



UNIVERSIDAD DE GRANADA

**Escuela Internacional de Posgrado
Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas**

Tesis Doctoral

**MEDIDAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN
LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL:
ANÁLISIS ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE
APLICACIÓN**

Presentada por

Alejandro Serrano Romera

Bajo la dirección de

Prof. Dr. Estanislao Arana García y Prof. Dr. F. Javier Maldonado Molina

Granada, 2020



UNIVERSIDAD DE GRANADA

**Escuela Internacional de Posgrado
Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas**

Tesis Doctoral

**MEDIDAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN
LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL:
ANÁLISIS ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE
APLICACIÓN**

Presentada por

Alejandro Serrano Romera

Bajo la dirección de

Prof. Dr. Estanislao Arana García y Prof. Dr. F. Javier Maldonado Molina

Granada, 2020

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Alejandro Serrano Romera
ISBN: 978-84-1306-600-4
URI: <http://hdl.handle.net/10481/63637>

*A mis padres,
por dármelo todo.
A María Dolores,
por su amor infinito.*

El doctorando / The *doctoral candidate* **D. Alejandro Serrano Romera** y los directores de la tesis / and the thesis supervisor/s: **Prof. Dr. D. Estanislao Arana García y Prof. Dr. D. Francisco Javier Maldonado Molina.**

Garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección de los directores de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

/

Guarantee, by signing this doctoral thesis, that the work has been done by the doctoral candidate under the direction of the thesis supervisor/s and, as far as our knowledge reaches, in the performance of the work, the rights of other authors to be cited (when their results or publications have been used) have been respected.

Lugar y fecha / Place and date:

Granada, a fecha de la firma electrónica

Director/es de la Tesis / *Thesis supervisor/s*;

Doctorando / *Doctoral candidate*:

Dr. Estanislao Arana García

Alejandro Serrano Romera

Dr. Francisco Javier Maldonado Molina

Firma / Signed

Firma / Signed

*“Nunca cedas, nunca te rindas, nunca, nunca,
nunca, en nada, grande o pequeño, largo o corto,
nunca cedas ante tus convicciones de honor y sentido común.
Nunca te rindas ante la fuerza, nunca sucumbas ante el poder
aparentemente abrumador del enemigo”*

Winston Churchill.

Tabula Gratulatoria

No es posible comenzar este trabajo sino dando público testimonio del agradecimiento que profeso a todas aquellas personas e instituciones que, con su contribución, han permitido que este proyecto haya concluido felizmente.

En primer lugar, es de rigor hacer una alusión a la institución que me ha formado, la Universidad de Granada, a la cual, con independencia de los años transcurridos desde mi licenciatura me he sentido siempre muy unido y, de una manera u otra, vinculado de buen grado.

La Facultad de Derecho de Granada ha determinado tanto mis amistades como mi futuro profesional y es por ello necesario rendirle este merecido homenaje. Gracias a todos los profesores de licenciatura y especialmente a la coordinación y profesorado del Máster Universitario en Derecho de los Negocios, Máster que ha permitido mi acceso al programa de estudios que con esta investigación culmino. Gracias igualmente a los compañeros y demás personal al servicio de la Facultad de Derecho que me han acompañado en este periplo universitario el cual, con más o menos dificultad, he logrado superar cumpliendo así algunos objetivos que se presentaban como inalcanzables.

En segundo lugar, quisiera tener unas especiales palabras para las dos personas que me han apoyado durante todos estos años otorgándome una confianza -que en ciertos momentos podría tildarse de ciega- y que, con independencia de las vicisitudes sufridas, han dado buena muestra de su responsabilidad y profesionalidad como docentes y, sobre todo, lo que para mí es más importante, prueba de su elevada valía como personas.

Así, merecido agradecimiento al Doctor D. Francisco Javier Maldonado Molina, Profesor Titular encargado de formar a este doctorando en Derecho Mercantil (I y II) durante los años de licenciatura, así como en Derecho de la Competencia como docente en el Máster en Derecho de los Negocios y que, en todo momento, consiguió hacer de la materia mercantil un camino de aprendizaje didáctico, ameno y tremendamente útil para la salida al mundo práctico. Le agradezco no solo la inagotable confianza depositada en mi persona sino la constante apuesta en el convencimiento de alcanzar el objetivo que nos trae hoy aquí, sin

olvidar todos los ánimos y su imprescindible orientación profesional en todo lo que a la disciplina mercantil se refiere.

De igual modo, mi hondo agradecimiento al Doctor D. Estanislao Arana García, Catedrático de Derecho Administrativo de nuestra Facultad de Derecho el cual, aun sin referencias del doctorando que suscribe, puso en su día toda su disponibilidad y empeño en la dirección de este proyecto doctoral. Es, por tanto, de justicia agradecerle igualmente su apoyo incondicional y permanente, sus palabras de aliento cuando el objetivo parecía antojarse inalcanzable y su total predisposición y generosidad, condiciones todas de un incalculable valor que me ha permitido avanzar en la consecución de esta empresa. Por descontado, en lo que a lo profesional corresponde, debo agradecerle de igual modo sus valiosos consejos, directrices y ayudas continuas que dan muestra, una vez más, del profundo conocimiento que ostenta de la materia administrativa, dominio del que, en mi condición de práctico del derecho administrativo, aún espero poder seguir aprendiendo en los tiempos venideros.

Ambos han dirigido esta investigación mostrando un profundo cariño hacia mi persona y un pulcro respeto por el trabajo bien hecho, por todo lo cual, les deseo dedicar esas breves palabras como símbolo de mi sincero agradecimiento.

Estas palabras de reconocimiento no estarían completas sin una mención a aquellas personas que desde que tengo memoria me han mostrado su apoyo incondicional -aún ahora- con independencia del acierto o desacierto de la decisión tomada. Evidentemente el amor recibido, la dedicación y la paciencia con la que cada día unos padres dan muestra de su confianza en un hijo no solo se reflejan en un trabajo de investigación como este que se presenta, sino que es el vivo reflejo de la vida de un hijo. Ellos me han otorgado mi bien más preciado, la vida, y a lo largo de ella no han cejado en su empeño para ofrecerme tanto a mí como al resto de hermanos aquellas oportunidades que, por circunstancias de la vida, otros no han tenido ocasión siquiera de vislumbrar. Por todo ello, gracias a los dos.

Gracias también a mis hermanos y demás familia que de un modo u otro habéis contribuido a alcanzar este logro que tanto significa para mi persona.

Por último, gracias a mi esposa, quien en su infinita paciencia me ha secundado a lo largo de este intrincado recorrido académico que tantas horas de compañía le ha robado y que en todo momento ha sabido sobrellevar con su incondicional apoyo, comprensión y amor sincero.

Abreviaturas	19
Proemio	22
Capítulo I: Origen y evolución del gobierno corporativo	28
1. Aproximación a un concepto de gobierno corporativo.....	29
1.1. Cuestión preliminar	29
1.2. Definiciones sobre gobierno corporativo.....	31
2. Antecedentes y modelos comparados	36
2.1. Nota previa.....	36
2.2. Modelo norteamericano	37
2.2.1. Principios ALI/Ley Sarbanes-Oxley (SOA).....	39
2.3. Modelo europeo:.....	40
2.3.1. Reino Unido.....	40
2.3.1.1. Informe Cadbury	40
2.3.1.2. Combined Code.....	42
2.3.2. Otros modelos europeos	45
2.3.3. Directrices de ámbito comunitario	48
3. Aportaciones de Organismos internacionales	54
4. El Gobierno Corporativo en España	59
4.1. Informe y Código Olivencia	59
4.2. Informe Aldama.....	63
4.3. Código Conthe: CUBG.....	66
4.4. Estado actual del Gobierno Corporativo en España	69
5. Algunas conclusiones conceptuales.....	71
Capítulo II: La sociedad pública local como enfoque de análisis	76
1. Contextualización actual de las sociedades públicas	77
1.1. La sociedad pública en general.....	77
1.1.1. Cuestiones previas	77
1.1.2. Hacia un concepto de sociedad pública	81
1.1.3. Criterios que conforman su naturaleza	86
a) El criterio de la personalidad jurídica	86
b) El criterio de la personificación y el régimen jurídico aplicable	88
c) Necesidad de ánimo de lucro en la actividad económica desarrollada... ..	89
d) El criterio del control efectivo	90
1.1.4. La sociedad pública en el Derecho positivo: estatal, autonómico y europeo	93
1.2. La sociedad pública local.....	102

1.2.1. Introducción	102
1.2.2. Régimen regulatorio actual	105
1.3. Breve reseña a la sociedad interlocal andaluza	115
2. Objetivos de la aplicación de un gobierno corporativo a la sociedad pública	117
Capítulo III: Problemas de gestión	124
1. Cuestiones iniciales.....	125
2. Separación entre propiedad y dirección de las sociedades	128
2.1. Distinción tradicional y propuestas de solución para la sociedad en general..	128
2.2. El caso de la sociedad pública local	135
3. La toma de decisiones en la sociedad pública local.....	142
3.1. Regulación positiva y sistema de decisión	142
3.2. Circunstancias aparejadas. Propuestas de actuación	148
4. ¿Abuso de derecho o de poder? <i>Insiders vs. Outsiders</i>	152
5. La excesiva permeabilidad política en la gestión de las sociedades	160
6. Desarraigo de lo público: los deberes fiduciarios en la gestión pública local	166
7. Problemas intrínsecos a la naturaleza local de la sociedad.....	172
7.1. La crisis del principio de colegialidad	172
7.2. El interregno social con ocasión del cese de la corporación	176
Capítulo IV: Órganos de gobierno corporativo en sociedades públicas locales ...	180
1. La Junta General	181
1.1. Especialidades como socio único decisor	181
1.2. Cronología de medidas y su posible traslación al sector público	187
1.3. El interés público representado en la Junta General como objeto social de la sociedad.....	191
2. El Consejo de Administración como órgano supervisor.....	194
3. Los administradores	204
3.1. Naturaleza del administrador local	204
3.2. La exigibilidad de su profesionalización	208
3.3. El administrador de hecho	212
3.4. La posible inclusión del consejero independiente	214
4. Consejero delegado: función en la sociedad pública local	219
5. La presidencia	221
6. El equipo directivo o gerencial	223
7. Otros sujetos relevantes: los usuarios	225
7.1. Caracterización del usuario de la sociedad pública local	225
7.2. El usuario beneficiario de las medidas de gobierno corporativo	228

Capítulo V: Sistemas de control: <i>Compliance</i> y transparencia	231
1. La idiosincrasia del control público y por qué es importante para el gobierno corporativo de la sociedad local	232
2. Controles de orden u origen interno.....	235
2.1. El ejercido por el Consejo de Administración.....	235
2.2. Control mediante auditoría	237
2.3. La reglamentación como sistema de control interno	241
2.4. El <i>Compliance</i> en la sociedad pública local	244
3. Controles de orden u origen externo: la información como pieza clave.....	249
3.1. El derecho de información: el deber de informar	249
3.2. Transparencia y rendición de cuentas.....	254
3.2.1. Acercamiento al concepto de transparencia	256
3.2.2. La Ley de Transparencia	259
3.2.2.1. Preámbulo y estructura básica.....	259
3.2.2.2. Aplicación de la ley a la sociedad pública	261
3.2.3. Referencias de gobierno corporativo en materia de transparencia	266
3.3. Fiscalización:	267
3.3.1...El Tribunal de Cuentas.....	267
3.3.2...Los organismos reguladores.....	269
4. El papel de las nuevas tecnologías como fuente de información.....	270
Capítulo VI: Aspectos de consolidación de un buen gobierno	274
1. Remuneración de los administradores sociales.....	275
1.1. Modelos de retribución: su tradicional polémica.....	276
1.2. Referencias de gobierno corporativo en materia de retribuciones.....	281
1.2.1. Los sistemas de remuneración a la vista del GC	281
1.2.2. La cuestión de la retribución variable y los incentivos	286
1.3. La sociedad pública local ante el fenómeno retributivo	288
1.3.1. Estado del asunto	288
1.3.2. Potencial encaje de las medidas.....	293
2. El objetivo de la financiación competitiva.....	301
2.1. Los problemas económicos de la sociedad local: régimen actual	302
2.2. El reto: la no asunción de deudas por parte del ente matriz	306
3. Los pactos parasociales en el sector público: posibilidad de su aplicación.....	312
Capítulo VII: Defensa de la competencia y gobierno corporativo	317
1. Gestión corporativa pública respetuosa con la normativa <i>antitrust</i>	318
1.1. Breve apunte sobre el Derecho de defensa de la competencia	318
1.2. La sociedad pública objeto de este Derecho.....	320
1.3. Referencias de gobierno corporativo sobre la competencia y su conexión con la sociedad pública local	324

2. La importancia del objeto social en el Derecho de la competencia.....	330
Capítulo VIII: Responsabilidad en la gobernanza de la sociedad pública local...	337
1. Premisa.....	338
2. Responsabilidad social corporativa.....	339
2.1. Antecedentes y vigencia	339
2.2. Papel del gobierno corporativo en su impulso.....	347
2.3. La Administración Pública ante la RSC	354
2.4. Exigibilidad en el Derecho administrativo: posibilidades de aplicación a la sociedad pública local	360
3. Otras responsabilidades	366
3.1. Externa.....	367
3.2. Interna	370
3.3. Indirecta.....	372
3.4. El uso restringido del levantamiento del velo y su aplicación a la sociedad local.....	374
Conclusiones	381
Bibliografía	387
Jurisprudencia citada	403

Abreviaturas

ABA	American Bar Association
AECA	Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas
AEIE	Agrupación Europea de Interés Económico
ALI	American Law Institute
AP	Audiencia Provincial
APL	Anteproyecto de Ley
BCBS	Comité de Supervisión Bancaria de Basilea
BCCI	Banco de Crédito y Comercio Internacional
CACG	Commonwealth Association for Corporate Governance
CBG	Código de Buen Gobierno
CCo	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CERSE	Consejo Estatal de la Responsabilidad Social Empresarial
CEPYME	Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Conc.	Concordante
CP	Código Penal
CPSR	Contratación Pública Socialmente Responsable
CUBG	Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EASD	Asociación Europea de Corredores de Valores
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público (Texto Refundido)
ECGI	European Corporate Governance Institute
EcoDa	Confederación Europea de Asociaciones de Directivos
ECOFIN	Consejo Europeo sobre Asuntos Económicos y Financieros
Edit.	Editorial
FEMP	Federación Española de Municipios y Provincias
GC	Gobierno Corporativo
GCCG	German Code of Corporate Governance
IAGC	Informe Anual de Gobierno Corporativo
ICGN	International Corporate Governance Network
IC-A	Instituto de Consejeros-Administradores
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
IOSCO	Organización Internacional de Comisiones de Valores
LAULA	Ley de Autonomía Local de Andalucía
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LI	Ley de Incompatibilidades
LMV	Ley del Mercado de Valores
LPAP	Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas

LRBRL	Ley reguladora de las Bases del Régimen Local
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público
LRSAL	Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local
LSA	Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LT	Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
LTA	Ley de Transparencia Pública de Andalucía
NNTT	Nuevas Tecnologías
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OECD	OCDE
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de Naciones Unidas
OPA	Oferta Pública de Adquisición
p.	página
pp.	páginas
Proc.	Procedimiento
Rec.	Recurso
ROF	Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
RSC	Responsabilidad Social Corporativa
RSCL	Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
RSE	Responsabilidad Social Empresarial
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCE	Sociedad Cooperativa Europea
SE	Societas Europaeae (Sociedad Anónima Europea)
SEC	Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales
SOA	Sarbanes-Oxley Act / Ley Sarbanes-Oxley.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TC	Tribunal Constitucional
TCu	Tribunal de Cuentas
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TICs	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TREBEP	Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público
TRLHL	Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
TRLSA	Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
TRRL	Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

Proemio

Con la lectura de esta investigación que denominamos “*Medidas de gobierno corporativo en la sociedad pública local: análisis actual y perspectivas de aplicación*” se pretende ofrecer una visión actualizada y realista de las posibilidades que para la sociedad pública local va a ofrecer el llamado “gobierno corporativo de las sociedades”, corriente de estudio originariamente privatista compuesta por una pléyade de recomendaciones, directrices, estructuras, procedimientos y, más recientemente, normas y regulaciones que aspiran a garantizar el buen gobierno en la gestión de las sociedades y que paulatinamente ha ido encontrando un mayor espacio de actuación dentro del ámbito público societario y, a lo que a nosotros respecta, en el sector público local.

En cuanto a la elección de la temática indicada, la misma tiene como causa primera razones de índole puramente profesional. La relación diaria de quien suscribe con la figura de la sociedad pública local (concretamente municipal), ha permitido observar desde una privilegiada posición los pros y contras de su funcionamiento cotidiano, pudiendo testar desde el interior del propio ente las carencias o los excesos que la variedad de personificaciones potenciales puede poner de relieve en función de su concreto objetivo social.

Del mismo modo, como segunda razón que justifica la elección del tema investigado, no resulta desconocido el hecho de que el perseguido funcionamiento sostenible de la sociedad pública en general, y de la local en particular, ha dejado bastante que desear. Resulta evidente que la utilización de este tipo de personificaciones ha sido el blanco de múltiples frentes que han desembocado en una gestión manifiestamente mejorable y en una rentabilidad que podría ser considerada, cuando menos, financieramente caótica en muchos de sus casos, lo cual brinda a la teoría del *Corporate Governance* una oportunidad única para rescatar a la sociedad pública de ese páramo operativo en que se ha visto sumida.

Como tercera razón de su elección reseñamos las motivaciones académicas, pues ha permitido confrontar y, a la vez, hacer converger ante una única idea la eterna dicotomía abierta entre Derecho público y Derecho privado, o siendo más concretos, entre Derecho Administrativo y Derecho de Sociedades, de tal modo que ha permitido a este investigador, más resuelto por otro lado en la práctica administrativa, adquirir un vasto conocimiento del

Derecho de sociedades, contribuyendo así a un modesto incremento del conocimiento del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Respecto a la metodología empleada en el desarrollo de esta investigación, la misma ha incluido, por principio y en relación con la primera justificación de la temática escogida, la propia observación (permítaseme decir, en cierto modo, observación empírico-analítica) derivada de la constante relación con las sociedades públicas locales y su régimen jurídico.

Del mismo modo, no cabe duda de que se ha recurrido a una interpretación exegética de las normas de Derecho positivo que en este trabajo se contienen, analizando su sentido gramatical en relación con su contexto histórico de una manera sistemática y lógica.

De otro lado, el ingente cúmulo de recomendaciones, directrices o propuestas de gobierno corporativo obligan a considerar un aspecto más sociológico y teleológico, sin perjuicio de que muchas de ellas se hayan plasmado finalmente en normas imperativas de vigencia actual.

Esta metodología empleada se ha visto completada con una labor de documentación que ha abarcado tanto las fuentes bibliográficas más relevantes como una gran variedad de pronunciamientos tanto jurisprudenciales como de organismos administrativos que han tenido ocasión de aclarar muchas de las facetas a las que se hace alusión a lo largo de este trabajo.

Sobre la cuestión de los objetivos que han motivado la realización de esta tesis doctoral, la misma ha estado orientada fundamentalmente a encuadrar esa corriente del gobierno corporativo en el marco del Derecho público para así hacer aflorar e identificar aquellos nexos de unión y paralelismos respecto al Derecho de sociedades en general que permitan aplicar alguno de sus instrumentos o alguna de sus propuestas a la sociedad pública local lo cual, como se verá, no siempre resultará viable o incluso conveniente.

Pues bien, este objetivo se ha ido desarrollado mediante un análisis que aparece estructurado en una serie de capítulos los cuales, de una manera sintética, van a tratar de las siguientes cuestiones:

En el Capítulo I “Origen y evolución del gobierno corporativo” nos sumergimos de lleno en todo lo que tiene que ver con el *Corporate Governance*, abarcando su origen histórico, conceptualización y un estudio de los modelos comparados que, ordenados de una manera cronológica, han tenido más influencia en el desarrollo del gobierno corporativo

español, que es estudiado asimismo de manera evolutiva hasta alcanzar el momento actual. Concluye este capítulo con algunas de las conclusiones conceptuales que arroja la teoría del gobierno corporativo.

El Capítulo II “La sociedad pública local como enfoque de análisis”, aborda de forma detallada el examen de la sociedad pública tal y como es aceptado recientemente por la doctrina y jurisprudencia, para lo cual, partiremos inicialmente de una contextualización de la sociedad pública en general para ir introduciendo poco a poco la nota de publicación que nos conduce al objeto de nuestro estudio: la sociedad pública local. Se examinará además el fenómeno societario desde múltiples perspectivas político-territoriales pudiendo ver dimensiones tales como la estatal, la autonómica o la europea. Finaliza este apartado con las finalidades que pueden mover a buscar una aplicación práctica del gobierno en el marco de la referida sociedad pública.

En cuanto al Capítulo III “Problemas de gestión”, se analizan cuáles pueden ser las razones objetivas que hacen replantearse el funcionamiento de la sociedad pública y que justifican la necesidad de romper con un comportamiento, el desarrollado hasta el momento, que viene produciendo síntomas de estancamiento y rigidez en la puesta en marcha de un “buen” gobierno corporativo dentro del sector público empresarial a nivel local. Para ello, se traerá a esta investigación la discutida separación entre propiedad y control de sociedades y el particular fenómeno de la sociedad local. Del mismo modo, se realiza un recorrido por cuestiones problemáticas provocadas por la peculiar toma de decisiones en este tipo de sociedades; también el cómo se equilibran los poderes dentro de un ente que cuenta con un solo propietario pero que, a su vez, representa a muchos y, finalmente, aquellas dificultades que pudiera plantear el hecho de una intervención de la clase política dentro del gobierno de las mismas.

Dentro del Capítulo IV “Órganos de gobierno corporativo en las sociedades públicas locales”, se procede a analizar de forma concreta aquellos órganos de gobierno de las sociedades que son el objeto principal destinatario de la doctrina del buen gobierno corporativo, esto es, la Junta General, el Consejo de Administración, los propios administradores en sus múltiples variantes, la presidencia, la dirección o incluso los propios usuarios de la sociedad, de tal modo que se valorará, para cada uno de ellos, cuáles de las medidas de buen gobierno resultan de aplicación y cuáles resultan improcedentes o inviables.

