patrimonial injustificada no existe quebranto patrimonial alguno que indemnizar⁶¹.

La carga de la prueba del daño sigue los parámetros del artículo 217 de la LEC. Corresponde al demandante probar que se ha pro-

⁶⁰ Con reiteración en la Sentencia 17/2010 de la misma fecha.

⁶¹ En el mismo sentido la Sentencia de 15 de diciembre de 2009.

ducido un menoscabo en los fondos públicos y que dicho menoscabo es consecuencia de la actuación ilegal y dolosa o gravemente culpable o negligente de los demandados. A estos últimos corresponde probar los hechos que impiden, desvirtúan o extinguen la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados (bien porque no existió realmente saldo deudor alguno, bien porque falta alguno de los requisitos que la Ley exige para que pueda imputarse responsabilidad contable), como declara la Sala de Enjuiciamiento.

La existencia de daño se erige en requisito necesario e imprescindible para que prospere la acción social de responsabilidad también en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencia de 4 de noviembre de 2011⁶²), de manera que la falta de acreditación del daño conduce a la desestimación de la acción.

4.7. La carga de la prueba en sus distintas vertientes

Es constante el tratamiento de este tema en las diversas resoluciones sobre responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles⁶³, como en los casos de responsabilidad por alcance competencia de la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. No obstante, y en lo que a esta última se refiere, conviene distinguir:

A. La carga de la prueba como sustitutivo del principio de presunción de inocencia

Dice la Sentencia de la Sala de Enjuiciamiento de 15 de diciembre de 2009 que «*el principio de carga de la prueba sustituye en el enjuiciamiento contable al principio de presunción de inocencia, ya que este es específico del derecho sancionador*».

No encuentro referencias equivalentes en el ámbito de la jurisdicción civil.

B. La remisión al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

En la práctica totalidad de las resoluciones de la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas que he tenido ocasión de examinar para la redacción de estas líneas se aborda la aplicación del artículo 217 de la Ley procesal civil en referencia a la distribución de la

⁶² ROJ: STS 8014/2011.

⁶³ Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2009 y 20 de julio de 2010 (ROJ 4621/2010), y 14 de marzo de 2011 (ROJ 2022/2011) entre otras.

carga de la prueba. Es el caso, entre otras, de las Sentencias 16 y 17 de 2010, de 8 de septiembre de 2010 (en la que, además, se aborda el alcance de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prueba indirecta o indiciaria), o entre las más recientes la Sentencia 10/2011, de 20 de julio. Y esta misma cuestión es tema frecuentemente planteado ante los órganos de la jurisdicción civil.

4.8. La compatibilidad entre jurisdicciones

A. Jurisdicción contable y jurisdicción penal

Resulta, entre otras, de la Sentencias 18/2004, de 13 de septiembre, y 19/2010, de 5 de octubre.

El punto de partida en la primera de las resoluciones citadas es el de que la responsabilidad contable y la responsabilidad penal son distintas tanto por su naturaleza como por su finalidad, siendo posible declarar la inexistencia de delito y apreciar la responsabilidad contable determinante de la obligación de reparación del daño. Añade el Tribunal que la absolución penal consecuencia de la aplicación del principio de presunción de inocencia ni impide el análisis y enjuiciamiento de los hechos para la determinación en vía civil del resarcimiento del daño, ni tampoco obsta al enjuiciamiento contable.

En la Sentencia 19/2010 se afirma que no se produce vulneración alguna del principio general *non bis in idem* porque el hecho objeto de enjuiciamiento se contempla desde diferentes perspectivas al no existir una identidad objetiva de ámbito competencial entre una y otra jurisdicción. Las resoluciones penales firmes no producen el efecto pleno de cosa juzgada, ya que, aun quedando vinculado el Tribunal por la declaración de hechos probados, no lo está respecto de la valoración que de los mismos haya realizado la jurisdicción penal.

Para finalizar este apartado, y en el marco de la comparación y contraste de cuestiones entre la jurisdicción civil y la contable, se hace cita de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2011⁶⁴, en la que, con ocasión del análisis de la interrupción de la prescripción de la acción civil ejercitada al amparo del artículo 260.4 TRLSA, por pendencia de proceso penal se argumenta que la cuestión no puede analizarse desde la exclusiva aplicación de la doctrina relativa al artículo 949 del Código de Comercio en cuanto supondría desconocer las peculiaridades que, por su propia naturaleza, presenta el objeto de la causa penal en comparación

⁶⁴ ROJ: STS 7209/2010. Pte. Sr. Xiol Ríos.

con el objeto del proceso a que da lugar la acción civil. El Tribunal razona la relevancia en el proceso civil de la fijación del patrimonio de la sociedad de la que eran administradores los demandados, a quienes se había imputado penalmente el falseamiento del estado contable de la sociedad y de las cuentas anuales de la sociedad, y confirma el criterio sostenido en la sentencia impugnada al considerar que la regularidad de la contabilidad objeto de investigación en el juicio penal era determinante para concretar la situación patrimonial de la sociedad, hecho fundamental para decidir sobre la responsabilidad de los administradores que constituye el objeto del proceso civil.

B. Jurisdicción contable y jurisdicción civil

En la Sentencia de la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas 2/2009, de 18 de febrero de 2009, con ocasión de la desestimación de la excepción de exceso de jurisdicción⁶⁵, se declara la compatibilidad entre ambas jurisdicciones. Argumenta: «*No se aprecia incompetencia o exceso de jurisdicción de este Tribunal en cuanto a la pretensión que se ejercita [responsabilidad contable por alcance], que es compatible con la que, en su caso, pudiera ejercitarse en el orden civil, por lo que esta Sala debe rechazar, también, esta alegación en línea con la doctrina más reciente de esta Sala, plasmada en la Sentencia 18/08, de 3 de diciembre.*»

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

De cuanto ha quedado expuesto a lo largo de los diversos apartados anteriores, y sin perjuicio de las diferencias inherentes a cada uno de los ámbitos de actuación, cabe apuntar la existencia de importantes puntos de conexión entre el enjuiciamiento de la responsabilidad contable atribuido al Tribunal de Cuentas respecto de los gestores de fondos públicos y el marco de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, tanto en lo que se refiere a los aspectos procesales que habitualmente se plantean en los respectivos procedimientos judiciales como desde el punto de vista del derecho sustantivo, lo que incide en las constantes citas que de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo se contiene en las resoluciones de la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas.

⁶⁵ Me remito al contenido de los artículos 63 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento 1/2000 en lo relativo a la sustanciación de la declinatoria, sin perjuicio de la eventual apreciación de oficio de la falta de jurisdicción.