En un Capítulo V denominado “Sistemas de control: *compliance* y transparencia” se entra de lleno en la idea de la limitación del control público como base para el funcionamiento de un buen gobierno corporativo dentro de la sociedad pública local, para ello, analizamos los distintos controles internos y externos que actualmente les son de aplicación haciendo un especial hincapié en los muy prodigados actualmente sistemas de cumplimiento así como en la materia de la transparencia junto con la conveniencia de extender su generalización a todo el marco de la gestión pública local, sin olvidar, finalmente, el papel que actualmente juegan las nuevas tecnologías en la implantación de esta nueva forma de funcionar.

El Capítulo VI “Aspectos de consolidación de un buen gobierno”, van a ser objeto de análisis diferentes cuestiones que, más allá de las cuestiones de tipo organizativo, van a tener una repercusión capital en el éxito conjunto de la aplicación que de las medidas de buen gobierno se vayan implantando. Así, se afronta la cuestionada materia de la retribución de los administradores sociales y su configuración en la sociedad pública local; también se tratará de obtener cierta perspectiva en relación con la tradicional deficiencia presupuestaria que suele acompañarlas apuntando hacia una financiación independiente y sostenible y culminará este apartado haciendo una breve referencia a la posible utilización de la figura de los pactos parasociales en el ámbito público local.

Sobre el Capítulo VII “Defensa de la competencia y gobierno corporativo”, de carácter más breve, tratamos de comprobar a través de un estudio monotemático, las conexiones que el gobierno corporativo mantiene con la materia de la defensa de la competencia, disciplinas ambas que se correlacionan y que, lejos de lo que pudiera pensarse, tiene gran incidencia a nivel local dentro de nuestro país. En una segunda parte de este capítulo se examina hasta qué punto es conveniente concretar y delimitar el objeto social de las sociedades públicas locales de cara a respetar el funcionamiento armónico del sistema económico considerado.

Finaliza esta investigación con un Capítulo VIII “Responsabilidad en la gobernanza de la sociedad pública local”, donde se realizará un amplio estudio del concepto de responsabilidad social corporativa (RSC) y su traslación a la sociedad por nosotros considerada contemplando hasta qué punto ha influido la corriente del *Corporate Governance* en su impulso. Seguidamente, y como último apartado de este capítulo y, por ello, de esta investigación, se atiende a las diferentes responsabilidades (externas, internas, indirectas) en las que puede incurrir nuestra sociedad pública local con una especial mención a la doctrina del levantamiento del velo societario.

Esta es, de manera esquemática, la estructura de todas las cuestiones que hemos considerado cruciales para un actualizado análisis de las políticas de gobierno corporativo en su aplicación a la sociedad pública local y que, modestamente, conforman el conjunto de esta investigación que pretende servir siquiera para alumbrar en cierta medida una realidad que se halla obstinada en repetir cánones que se han convenido en catalogar como ineficaces, intentando asimismo suministrar ciertas ideas de utilidad apoyadas en la cada vez más extendida tendencia del buen gobierno corporativo.

CAPÍTULO I

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL GOBIERNO CORPORATIVO

1. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DE GOBIERNO CORPORATIVO. 1.1 CUESTIÓN PRELIMINAR. 1.2 DEFINICIONES SOBRE GOBIERNO CORPORATIVO. 2. ANTECEDENTES Y MODELOS COMPARADOS. 2.1 NOTA PREVIA. 2.2 MODELO NORTEAMERICANO. 2.2.1 PRINCIPIOS ALI/LEY SARBANES-OXLEY (SOA). 2.3 MODELO EUROPEO. 2.3.1 REINO UNIDO. 2.3.1.1 INFORME CADBURY. 2.3.1.2 COMBINED CODE. 2.3.2 OTROS MODELOS EUROPEOS. 2.3.3 DIRECTRICES DE ÁMBITO COMUNITARIO. 3. APORTACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES. 4. EL GOBIERNO CORPORATIVO EN ESPAÑA. 4.1 INFORME Y CÓDIGO OLIVENCIA. 4.2 INFORME ALDAMA. 4.3 CÓDIGO CONTHE: CUBG. 4.4 ESTADO ACTUAL DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN ESPAÑA. 5. ALGUNAS CONCLUSIONES CONCEPTUALES.

Origen y evolución del Gobierno Corporativo

“Lo último que uno sabe es por dónde empezar” Blaise Pascal.

1. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DE GOBIERNO CORPORATIVO

1.1 Cuestión preliminar

Intentar definir lo que puede entenderse por gobierno corporativo, expresado de una manera genérica, o pretender reducir dicho concepto a una definición de significado unívoco puede resultar una tarea harto compleja cuando no, prácticamente inviable.

Y esto es así porque del concepto de gobierno corporativo pueden extraerse multitud de derivadas, variantes e interpretaciones diversas que, si bien todas ellas presentan puntos en común, imposibilitan su concreción en una expresión acotada y perfecta que abarque todo su contenido sin que la misma devenga excesivamente alambicada a la par que poco funcional. Expresado con una terminología más clásica, puede decirse que existe una imprecisa conformación del supuesto de hecho.

Ello no obsta a que, del conjunto de definiciones existentes sobre gobierno corporativo puedan extraerse ciertos elementos genéricos que sirvan a la finalidad originaria con la que fue concebido. Conceptos tales como control, gestión, eficiencia, ética, responsabilidad o profesionalización son comunes a las distintas acepciones.

Digamos a modo de cautela, que entramos en un terreno cuyas conclusiones pueden ser válidas tanto para su aplicación a estándares económicos de gestión empresarial como para reglamentar la actividad ordinaria de entes con personalidad jurídica. De igual modo y desde otro prisma, confluyen en el núcleo del gobierno corporativo implicaciones de política público-social junto con el primero de los intereses mercantiles por antonomasia, esto es, el ánimo de lucro como fin típico propio de las sociedades mercantiles¹.

En lo que hace a su aplicabilidad subjetiva, es cierto que desde sus primitivos comienzos, y en gran medida actualmente, las alusiones a medidas o principios de gobierno corporativo se referencian con un movimiento que fundamentalmente afectaba al mundo empresarial (por definición, a las grandes sociedades y compañías), si bien, y dada la

¹ Cfr. Artículo 116 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

interrelación cada vez más habitual entre los distintos poderes fácticos en un mundo que camina hacia una globalización creciente e interconectada, pueden resultar de su análisis ciertas bases y principios de actuación que, con una clara vocación normativa, resulten aplicables a mercados, gobiernos u otros operadores actuantes en el mundo económico-financiero diferentes del sector donde se han originado².

Moviéndonos de lo genérico hacia lo concreto, conviene centrarse primeramente en el análisis de la expresión misma que es base de esta investigación que planteamos: el gobierno corporativo.

Para este cometido, permítase traer a colación la definición que de la misma realizaba el Profesor OLIVENCIA, quien señalaba que “*Gobierno corporativo es la traducción al español de la expresión inglesa Corporate governance. Traducción poco afortunada, pero que ha tenido fortuna en nuestra terminología jurídica. El sustantivo governance no significa exactamente gobierno (government), sino gobernanza, vocablo que, como indica el sufijo –anza, es derivado del verbo gobernar que introduce un matiz de cualidad; es forma, manera o sistema de gobernar, no simplemente acción y efecto de gobernar. [...]*”.

El adjetivo corporate, traducido por corporativo, no se refiere al concepto jurídico de corporación en Derecho español (persona jurídica de Derecho público creada o reconocida por la ley, arts. 28 y 35 C.c.) sino a las personas jurídicas privadas (compañías o sociedades mercantiles, de naturaleza asociativa, o cajas de ahorro, de especial naturaleza fundacional), cuya estructura se califica de “corporativa”³.

En el propósito que a nosotros nos ocupa, resulta revelador la presencia en este concepto de dos vertientes perfectamente delimitadas, por un lado, la referencia a una manera o sistema de gobernar; y por otro, la alusión a ciertas personas jurídicas de estructura corporativa. Procede enfatizar la importancia que para el profesor Olivencia tiene la calificación de una persona jurídica como “corporativa” dado que con la misma se viene a constatar la preponderancia que la persona jurídica va a ostentar sobre las personas físicas que la conforman y, por ende, el mayor peso de lo colectivo sobre lo individual, la relevancia del patrimonio de aquella sobre los intereses individuales o la imputación de funciones,

² Vid. MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales. La aplicación de los principios de Buen Gobierno Corporativo a las Sociedades Mercantiles Estatales y otras Entidades Públicas”, *Investigaciones y publicaciones del Centro de Gobierno Corporativo*, 2010, pp. 10-11.

³ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno corporativo como instrumento al servicio del accionista minoritario”, *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, N° 10, La Ley, p. 50.

competencias, obligaciones y deberes a unidades orgánicas con total independencia de las personas físicas que pudieran ser sus titulares en un determinado momento⁴.

Estas premisas que, como veremos, son la piedra angular sobre la que se estructura el movimiento del gobierno corporativo en general, se convierten en el terreno de lo público en la clave de bóveda sobre la que debe sustentarse cualquier política de gestión empresarial que busque la satisfacción del interés general⁵.

1.2 Definiciones sobre gobierno corporativo

Hablar de gobierno corporativo requiere observar lo que otros muchos han descrito como tal cuando se han planteado su conceptualización. Ejemplificar algunas de esas definiciones con carácter previo al intento de proponer un corolario personal sobre lo que, a nuestro entender, deba predicarse en la actualidad por gobierno corporativo en su concreta aplicación a la sociedad pública (dada la orientación de nuestro trabajo), supone tanto un reconocimiento del camino recorrido hasta el momento en la evolución del concepto como un instrumento útil de orientación lógica en aras de su comprensión global.

Veamos algunas de estas definiciones:

- “[...]. *El gobierno corporativo abarca toda una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su Consejo, sus accionistas y otras partes interesadas. El gobierno corporativo también proporciona una estructura para el establecimiento de objetivos por parte de la empresa, y determina los medios que pueden utilizarse para alcanzar dichos objetivos y para supervisar su cumplimiento. [...].*” (OCDE)⁶.

- “*Lo importante es destacar que el gobierno corporativo no es un instrumento individual sino más bien un concepto que incluye el debate sobre las estructuras apropiadas de gestión y control de las empresas. También incluye las reglas que regulan las relaciones de poder entre los propietarios, el consejo de administración, la administración y, por último,*

⁴ *Ídem.*

⁵ No es éste el momento de realizar una disquisición acerca de lo que debe entenderse cuando aludimos al concepto de *interés general*; no obstante, resulta ilustrativo el estudio que al respecto realiza el profesor Acosta Gallo en cuanto a su diferenciación frente a los conceptos jurídicos indeterminados y su paralela asimilación a los principios generales del derecho, a cuyo trabajo nos remitimos. A estos efectos, véase ACOSTA GALLO, P., “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 41, 2016, pp. 1-22.

⁶ *Cfr.* Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), traducido de la versión original en inglés: “*OECD Principles of Corporate Governance. 2004 Edition*”, Preámbulo, p.11.

pero no por ello menos importante, partes interesadas tales como los empleados, los proveedores, los clientes y el público en general”. (N.R. Narayana Murthy)⁷.

- *“En su sentido más amplio, el gobierno corporativo consiste en mantener el equilibrio entre los objetivos económicos y los sociales y entre los objetivos individuales y los comunitarios. [...]”.* (Sir Adrian Cadbury)⁸.

- *“El Gobierno Corporativo gira esencialmente en torno al liderazgo: el liderazgo para la eficiencia; el liderazgo para la probidad; el liderazgo con responsabilidad; el liderazgo que es transparente y rinde cuentas”.* (Directrices de la Asociación de Gobierno Corporativo del Commonwealth)⁹.

- *“Con respecto al país, el gobierno corporativo acertado significa: mejorar la imagen del país, evitar la salida de fondos nacionales; incrementar las inversiones de capital extranjero, intensificar el poder competitivo de la economía y los mercados de capital, superar la crisis y reducir los daños y mantener un nivel elevado de prosperidad”.* (Junta de Mercados de Capital de Turquía)¹⁰.

- *“El gobierno corporativo puede definirse como la manera en que se ejerce el poder de la empresa en la administración de su cartera total de activos y recursos, con el objetivo de mantener e incrementar el valor para los accionistas con el beneplácito de otras partes interesadas en el marco de su misión institucional”.* (Private Sector Corporate Governance Trust)¹¹.

- *“Por gobierno corporativo se entiende esa combinación de legislación, regulación y prácticas voluntarias apropiadas del sector privado que permite a las empresas atraer capital financiero y humano, desempeñarse con eficacia y, consiguientemente, perpetuarse*

⁷ Vid. NARAYANA MURTHY, N.R., Presidente del Comité sobre Gobierno Corporativo, Junta de Valores y Bolsas de India, 2003.

<https://www.auditool.org/blog/auditoria-interna/1970-la-auditoria-interna-y-el-gobierno-corporativo>. (Consultado: 12/10/2018).

⁸ Vid. CADBURY, Sir A., prólogo a *“Corporate Governance and Development”*, Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo, Focus 1, 2003. Como contenido de las definiciones recogidas en el trabajo elaborado en el marco del Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo. Guía del usuario. Herramienta 2: *“Elaboración de códigos de las mejores prácticas para el gobierno corporativo”*, del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, 2005, Tomo I, Módulo I, p. 3.

⁹ *Ibid.* Directrices de la Asociación de Gobierno Corporativo del Commonwealth: *“Principios para el Gobierno Corporativo en el Commonwealth”*, 1999, p. 4.

¹⁰ *Ídem*, Junta de Mercados de Capital de Turquía, *“Principios de Gobierno Corporativo”*, 2003.

¹¹ *Ídem*, Private Sector Corporate Governance Trust, *“Directrices para el Buen Gobierno Corporativo en las Empresas Estatales”*, Kenia, 2002.

creando valor económico a largo plazo para sus accionistas y, al mismo tiempo, respetando los intereses de las partes interesadas y de la sociedad en su conjunto”. (Ira M. Millstein)¹².

- “Sistema por el cual una organización toma e implementa decisiones con el fin de lograr sus objetivos”. Esto significa que puede incluir tantos mecanismos de gobernanza formales o informales. Los primeros basados, por ejemplo, en estructuras y procesos, o bien sujetos a leyes y regulaciones. Los mecanismos informales usualmente están vinculados con los valores y la cultura de la organización, puede tener influencia de los líderes de dicha organización”. (Guía sobre Norma ISO 26000:2010)¹³.

Estas definiciones constituyen solo algunas de las múltiples y variadas acepciones que pueden ofrecerse en función del ámbito de estudio que se esté aplicando en cada momento para aproximarse al concepto de gobierno corporativo¹⁴. Para nosotros, resulta particularmente relevante la aportación que realiza a estos efectos MATEU DE ROS, quien da un paso adelante al tratar la cuestión y aboga por preponer a la expresión gobierno corporativo el adjetivo calificativo “*buen*”, dando a entender que resulta necesaria una tajante delimitación entre lo que hasta hace bien poco se conocía como gobierno corporativo (entendido este como estructura de gobierno y conjunto de directrices para el funcionamiento básico societario) y, de otra parte, el buen gobierno corporativo como desiderátum de una mejora de la conducta empresarial en su globalidad.

Y realiza esta distinción precisamente porque el gobierno corporativo, en su concepción tradicional, ha sido enormemente cuestionado como consecuencia de las recurrentes crisis financieras y económicas que han venido sufriendo las economías de nuestro entorno poniéndose el foco de la responsabilidad tanto en debilidades de tipo institucional como en la falta de coordinación y control a nivel externo (organismos supervisores) e interno (funcionamiento deficiente de los órganos de dirección societaria), o lo que es lo mismo, en el núcleo esencial de lo que venía constituyendo el gobierno corporativo más característico.

Por esta razón, señala el autor a estos efectos que: “*El Buen Gobierno Corporativo [Corporate Governance] puede ser definido como un conjunto de principios y reglas de conducta para la organización y el funcionamiento eficaz, transparente y justo de las*

¹² *Ibid.* p. 5. MILLSTEINS, I.M., Cita de 2003.

¹³ *Vid.* BIGORITO, S., “*La Gobernanza de la Organización en la ISO26000*”, Guía IRAM ISO 26000, <http://www.visionsustentable.com.ar/2011/05/la-gobernanza-de-la-organizacion-en-la-iso26000.php>. (Consultado: 12/08/2017).

¹⁴ Véase, para mayor conocimiento, la recopilación que, en este sentido, se comprende en FERNÁNDEZ IZQUIERDO, M.A. *et al.*, “*El gobierno corporativo como motor de la responsabilidad social corporativa*”, Colección Economía y Gestión, Núm. 8, Edit. Publicaciones de la Universidad Jaime I, 2010, pp. 21-23.

sociedades y la satisfacción del interés social. Pero no existe una definición oficial ni a nivel internacional ni nacional. Desde un punto de vista jurídico, el [Buen] Gobierno Corporativo sería un desarrollo práctico del Derecho mercantil de sociedades y en concreto, del Derecho de sociedades de capital dirigido a formular, sobre bases en principio no vinculantes, diversas prácticas, estándares o reglas de conducta apropiadas para la gobernanza o gobernabilidad ética de las entidades mercantiles. No vale cualquier modelo de gestión por eficaz que sea si no respeta un contenido material de justicia y veracidad (Buen Gobierno) ni se trata de crear ex novo una serie de principios originales para la mejora de la organización de las empresas o de codificar de manera formal las ya existentes. El Buen Gobierno se mueve entre la identificación y el reconocimiento de los estándares de conducta organizativa societaria cuyo éxito ha sido comprobado en la praxis y la identificación de nuevas líneas de gestión que en principio son capaces de potenciar la transparencia y la eficacia de las organizaciones empresariales.

Desde un punto de vista más amplio, de gestión u organización de empresas, de ética empresarial y de responsabilidad corporativa, el Buen Gobierno es un modelo de administración y gestión de empresas que tiene por objetivo conseguir una gestión transparente, eficaz y responsable de las sociedades. [...].”¹⁵.

En línea con esa posición podemos afirmar, por tanto, que cuanto aspectos sean tratados en esta investigación en materia de gobierno corporativo siempre habrán de ser considerados, *lato sensu*, desde una perspectiva positiva, con ánimo de mejora, de aspiración, pues como venimos afirmando el gobierno corporativo propiamente dicho ya preexistía incluso desde un punto de vista semántico en alusión al tipo de relaciones que mantienen los órganos de gobierno societario con el resto de elementos que conforman este tipo de entes, pudiendo ser estas relaciones favorables, desfavorables, mejorables o incluso reprobables.

Es de esperar que el camino a transitar hasta que el adjetivo “*buen*” que acompaña al gobierno corporativo que estamos manejando pase a ser considerado un mero epíteto de dicha estructura es todavía largo, pues, como se verá, nos movemos aún en el marco del voluntarismo en su aplicación siendo las prescripciones legales existentes todavía de escasa obligatoriedad o de *soft law* dentro del amplio campo de la regulación jurídica, al menos en lo que al objeto principal de este trabajo corresponde.

¹⁵ Vid. MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...”, *op.cit.*, pp. 5-6.

En definitiva, de la lectura de las definiciones recién citadas puede deducirse la dificultad que existe para enunciar, sin reincidir en conceptos ya predicados, una noción integradora de este *tótum revolútum* que se adecúe al objetivo que nos concierne. En cualquier caso, constituyen premisas básicas tratar de sintetizar un concepto de gobierno corporativo en una vertiente positiva (buen gobierno) que tenga en cuenta aquellos aspectos clave que constituyen un aspecto ineludible para su existencia, léase con ello la transparencia en la gestión, la mejora de la eficiencia, una coherencia en la organización o la responsabilidad por la gestión, entre otros conceptos relacionados.

Por todo ello, concluimos este primer apartado señalando inicialmente que el gobierno corporativo en el ámbito específico de las empresas pertenecientes al sector público puede hacer alusión a ese “Conjunto de instrumentos, regulaciones y estructuras aplicadas a estas entidades y ampliamente admitidas de las cuales se vale el poder público de manera legítima con el ánimo declarado de obtener, tanto una mejora de la eficiencia en su gestión como una democratización progresiva de su funcionamiento comprometida con la gestión de los intereses generales, los cuales, por la propia naturaleza pública del ente, se encuentran representados en el objeto social de este tipo de personificaciones”.

Puede apreciarse como la fórmula gobierno corporativo no se va a limitar a recoger prescripciones normativas singularmente consideradas, sino que permite aglutinar recomendaciones, principios o estructuras prescindiendo de una formulación o descripción tan detallada que implique la imposición de esquemas preestablecidos o rígidas normas de conducta.

Esta característica es de suma importancia para su adecuada configuración, pues permite distinguir el gobierno corporativo de las tradicionales normas jurídicas de Derecho positivo (lo cual no empece la efectiva existencia de estas normas vinculantes), y convierte esta corriente en un proceso dinámico y abierto que va más allá del mero cumplimiento de las normas, trascendiendo hacia un componente axiológico de ética empresarial; ética empresarial que constituye la “ética aplicada al ámbito organizativo”¹⁶.

Como aditamento a lo señalado hasta el momento, sí que debemos reconocer que el paso hacia la aplicación práctica de estos principios o criterios podrá apoyarse en mayor o menor medida en alguno de los dos siguientes factores fundamentales los cuales, a la postre,

¹⁶ Vid. LÓPEZ-QUESADA MARTÍN, E. y CAMACHO MIÑANO, M.M., “Códigos de Gobierno Corporativo ¿suficientes para afrontar las crisis?”, *Partida Doble*, N° 237, Sección Artículos/Contabilidad, 11 octubre 2011, Edit. Wolters Kluwer España, LA LEY 17658/2011, p. 1.

decantarán la catalogación de esas medidas de gobierno corporativo en un grupo u otro; estos factores de aplicación a los que nos referimos oscilan entre la “libertad de organización” o el “intervencionismo administrativo”¹⁷.

Dicho esto, procede a continuación hacer un somero repaso a los hitos más destacados en la evolución de esta fórmula que venimos conociendo como gobierno corporativo; para ello examinaremos las distintas manifestaciones que, en puntos geográficos diversos, han tenido una especial incidencia sobre esta corriente teórica.

2. ANTECEDENTES Y MODELOS COMPARADOS

2.1 Nota previa

Tal y como pone de manifiesto HIERRO ANIBARRO¹⁸, las expectativas generadas por el gobierno corporativo se producen en un momento en que las diferentes crisis económicas que la sociedad actual está sufriendo -incluso solapadamente- asola muchas de las economías desarrolladas y las naciones emergentes, lo que aconseja u obliga a aumentar la competitividad y eficiencia de empresas grandes y medianas, las cuales pueden encontrar en la adopción de los modelos de buen gobierno una manera de profesionalizar la gestión social y mejorar el funcionamiento de sus órganos sociales. Como podemos imaginar, no existe un modelo de gobierno corporativo ideal, ni existe uno que pueda catalogarse como mejor que otro. Han existido y existen modelos diferentes tanto en función de su origen territorial como dependiendo de su tradición cultural, jurídica o económica.

Dicho esto, en los siguientes apartados, tal y como se ha anunciado, se hará un condensado análisis cronológico sobre los modelos que más influencia han ejercido sobre la tradición patria, no obstante lo cual, antes de comenzar a verlos queremos dejar apuntados aquellos modelos que, en función del diferente diseño de los mecanismos de control que representan, constituyen los principales modelos teóricos de gobierno corporativo¹⁹, sin olvidar que existen a lo largo y ancho de nuestras naciones prácticamente tantos modelos

¹⁷ Vid. MATEU DE ROS, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 303/2017 parte Estudios, Edit. Civitas, Pamplona, 2017, p. 2. En el caso español, el autor mantiene que, tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de mejora del gobierno corporativo, nuestro ordenamiento ha optado claramente por la opción intervencionista representando uno de los sistemas más intrusivos en comparación con los estándares de la Unión Europea y los del gobierno corporativo internacional de raíz anglosajona.

¹⁸ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas”, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2014. (Sección Resumen).

¹⁹ Vid. FERNÁNDEZ IZQUIERDO, M.A. *et al.*, “El gobierno corporativo como motor...”, *op.cit.*, pp. 31-34.

como países pueden ser objeto de nuestra atención²⁰, pero como decimos, nos centraremos en los que consideramos más relevantes a nuestro estudio.

El primero de ellos es el modelo anglosajón (EEUU y Gran Bretaña), caracterizado por un sistema de gestión monista donde la administración incumbe a un solo órgano con presencia de asesores externos y con gran transparencia y protección al accionista minoritario.

En segundo lugar, hallamos el modelo alemán o continental, donde hay una preponderancia en la presencia social de los accionistas mayoritarios en detrimento del minoritario que se ve obligado a tomar posiciones de control para la defensa de sus derechos. La gestión suele ser dual, existiendo un órgano de administración y otro de supervisión; la transparencia en estos modelos es manifiestamente mejorable.

Por último, debemos mencionar el modelo japonés que, con un sistema de gestión monista, el control es ostentado casi exclusivamente por los directivos de modo que no existen miembros externos o independientes al órgano gestor. La estructura de la propiedad suele estar muy concentrada en grupos familiares, empresas o bancos.

2.2 Modelo norteamericano

Decíamos *ut supra* que, con el propósito de contextualizar adecuadamente el objeto de nuestro estudio, es conveniente aquilatar los precedentes de gobierno corporativo que existieron, y de hecho existen, en los distintos sistemas comparados, así como en nuestro propio sistema para, finalmente, poner de manifiesto las conclusiones de algunos de los trabajos nacionales que, por razones obvias, nos resultan más próximos y de utilidad en la materia examinada. Para este cometido, recorreremos los precedentes que cronológicamente se encuentran en el origen de lo que hoy día puede entenderse por ese binomio que denominamos *corporate governance* o gobierno corporativo.

Sentado lo anterior, podemos afirmar que el origen del *corporate governance* se sitúa geográficamente en el conjunto de los países anglosajones afectando singularmente a la esfera de las sociedades cotizadas. Partiendo de la introducción que sobre el origen del gobierno

²⁰ A modo de ejemplo, véase el trabajo realizado sobre el buen gobierno corporativo en el Derecho Societario Ecuatoriano por ORTIZ HERBENER, A., “Análisis del buen gobierno corporativo: su necesaria implementación en el Derecho Societario Ecuatoriano”, Conferencia Magistral de incorporación a la Academia ecuatoriana de Derecho Societario, Ecuador, octubre 2005.

<https://www.revistajuridicaonline.com/2006/01/anlisis-del-buen-gobierno-corporativo-su-necesaria-implementacin-en-el-derecho-societario-ecuat/> (Consultado: 13/06/2020).

corporativo realizan PERDICES HUETOS y RIAÑO LÓPEZ²¹, cabe datar su germinación allá por los años setenta del pasado siglo, como consecuencia de los enormes escándalos protagonizados por las grandes compañías americanas (como fue el caso *Penn Central*) o bien fruto de la corrupción política de ámbito internacional que fue descubierta tras el destape del caso *Watergate*, donde políticos nacionales y extranjeros fueron objeto de sobornos y corruptelas varias²². A partir de ese momento se puso de manifiesto la escasez de controles existentes para la fiscalización de las grandes empresas y se consideraron como elementos clave para la reforma del sistema de gestión empresarial tanto el carácter supervisor que debía de adquirir el Consejo de Administración²³ como la necesidad de establecer controles de auditoría centrados en los aspectos financiero y contable.

A modo de anticipo y a colación de estos elementos citados pueden mencionarse dos factores que resultaron en cierta medida cimentadores del denominado gobierno corporativo y que en su reflejo en la estructuración del modelo empresarial público-local han tenido una repercusión notable ya que, por un lado y se verá, la estructura orgánica del Consejo de Administración la encontraremos por lo general compuesta por personas que ostentan un puesto de carácter representativo directo (o designadas por delegación de aquéllas de una manera discrecional) y a las que se les presume una actitud incólume y de buena fe, así como de independencia y de defensa del interés accionarial, o lo que es lo mismo, de los intereses públicos.

Asimismo por otro lado, la existencia de un doble control (interno y externo) protagonizado respectivamente por los diferentes órganos interventores de la Administración matriz y por parte del órgano externo de fiscalización (Tribunal de Cuentas y sus homólogos autonómicos) que ofrecen otro ejemplo más de la preocupación general que, ahora más que nunca, ha existido por la transparencia y el control económico-financiero de la gestión empresarial de lo público.

²¹ Vid. PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., “El gobierno corporativo en España”, LA LEY 15104/2011, Doctrina perteneciente al libro “*Ética empresarial y Códigos de Conducta*”, Edición 1ª, Edit. LA LEY, Madrid, 2011, pp. 1-20.

²² No puede dejarse de apuntar, por su repercusión, otro acontecimiento digno de mención como fue la quiebra de la eléctrica Enron, en el año 2000, debido a la concatenación de graves deficiencias del gobierno de la empresa que no hizo más que acrecentar las necesidades y demandas de control frente a las grandes compañías ante los excesos y fraudes acaecidos en las últimas décadas. Sin embargo, como decimos, no fue este el único caso: BCCI; Maxwell; Tyco; Andersen; Parmalat; Worldcom; Global Crossing; Vivendi; Universal o Ahold, son algunos de ellos.

²³ Vid. EISENBERG, M.A., “*Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors, and Accountants*”, Volume 63, Issue 2, Article 3, California Law Review, 1975, pp. 375-439. Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol63/iss2/3>. (Consultado: 05/09/2017).

2.2.1 Principios ALI/ Ley Sarbanes-Oxley (SOA)

En el nacimiento del *corporate governance* perteneciente al modelo norteamericano podemos observar que ostenta un lugar destacado -más allá de los anteriores escándalos mencionados en la década de los 70- la introducción progresiva en su sistema económico y empresarial de una serie de mecanismos de autorregulación en forma de códigos de conducta o de buenas prácticas corporativas que llevaron a cabo diferentes instituciones tales como la ABA (*American Bar Association*) y el ALI (*American Law Institute*) y que alcanzaron su máxima expresión en los *Principios de gobierno corporativo*²⁴ de 1994 de este último organismo (los conocidos como Principios ALI) y, por otro lado, la incorporación de reglas de buen gobierno a la legislación federal norteamericana, como era el caso de la *Sarbanes-Oxley Act of 2002*²⁵.

Estos textos conformaban, en el caso del primero de los citados, una respuesta en forma de derecho blando o *soft law* a aquella necesidad de soluciones que demandaba la sociedad americana y que acuciaba a los mercados de capitales y a sus principales protagonistas ante la pérdida de confianza reinante. Los mismos se caracterizaban por apuntar fórmulas de autorregulación de carácter privado o códigos de buenas prácticas con consecuencias de diferente alcance (pérdida de reputación o incluso exclusión de procesos de cotización pública). En el caso de los Principios ALI, los mismos consisten en “*una serie de pautas acordadas tras un largo proceso de debate por miembros destacados de las comunidades jurídica y empresarial americanas. Reflejan, por tanto, el estándar de buen gobierno que generalmente se considera aceptable*”²⁶.

Una segunda etapa del modelo norteamericano supone, como hemos apuntado, la utilización de la fórmula de la innovación normativa y ello se tradujo en la incorporación de reglas de buen gobierno a la legislación federal y cuya principal expresión en origen vino representada por la conocida como Ley Sarbanes-Oxley (SOA). Esta extensa ley, aprobada el 30 de julio de 2002 por el Congreso de los EEUU y fruto del trabajo realizado conjuntamente por el senador Sarbanes y el congresista Oxley, contaba con 1.107 artículos (o secciones en la terminología codificadora americana) donde aparecen múltiples alusiones a conductas calificadas como de buen gobierno; su promulgación fue en buena medida consecuencia de

²⁴ Cfr. “*Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*”, Visitar publicaciones de <http://www.ali.org>. (Consultado: 05/09/2017).

²⁵ Vid. en http://www.deloitte.com/view/es_CL/cl/ideas-y-perspectivas/sarbanes-oxley/. (Consultado: 22/02/2015).

²⁶ Vid. PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., “El gobierno corporativo...”, *op.cit.*, p. 3.

otro de los grandes escándalos americanos de una época más o menos reciente: la quiebra de la eléctrica Enron en el año 2000, antes citada.

La SOA, pese a su complejidad técnica, permite vislumbrar aquellas obligaciones consideradas esenciales y que las empresas debían cumplimentar para poder ser admitidas a cotización²⁷.

En definitiva, lo que estos textos venían a procurar era establecer una serie de requisitos mínimos considerados por los organismos reguladores como básicos, cuyo cumplimiento (a veces obligatorio y otras muchas veces facultativo) garantizara seguridad y confianza a los inversores de las compañías que pretendían acceder al mercado de valores y, en consecuencia, redundara en la estabilidad de la cotización bursátil²⁸.

El modelo norteamericano ha ofrecido otros tantos textos que han continuado la senda iniciada por los anteriormente reseñados; a modo de ejemplo podrían citarse las Recomendaciones de la NYSE²⁹, de 2003 o la Ley de Reforma y Protección al Consumidor de julio de 2010³⁰, que redundan en la consecución de la estabilidad empresarial con la atribución de competencias de control a los organismos públicos reguladores y garantizando el derecho de los accionistas a nombrar consejeros.

2.3 Modelo europeo

2.3.1 Reino Unido

2.3.1.1 El Informe Cadbury

En el análisis de los principales modelos de gobierno corporativo que se han dado en el viejo continente, conviene detenerse en primer lugar en el Reino Unido donde nos encontramos por orden cronológico con el conocido como Informe Cadbury³¹, de 1992, que definía el *corporate governance* como “*el sistema por el que se dirigen y controlan las compañías*” y es considerado como una respuesta ante el descontento generalizado que existía en el Reino Unido con todo lo relacionado con el modo de gobernar las grandes empresas

²⁷ Algunas de ellas como la instauración de controles internos para el cumplimiento normativo, creación de comités de auditoría o atender los requerimientos de información de los organismos reguladores, entre otras.

²⁸ *Vid.* MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...”, *op.cit.*, p. 6.

²⁹ Reglas de Gobierno Corporativo de 2003 introducidas por New York Stock Exchange (NYSE) y que fueron objeto de aprobación por la Securities and Exchange Commission (SEC).

³⁰ *Cfr.* Public Law 111–203—July 21, 2010 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, <https://fraser.stlouisfed.org/title/1031>. (Consultado: 23/05/2019).

³¹ *Vid.* CADBURY, Sir A., “The Financial Aspects of Corporate Governance”, Informe con código de buenas prácticas, *The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd.*, Londres, Diciembre 1992.

cuyas malas prácticas fueron el origen de desmedidos escándalos financieros tales como los casos MAXWELL en la década de los ochenta o BCCI destapado en 1991³².

Como señalaba OLIVENCIA³³ y ya pusimos de manifiesto en el primer apartado de este capítulo, el gobierno corporativo como tal era preexistente a este movimiento; lo que se pretende ahora es modificar las reglas de conducta con el propósito de mejorar el sistema existente, de ahí que lo que se recoja en el Informe Cadbury sean simples recomendaciones (de nuevo *soft law*) incluidas en el llamado *Code of best practice* (Código de la mejor práctica) y cuyo objetivo es conseguir la buena gobernanza, dando por sentado que la gobernanza existente hasta ese momento no resultaba suficiente ni conveniente.

El Informe Cadbury de 1992 fue elaborado por una Comisión de idéntico nombre. Como se ha adelantado, este informe define el gobierno corporativo como “*El sistema por el cual las empresas son dirigidas y controladas. Los consejos de administración son los responsables de la gestión de sus empresas. El papel de los accionistas en la gobernabilidad consiste en nombrar a los directores y auditores y cerciorarse de que existe una estructura de gobierno adecuada*”³⁴.

Poco después de la publicación del Informe Cadbury, un nuevo comité, presidido esta vez por Sir Richard Greenbury fue creado como "grupo de estudio" acerca de la remuneración de los ejecutivos y en julio de 1995 fue publicado bajo la oficiosa denominación de Informe Greenbury³⁵ que recomendaba algunos cambios adicionales a los principios preexistentes en el Código de Cadbury, entre ellos pueden mencionarse el hecho de que cada junta deba tener un comité de remuneración compuesto sin directores ejecutivos; que los consejeros debieran tener un salario relacionado con el desempeño a largo plazo, que debe ser revelado en las cuentas de la empresa y los contratos renovables cada año; o la adopción de medidas de rentabilidad que aúnan la evolución de la empresa con la rentabilidad.

³² Ian Robert Maxwell fue un polifacético empresario británico que centró su fortuna en el dominio de los medios editoriales y de comunicación de Reino Unido y para cuyo objetivo se presume que se valió de los mismos con el ánimo de autopromocionarse, sesgar información y dañar a posibles adversarios. El segundo caso hace referencia al acrónimo del Banco de Crédito y Comercio Internacional que en los inicios de la década de los 90 realizaron gestiones de más que dudosa legalidad para penetrar en más de 69 países y cuyo centro operativo se encontraba en la ciudad de Londres; dicho banco finalmente fue disuelto y objeto de múltiples acusaciones e investigaciones.

³³ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno corporativo como instrumento...”, *op.cit.*, p. 51.

³⁴ Cfr. “*The financial aspects of Corporate Governance*”, Introd., 2.5.1992.
<http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>. (Consultado: 01/03/2015).

³⁵ Cfr. “*Directors’ Remuneration. Report of a Study Group chaired by Sir Richard Greenbury*”, 17 July 1995, http://www.ecgi.org/codes/code.php?code_id=131. (Consultado: 14/10/2018).

Las recomendaciones de ambos informes fueron plasmadas y actualizadas posteriormente en el conocido *Combined Code* británico de 1998. Sin duda, lo más destacado a este respecto es que las sociedades destinatarias de dichas recomendaciones no tenían obligación de seguirlas, aunque sí de explicar el porqué de su “no cumplimiento”, esta facultad que se deja en manos de las propias sociedades representa lo que se conoce con el principio de cumplir o explicar (*comply or explain*)³⁶, principio que fue objeto de seguimiento por otros muchos países, y entre ellos, España. La cara opuesta a dicha alternatividad para todos aquellos supuestos en que las compañías no optaran por una opción u otra consistía en la posibilidad de enfrentarse a importantes multas o incluso exclusiones de los procesos de cotización, amenazas que poco a poco fueron haciendo replantarse a las compañías la opción de modificar sus conductas ajustándolas a algunos de estos patrones de tal modo que las recomendaciones a las que nos hemos referido fueron calando progresivamente dentro de la conciencia societaria británica.

2.3.1.2 Combined Code

El *Combined Code* o Código combinado constituye una segunda gran etapa en el desarrollo del fenómeno *corporate governance* en Europa, mediante la cual el conjunto de recomendaciones que los diferentes informes emitidos hasta la fecha fueron considerando necesarias resultaron plasmados en códigos de buen gobierno o buenas prácticas. La primera versión del *Combined Code*³⁷ tuvo fecha de enero de 1998 y fue producto de un tercer comité esta vez presidido por Sir Ronald Hampel (dando lugar al llamado Informe Hampel) y que sugería que todos los principios recogidos en Cadbury y Greenbury se consolidaran en un Código combinado. El código ha sido objeto posteriormente de varias reformas con ocasión de los diferentes informes que se continuaron elaborando por expertos en la materia, tales como el Informe Higgs en el año 2003 sobre la efectividad de los consejeros no-ejecutivos; el Informe Smith, también de 2003, sobre los comités de auditoría o el Informe Walker de 2009 sobre el gobierno corporativo de las instituciones financieras que incluía también

³⁶ Según OLIVENCIA, la traducción más acertada no es la de “cumplir o explicar” sino la de “seguir o explicar” porque no estamos ante mandatos normativos positivizados e incorporados al ordenamiento jurídico, sino que aún nos encontramos en el campo de las recomendaciones y, por tanto, su seguimiento permanece en el ámbito de la libre voluntad de los agentes afectados por las mismas.

³⁷ Cfr. “Committee on Corporate Governance. Final Report”, January 1998, <https://ecgi.global/code/hampel-report-final>. (Consultado: 14/10/2018).

recomendaciones para el resto de las empresas. La última versión fue emitida por el Consejo de Informes Financieros de Reino Unido durante el año 2010³⁸.

Como señalan PERDICES HUETOS y RIAÑO LÓPEZ “Desde el punto de vista sustantivo, lo cierto es que la mayoría de los instrumentos adoptados en los EE.UU. en el contexto de la ola de gobierno corporativo - [...], por ejemplo, al consejo supervisor y los consejeros independientes- fueron importados, en términos similares, aunque no idénticos, por el *Combined Code*. Sin embargo, el debate británico también generó alguna aportación original notable, como la recomendación que aconseja separar las funciones de Presidente (*Chairman*) y primer ejecutivo de las compañías.”³⁹

Mención especial merece, a propósito de esta compilación de recomendaciones, la incorporación a ellas del principio ya aludido de cumplir o explicar al ser lo más relevante que, desde el momento de su publicación, va a condicionar la actuación de la compañía. La finalidad de dicho principio no es otra que la de procurar favorecer la buena marcha de las diferentes sociedades en un marco de transparencia y de gestión honesta. Los principios y recomendaciones que el *Combined Code* incorpora no debían ser necesariamente válidos para todas las compañías; es más, unos resultados satisfactorios pueden llegar a alcanzarse por sendas diversas y no por ello dejar de ser actuaciones enmarcadas en un buen gobierno corporativo que, en este sentido, debe ser entendido como un sistema holístico, independientemente de las actuaciones concretas que enmarquen su realización.

Esta declarada flexibilidad sí que apremia a que, en cualquier caso, la toma de decisiones, sea esta cual sea, venga suficientemente justificada y llegado el momento de no seguir cierta recomendación se expongan nítidamente los motivos para dicha insumisión. Por descontado, se infiere que un código de buen gobierno como el que comentamos nació con una pretensión de generalidad y su contenido se ha convenido como favorable para la mayor parte de las sociedades, las cuales, en la medida de lo posible, deberían no distanciarse sin

³⁸ De igual fecha es el documento elaborado por el *Institute of Directors* británico (IoD) denominado *Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK* (Orientaciones y principios de gobierno corporativo para empresa no cotizadas en el Reino Unido), que, como su propio nombre define, se dirige exclusivamente a las empresas que se encuentren fuera del mercado bursátil.

<https://www.iod.com/Portals/0/PDFs/Campaigns%20and%20Reports/Corporate%20Governance/Governance%20code%20for%20unlisted%20companies.pdf?ver=2016-11-29-134715-607>

(Consultado: 13/04/2019).

³⁹ Vid. PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., “El gobierno corporativo...”, *op.cit.*, p. 3 *in fine*.

fundamento suficiente de dicho rumbo. Esta nueva técnica jurídica aplicable sobre el control societario aparece justificada en el *Combined Code* desde su mismo comienzo⁴⁰.

Sin embargo, no puede llegarse a la conclusión de que la aplicación de la técnica “cumplir o explicar” imponga o determine un cumplimiento diligente e irreflexivo de las recomendaciones apuntadas, hasta tal punto que las compañías pasen directamente a la acción sin siquiera valorar la repercusión de dicha adopción⁴¹, lo cual resultaría casi tan dañino para el gobierno societario como el alejarse de los cánones que comúnmente se consideran como más adecuados.

Resulta necesario, antes de pasar al análisis de otros modelos de gobierno corporativo, reseñar la importante repercusión que, en materia de incorporación a la legislación sustantiva o de derecho positivo sobre esta corriente, tuvo en el Reino Unido el proceso de revisión del Derecho de sociedades o *Company Law Review* que se vino produciendo desde el año 1999 en adelante⁴². De igual modo, el Informe Walker de Gobierno Corporativo de noviembre de 2009 conjuntamente con el documento titulado “*Effective corporate governance*” fruto de la Autoridad de Servicios Financieros británica (FSA) son destacables a este respecto.

Finalmente señalar que, con fecha de finales de 2018 vio la luz el denominado Código Wates⁴³ o Código de gobierno corporativo británico que como su nombre institucional indica se va a destinar a aquellas sociedades que siendo de grandes dimensiones no llegan a cotizar en el mercado de valores, pero si deben observar los principios ahí recogidos.

Se sustituye en este caso el principio de “cumplir o explicar” por el de “cumplir y explicar” pero solo respecto a seis principios básicos de buena conducta empresarial, para no convertir la adhesión o no a los principios de buena conducta en un simple trámite a cumplimentar y crear una conciencia de buen comportamiento empresarial (*Social enforcement*)⁴⁴.

⁴⁰ Cfr. “*The UK Corporate Governance Code*”, Financial Reporting Council, June 2010, pp. 4-5.

⁴¹ Un ejemplo claro de esta conducta irreflexiva es la que se conoce con el anglicismo de *box-ticking* consistente en la mera cumplimentación de formularios informativos mediante el simple tachado con cruces de las alternativas disponibles sin entrar en mayor detalle. Esta práctica fue puesta de manifiesto por KERSHAW, D., “*Corporate Law in context. Text and Materials*”, Oxford University Press, 2009, p. 238.

⁴² A consecuencia de este proceso, el Gobierno británico, continuó los trabajos que venían siendo realizados por el conocido como *Steering Group* y profundizó en la preparación de la reforma de la *company law*, a través de la publicación de un Libro Blanco (*The White Paper*).

⁴³ Cfr. “*The Wates Corporate Governance Principles for Large Private Companies*”, Financial Reporting Council (FRC), publicados el 10 de diciembre de 2018.

<https://www.frc.org.uk/getattachment/31dfb844-6d4b-4093-9bfe-19cee2c29cda/Wates-Corporate-Governance-Principles-for-LPC-Dec-2018.pdf> (Consultado: 22/05/2020).

⁴⁴ Vid. GARNACHO CABANILLAS, L., “Principios de gobierno corporativo para sociedades no cotizadas en el

2.3.2 Otros modelos europeos

Hasta el momento hemos venido conociendo aquellos modelos que, tanto por su cualidad de pioneros como por su importante impacto, han destacado en los países anglófonos y que, a consecuencia de ello, han propiciado una paulatina corriente de atención en torno a la cuestión del gobierno corporativo que se ha ido contagiando al resto de países del continente europeo en diferente grado.

Podemos afirmar con rotundidad que las distintas estrategias desarrolladas por todos estos países, salvando las distancias, vienen a recoger el mismo patrón analizado hasta el momento, a saber: la salida a la luz de ciertos escándalos de tipo económico⁴⁵ producen la suficiente alarma social que obliga a los gobiernos a incluir en su agenda ciertas medidas dirigidas a controlar el gobierno de las sociedades (especialmente de las cotizadas) y a generalizar un buen número de recomendaciones y regulaciones sobre buenas prácticas de gestión empresarial. Finalmente es también habitual, particularmente a partir de la década de los noventa, toparnos con la compilación de las referidas prácticas o recomendaciones en formato de códigos de conducta o de buenas prácticas⁴⁶.

Tomando a Francia como primer referente en este breve repaso a las iniciativas de gobierno corporativo llevadas a cabo por distintos países europeos, comprobamos como su andadura se inicia allá por mediados de los años 90 a través del denominado Informe Vienot (I) (en honor de su Presidente M. Marc Vienot) de 1995, posteriormente ampliado por el también denominado Informe Vienot (II) de 1999⁴⁷. Estos dos informes, junto con iniciativas como el Informe sobre Gobierno corporativo de 2003 o las Recomendaciones sobre el Gobierno de la Empresa de 2008⁴⁸, muestran una imagen sobre la política de gestión empresarial que el estado francés pretende llevar a cabo, presentando grandes similitudes con el sistema español como posteriormente podremos comprobar. Así, la inclinación por el uso de recomendaciones en lugar de normas imperativas y, por ello, de obligado cumplimiento y el establecimiento de los deberes de información anual en documentos normalizados

ordenamiento jurídico británico”, *Legal Today*, Blog Affectio Societatis, junio 2018, pp. 1-3.

⁴⁵ Podemos mencionar como uno de los más representativos en Europa el conocido como “*Caso Parmalat*” que estalló en Italia en el año 2003.

⁴⁶ A esta labor ha contribuido considerablemente el Instituto Europeo de Gobierno Corporativo (ECGI), desde cuyo portal web puede accederse a un gran número de estas recopilaciones de buenas prácticas y códigos de conducta tanto a nivel europeo como internacional.

<https://ecgi.global/content/codes>. (Consultado: 15/10/2018).

⁴⁷ Cfr. <https://www.cnmv.es/Portal/Legislacion/COBG/COBGFrancia.aspx>. (Consultado: 17/10/2018).

⁴⁸ Vid. FERRUZ, L. *et al.*, “Códigos de Buen Gobierno: Un análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español”, *Revista Aposta*, Nº 46, julio, agosto y septiembre 2010, p. 6.

<http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/sanjuan2.pdf>. (Consultado 12/08/2017).

establecen un explícito carácter de voluntariedad y justificación del sistema que es análogo al comentado principio de cumplir o explicar más propio de otros países con una tradición jurídica de naturaleza menos férrea.

En el caso de Bélgica, su regulación del gobierno corporativo abarca desde las primeras recomendaciones sobre gobierno corporativo del año 1998 hasta la propuesta de proyecto de actualización del Código Belga de Gobierno Corporativo de 2009 aún no aprobada, pasando por los llamados Código Cardon (1998), Código Lippens (2004) y Código Buysse I, II y III sobre Gobierno Corporativo para empresas no cotizadas⁴⁹, en sus versiones de 2005, 2009 y 2017 respectivamente⁵⁰. Resulta interesante la definición que sobre el gobierno corporativo hacía la versión del Código Belga de Gobierno Corporativo de 2004 (Código Lippens) cuando señalaba que “*El gobierno corporativo es un conjunto de reglas y conductas en virtud de las cuales se ejerce la administración y el control de las empresas. Un buen modelo de gobierno corporativo alcanzará su cometido si establece el equilibrio adecuado entre la capacidad empresarial y el control, así como entre el desempeño y el cumplimiento*”.

Como puede advertirse, también en este caso nos encontramos con el mismo planteamiento anterior consistente en aportar un conjunto de recomendaciones no obligatorias pero que se estiman aconsejables, así como la exigencia de publicar las razones que supongan una desviación en el seguimiento de dichos patrones por parte de las sociedades y que deberán reflejarse en documentos elaborados al efecto con una periodicidad anual.

Otro ejemplo a nivel europeo que ha desarrollado una importante labor en esta materia sería el caso de Alemania, que ha demostrado una incesante actividad reguladora desde finales de los 90 hasta la actualidad, lo que se ha visto traducido en una variada recopilación de disposiciones fundamentales entre las que podemos mencionar el Código Alemán de Gobierno Corporativo o *Deutscher Corporate Governance Kodex* (DCGK) de 2000, el Informe Baums de 2001⁵¹ o el Código de Gobierno Corporativo Alemán de 2002 y 2003

⁴⁹ Autoproclamado en su Prefacio como el primer Código en el mundo dirigido únicamente a las sociedades no cotizadas, el primero de ellos fue presentado el 21 de septiembre de 2005 bajo la presidencia del barón Paul Buysse. Analizando la última versión de 2017, *vid.* GARNACHO CABANILLAS, L., “El gobierno corporativo de las sociedades cotizadas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154/2019, parte Artículos, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019, pp. 10-13.

⁵⁰ *Vid.* FERRUZ, L. *et al.*, “Códigos de Buen Gobierno: Un análisis...”, *op.cit.*, p. 8.

<http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/sanjuan2.pdf>. (Consultado 12/08/2017).

De igual modo, puede confrontarse en <https://ecgi.global/content/codes>. (Consultado: 17/10/2018).

⁵¹ Informe que abrió la puerta, para el caso alemán, a la intervención legislativa en materia de gobierno corporativo, conjugando la hasta entonces autorregulación con la aplicación de normas de carácter imperativo y recomendaciones varias

(Códigos Cromme) y sus distintas enmiendas graduales hasta su versión actual de 7 de febrero de 2017⁵². Es una constante es todos estos códigos que estén dirigidos principalmente a las sociedades que coticen en bolsa, aunque inmediatamente recomienda a continuación su seguimiento a aquellas otras que no lo hacen⁵³.

Destaca en la gestión societaria alemana su técnica de administración dual establecida por ley, de manera que existirá, por un lado, una Junta Directiva cuyos miembros dirigen la empresa bajo responsabilidad propia y con responsabilidad colectiva, y, de otra parte, un Consejo de Vigilancia elegido por la Junta General de Accionistas que se encarga de nombrar, controlar y asesorar a la Junta Directiva. Este sistema dual, así como el sistema de gestión a través de un órgano único (Consejo de Administración) no son tan distantes, pues como señalan los propios códigos alemanes, existe una estrecha cooperación entre la Junta Directiva y el Consejo de Vigilancia.

De estos códigos a los que hacemos referencia destacaremos, tal y como se apunta más arriba, el hecho de que su estructuración se basa en “recomendaciones” que no tienen por qué ser seguidas por las compañías, obligándose de esta manera a declarar anualmente esta circunstancia y contribuyendo a que, en función de las necesidades específicas de la empresa, ésta pueda autorregularse de una manera flexible. Asimismo, recogen los códigos unas “sugerencias” de las cuales se puede divergir sin necesidad de declararlo expresamente, para ellos los textos utilizan expresiones tales como “debería” o “puede”. Un tercer bloque de disposiciones, hacen alusión a preceptos legales vigentes de obligado cumplimiento para las sociedades. De igual modo, es destacable que el sistema de rendición de cuentas establecido para las compañías alemanas se basa en el principio de “*true-and-fair-view*” (imagen fiel) transmitiendo una imagen real de la situación patrimonial, financiera y de la rentabilidad de la empresa⁵⁴.

⁵² Cfr. “Código Alemán de Gobierno Corporativo”, versión redactada de 7 de febrero de 2017. <https://ecgi.global/content/codes>. (Consultado: 17/10/2018).

⁵³ Este es el caso igualmente del Código austríaco de Gobierno Corporativo (*Österreichischer Corporate Governance Kodex*) cuya última versión data de enero de 2018. <https://ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/corporate-governance-code-012018.pdf>. (Consultado: 13/04/2019).

⁵⁴ Cfr. “Código Alemán de Gobierno Corporativo”, versión redactada de 2 de junio de 2005, “*Convenience translation*”, Preámbulo, p. 2. http://www.ecgi.org/codes/documents/code_200506_es.pdf. (Consultado: 13/09/2017).

Puede finalizarse nuestro camino entre alguno de los modelos de gobierno corporativo a nivel europeo⁵⁵ haciendo una breve alusión a dos sistemas alternativos; el primero de ellos es el constituido por el sistema holandés, donde es posible partir del Informe y Recomendaciones *Peters* sobre Gobierno Corporativo de Holanda de 1997 que contiene cuarenta recomendaciones o provisiones que la compañía puede asumir o no, incorporando al Informe Anual tanto su aplicación como su no adopción, lo que viene siendo una expresión más del ya conocido principio de “cumplir o explicar”. Este proceder es recogido de igual modo por el *Dutch corporate governance code* (Código Holandés de Gobierno Corporativo) que vio la luz en el año 2008⁵⁶.

En segundo lugar, no podemos dejar de mencionar otro de los modelos de gobierno corporativo perteneciente, junto con el estado español, al espacio geográfico de Europa más orientado hacia el sur; hablamos de Italia y su Informe Preite de 1996 junto con el Código de Buen Gobierno italiano de 1999, conocido coloquialmente como Código Preda⁵⁷, que fue objeto de sendas revisiones en julio de 2002 y marzo de 2006 y que ponía el foco de su interés, entre otras cuestiones, en la potenciación de procesos de evaluación de resultados mediante criterios objetivos⁵⁸. Más tarde, en 2017 se publicó el Código de buen gobierno italiano (aplicable desde comienzos de 2018) dedicado exclusivamente a las denominadas empresas familiares con una cierta dimensión a nivel cuantitativo como mecanismo de autodisciplina⁵⁹.

2.3.3 Directrices de ámbito comunitario

Una vez tratados algunos de los modelos más destacados de nuestro entorno europeo, resulta fundamental hacer a renglón seguido una consideración sobre las aportaciones que -en un contexto de integración europea suficientemente avanzado⁶⁰, puedan venir de aquellos

⁵⁵ Además de los modelos que se analizan en el cuerpo del texto es posible reseñar por su similitud práctica y por los análogos resultados obtenidos en su aplicación tanto el Código de la Cámara de Comercio de Finlandia (1995) como las Recomendaciones de la Asociación Sueca de Accionistas (1990).

⁵⁶ Vid. FERRUZ, L. *et al.*, “Códigos de Buen Gobierno: Un análisis comparativo...”, *op.cit.*, p. 7.

⁵⁷ Cfr. *Committee for the Corporate Governance of Listed Companies*, 1999, *Report and Code of Conduct (Preda Report)*.

⁵⁸ Cfr. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, “Orientación sobre buenas prácticas para la presentación de información sobre la gobernanza de las empresas”, TD/B/COM.2/ISAR/30, 20 de septiembre de 2005, p. 15.

⁵⁹ Vid. GARNACHO CABANILLAS, L., “El gobierno corporativo de las sociedades...”, *op.cit.*, pp. 13-15.

⁶⁰ Se puede afirmar que la Unión Europea es, hoy día, uno de los ejemplos más notorios de organización internacional en el ámbito europeo que permiten la integración y gobernanza común de los Estados y pueblos de Europa, si bien, existen actualmente ciertos conflictos que tienen su origen en el referéndum del 23 de junio de 2016 celebrado en el Reino Unido donde se recogió un resultado favorable a la salida de la UE por parte de dicho Estado miembro y que ha abierto un proceso político de gran complejidad conocido coloquialmente como BREXIT.

organismos internacionales (de ámbito europeo) e instituciones que ostentan atribuciones en materia de control y gobierno societario.

Procede señalar primeramente la existencia de una serie de principios y recomendaciones publicadas en el año 2000 por la EASD⁶¹ y que, por su propia naturaleza de recomendación, eran de aplicación voluntaria para las empresas destinatarias señalando la necesidad de incorporar justificaciones adecuadas en los casos de proseguir una senda que en buena medida se apartase de los mencionados principios. De nuevo esto no es sino una muestra más del profuso principio del *comply or explain*, tan generalizado en los textos analizados con anterioridad, como puede colegirse fácilmente.

En el nivel institucional se puede iniciar este recorrido cronológico por el encargo que la Comisión Europea⁶² hizo a un Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades creado por la misma Comisión en septiembre de 2001 y cuya misión estribó en formular recomendaciones acerca de un marco regulador moderno para el Derecho de sociedades dentro de la Unión Europea (UE), cometido que fue ampliado tras la reunión del Consejo sobre Asuntos Económicos y Financieros (ECOFIN) celebrada en Oviedo en abril de 2002 extendiendo el referido encargo a una serie de cuestiones relacionadas con el gobierno corporativo.

Fruto de ello fue el conocido como “Informe Winter” (en honor del presidente de la comisión de expertos creada por la Comisión Europea en septiembre de 2001, el holandés Jaap Winter), que representa un informe final compuesto de conclusiones y sesenta recomendaciones dirigidas tanto a la Comisión como al público en su conjunto con la finalidad de armonizar el derecho de sociedades en la Unión Europea y que deberán ser tenidas en cuenta por esta última para elaborar un Plan de Acción de Derecho de Sociedades. Este informe fue publicado el 4 de noviembre de 2002⁶³.

Este Informe Winter, o como originalmente se denomina “*Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*” contiene, como se ha podido apreciar en varios otros supuestos, diferentes

⁶¹ Asociación Europea de Corredores de Valores.

⁶² Institución de la Unión Europea cuya misión principal consiste en velar por los intereses generales de la UE proponiendo y comprobando que se cumpla la legislación y aplicando las políticas y el presupuesto de la UE.

⁶³ Revítese “Resumen de las observaciones y recomendaciones del grupo de alto nivel de expertos en Derecho de sociedades. Informe Winter”. Introducción y temas generales.

[http://www.icjce.es/images/pdfs/TECNICA/B1%20-%20Comisi%C3%83%C2%B3n%20Europea/B.1.21%20-%20CE%20-%20DSyGC%20-%20Moderniz%20legis/Informe%20Winter%20\(Trad%20ICAC\)%20-%2004112002.PDF](http://www.icjce.es/images/pdfs/TECNICA/B1%20-%20Comisi%C3%83%C2%B3n%20Europea/B.1.21%20-%20CE%20-%20DSyGC%20-%20Moderniz%20legis/Informe%20Winter%20(Trad%20ICAC)%20-%2004112002.PDF).

(Consultado: 14/09/2017).

sugerencias y recomendaciones sobre gobierno corporativo que se hayan revestidas de ese halo de voluntariedad que ya nos resulta familiar y que perseguían instituir un derecho europeo de sociedades que promoviera el establecimiento de mecanismos de control interno de las compañías como requisito previo a la promulgación de un Código Europeo de Gobierno Corporativo⁶⁴.

Como en otros casos, la base de su aplicación es el postulado de cumplir o explicar donde se solicita a las compañías que en su Informe anual de Gobierno Corporativo (IAGC) muestren su grado de seguimiento de las normativas o Códigos de Buen Gobierno nacionales e internacionales que les resulten aplicables, justificando aquellas acciones que lleven a cabo cuando se aparten de dichos criterios⁶⁵.

El informe pone de manifiesto la asimetría existente entre las obligaciones de información que los Estados miembros exigen a las sociedades respecto de datos cuantitativos y de participaciones en contraposición a la laxitud respecto a la publicidad y difusión de la información sobre las reglas y prácticas de gobierno corporativo aplicadas en dicha sociedad y puestas de manifiesto en su IAGC, informe que según los miembros de la comisión de expertos, deberá ser elaborado por el Consejo de Administración en consonancia con lo exigido por una directiva comunitaria cuya regulación detallada, como corresponde a su naturaleza jurídica de derecho derivado, corresponderá a los diferentes Estados miembros y que deberá contener entre otras cuestiones, la necesaria información sobre el funcionamiento de la junta, el consejo y las demás comisiones delegadas, la estructura accionarial o las relaciones de cualquier tipo existentes entre los accionistas de control, los consejeros y la sociedad, sus filiales y las operaciones con estas personas⁶⁶.

En el año 2003, de nuevo la Comisión Europea dio un decidido impulso a la implantación comunitaria del gobierno corporativo mediante la publicación de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo denominada

⁶⁴ Vid. CHIVITE, S. y RODRÍGUEZ MONROY, C., “Análisis de los diez años de gobierno corporativo en España y cumplimiento del Código Unificado o Código Conthe”, *II International Conference on Industrial Engineering and Industrial Management*, XII Congreso de Ingeniería de Organización, Burgos, septiembre 2008, p. 118.

⁶⁵ Vid. FERRUZ, L. *et al.*, “Códigos de Buen Gobierno: Un análisis comparativo...”, *op.cit.*, p. 19.

⁶⁶ Vid. AZOFRA VEGAS, F., “El Informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, N° 4/2003, pp. 33-34.

“Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un plan para avanzar”⁶⁷.

Continuando en el campo de las recomendaciones se pueden mencionar la realizada por la citada Comisión Europea el 14 de diciembre de 2004 *“relativa a la promoción de un régimen adecuado de remuneración de los consejeros de las empresas con cotización en bolsa”⁶⁸* donde se establece la postura comunitaria relativa a la necesidad de que las compañías cotizadas realicen una declaración transparente (en página web, informe anual, cuentas anuales) sobre su política concreta de retribuciones de los consejeros.

Destaca asimismo la Recomendación del día 15 de febrero de 2005 *“relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa”⁶⁹*, donde se recogen de nuevo y se pone en valor la necesidad de que los Estados miembros incorporen, bien en códigos de mejores prácticas bien en disposiciones normativas el principio de “cumplir o explicar” a través del cual exigirán a las empresas que expliquen sus prácticas en relación con una serie definida de recomendaciones sobre mejores prácticas.

De la misma manera, dedica esta última disposición gran parte de sus apartados a la figura del administrador no ejecutivo o supervisor ocupando en la empresa el papel de representante independiente de los consejos de administración. Lo que se persigue con este integrante es alcanzar una supervisión eficaz y suficientemente independiente, y ello es válido tanto para aquellas compañías cuya propiedad se encuentre dispersa entre un gran número de accionistas como para aquellas empresas dominadas por accionistas mayoritarios donde sea necesario proteger los intereses de los minoritarios. La recomendación, en cierta manera, define la naturaleza jurídica de estos supervisores y enfoca su actuación sobre tres cuestiones esenciales: nombramiento de consejeros, retribuciones (de éstos) y auditoría; para lo cual recomienda, dado su papel efectivo en estas áreas consideradas clave, la creación de comités de nombramientos, retribuciones y auditoría, respectivamente, y la garantía de gozar de la suficiente flexibilidad y capacidad para que sus funciones no se vean cercenadas por los consejeros ejecutivos o gerentes sociales en los distintos casos.

⁶⁷ Cfr. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: *Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea - Un plan para avanzar*, Bruselas, 21.5.2003 COM (2003) 284 final.

⁶⁸ Cfr. Recomendación de la Comisión de 14 de diciembre de 2004, DOUE 29.12.2004, ES, (2004/913/EC), pp. L 385/55- L 385-59.

⁶⁹ Cfr. Recomendación de la Comisión de 15 de febrero de 2005, DOUE, 25.2.2005, ES, (2005/162/EC), pp. L 52/51-L 52-63.

Destacable es asimismo la Recomendación de 30 de abril de 2009, de la Comisión Europea, sobre el sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa, que proponía la actualización de los códigos de gobierno corporativo de los países miembros⁷⁰.

Las recomendaciones recién aludidas conforman la antesala de las primeras disposiciones comunitarias que, con eficacia normativa en cuanto a los objetivos a cumplir, fueron configurando un ordenamiento sobre gobierno corporativo a nivel europeo. Hablamos de las Directivas, fuente de derecho derivado europeo que como es sabido poseen una eficacia de carácter indirecto ante la necesidad de ser acomodada por cada Estado miembro en su ordenamiento jurídico.

Entre ellas pueden destacarse la Directiva 2003/6/CE⁷¹, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado); la Directiva 2006/43/CE⁷², relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas y que fue incorporada al Derecho español por la Ley 12/2010, de 30 de junio; de igual modo la Directiva 2006/46/CE⁷³, que modifica precedentes directivas relativas a la información contable de sociedades de diverso espectro introduciendo por vez primera en el ámbito comunitario la alternativa de “cumplir o explicar” a la hora de formar los informes anuales de gobierno corporativo; y también la Directiva 2007/36/CE⁷⁴ sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas conocida precisamente como la “Directiva de Derechos de los Accionistas” y que tuvo por objeto consolidar los derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas, en especial a través de la ampliación de las normas sobre transparencia, sobre los derechos de voto mediante representación, la posibilidad de

⁷⁰ Cfr. Recomendación de la Comisión de 30 de abril de 2009, DOUE 15.5.2009, ES, (2009/385/CE), pp. L 120/28- L 120-31.

⁷¹ Cfr. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, DOUE, 12.4.2003, ES, (2003/6/CE), pp. L 96/16-L 96/25.

⁷² Cfr. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, DOUE, 9.6.2006, ES, (2006/43/CE), pp. L 157/87-L 157/107.

⁷³ Cfr. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006, DOUE, 16.8.2006, ES, (2006/46/CE), pp. L 224/1-L 224-7.

⁷⁴ Cfr. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, DOUE, 14.7.2007, ES, (2007/36/CE), pp. L 184/17-L 184-24, fruto de la ejecución del “*Plan de Acción Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar*”, anunciado por la Comisión en su Comunicación de 21 de mayo de 2003.

participar en juntas generales por medios electrónicos y asimismo el ejercicio transfronterizo de los derechos de voto⁷⁵.

Digno de mención resulta asimismo un texto elaborado en este caso por la Confederación Europea de Asociaciones de Consejeros (EcoDa) en marzo de 2010 que se destina específicamente a las sociedades no cotizadas y que se denominó como “*Orientaciones y principios de gobierno corporativo para empresas no cotizadas en Europa*” donde se pone en valor la importancia de aplicar las recomendaciones de gobierno corporativo también a este tipo de compañías con independencia de su tamaño o capital⁷⁶. Nació con el ánimo de servir de modelo para la elaboración de códigos nacionales de buen gobierno para sociedades no cotizadas⁷⁷.

Cronológicamente a continuación, descuella un texto recopilatorio referido al *status quaestionis* de todo lo que tiene que ver con el gobierno corporativo y la responsabilidad social de las empresas a nivel europeo; hablamos en este caso del Libro Verde sobre la normativa de gobierno corporativo de la UE⁷⁸, en el cual, aparte de incluirse un Anexo (2º) con la lista de medidas de la UE en el ámbito del gobierno corporativo tomadas hasta ese momento, algunas ya analizadas y al cual nos remitimos, dedica su parte principal a tres cuestiones fundamentales para lograr un buen gobierno corporativo, y para ello relaciona los siguientes extremos: a) necesidad de un consejo de administración con capacidad de actuación y eficaz para hacer frente a la gestión ejecutiva; b) la necesidad de promover que un mayor número de accionistas participen de forma más activa en los asuntos de gobierno corporativo y c) cómo aplicar el principio de “cumplir o explicar” para que la calidad de la información facilitada por las empresas sea suficientemente satisfactoria.

Trasunto de esta actividad comunitaria y de relevancia para nuestro interés es, asimismo, la Recomendación de 9 de abril de 2014 “*sobre la calidad de la información*

⁷⁵ Otras tantas Directivas, éstas referidas al Derecho del Mercado de Valores y que deben ser mencionadas son: Directiva 2008/23/CE; Directiva 2008/22/CE; Directiva 2008/20/CE; Directiva 2008/11/CE y la Directiva 2008/10/CE.

⁷⁶ Cfr. *Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe* (EcoDa), Bruselas, 2010, http://ecoda.org/uploads/media/GUIDANCE_-_2010_CG_for_Unlisted_-_EU.pdf (Consultado: 16/04/2019).

⁷⁷ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en...”, *op.cit.*, p. 101.

⁷⁸ Cfr. Libro Verde “*La normativa de gobierno corporativo de la UE*”, COM (2011) 164 final, Bruselas, 5.4.2011, pp. 1-28. Este Libro Verde tuvo sus antecedentes inmediatos en los documentos elaborados por la Comisión Europea en 2010 denominados “*Libro verde sobre el gobierno corporativo en las entidades financieras y las políticas de remuneración*” y “*Libro Verde Política de Auditoría: lecciones de la crisis*”, como respuesta a la enorme crisis financiera acaecida a finales de 2007 la cual consiguió cuestionar los pilares del gobierno corporativo existente en la época; vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en...”, *op.cit.*, Capítulo “La experiencia comparada de gobierno corporativo en sociedad no cotizada”, ZABALETA DÍAZ, M., pp. 85-87.

presentada en relación con la gobernanza empresarial (cumplir o explicar)”⁷⁹, de cuyas secciones se puede inferir el interés de las instituciones europeas por reforzar el sistema de justificación empresarial respecto a los diferentes códigos de gobierno corporativo nacionales y detalla la calidad que deben reunir esas declaraciones sobre gobernanza empresarial y de las explicaciones en caso de no aplicación de un código, pidiendo de igual modo a los estados una adecuada distinción sobre normas de carácter facultativo, normas sometidas al principio de cumplir o explicar y normas imperativas. En definitiva, esta recomendación viene a ser una concreción, una más, del principio *comply or explain*.

Entre la normativa comunitaria promulgada más recientemente en relación con esta materia van a ser las Directivas 2014/95/UE⁸⁰ que modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de la información no financiera y la información sobre diversidad y la Directiva (UE) 2017/828⁸¹ que modifica la antes mencionada de 2007 y que establece unos condicionantes dirigidos a la consecución de una serie de metas que la Comisión había considerado de relevancia tras el análisis del estado de las compañías conforme a la disposición que actualiza. Entre esas metas a alcanzar podrían destacarse: la mejora de la supervisión y de la transparencia de las transacciones entre partes vinculadas; el refuerzo del control y la transparencia en el sistema remunerativo de los administradores; simplificación en la identificación de los accionistas, sus vías de información y sus derechos y finalmente un incremento de la transparencia de los inversores institucionales, gestores de activos y los asesores de voto (los conocidos como *proxy advisors*)⁸².

3. APORTACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

Más allá de constatar la existencia de multitud de códigos de gobierno corporativo que han ido elaborándose en las últimas décadas en países de todo lugar y condición⁸³,

⁷⁹ Cfr. Recomendación de la Comisión de 9 de abril de 2014, DOUE 12.4.2014, ES, (2014/208/UE), pp. L 109/43- L 109-47.

⁸⁰ Cfr. Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014, DOUE, 15.11.2014, ES (UE).

⁸¹ Cfr. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, DOUE, 20.5.2017, ES, (UE) 2017/828, pp. L 132/1-L 132-25, consecuencia del nuevo “*Plan de Acción de 2012. Derecho de sociedades y gobierno corporativo – un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas*”.

⁸² Así se advierte en “*Comentario Gobierno Corporativo. Modificación de la Directiva sobre los Derechos de los Accionistas*”, GARRIGUES, 1-2017, 22/05/2017, pp. 1-6.

<http://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/comentario-gobierno-corporativo-1-2017.pdf>.

(Consultado: 21/09/2017). Analizando más profusamente ambas Directivas, GARCÍA MANDALONIZ, M., “Hacia un gobierno corporativo sostenible con implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero a largo plazo y con divulgación de la información no financiera”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 54/2018, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.

⁸³ Como el “*Code of best practice*” de China de 1999; el “*The Russian Code of Corporate Conduct*” de Rusia en el 2002 o el “*Panorama de Governança Corporativa no Brasil*” de Brasil en 1999.

dedicaremos este apartado a ofrecer la visión que, sobre este gobierno corporativo, contemplan algunos organismos que presentan una configuración y estructura cuyo ámbito de aplicación es propiamente internacional.

Para ello, puede resultar conveniente comenzar por la denominada Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁸⁴, que, como ocurre en otros casos, ha ido desarrollando y evolucionando su propia concepción acerca de lo que pueda ser y de la utilidad que pueda prestar el concepto de *corporate governance*. En un primer momento, y como fruto de la solicitud realizada por el propio Consejo de la OCDE en 1998 sobre la necesidad de desarrollar un conjunto de normas y directrices en materia de gobierno corporativo en el que intervendrían de manera conjunta tanto los Gobiernos nacionales, organizaciones interesadas, como el propio sector privado, nacieron, tras su aprobación en 1999, la primera versión de los “*Principios de Gobierno Corporativo*” por parte de este organismo, que fueron la base de diferentes iniciativas en el sector del gobierno corporativo fruto de los países que conformaban su estructura e incluso por parte de algunos países no-miembros. Esta versión, como puede deducirse de su propio nombre, se configuró como una serie de declaraciones no vinculantes en forma de principios que recogían los diferentes puntos en común del gobierno corporativo en sus países miembros.

Una nueva reunión del consejo de la OCDE en 2002⁸⁵, convino la necesidad de revisar dichos principios para adaptarlos a las nuevas circunstancias y a los problemas del momento. Como resultado de esta labor se publicaron los conocidos “*Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*” del año 2004⁸⁶. Estos principios, tal y como solemnemente reza su preámbulo, no tratan “*de sustituir a las iniciativas gubernamentales, semigubernamentales o del sector privado destinadas a desarrollar una lista más detallada de buenas prácticas en el ámbito del gobierno corporativo*”, sino que su finalidad se centra en la ayuda a los distintos Gobiernos para evaluar y perfeccionar los marcos legales, reglamentarios e institucionales aplicables al gobierno corporativo en cada uno de los territorios nacionales (sin distinguir entre su pertenencia o no a dicha organización). A renglón seguido dedica varios de sus

⁸⁴ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es una organización internacional de carácter intergubernamental que agrupa actualmente a 36 países miembros y su misión principal consiste en promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

⁸⁵ Esta reunión estuvo precedida de la realización de una importante labor de estudio sobre la evolución de los principios en los países de la OCDE y de los progresos realizados en el ámbito del gobierno corporativo. Esta tarea le fue encomendada al Grupo Directivo sobre Gobierno Corporativo de la OCDE, compuesto por representantes de los países de la OCDE.

⁸⁶ Vid. “*Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*”, 2004.

<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>. (Consultado: 01/10/2017).

párrafos a resaltar las bondades de un buen gobierno corporativo y su estrecha relación con la actividad económica y financiera, por un lado, y de transparencia y eficacia en su relación con los distintos órganos societarios y sus diferentes actores, por otro.

En relación con su estructuración propiamente dicha, los principios de 2004 fueron distribuidos en dos grandes bloques, el primero destinado a la enunciación de los referidos principios y la segunda a realizar una serie de comentarios sobre los mismos que ayudaran a entender mejor su origen y evolución. Los seis apartados que fueron tratados en ambas partes en la forma antedicha versaban sucesivamente sobre: garantizar la base de un marco eficaz para el Gobierno Corporativo; los derechos de los accionistas y funciones clave en el ámbito de la propiedad; tratamiento equitativo de los accionistas; el papel de las partes interesadas en el Gobierno Corporativo; revelación de datos y transparencia y, finalmente, las responsabilidades del Consejo.

La última versión de estos principios data de 2016 y se han denominado “*Principios de Gobierno Corporativo del G20 y de la OCDE*”⁸⁷ como segunda revisión de los principios de 2004.

Respecto a las empresas públicas, la OCDE publicó en 2005 las llamadas “*Directrices sobre gobierno corporativo de la empresa pública*”⁸⁸ que, como señala la última actualización de 2015 en su Preámbulo, constituyen unas recomendaciones para los Estados sobre cómo garantizar que las empresas públicas operan con eficiencia y transparencia, de modo que se les puedan exigir responsabilidades. Las mismas se elaboraron para servir como complemento de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE. Los puntos fundamentales que se tratan en dichas directrices hacen referencia a cuestiones tales como: el establecimiento de un marco legal que regule de forma clara la actuación de la empresa pública en el mercado sin distorsiones; la definición de políticas estratégicas por la Administración propietaria; la transparencia informativa o el otorgamiento del poder necesario a los consejos de administración para gestionar la empresa con independencia de las políticas gubernamentales.

La OCDE también dirigió su visión a la particular situación en la que se encontraban las sociedades que no participaban en el juego de los mercados regulados o bien situadas en países en los que dichos mercados se encontraban en proceso de consolidación y desarrollo. Para ellas iba dirigido el documento denominado “*Gobierno Corporativo en compañías no*

⁸⁷ Cfr. OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, *Éditions OCDE*, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es> (Consultado: 16/09/2019).

⁸⁸ Cfr. “*OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*”, 2005. <http://www.oecd.org/daf/ca/oecd-guidelines-corporate-governance-soes-2005.htm> (Consultado: 03/06/2019).

cotizadas en mercados emergentes”⁸⁹ publicado en 2006 y fruto del Primer Encuentro de Expertos en Gobierno Corporativo de Sociedades no Cotizadas celebrado en Estambul en abril de 2005.

Coetáneas a los estudios previos aludidos y al nacimiento de estos principios fueron las reuniones llevadas a cabo por la Junta Rectora de la OCDE desde el año 2002 donde solicitó del denominado Grupo de Trabajo sobre Privatización y Gobierno Corporativo de Activos Públicos, el desarrollo de otro texto que para nuestro particular propósito fue de gran relevancia, en la medida en que se instaba a elaborar un conjunto de directrices y buenas prácticas no vinculantes sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas. Este texto, designado concretamente como “*Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*”⁹⁰, fue hecho público en el año 2011 y tienen la declarada voluntad de complementar los principios de 2004 y ser el asesoramiento general al que puedan acudir los diferentes Estados (de nuevo sin restricciones en su objeto) y gobiernos para mejorar los resultados de sus empresas públicas, resaltando la importante labor de estos entes en un funcionamiento óptimo y eficiente de la economía nacional en un marco de mercados competitivos.

Al igual que en los principios de 2004, las directrices de 2011 se dividieron en dos partes en la que la primera se destina a presentar las mencionadas directrices y la segunda es un aditamento de la anterior en forma de notas y comentarios que buscan ayudar a comprender su lógica, las tendencias predominantes y los métodos alternativos. Las Directrices propiamente dichas abarcan, en esta ocasión, las siguientes áreas: garantizar un marco jurídico y regulatorio efectivo para empresas públicas; la actuación del Estado como propietario; tratamiento equitativo de los accionistas; las relaciones con partes interesadas; transparencia y divulgación y, finalmente, las responsabilidades de los directorios⁹¹ de las empresas públicas.

⁸⁹ Cfr. “*Corporate Governance of Non-Listed Companies in Emerging Markets*”, OCDE, 2006.

<https://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/37190767.pdf> (Consultado: 16/04/2019).

⁹⁰ Cfr. “*Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*”, 2011,

<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf> (Consultado: 02/10/2017).

⁹¹ Como aclara el propio texto: “*el término Directorio pretende abarcar los distintos modelos nacionales de estructura de este órgano director y se ha elegido por ser el empleado mayoritariamente en estos casos, sin perjuicio de la utilización en ciertos países de la expresión Consejo de Administración*”, p. 12.

Pasando ya a hablar de otros organismos, hay que mencionar el carácter internacional que igualmente ostenta la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO)⁹², la cual publicó, en el año 2002, una serie de informes y declaraciones que, si bien solo tienen como destinatarios a las sociedades cotizadas, destacan en los mismos la importancia de la transparencia en la información como herramienta para la toma de decisiones, incluyendo, como es tradicional en esta etapa, el principio ambivalente de cumplir o explicar⁹³.

De enorme importancia en el ámbito territorial latinoamericano resulta el “*Código Andino de Gobierno Corporativo*” elaborado por la Corporación Andina de Fomento (CAF) y publicado en abril de 2005 que se inspiraba en los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y cuya actualización más reciente se encuentra representada por el documento denominado “*Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo*”⁹⁴ que ha servido de base para la expedición de numerosos códigos nacionales de gobierno corporativo de aquellos países que se encuentran incorporados a la Comunidad Andina.

Podemos finalizar este apartado dedicado a las aportaciones de carácter internacional mencionando el documento editado por la Organización Internacional de Naciones Unidas (ONU)⁹⁵ en 2006 con ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y que fue denominado “*Orientación sobre buenas prácticas para la presentación de información sobre la gobernanza de las empresas*”⁹⁶, donde en primer lugar, se afirma la amplia convergencia de opiniones que existe a nivel mundial sobre la utilización de la información como medio para mejorar la gobernanza de las empresas, y en segundo lugar, se adopta una decidida voluntad de ejemplarizar las prácticas más óptimas existentes en los diferentes países del mundo con el ánimo de servir de referencia a los países y empresas para su adaptación al ordenamiento nacional y tradiciones que en cada caso corresponda.

⁹² La Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) se constituyó, en 1983, consecuencia de la transformación de una asociación inter-americana de supervisores y reguladores de valores, como persona jurídica sin ánimo de lucro al amparo de la legislación canadiense. La CNMV, como representante de España, se incorporó como miembro de la organización en 1990.

<https://www.cnmv.es/portal/aldia/ActInternacional/ActInterIOSCO.aspx> (Consultado: 29/11/2017).

⁹³ Entre ellos podemos destacar los conocidos como “*Principios IOSCO para la Independencia de Auditores y el Papel del Gobierno Corporativo en la Supervisión de la Independencia de los Auditores*”, Vid. “*Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*”, p. 48.

⁹⁴ Cfr. “*Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo*”, Corporación Andina de Fomento (CAF), 2013, http://publicaciones.caf.com/media/25389/lineamientos_codigo_latinoamericano.pdf (Consultado: 22/06/2019).

⁹⁵ La ONU fue fundada el 24 de octubre de 1945 en la ciudad estadounidense de San Francisco, por 51 países, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas.

⁹⁶ Vid. Publicación de las Naciones Unidas. Sig.: UNCTAD/ITE/TEB/2006/3. http://unctad.org/es/Docs/iteteb20063_sp.pdf. (Consultado: 29/11/2017).

Con esta voluntad, el documento se apoya en multitud de códigos y recomendaciones como los que anteriormente han sido analizados, entre otros y a título de ejemplo pueden destacarse los “*Principios para la gobernanza de las empresas*” de la International Corporate Governance Network (ICGN) o las “*Directrices de la Commonwealth Association for Corporate Governance*” (Directrices CACG).

Su estructura permite hacer una diferenciación entre la publicación de información financiera y no financiera; otro espacio se dedica específicamente al órgano de la Junta General y finaliza con dos módulos dedicados respectivamente al momento y modo de publicación de la información y a las buenas prácticas en relación con la aplicación.

4. EL GOBIERNO CORPORATIVO EN ESPAÑA

4.1 Informe y Código Olivencia

En correspondencia con la condición transnacional que caracteriza a la corriente de gobierno corporativo, su irrupción en España tampoco fue una excepción y a partir de 1995 fueron apareciendo una serie de documentos de carácter privado⁹⁷ que facilitaron, poco después, la incorporación de dicha corriente a las agendas gubernamentales de políticas públicas como un factor que merecía la pena ser considerado. Fruto de esta situación, es en el año 1997 cuando nuestro país se incorpora decididamente y de forma oficial al movimiento del gobierno corporativo mediante la constitución por parte del Consejo de Ministros de la “*Comisión especial para el estudio de un Código ético de los consejos de administración de las sociedades*” a través de su Acuerdo de fecha 28 de febrero de 1997 y que fue conocida como “*Comisión Olivencia*” por encontrarse la misma presidida por D. Manuel Olivencia Ruíz⁹⁸. Dicho Acuerdo se concretaba en encargar a la Comisión especial citada la redacción de un Informe sobre la problemática de los Consejos de administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros y la elaboración de un Código de buen gobierno de asunción voluntaria, no imperativa, por los Consejos⁹⁹.

⁹⁷ Destacan dos documentos elaborados por el Círculo de Empresarios denominados “*Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de administración*” (1995) y “*Una propuesta de normas de mejor funcionamiento de los Consejos de administración*” (1996).

⁹⁸ Los diferentes vocales de esta Comisión fueron nombrados mediante Orden Ministerial de 25 de marzo de 1997.

⁹⁹ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., “El sistema de Gobierno Corporativo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Diario La Ley*, Nº 1, Sección Temas de hoy, Segundo trimestre de 2005, Ref. D-145, LA LEY 813/2005, p. 1.

Las circunstancias que motivaron su encargo¹⁰⁰ venían rodeadas de grandes privatizaciones y de un fenómeno que fue conocido como capitalismo popular¹⁰¹ que conllevaba para las grandes empresas públicas una correlativa disminución del control interno sobre sus gestores, al desaparecer el ente público como su accionista único dominante¹⁰².

Ello requería, por simple coherencia, un aseguramiento de la función de administración societaria acorde con los nuevos roles y el protagonismo creciente del accionista minoritario, que se ve fuertemente potenciado especialmente en las sociedades cotizadas, y ello en defensa de unos intereses que ostentaban suficiente entidad como para ser dignos de protección. En concreto, el Acuerdo señalaba expresamente entre sus finalidades la de mejorar el funcionamiento de los consejos de administración, maximizar la eficacia y la agilidad de su gestión, su credibilidad, su responsabilidad y su transparencia, todo ello para garantizar, en definitiva, una mejor defensa de los intereses de todos los accionistas¹⁰³. Podría decirse que la reforma tuvo un origen social en el sentido de que era demandado por el conjunto de la sociedad y no vino impuesto por las normas jurídicas, sino que su aplicación y eficacia recaía principalmente en la propia voluntad de autorregulación de las empresas.

Fruto de dicha comisión fue el documento presentado el 26 de febrero de 1998 y publicitado en la Bolsa de Madrid el día 16 de marzo de 1998 con la denominación “*El Gobierno de las sociedades cotizadas*” el cual, influido sustancialmente por el Informe Cadbury, presentaba una estructura formal que puede dividirse en tres partes fundamentales, una primera introductoria donde se realiza un diagnóstico sobre el gobierno y control de las sociedades en España; una segunda, que incorpora el conocido como Informe Olivencia¹⁰⁴ (denominado verdaderamente *Informe sobre el Consejo de Administración*) y una tercera parte donde se recoge el *Código de Buen Gobierno* (en forma de consideraciones generales y recomendaciones). Estos elementos “*sirvieron para dar visibilidad y apoyo institucional, por*

¹⁰⁰ Vid. CHIVITE, S. y RODRÍGUEZ MONROY, C., “*Análisis de los diez años de gobierno corporativo...*”, *ob.cit.*, p. 115, que ponen de manifiesto el debate suscitado en los años noventa sobre la reforma del gobierno de las sociedades. Destacan igualmente el acertado diagnóstico efectuado por el Círculo de Empresarios en “*Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración*” de 3 de octubre de 1995.

¹⁰¹ Debemos entender por capitalismo popular el fenómeno por el cual grandes paquetes de acciones de empresas públicas salieron a la venta y se encontraron al alcance del accionista particular en una suerte de democratización del capital. Este fenómeno acompañó a las primeras políticas económicas del gobierno del Partido Popular en su primer mandato tras su victoria en las elecciones generales de 1996.

¹⁰² Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno corporativo”, *Diario La Ley*, Nº 1, Sección Temas de hoy, 2º trimestre 2005, LA LEY 846/2005, p. 2.

¹⁰³ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno corporativo como instrumento...”, *op.cit.*, p. 54.

¹⁰⁴ En este sentido, *vid.* “*Informe Olivencia. El gobierno de las sociedades cotizadas*”, Documento de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades: el gobierno de las sociedades cotizadas, Madrid, 26 de febrero de 1998.

primera vez en España, al catálogo básico de buenas prácticas de gobierno aceptadas internacionalmente”¹⁰⁵. Su aplicación tuvo lugar a partir del ejercicio de 1999.

Como indica OLIVENCIA, llama la atención la ausencia del calificativo “ético” en el texto resultado de la Comisión, habiendo optado por calificar a aquellas recomendaciones como parte de un código de buen gobierno. Ello lo justifica el propio autor¹⁰⁶ en el sentido de querer dejar clara la distinción entre lo que son verdaderas normas jurídicas, constitutivas del fenómeno codificador, de aquellos preceptos (recomendaciones) de los que no dimanen obligaciones ni deberes y cuya voluntariedad y posible “no adopción o seguimiento” no implica una amoralidad en el sentido civilista del término¹⁰⁷, lo que sí se ha querido dejar patente es que las recomendaciones recogidas en el Código al denominarlo “de Buen Gobierno” es que los modelos que incluye son modelos de comportamiento éticamente aceptables y tratan de imponer un modelo ideal de racionalidad y de eficacia en la dirección y en el control de las sociedades. Es decir, se trataba de un modelo con una finalidad inicial meramente orientadora, que a la postre y con la perspectiva de los años transcurridos se ha revelado mucho más incisiva que la declarada cautela del código presentado.

De la lectura del documento y de las 23 recomendaciones incorporadas se pueden extraer una serie de corolarios:

- El concepto de Gobierno Corporativo nace como consecuencia de la separación que se hace patente entre la propiedad de la sociedad y la gestión de la misma y los conflictos de intereses que pueden producirse entre ambos grupos de sujetos que los representan.
- Representatividad de los diversos grupos, transparencia y fluidez de la información son conceptos estrechamente unidos a la esencia de la reforma planteada.
- Gobierno Corporativo y Buen gobierno, ambas constituyen nociones que se encuentran estrechamente unidas en la órbita de una gestión empresarial adecuada.
- El Consejo de Administración se configura como un instrumento de supervisión y control formado por consejeros que en su mayoría son independientes de la dirección de la

¹⁰⁵ Vid. PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., “El gobierno corporativo...”, *op.cit.*, p. 6.

¹⁰⁶ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno corporativo como instrumento...”, *op.cit.*, p. 52.

¹⁰⁷ Cfr. Artículo 1255 Código Civil.

empresa o de los vínculos accionariales de control y cuya misión principal consiste en hacer valer en el consejo los intereses del capital flotante¹⁰⁸.

- Es necesario evitar los conflictos de interés que pueden darse entre los conocidos como *insiders*¹⁰⁹ de la compañía.
- Establecimiento de las llamadas comisiones delegadas de control, que deberán garantizar la función de supervisión del órgano de administración. Se trata de comisiones compuestas por consejeros externos y que realizan funciones de auditoría, para la verificación de la contabilidad de la sociedad; de nombramientos, destinada a la selección de los consejeros; de retribuciones, que deberá supervisar la política de remuneración y finalmente de cumplimiento, para vigilar la observancia de las reglas que rigen la compañía.
- Especificación de los deberes de lealtad del Consejero, dentro de los cuales encontramos una peculiaridad referida a los llamados *accionistas dominicales*, en términos del propio Informe, consistente en la posibilidad de extensión de los deberes fiduciarios de los administradores a este tipo de accionista dada la real capacidad de influencia que éstos ostentan respecto del resto del accionariado.

Sin embargo y pese a todo lo expuesto, el hecho de que dicho informe poseyera el carácter de simple recomendación y que ostentara, según el mismo, un propósito meramente orientador junto con el código que le acompañaba, y la realidad de que no fuera objeto de un posterior desarrollo legislativo a través de alguna figura normativa idónea que obligase a sus destinatarios contribuyó a que su implantación fuera ciertamente escasa y predominantemente formalista¹¹⁰. Prueba de ello lo encontramos en lo que se conoció como el “cumplimiento de fachada” a que dio lugar este Código Olivencia. Así, PAZ-ARES: “*De ahí, que se ironice con la idea de que el cumplimiento del código de buen gobierno es, en la realidad, un “cumplimiento”, un cumpro y miento (...). Las empresas aceptan dotarse de códigos de buen*

¹⁰⁸ Vid. CHIVITE, S. y RODRÍGUEZ MONROY, C., “*Análisis de los diez años de gobierno corporativo...*”, *ob.cit.*, p. 116, al mencionar que esta misión del Consejo de Administración debía ser canalizada a través de tres responsabilidades fundamentales: la de orientar la política de la empresa, controlar su gestión y servir de enlace con los accionistas.

¹⁰⁹ Aunque la función concreta de estos *insiders* será analizada pormenorizadamente más adelante, puede avanzarse que estamos ante una figura que representa a aquellos accionistas de la sociedad que detentan el control efectivo de la misma.

¹¹⁰ Vid. PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., “El gobierno corporativo...”, *op.cit.*, p. 6, en relación con las palabras pronunciadas por el Profesor FERNÁNDEZ-ARMESTO cuando señalaba: “*Creo que en estos momentos ya nadie discute el contenido del Informe Olivencia; hoy se reconoce unánimemente como equilibrado y razonable. Si a pesar de ello el Código de Buen Gobierno no ha tenido la aceptación real que se esperaba, esto se debe a que nunca se publicó una norma que obligara a las empresas a informar debidamente*”.

*gobierno bajo la presión del ambiente, pero al propio tiempo tratan de que su adaptación a ellos sea lo menos comprometida y más superficial posible*¹¹¹.

4.2 Informe Aldama.

Una segunda etapa en la evolución del *Corporate Governance* en España es aquella constituida por el informe realizado en la Comisión Aldama (denominada así por estar presidida por D. Enrique de Aldama y Miñón en virtud del mandato contenido en el acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002. En esta ocasión, la “*Comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y las sociedades cotizadas*” parte de comprobar el escaso grado de cumplimiento del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas elaborado por la Comisión Olivencia, realiza un diagnóstico de la situación existente en ese momento respecto al gobierno de las sociedades y culmina con una serie de recomendaciones orientadas a aumentar la transparencia y la seguridad en los mercados¹¹².

El Informe Aldama¹¹³, emitido el 8 de enero de 2003 y pionero en el uso de la expresión “*Gobierno corporativo*” dentro de la corriente española, puso de relieve la insuficiente aplicación del Código de Buen Gobierno (Código Olivencia) tras cuatro años de su implementación; la información que proporcionaban las sociedades cotizadas tanto a mercados como accionistas era realmente escasa y una sensación de falta de transparencia y de conflictos de intereses era palpable, más aún en un contexto en el que el ahorro familiar iba buscando progresivamente refugio en las sociedades cotizadas.

Basándose, al igual que la anterior comisión, en la filosofía que situaba el correcto funcionamiento del mercado de capitales en el cumplimiento de los principios del imperio de la ley, la autorregulación y la máxima transparencia¹¹⁴, la Comisión Aldama propuso una serie de reflexiones para dar solución a los problemas que luego son desarrollados a lo largo del informe.

¹¹¹ Vid. PAZ-ARES, C., “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, *Revista InDret*, 1/2004, enero 2004, p. 6.

¹¹² Conviene dejar constancia de que, de forma paralela a los trabajos desempeñados por la Comisión Aldama, el gobierno español daba igualmente impulso a la vertiente normativa del *corporate governance* explorando nuevos textos normativos y presentando, el 6 de noviembre de 2002, la propuesta (Anteproyecto) de Código de sociedades mercantiles que incorporaba disposiciones sobre el buen gobierno. En este sentido, consúltese PÉREZ PUEYO, A., “¿Ética o legalidad en el gobierno de las grandes empresas?”, *Diario La Ley*, Nº 5898, Sección Doctrina, 21 noviembre de 2003, Año XXIV, LA LEY 1731/2003, pp. 11-14.

¹¹³ Vid. “*Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y las sociedades cotizadas*”.

<https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>.

(Consultado: 01/03/2015).

¹¹⁴ Vid. PÉREZ PUEYO, A., “¿Ética o legalidad en el gobierno...?”, *op.cit.*, p. 5.

Algunos de estos problemas tratados en el documento son aquellos relativos a la especificación de los deberes de lealtad y diligencia, la definición de los conflictos de interés, el funcionamiento de los consejos de administración y la Junta General de accionistas, así como la relación entre las empresas cotizadas y otras empresas con las que mantienen relaciones comerciales o de servicios de asesoramiento.

Especial tratamiento da este informe al principio de transparencia y al deber de informar, considerando la información a suministrar como la piedra angular de un funcionamiento correcto de los mercados financieros; se trata, en cualquier caso, de proporcionar una información completa, correcta, equitativa, simétrica y en tiempo útil. En lo que hace al deber de informar, la Comisión recomienda la utilización de un instrumento específico para el suministro de la información de gobierno corporativo, al que denomina “Informe anual de gobierno corporativo” (IAGC), de carácter actualizable en tiempo real y que contendría el conjunto de disposiciones sobre gobierno corporativo de cada sociedad: estructura de propiedad y de administración, principios de actuación de los administradores, especificación de sus deberes, funciones e incompatibilidades, reglas de funcionamiento del Consejo de Administración o de la Junta General o sistema de control de riesgos, entre otras.

Deberes de información y transparencia que asimismo considera la comisión deben ser objeto de una regulación normativa heterónoma que dejara fuera de la exclusiva voluntad y arbitrio de la empresa en cuestión la disponibilidad sobre estas recomendaciones¹¹⁵. Esta convicción propició la primera piedra legislativa de cierto calado en el gobierno corporativo español¹¹⁶; hablamos de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas¹¹⁷ (conocida como Ley

¹¹⁵ Misma necesidad de regulación normativa se predica respecto de los deberes de lealtad de los administradores que, ya por entonces, demandaba a todas luces una intervención legislativa y que hoy vemos recogida positivamente en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010. Referencia: BOE-A-2010-10544. (en adelante, LSC). Esta necesidad de positivizar las medidas señaladas en soportes normativos perdurables tiene su fundamento en su naturaleza y caracterización como deberes frente a otros titulares de intereses, los cuales no deben quedar a la libre autonomía de una de las partes.

¹¹⁶ No puede obviarse que preceden a esta importante ley otras disposiciones normativas que, con mayor o menor acierto, trataron la cuestión del gobierno corporativo en España y favorecieron la implantación de este tipo de políticas en el sistema jurídico de la época. Mencionaremos a este respecto tanto la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Ley de Acompañamiento) como la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (Ley Financiera).

¹¹⁷ Vid. ALDAMA Y MIÑÓN, E., “Algunas reflexiones sobre el Gobierno Corporativo en España”, *Diario La Ley*, Nº 1, Sección Temas de hoy, Segundo trimestre de 2005, Ref. D-146, LA LEY 812/2005, p. 1.

de Transparencia en el ámbito mercantil), y que introdujo un nuevo artículo 116¹¹⁸ en la LMV donde se establecía la obligación de publicar anualmente el informe de gobierno corporativo en el sentido antes expuesto. Ha de mencionarse que la materia referente a las sociedades cotizadas encuentra hoy su regulación en el Título XIV de LSC.

Junto con legislación recién mencionada, el Informe Aldama también constituyó la antesala de la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas¹¹⁹, disposición ya derogada, que ofrecía los modelos y contenidos a los que en materia de transparencia y gobierno corporativo debían ajustarse las sociedades con acciones cotizadas en el mercado de valores¹²⁰.

En general, puede afirmarse que se echan en falta en el Informe recomendaciones concretas que sirvieran para poner orden en cuestiones tradicionalmente conflictivas, como las que tienen que ver con la edad límite para el ejercicio del cargo de consejero, la recomendable separación entre cargos ejecutivos y de presidencia, las limitaciones en cuanto al número máximo de consejeros o el porcentaje de independientes que deberían componer los Consejos de administración, por ejemplo.

En cualquier caso, y de acuerdo con la opinión mayoritaria, a pesar de estar el Informe Aldama orientado en la dirección adecuada y de consolidar el Gobierno Corporativo en nuestro país, seguía sin proponerse un único código de gobierno corporativo acompañado de la legislación complementaria que resulte más conveniente para superar ese carácter de voluntariedad del que se encontraba revestido, tanto en el hecho de la adopción de sus recomendaciones mediante la autorregulación como en el de la información a hacer pública sobre el grado de cumplimiento de sus objetivos, los cuales podían preterirse sin temor a

¹¹⁸ Artículo hoy día derogado por el apartado veintinueve de la disposición final quinta de Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. La propia Ley 24/1988 se encuentra también actualmente derogada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV).

¹¹⁹ *Cfr.* Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, BOE núm. 76, de 29 de marzo de 2004.

<https://www.boe.es/eli/es/cir/2004/03/17/1> (Consultado: 03/06/2019).

¹²⁰ A mayor abundamiento también resulta procedente hacer alusión a la ley que el Gobierno español aprobó el 4 de noviembre de 2003, sobre Inversión Colectiva en la que se realizan apreciaciones sobre la responsabilidad y la función que cumplen los Fondos de Inversión en el Buen Gobierno de las sociedades cotizadas y en su papel en las Juntas Generales de Accionistas.

sufrir consecuencia alguna más allá del reproche ético. En esta etapa tenemos, por tanto, unas buenas prácticas a emular, pero no la obligación legal de seguirlas¹²¹. Esta situación se intentó solventar en la siguiente etapa que a continuación examinamos.

4.3 Código Conthe: CUBG

Finalmente se puede afirmar que en el desarrollo evolutivo del gobierno corporativo español encontramos una tercera etapa claramente delimitada; se trata de la fase correspondiente al Código Unificado de Buen gobierno de las Sociedades Cotizadas o CUBG, también llamado “*Código Conthe*” por ser Manuel Conthe la principal figura impulsora de este Código dentro del Grupo Especial de Trabajo creado al efecto en el año 2005 mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio y que encomendaba a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), bajo el auxilio del Grupo de Trabajo Especial, la actualización de las recomendaciones existentes en los Informes y Códigos precedentes (Olivencia y Aldama) así como la incorporación de aquellas otras recomendaciones que se consideraran procedentes.

El informe final fue emitido el 19 de mayo de 2006 incluyendo fundamentalmente el Código Unificado de Buen Gobierno, a cuyo contenido se debían adaptar las sociedades cotizadas en sus IAGC a partir del ejercicio de 2007.

Se ha dicho del CUBG que cumple una función de *benchmarking*¹²² en relación con el conjunto de prácticas acumuladas en sus textos predecesores, así como que realiza una labor protectora de los intereses, no solo de los accionistas (*stockholders*), sino de aquellas otras personas relacionadas con la empresa (*stakeholders*) que se encuentran preocupados por maximizar de forma sostenida el valor económico de la misma; preocupación que aparece vinculada con el interés social¹²³.

Este Código, aprobado por Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 22 de mayo de 2006 (tres días después de la emisión del informe

¹²¹ Vid. OLCESE SANTONJA, A., “Situación del Gobierno Corporativo en España”, *Diario La Ley*, Nº 1, Sección Temas de hoy, Segundo trimestre de 2005, LA LEY 811/2005, p. 1, donde entiende que durante esta etapa la corriente de gobierno corporativo permitía diferenciar entre el Gobierno de las Sociedades (en régimen autorregulatorio) y la igualdad de derechos de los accionistas y la Transparencia Informativa (en régimen normativo).

¹²² Es un sistema de medición que permite el examen sistemático y riguroso de bienes, servicios y procesos que ofrecen las organizaciones reconocidas como las mejores con el fin de producir cambios y mejoras en la organización, la finalidad es comparar la eficiencia, con otras organizaciones que representan la excelencia. Vid. CÁNOVAS GARCÍA, J.D. y MATEOS GARCÍA, J., “Responsabilidad Social Corporativa: más que un modelo de gestión, un reto para las Administraciones Públicas”, *Escuela de Formación e Innovación*, 14/INT/2176, Murcia, 2014, p. 8.

¹²³ Vid. MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...”, *op.cit.*, p. 7.

final), consolida definitivamente en nuestro país el sistema de buen gobierno español y apuntala el principio general de “cumplir o explicar”¹²⁴ contribuyendo a esa corriente de transparencia y flexibilidad en la que se encuentran imbuidas especialmente las sociedades cotizadas¹²⁵, aunque no de manera exclusiva tal y como se puso de manifiesto con la elaboración por el Instituto de Consejeros-Administradores de la Asociación Española de Consejeros de unos Principios de buen gobierno corporativo para empresas no cotizadas cuya primera edición data de diciembre de 2005¹²⁶.

Como decimos, en nuestro país, la perseguida flexibilidad se alimenta a través de un *do ut des* de beneficios recíprocos ya que, no solo las recomendaciones del CUBG eran adaptables por la práctica empresarial, sino que el propio código recibía información de la realidad empresarial, mucho más dinámica que cualquier posible mandato normativo que por naturaleza nace con vocación de permanencia y estabilidad; disponiendo el código de esta manera de los elementos necesarios para su adaptación¹²⁷.

Con este objetivo, las compañías cotizadas españolas se valen del documento que ya fue introducido con anterioridad por el Informe Aldama, el Informe Anual de Gobierno Corporativo (IAGC) que asimismo ha continuado perfilándose a lo largo del tiempo¹²⁸ con el objetivo de publicitar toda la información que se considera relevante o bien dar las razones por las que tal publicación no se puede llevar a cabo, so pena de correctivos de gran importancia. De igual modo, el CUBG incorpora una elongación de los cometidos del consejero independiente (figura ya mencionada en el Código Olivencia) en esa senda de aumentar la protección del accionista minoritario¹²⁹, todo ello, atendiendo a ciertas recomendaciones comunitarias dirigidas en ese sentido¹³⁰. No puede olvidarse igualmente que

¹²⁴ Véase a este respecto la Guía técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio “cumplir o explicar” de 15 de julio de 2016 ofrecida por la CNMV.

<https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/GuiaCumplirExplicar.pdf>

(Consultado: 03/06/2019).

¹²⁵ Tendencia de aplicación subjetiva que es ampliamente extendida en la mayoría de los códigos de gobierno corporativo de la Unión Europea donde la sociedad cotizada se convierte en objeto de la práctica totalidad de las recomendaciones y deberes propuestos.

¹²⁶ *Cfr.* Principios de buen gobierno corporativo para empresas no cotizadas. Instituto de Consejeros-Administradores (ICA) perteneciente a la Asociación española de Consejeros, Madrid, 2005, última revisión de marzo de 2017.

<http://iconsejeros.com/sites/default/files/archivos/documentos/principios-buen-gobierno-no-cotizadas.pdf>

(Consultado: 16/04/2019).

¹²⁷ *Vid.* PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., “El gobierno corporativo...”, *op.cit.*, p. 5.

¹²⁸ *Cfr.* La actual regulación del Informe anual de gobierno corporativo la encontramos, en el caso de Sociedades de Capital en general, en el art. 540 de LSC en concordancia con la Disposición Adicional Séptima de la LMV, entre otras Órdenes y Circulares que resultan de aplicación.

¹²⁹ *Vid.* OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno corporativo como instrumento...”, *op.cit.*, p. 61.

¹³⁰ *Cfr.* Recomendación de la UE de 15 de febrero de 2005.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32005H0162>. (Consultado: 11/11/2018).

el CUBG considera vinculantes sus definiciones, por lo que las sociedades no podrán catalogar unilateralmente ciertas condiciones o situaciones desviándose de lo previsto en este código.

El CUBG ha sufrido desde su publicación y hasta el momento dos modificaciones, en junio de 2013 y febrero de 2015 respectivamente, actualizando sus recomendaciones¹³¹ e incorporando los principios en los que se basan las mismas y en cuya su última versión se suprime el adjetivo de “unificado” haciendo adicionalmente alusión expresa desde su título a las sociedades cotizadas como sus principales destinatarias. De entre todos los principios básicos, los textos preponen sobre el resto el de la voluntariedad, con el nada desdeñable matiz de sujetarlo al principio de cumplir o explicar.

El CUBG incorpora con carácter novedoso una nueva política en materia de retribuciones de los consejeros¹³² así como un sistema de definiciones vinculantes en el sentido de no poder aprehender en su actividad determinados conceptos si no cumplen los requisitos que el CUBG incorpora sobre las mismas¹³³.

En lo que se refiere a su seguimiento y, en consecuencia, a los efectos prácticos de estas directrices y pautas para un mejor gobierno corporativo, puede afirmarse según los datos publicados por la CNMV, que existe un alto grado de cumplimiento de las recomendaciones del CUBG¹³⁴, con notorias excepciones casi siempre en los mismos ámbitos, como es el caso de la materia relativa a las retribuciones de los consejeros.

En cualquier caso, y como señala el propio código, corresponderá a los accionistas, a los inversores y, en general, a los mercados valorar las explicaciones que las sociedades den sobre el grado de cumplimiento de las recomendaciones, lo cual evidentemente tendrá repercusión en la reputación e imagen de esas sociedades frente a todos los agentes del mercado.

¹³¹ En su última versión incluye un total de 64 Recomendaciones, un mayor número que todos sus precedentes.

¹³² Vid. MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...”, *op.cit.*, pp. 15-16.

¹³³ Vid. PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., “El gobierno corporativo...”, *op.cit.*, p. 9.

¹³⁴ Cfr. En este sentido el Informe anual de Gobierno Corporativo de las compañías del IBEX 35, ejercicio 2013, donde señala: “A nivel agregado, las declaraciones incluidas en los IAGC del año 2013 sobre el grado de seguimiento de las recomendaciones del Código Unificado han puesto de manifiesto, entre otros, los siguientes aspectos: – En promedio, las sociedades del Ibex cumplen el 93,7% del Código Unificado y, adicionalmente, de forma parcial otro 3,3% de las recomendaciones que les son aplicables. Por tanto, a nivel agregado, no siguen, ni siquiera de forma parcial, el 3% de las recomendaciones. Principio de cumplir o explicar – Todas las sociedades del Ibex siguen más del 75% de las recomendaciones del Código Unificado que le son aplicables. Un total de 26 compañías (74,3% del total) cumplen más del 90% del Código Unificado, de las cuales 940 declaran cumplir el 100% de las recomendaciones. – Un total de 24 recomendaciones (45,3% del Código Unificado) son seguidas por todas las compañías del Ibex. – Como en el ejercicio anterior, las recomendaciones del Código Unificado relativas al consejo de administración son las que registran un menor nivel de adopción”, pp. 54.55.

4.4 Estado actual del gobierno corporativo en España

Como podrá deducirse fácilmente una vez realizado el periplo internacional, europeo y nacional referido a la evolución del gobierno corporativo y a sus diferentes manifestaciones; esta labor codificadora, legislativa e institucional que se ha venido desarrollando no solo no se ha detenido, sino que continúa siendo de rabiosa actualidad. Buena muestra de ello da la multitudinaria colección de documentos en forma de códigos, pautas, principios o prácticas de buen gobierno que continúan elaborándose en los diferentes países del mundo tal y como puede comprobarse fácilmente, a modo de ejemplo, al acceder a las publicaciones que ofrece el instituto europeo de gobierno corporativo (Sección códigos)¹³⁵, algunas de ellas elaboradas para su entrada en vigor en el año 2020.

En lo que hace a España, las últimas manifestaciones codificadoras se encuentran representadas por el ya aludido anteriormente CUBG en su versión de 2015 elaborado por la CNMV y aplicable a las sociedades cotizadas en la medida en que la compañía en cuestión no se vea afectada con excesiva onerosidad por las recomendaciones en base a su menor tamaño¹³⁶. Su elaboración contó con el apoyo y el asesoramiento de la “Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo”. Este nuevo código contiene 64 recomendaciones frente a las 53 del código anterior y a diferencia de las disposiciones contenidas en la LSC que son de obligado cumplimiento, las recomendaciones contenidas en este código son de carácter voluntario, es decir, con sujeción al principio de “cumplir o explicar”.

Precisamente, en el año 2016, destaca la Guía técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio de “cumplir o explicar”, publicado por la CNMV en ejercicio de la facultad que le otorgaba el artículo 21.3 de la LMV para cumplimentar adecuadamente el Informe anual de gobierno corporativo que se regulaba en la Circular 5/2013, de 12 de junio, que establecía los modelos normalizados, y en el que debía cumplimentarse el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo y, en su caso, se explicase la falta de dicho seguimiento¹³⁷.

Se puede mencionar otro Informe del Centro de Buen Gobierno de 2016 conocido como las “Recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo para empresas no cotizadas” (a

¹³⁵ <https://ecgi.global/content/codes> (Consultado: 17/06/2019).

¹³⁶ *Cfr.* CUBG de 2015. Ámbito de aplicación (I.3.3).

¹³⁷ *Cfr.* Introducción a la Guía técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio “cumplir o explicar”, <https://www.cnmv.es/portal/Legislacion/COBG/COBG.aspx> (Consultado: 17/06/2019).

iniciativa conjunta del IE Business School y Grant Thornton) que tiene por destinatarias solo a las entidades de interés público¹³⁸.

También resulta reseñable el Código de Ética para el IC-A (Instituto de Consejeros-Administradores) de 1 de junio de 2016 de aplicación no generalista, pero como estatuto ético ejemplarizante en el ámbito de los administradores, directivos o empleados que se incluyen en el ámbito de aplicación de dicho Instituto. De igual fecha es la Guía Práctica del Consejo de Administración producida también por el IC-A que actualiza una primera versión publicada en 2007 incorporando los cambios legislativos acaecidos en materia de buenas prácticas de gobierno corporativo.

Por último, mencionar la Guía de Buen Gobierno del Consejo General de Economistas y CEPYME de 2018 que recoge una serie de recomendaciones y principios que resultan de aplicación a los órganos de administración de las pequeñas y medianas empresas¹³⁹.

En el apartado “Estudios” sobre gobierno corporativo español en su vertiente más actual destaca el trabajo denominado “*El Gobierno Corporativo y los inversores institucionales*”¹⁴⁰ que fue elaborado por Cuatrecasas y Georgeson y donde ponían el acento en tres retos principales al que debían atender las empresas cotizadas en materia de buen gobierno, a saber: la mejora mediante la implementación de un plan de retribuciones alineado con los intereses de la empresa y sus accionistas a largo plazo; el refuerzo de la diversidad dentro del Consejo de Administración y, por último, el desarrollo y comunicación eficaz de un plan estratégico de empresa, que tenga un impacto relevante en la creación de valor para los accionistas.

Ya en materia legislativa, el Boletín Oficial del Estado publicó el 29 de diciembre de 2018 la Ley 11/2018, de 28 de diciembre¹⁴¹, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo

¹³⁸ Cfr. Recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo para empresas no cotizadas. <http://www.aconsejopymes.com/pdf/Recomendaciones-Buen-Gobierno-Empresas-No-cotizadas-actualizado.pdf> (Consultado: 22/05/2020).

¹³⁹ Cfr. Guía de Buen Gobierno. <https://www.cepyme.es/wp-content/uploads/2018/02/Gu%C3%ADa-Buen-Gobierno-Pymes.pdf> (Consultado: 22/05/2020).

¹⁴⁰ Cfr. https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/noticias/docs/1510588770es.pdf (Consultado: 18/06/2019).

¹⁴¹ Cfr. Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, BOE N° 314, de 29 de diciembre de 2018, <https://www.boe.es/eli/es/l/2018/12/28/11> (Consultado: 18/06/2019).

1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas¹⁴², en materia de información no financiera y diversidad, con entrada en vigor al día siguiente de dicha publicación.

Esta Ley procede del Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, con novedades relevantes sobre el mismo, e incorpora al Derecho español la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad.

En lo que al gobierno corporativo concierne, la Ley 11/2018 faculta la ampliación de la información contenida en el IAGC sobre la política de diversidad, que ahora incorpora, además del Consejo de administración, la información referida a la Dirección y a las comisiones especializadas que existan en la empresa. Concretamente, las sociedades deberán informar si se facilitó información a los accionistas sobre los criterios y los objetivos de diversidad con ocasión de la elección o renovación de los miembros del consejo de administración, de dirección y de las comisiones especializadas constituidas en su organización.

La Ley de información no financiera ha servido de instrumento para acentuar la implantación de las buenas prácticas en el ámbito societario, especialmente en las empresas españolas que no cotizan en bolsa. Mediante el IAGB con verificación externa se permite ahondar en la implantación de las normas de buen gobierno, posibilitando la generación de valor en las organizaciones y mejorando las relaciones entre los grupos de interés, como así lo han puesto de manifiesto algunos informes al respecto¹⁴³.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES CONCEPTUALES

El denominado gobierno corporativo ha quedado representado tradicionalmente a través de una labor codificadora que ha presentado tintes diferentes en función del país que se esté considerando (hoy día casi un centenar de países han desarrollado principios y recomendaciones en este sentido). Las dificultades que esta realidad impone ha entorpecido la

¹⁴² Ley de Auditoría de Cuentas de 2015 que ya entonces implicó relevantes cambios internos en las funciones organizativas de todas las empresas. Entre las principales novedades que introducía el texto se encuentra la rotación externa de diez años de las firmas de auditoría en el caso de las entidades de interés público y la creación de un cuerpo de inspectores para vigilar la labor de los auditores. La finalidad de la norma es ordenar el mercado de auditoría, fortalecer la supervisión nacional y reducir las cargas para auditorías de pymes.

¹⁴³ Estudio de Buen Gobierno Corporativo en Sociedades No Cotizadas (Conclusiones), 2019, *Deloitte*.

creación de un único código a nivel internacional que sea capaz de aglutinar las diferentes políticas de gobierno corporativo propuestas por los distintos agentes implicados¹⁴⁴.

Como ya dijimos en el primer apartado *in fine* de este Capítulo I, puede entenderse inicialmente por gobierno corporativo, en el ámbito específico de las empresas pertenecientes al sector público, como aquel conjunto de instrumentos, regulaciones y estructuras aplicadas a estas entidades y ampliamente admitidas de las cuales se vale el poder público de manera legítima con el ánimo declarado de obtener, tanto una mejora de la eficiencia en su gestión como una democratización progresiva de su funcionamiento comprometida con la gestión de los intereses generales, los cuales, por la propia naturaleza pública del ente, se encuentran representados en el objeto social de este tipo de personificaciones.

Teniendo esta base presente como punto de inicio para un estudio posterior más detallado, sí que es posible colegir, *ceteris paribus*, una serie de argumentos derivados de la evolución anteriormente desarrollada.

El primero de esos argumentos nos lleva a afirmar que el Gobierno corporativo es una corriente reformista de influencia general que afecta y procura la mejora del gobierno de los entes de estructura corporativa, ya sean públicos o privados y que, en su origen, nació como un instrumento de protección del accionista minoritario pues “*La finalidad principal de la reforma, la mejora del sistema, siempre redundaría en beneficio de la parte más débil y más necesitada de tutela entre las que componen el delicado mecanismo de intereses que late en el seno de las sociedades anónimas, muy especialmente de las cotizadas*”¹⁴⁵. En cualquier caso, debe tenerse presente que el gobierno corporativo nunca debe ser entendido como un fin en sí mismo sino como un medio, junto con otros muchos, que la empresa tiene para alcanzar los objetivos de mejora promovidos¹⁴⁶.

En segundo lugar, hemos visto que las decisiones que se han venido proponiendo revisten principalmente la forma de recomendaciones y que, por ende, por tal carácter resultan potestativas para sus destinatarios, estando además dichas decisiones o medidas formalizadas en códigos o compendios de fructuosa finalidad según su propia denominación: *v. gr.* la mejor práctica; de buen gobierno. Esta formal utilización de la palabra código no debe llevar a

¹⁴⁴ Vid. LÓPEZ QUESADA MARTÍN, E., y CAMACHO MIÑANO, M.M., “Códigos de Gobierno Corporativo ¿suficientes...”, *op.cit.*, p. 1.

¹⁴⁵ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno corporativo como instrumento...”, *op.cit.*, p. 54.

¹⁴⁶ Cfr. Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo, abril 2005, apartado 2º “Destinatarios”, p. 11.

https://fasecolda.com/files/7713/8427/1838/lineamientos_para_un_codigo_andino_de_gobierno_corporativo.pdf (Consultado: 23/06/2019).

interpretar erróneamente su poder vinculante para los destinatarios de los mismos, pues, salvo en algunas de las manifestaciones más recientes, su naturaleza se mantendrá dentro del campo de lo que conocemos como derecho blando o *soft law*.

En tercer lugar y en consonancia con la doble faceta que apuntábamos en nuestra definición, el Gobierno Corporativo no son solo medidas o recomendaciones, sino que también son las propias estructuras vigentes adoptadas por los entes corporativos ideadas para afrontar una regeneración en su forma de controlar y gestionar las sociedades de una manera más eficaz.

Por esta misma razón se puede inferir que destinatarios del Gobierno Corporativo no son solo las sociedades objeto de las medidas o recomendaciones sino también los legisladores como creadores de esas estructuras bajo el paraguas de normas jurídicas que son de aplicación imperativa al conjunto de entes que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, teniendo aquellos la responsabilidad de juzgar la oportunidad o necesidad de incluir ciertos patrones en el sistema del Derecho objetivo y revistiendo, de este modo, el carácter de directrices de obligado cumplimiento.

Siguiendo adelante con este bloque de conclusiones, convenimos en afirmar que un concepto apodíctico y capital a tener en cuenta al hablar del *corporate governance* es el de la “confianza”. La confianza a las que nos referimos no es un concepto abstracto, sino que posee una conexión subjetiva personificada en la figura del accionista que no detenta el control societario; dicho accionista (que en el argot internacional se conoce con el anglicismo de *outsider*) debe estar en condiciones de creer que la gestión que lleva a cabo el equipo directivo y los órganos de control (los *insiders*) es, sin duda alguna, la más adecuada para la consecución de sus intereses.

Dicha confianza no se obtiene de un día para otro y como se puede comprobar del análisis cronológico antes examinado en relación con la irrupción de las medidas de buen gobierno corporativo en España, el costo que requiere alcanzar ese objetivo ha contado en su trayectoria con multitud de obstáculos y resistencias férreas que progresivamente han ido desembocando en posturas de resignación y, finalmente, claudicando en una firme convicción sobre su necesidad. Además, el sometimiento a nuevas disciplinas y en cierta manera, la introducción en el ámbito empresarial de la burocracia hizo temer a los máximos responsables

de las empresas acerca de la posible pérdida de prerrogativas o la reducción de su ámbito de actuación a la hora de tomar decisiones¹⁴⁷.

Podría afirmarse que la paulatina burocratización insertada en las empresas privadas a través de las políticas de gobierno corporativo ha acercado su modo de gestión al modelo practicado en el ámbito público, y viceversa¹⁴⁸. No obstante, puede apreciarse que en el concreto caso español lo fundamental no radica tanto en el desarrollo de más disposiciones en materia de gobierno corporativo como la necesidad de su efectiva implantación a todos los niveles¹⁴⁹.

En resumidas cuentas, esos principios, criterios o incluso normas positivas de obligada observancia derivados todos del esfuerzo evolutivo que se ha venido plasmando en variedad de estudios, trabajos, informes, códigos, así como en una serie de reformas legislativas; han permitido implementar el desarrollo de unas buenas prácticas de gobernanza societaria, cuya repercusión directa inicial ha podido enfocarse en la estabilidad, credibilidad y eficiencia de las empresas, pero cuyo mayor beneficio debe situarse en el marco del desarrollo económico y el bienestar general de los diferentes países promotores de estas decisiones.

¹⁴⁷ Vid. PAZ-ARES, C., “El gobierno corporativo como estrategia...”, *op.cit.*, pp. 3-5.

¹⁴⁸ Intercambio de elementos entre el sector público y privado que no resulta novedoso en este campo, así, EICHHORN, P., “¿Qué pueden aprender recíprocamente las empresas privadas y las Administraciones públicas? Consideraciones de economía empresarial”, *Documentación Administrativa*, N° 218-219, abril-septiembre 1989, INAP.

¹⁴⁹ Vid. ALDAMA Y MIÑÓN, E., “Algunas reflexiones sobre el Gobierno Corporativo...”, *op.cit.*, p. 3.

CAPÍTULO II

LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL COMO ENFOQUE DE ANÁLISIS

1. CONTEXTUALIZACIÓN ACTUAL DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS. 1.1 LA SOCIEDAD PÚBLICA EN GENERAL. 1.1.1 CUESTIONES PREVIAS. 1.1.2 HACIA UN CONCEPTO DE SOCIEDAD PÚBLICA. 1.1.3 CRITERIOS QUE CONFORMAN SU NATURALEZA: A) EL CRITERIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. B) EL CRITERIO DE LA PERSONIFICACIÓN Y EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. C) LA NECESIDAD DE ÁNIMO DE LUCRO EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DESARROLLADA. D) EL CRITERIO DEL CONTROL EFECTIVO. 1.1.4 LA SOCIEDAD PÚBLICA EN EL DERECHO POSITIVO: ESTATAL, AUTONÓMICO Y EUROPEO. 1.2 LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL. 1.2.1 INTRODUCCIÓN. 1.2.2 RÉGIMEN REGULATORIO ACTUAL. 1.3 BREVE RESEÑA A LA SOCIEDAD INTERLOCAL ANDALUZA. 2. OBJETIVOS DE LA APLICACIÓN DE UN GOBIERNO CORPORATIVO A LA SOCIEDAD PÚBLICA.

La sociedad pública local como enfoque de análisis

“El orden es el que alivia a la memoria” Diderot.

1. CONTEXTUALIZACIÓN ACTUAL DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS

1.1 La sociedad pública en general

1.1.1 Cuestiones previas

Resulta un hecho fácilmente perceptible en la rama administrativa del derecho el encontrarse referencias de manera indistinta tanto a la empresa pública como a la sociedad pública; de hecho, no son pocos los trabajos en que se sigue recurriendo a ellos brindándoles un tratamiento prácticamente idéntico. Esta circunstancia puede tener su origen en causas diversas que se irán poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo. En cualquier caso, a modo introductorio y sin el deseo de extender esta cuestión más allá de los cometidos que la investigación representan, entendemos conveniente procurar una distinción conceptual entre ambos vocablos de modo que se facilite su uso con la propiedad debida.

Debemos comenzar, no obstante, por lo más elemental. En este sentido, observamos que el Diccionario de la Lengua Española, en la segunda acepción que arroja de la palabra empresa define la misma como aquella *“unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”*¹⁵⁰.

Dicho esto, en primer lugar, queda fuera de toda duda que el concepto de empresa como noción económica resulta hoy día una cuestión doctrinalmente pacífica; así, FONT GALAN la define y la doctrina la viene aceptando como *“una organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la intermediación de bienes y servicios para el mercado con el fin de generar ganancias”*¹⁵¹.

Más problemático viene resultando el intento de consensuar un concepto jurídico de empresa y ello, en buena medida, porque actualmente con la noción “empresa” se está haciendo referencia en muchos casos, aún de forma vaga, a cualquier forma de empresario. En cualquier caso, la doctrina mercantil ha venido marcando desde hace años una línea

¹⁵⁰ Cfr. <http://dle.rae.es/?id=EsuT8Fg> (Consultado: 05/01/2019).

¹⁵¹ Vid. FONT GALÁN, J. I., “La empresa en el Derecho Mercantil”, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (Coord.), *Derecho Mercantil*, Edit. Ariel, Barcelona, 2004, p. 57.

distintiva fundamental en la que, además de hablar de empresa como referencia al sujeto de la actividad empresarial, se la reconoce igualmente como unidad económica organizada. En esta línea, por ejemplo:

BROSETA, para quien la empresa puede conceptuarse como un “conjunto organizado de capital y trabajo, destinado a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado”¹⁵².

Por su parte, GARRIGUES la ha definido como “un conjunto organizado de actividades industriales, de bienes patrimoniales y de relaciones materiales de valor económico”¹⁵³.

También se refiere a esta unidad organizada el profesor SÁNCHEZ CALERO cuando define la empresa como la “unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar al mercado bienes o servicios a un determinado precio, con el fin de obtener una renta monetaria igual a la diferencia de unos precios y otros”¹⁵⁴.

Por último, no podemos olvidar que en ocasiones también se habla de empresa asimilándola a la actividad misma empresarial. En este sentido, URÍA cataloga la empresa como “el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios”¹⁵⁵.

Para estos autores, por tanto, más allá de las enunciaciones parciales que se puedan hacer sobre la empresa según el negocio jurídico en el que se presente este fenómeno corporativo, existe un concepto jurídico unitario de la misma que puede hacerse residir tanto en el conjunto de bienes y derechos organizados como en el funcionamiento para el ejercicio de una actividad económica, es decir, se viene ofreciendo una visión dinámica de la empresa.

Por otra parte, en el sentido que venimos exponiendo, es enteramente aceptado actualmente que con el vocablo empresa se está haciendo referencia a un objeto. A dicho objeto, de una forma inmediata y correlativa, se le adiciona la titularidad por parte de un

¹⁵² Vid. BROSETA PONT, M., “Manual de derecho mercantil. 1, Introducción y estatuto de empresario. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial. Derecho de sociedades”, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2018, Capítulo II, “La empresa y el empresario”, pp. 137-138.

¹⁵³ Vid. GARRIGUES DíEZ-CAÑABATE, J., “Curso de Derecho Mercantil”, Edición nº 7, Edit. Porrúa, S.A., México, 1977, p. 28.

¹⁵⁴ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., “Instituciones de Derecho Mercantil”, Edit. Thomson-Aranzadi, Edición núm. 29, Navarra, 2006, p. 95.

¹⁵⁵ Vid. URÍA, R., “Derecho Mercantil”, Edición nº 24, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 4.

sujeto, que llamamos empresario. Pues bien, este empresario podrá ser un empresario social (es decir, una sociedad) o bien un empresario individual.

Como puede apreciarse, el nacimiento de la forma social constituye el punto de inicio desde donde podemos considerar que comienzan a convivir ambos conceptos de manera paralela, y lo que es más significativo, sin que uno excluya a otro. Más bien, y como adecuadamente señala NAVARRO FRÍAS, empresa sería el género y sociedad la especie¹⁵⁶.

Además, se da el caso de que, en la rama del derecho administrativo, como en otras ramas del derecho tales como la laboral o la fiscal, se produce una personificación de aquel objeto a fin de que no quede al margen de dichas ramas ninguna realidad empresarial, con independencia de la forma que se adopte (sea social o no).

Ante este panorama y para intentar clarificar los conceptos de empresa y sociedad no estimamos superfluo hacer de nuevo alusión a algunas de las teorías clásicas con las que la doctrina ha contribuido a definir, en esta ocasión, el concepto de sociedad.

Primeramente, respecto a la definición de sociedad, la Real Academia Española de la Lengua apunta que estamos ante una: *“Agrupación comercial de carácter legal que cuenta con un capital inicial formado con las aportaciones de sus miembros”*¹⁵⁷.

Ya en el campo propio de la doctrina científica, según URÍA, la sociedad podría definirse como *“la asociación voluntaria de personas que crean un fondo común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan”*¹⁵⁸.

Con una perspectiva contrapuesta a la del exclusivo beneficio individual se presentan SÁNCHEZ CALERO y OLIVENCIA RUIZ, para quienes la sociedad *“es una asociación de personas que quiere conseguir una finalidad común a ellas, mediante la constitución de un tipo o clase de organización prevista por la ley”*¹⁵⁹.

Por último, dejaremos constancia de la definición que ofrece GARRIGUES, para el que la sociedad era *“un contrato que da origen a una persona jurídica o al menos, a una*

¹⁵⁶ Vid. NAVARRO FRÍAS, I., “Sociedades públicas: derecho mercantil “vs”. Derecho administrativo. En particular, deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades públicas estatales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 56/2019, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019, p. 2.

¹⁵⁷ Cfr. <http://dle.rae.es/?id=YCB6UHV> (Consultado: 05/01/2019).

¹⁵⁸ Ap. VICENT CHULIÁ, F., “La Sociedad en constitución”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Centro de Estudios Registrales)*, Revista N° 518, enero-febrero 1977, pp. 71-130.

¹⁵⁹ Vid. SANCHEZ CALERO, F. y OLIVENCIA RUIZ, M., “Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades cooperativas”, AA.VV., *“El cooperativismo en la coyuntura económica actual”*, Anales de Moral Social y Económica, vol. 6, Madrid, 1964, p. 159.

organización, la cual ya no depende del contrato originario, sino que tiene su propio estatuto, que se modifica sin contar con la voluntad de los primitivos contratantes”¹⁶⁰.

Pero no hay que olvidar, dado que nuestra investigación va a discurrir por aquellas figuras que sean creadas por la Administración para el cumplimiento de sus fines, que la actividad administrativa de empresa puede materializarse igualmente a través de formas jurídico-privadas tales como la fundación o incluso mediante otras personificaciones de Derecho público pero sometidas en su régimen al Derecho privado como es el caso de las entidades públicas empresariales¹⁶¹.

En cualquiera de los casos y a cuenta de estas disquisiciones, debemos tener en cuenta finalmente que, más allá de la precisa diferenciación doctrinal de los conceptos de empresa y sociedad, en el sector del Derecho administrativo resulta determinante la intervención del *legislator*, el cual, en última instancia ha propiciado el abandono por la doctrina del propósito clasificatorio en relación con las formas jurídico-mercantiles del poder público. Muestra de ello son los múltiples vaivenes que a lo largo de la última mitad del siglo XX y comienzos del XXI han sufrido estas figuras en las diferentes legislaciones de derecho público, entrando o saliendo de la catalogación de empresa o sociedad al socaire de la impronta legislativa predominante. No podemos más que, por ello, estar al derecho positivo vigente y a las formas que en este sentido se nos ofrezcan dejando aparcada, al menos de momento, esta logomaquia.

Por todo lo expuesto, debe concluirse aclarando que este trabajo se desarrollará entre las diferentes formas de "*sociedad pública*" existentes en la actualidad con una especial atención a la sociedad pública local, *lato sensu*.

Incluye, por tanto, este estudio a las denominadas sociedades de capital con participación pública como forma jurídica en cuyo seno vamos a encontrar constituidos los órganos corporativos previstos legalmente por nuestro derecho positivo y donde será plausible la aplicación de aquellas prácticas de gobierno corporativo que a nuestro proyecto atañen; por

¹⁶⁰ Vid. GARRIGUES DÍEZ-CAÑABATE, J., "Teoría General de las Sociedades Mercantiles", *Revista de Derecho Mercantil*, N° 132/1974133/1974, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 1974, en su referencia del capítulo VII acerca del contrato de sociedad.

¹⁶¹ Vid. NAVARRO FRÍAS, I., "Sociedades públicas: derecho mercantil "vs". Derecho administrativo...", *ob.cit.*, pp. 1-2. Sobre la diversidad de modalidades de personas jurídicas que actúan bajo el manto de la Administración *vid.* también SAÉNZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO, O., "Origen y evolución de la necesidad de crear entes del Sector Público bajo formas no integradas plenamente en la estructura de la Administración General del Estado", Capítulo I del libro "*El sector público económico de ámbito estatal: su régimen jurídico y realidad actual*", Edit. Dykinson, S.L., 2013, pp. 26-27.

lo que, a resultas de ello, será predominante el empleo del concepto *sociedad pública* por encima de cualquier otra denominación igualmente válida sin perjuicio de que *ut infra* se hagan reiteradas alusiones al fenómeno de la empresa pública con motivo de las diversas acepciones aportadas por los diferentes centros de poder público¹⁶². Dejaremos aparcadas, de este modo, otras formas societarias públicas como son las sociedades cooperativas para centrarnos en el objeto de nuestro análisis.

Procede a continuación, hacer un breve análisis de lo que puede entenderse actualmente cuando nos referimos de forma general a una sociedad pública.

1.1.2 Hacia un concepto de sociedad pública

Como paso previo al conocimiento del entorno contemporáneo en el que se desenvuelven las sociedades públicas, resulta coherente aproximarse con un afán exclusivamente didáctico -dada la consabida y tradicional imposibilidad de formular un concepto unitario- a la noción de sociedad de naturaleza pública, sin perjuicio de proceder a una posterior catalogación¹⁶³.

Para ello, vamos a dejar de lado aquellas figuras societarias que trascienden tanto desde un punto de vista jurídico como territorial nuestro ámbito nacional¹⁶⁴ y vamos a centrar nuestra atención en lo que tradicionalmente se ha venido entendiendo por sociedad pública en el Derecho español; más aún cuando, una vez instaurado el sistema de organización territorial del Estado por obra de la Constitución Española de 1978 (Título VIII), encontramos una gran variedad de entes públicos territoriales con potestad para establecer una pléyade de entes instrumentales dotados de personalidad jurídica destinados a la consecución de fines diversos.

En primer lugar, y como hemos puesto de manifiesto en el apartado anterior, debemos advenir que con independencia del régimen jurídico que regule la sociedad, ésta en cuanto a

¹⁶² Interesante a estos efectos resulta la aportación realizada por PÉREZ MORENO, A., “*La forma jurídica de las empresas públicas*”, Edit. Universidad de Sevilla, Colección: Derecho, Instituto García Oviedo, Núm. 17, correspondiente a la primera edición impresa de 1969, Sevilla, 2016, pp. 271-277, donde el autor aboga por proponer el establecimiento de una denominación terminológica más acertada para este tipo de construcciones jurídicas, a las que optaría por denominar “*Sociedades Administrativas*”.

¹⁶³ Catalogación que, como podrá comprobarse, no es más que una de las múltiples posibilidades que esta materia ofrece, pues como reconoce MELLADO RUIZ “[...], todo intento de sistematización, y posterior delimitación del régimen jurídico correspondiente, choca con la pluralidad, evanescencia y complejidad de un fenómeno lindante entre el Derecho privado y el Derecho público, e incluso fronterizo a distintas ciencias”. A este respecto, *vid.* MELLADO RUIZ, L., “Las sociedades mercantiles públicas: Marco europeo y constitucional de su actividad”, *Jornada sobre el concepto, actividad y futuro de las empresas públicas*, Universidad Rey Juan Carlos, 13 de abril de 2011, p. 28.

¹⁶⁴ Este sería el caso de aquellas formas empresariales de ámbito y régimen comunitario europeo que quedan actualmente clasificadas en los siguientes tipos: Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), Sociedad Anónima Europea o *Societas Europaeae* (SE) o la Sociedad Cooperativa Europea (SCE).

tal es considerada principalmente un instrumento de actuación en el mercado, por lo tanto, el concepto se reviste inicialmente de unas connotaciones de naturaleza económica.

Partiendo de esta realidad, se ha tratado de hacer radicar su enunciación en múltiples vertientes, así por ejemplo: empresa como una simple adición de factores de producción; empresa como persona jurídica (visión subjetiva); empresa como un patrimonio autónomo (visión patrimonialista); empresa como actividad del empresario (teoría dinámica); empresa como unidad productiva (teoría inmaterialista o espiritualista); empresa como contrato entre los factores de producción (visión contractualista) o incluso a través de una concepción atomística u holística de sus diferentes partes para ser entendida como una realidad única¹⁶⁵.

La sociedad a la que podemos calificar como pública¹⁶⁶ por los fines que persigue y por el sujeto inversor¹⁶⁷ que las crea o domina es, sin embargo, algo más que lo reseñado y cumple adicionalmente ciertas funciones que aparecen claramente delimitadas en su naturaleza cristalizando en una caracterización de la figura como un instrumento técnico empleado por la Administración para mediar en el mercado, o, dicho de otro modo, como instrumento de intervención pública en la economía¹⁶⁸ y, por añadidura, como técnica de organización de la Administración.

Es precisamente esta actividad económica desarrollada en forma de empresa (aspecto subjetivo) la que permitirá calificar al ente público como empresario con independencia de que dicha actividad ostente la condición –o no- de servicio público, superando, como señala ALONSO UREBA la tradicional distinción de la doctrina francesa del siglo XIX y principios del XX, que asociaba al servicio público toda actividad de la Administración¹⁶⁹.

Hablando ya del origen de la sociedad pública, el mismo puede residenciarse en la aplicación accidental y desenvuelta por parte de la Administración de la figura que

¹⁶⁵ Vid. OLIVA BLÁZQUEZ, F., “A vueltas con el concepto de empresa: la empresa comunitaria y la empresa pública”, *Estado y Derecho: nuevos roles en la economía*, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2013, pp. 121-122.

¹⁶⁶ Contrariamente a lo que algún sector doctrinal defiende, entendiéndose que no estamos más que ante simples sociedades mercantiles (por tanto, privadas) de capital y/o control público. Así, vid. ALMONACID LAMELAS, V., “Sociedades mercantiles municipales: regreso al derecho”, *Revista Derecho Local*, diciembre 2013, p. 3. <https://elderecho.com/sociedades-mercantiles-municipales-regreso-al-derecho> (Consultado: 08/01/2019).

¹⁶⁷ De este modo lo califica ARENAS ALEGRÍA, C., “Las Sociedades Públicas, régimen jurídico y replanteamiento actual”, VVAA, “*El sector público económico de ámbito estatal: su régimen jurídico y realidad actual*”, Edit. Dykinson, Madrid, 2013, p. 53.

¹⁶⁸ Vid. ALONSO UREBA, A., “*La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*”, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 134, donde el autor pone el acento en la importancia de los fines o funciones de la empresa pública en una economía de mercado como instrumento de política económica.

¹⁶⁹ *Ibid.* pp. 229-231 y 234-235. Para un mayor abundamiento en relación a la evolución doctrinal y las influencias del derecho comparado sobre el reconocimiento al ente público del *status* de empresario examínese lo comentado en la presente obra, pp. 271-276.

conocemos como “sociedades de economía mixta”¹⁷⁰, mediante la cual, se producía el auxilio de la Administración a la hora de financiar alguna obra o servicio público que era gestionado por empresas del ámbito privado, o, en los casos de servicios esenciales o gestión de monopolios para garantizarlos y participar de las ganancias, respectivamente¹⁷¹; de este modo se va sustituyendo de forma progresiva la base corporativa que está en el origen de las sociedades por un principio institucional de personificación única, cuyo capital es exclusivamente de origen público, dando lugar a un fenómeno que fue conocido por algún sector doctrinal como “*industrialismo municipal*”¹⁷².

En definitiva, lo que se pretende es trasladar a la gestión de servicios y actividades públicas los estándares de responsabilidad y eficiencia económica que tanto éxito habían demostrado en el sector privado durante la primera mitad del siglo XX¹⁷³.

En cualquier caso, para comprender hoy día esta peculiar intermediación en el mercado que ya encontrábamos en el origen de la empresa pública, debe partirse primeramente de la regulación constitucional contenida en nuestra Carta Magna, haciendo uso para ello de la visión economicista antes apuntada, y es que, si bien por un lado el artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, no es menos cierto que, por otro, el artículo 128 CE en su apartado segundo reconoce la iniciativa pública en la actividad económica¹⁷⁴; de modo tal que ambos preceptos deben ser conjugados en una suerte de equilibrio, en base al cual, las instancias públicas pueden coexistir en el mercado como agentes económicos junto a los agentes privados¹⁷⁵ manteniendo un absoluto respeto

¹⁷⁰ Recurso que venía impulsado por un proceso anterior extendido por todos los países occidentales mediante la utilización de sociedades mercantiles con el ánimo de alcanzar fines públicos y cuyo germen originario se sitúa en Alemania de 1914 a 1918 con la municipalización del suministro de gas de la ciudad de Königsberg, creando la “*Städtische Gasbetriebsgesellschaft*”, así BROSETA PONT, M., “Las empresas públicas en forma de sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 100/1966, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 1966, p. 3. Para mayor conocimiento acerca de esta cuestión nos remitimos a ORTUÑO PÉREZ, M.E., “*La empresa pública en forma privada: Antecedentes romanos y un apunte histórico en la legislación de régimen local preconstitucional en España*”, Edit. Dykinson, Madrid, 2017, II Parte, Capítulo III.

¹⁷¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “*Curso de Derecho Administrativo I*” en sus comentarios acerca de las sociedades de ente público, Edit. Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2015, pp. 453-454.

¹⁷² Vid. ORTUÑO PÉREZ, M.E., “*La empresa pública en forma privada: Antecedentes romanos...*”, *op.cit.*, p. 80.

¹⁷³ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “*Principios de Derecho Administrativo General I*”, Iustel, Madrid, 2016, p. 673.

¹⁷⁴ Acabando, desde ese momento, con la vigencia del principio de subsidiariedad de la iniciativa pública en la actividad económica que imperaba de manera generalizada en las relaciones de mercado. Por su parte, la doctrina ya viene considerando desde largo tiempo la creación de una empresa pública como un ejercicio concreto de la potestad de iniciativa pública económica, así vid. ALONSO UREBA, A., “*La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales...*”, *op.cit.*, p. 47 y pp.134-135.

¹⁷⁵ *Ibid.* pp. 174-175, en relación a los peligros de la empresa pública respecto de la iniciativa privada mediante las llamadas “*ventajas competenciales*” de la mano pública.

hacia la libertad de empresa, o dicho de otro modo, manteniendo la igualdad en las reglas del juego sin poner en riesgo la libre competencia, con la salvedad de las excepciones constitucionalmente consideradas¹⁷⁶.

Estos preceptos, en suma, legitiman la intervención de los poderes públicos en el sistema económico fundamentándola en la salvaguardia de bienes jurídicos diversos¹⁷⁷ (v.gr. libre competencia; planificación económica general e incluso ciertos derechos subjetivos)¹⁷⁸.

La necesidad de respetar dichos condicionantes fue reconocida asimismo por la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de octubre de 1989 en la que supeditaba la creación de una empresa pública a que *“en el ejercicio de la actividad económica de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio a las mismas reglas de libre competencia que rigen en el mercado”*¹⁷⁹. A estos efectos, concluye OLIVA BLÁZQUEZ que la empresa pública *“es una de las formas jurídicas a través de las cuales se organiza e instrumentaliza la iniciativa pública en la economía”*¹⁸⁰.

De esta peculiar perspectiva económica está imbuida igualmente la ya clásica definición de empresa pública que hace nuestra jurisprudencia en su Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1978 cuando señala que: *“La empresa, en cuanto actividad económica, tendrá la calificación de pública cuando haya sido creada o en ella participe la Administración asumiendo el riesgo o la dirección de modo pleno o relativo de acuerdo con la forma que adopte, para la realización de una actividad económica que, como fin esencial, motivó su existencia”*¹⁸¹. Esta sentencia parte de la unidad jurídica de la Administración que monta una organización en forma de empresa para realizar actividades económicas dentro de los fines institucionales previstos, y ello con independencia del régimen jurídico que discipline sus relaciones, ya sea público o privado. Se apuntan aquí dos criterios

¹⁷⁶ En este sentido, el artículo 128.2 CE señala que: *“[...] Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”*

¹⁷⁷ Respecto a esa salvaguarda de bienes jurídicos, ALONSO UREBA, A., *“La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales...”*, op.cit., pp.170-172, ya identificaba tres actuaciones fundamentales que la empresa pública podía desempeñar en el marco de las funciones del Estado: como modelo social a emular por el sector privado; como figura incentivadora, correctora o defensora del sistema de mercado conformado y, finalmente, como instrumento coyuntural de la política en momentos de crisis.

¹⁷⁸ Vid. MONTOYA MARTÍN, E., *“Las empresas públicas sometidas al derecho privado”*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 41-43.

¹⁷⁹ Cfr. STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989/7352). Interesante de esta sentencia resulta, igualmente, la teoría que manifiesta acerca de la aplicación del principio de especialidad a la empresa pública; principio fuertemente criticado por la doctrina desde entonces y que ha ido evolucionando hasta adoptarse un principio de capacidad general de las sociedades mercantiles públicas en el marco del principio de legalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁸⁰ Vid. OLIVA BLÁZQUEZ, F., *“A vueltas con el concepto de empresa...”*, op.cit., p. 141.

¹⁸¹ Cfr. STS de 28 de septiembre de 1978 (RJ 1978/2887).

fundamentales en la definición de la empresa pública desde el punto de vista jurisprudencial, a saber: control de la Administración sobre la organización empresarial y actividad económica ejercida por ella de acuerdo con los fines institucionales¹⁸².

De otra parte, y a diferencia de esta función atribuida a la empresa pública como agente económico del mercado, la misma ha sido también concebida para cumplir con otro cometido de carácter muy relevante. Tal propósito es el de gestionar aquellos servicios públicos calificados como sustanciales y que por esa misma razón deben mantenerse garantizados por el poder público con independencia de que su potencial rentabilidad sea escasa o no llegue a ser la deseada; aquí encontraríamos las conocidas como sociedades de servicio público *stricto sensu*¹⁸³ y que inicialmente fueron surgiendo en sustitución de la iniciativa privada en sectores muy específicos cuya explotación requería de fuertes inversiones *ad initio* (energía, telecomunicaciones) y que abocaron en las primeras sociedades públicas de corte monopolístico¹⁸⁴.

Bien sea como agente económico del mercado bien como prestador de servicios, el concepto de empresa pública ha sido calificado también por la jurisprudencia en función de la finalidad perseguida con su creación; así, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de noviembre de 1990¹⁸⁵ la contempla de la manera siguiente: “*Este sistema es una modalidad de actuación permitida y lícita en nuestro ordenamiento jurídico desde hace mucho tiempo, con carácter genérico, [...] como fórmula de evasión del Derecho público para hacer más flexible y eficaz el funcionamiento de ciertas actividades con un predominante talante empresarial.*”

Sin embargo y a pesar de lo expuesto hasta el momento, siguen siendo muchas las dudas que arroja el concepto jurídico de empresa pública, no tanto en su vertiente material como productor de bienes o prestador de servicios como cuanto a la descripción de su naturaleza y posibles formas jurídicas.

Como señala MARTIN-RETORTILLO, en estos planteamientos predomina una “accidentalidad” de esa forma jurídica que no permite configurar la empresa pública a través

¹⁸² Vid. GARCÍA RUÍZ, E., “Peculiaridades del régimen jurídico de las sociedades anónimas públicas”, *Tesis Doctorales (Edición Electrónica)*, Edit. Universidad de Almería, 2004, pp. 58-59.

¹⁸³ Vid. ALONSO UREBA, A., “*La Sociedad Mercantil de Capital como forma de la Empresa Pública Local*”, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1988, pp. 203-218.

¹⁸⁴ Hoy día puede afirmarse que esta situación ha sido en cierta medida superada y ya es posible constatar la existencia de fórmulas de colaboración público-privada que permiten compartir redes e infraestructuras con la finalidad de permitir la incorporación al mercado de pequeños y medianos operadores económicos en este tipo de sectores tradicionalmente cerrados.

¹⁸⁵ *Cfr.* Sentencia del TS de 29 noviembre 1990. F.D. II. (RJ 1990/10569).

de un concepto unitario, sino que la forma finalmente adoptada se establecerá en función de necesidades concretas y singulares al margen de esquemas predeterminados de carácter general. Afirma, en definitiva, que de lo que se trata es “[...] de asumir una valoración eminentemente empírica, que es la que, en síntesis, permite considerar como empresas públicas a entes institucionales de carácter público [...]”¹⁸⁶.

De una forma parecida se expresa GARRIDO FALLA cuando confirma que estamos ante un fenómeno funcional que se desarrolla luego bajo modelos jurídicos diversos¹⁸⁷. Esta heterogeneidad de formas y de situaciones a las que la Administración debe hacer frente es raíz de la imposibilidad para hablar a día de hoy de un Estatuto de la Empresa Pública como norma de cabecera de esta institución¹⁸⁸.

1.1.3 Criterios que conforman su naturaleza

Tras todas estas aseveraciones procede a continuación reseñar alguno de los principales criterios -teniendo en cuenta la panoplia existente- que han procurado conformar o configurar la naturaleza de la empresa pública con el propósito de alcanzar un concepto válido y generalmente aceptado acerca de esta figura más allá de la divergencia doctrinal en disputa sobre su pertenencia o no al mundo de las personificaciones instrumentales de los entes públicos que, como veremos al analizar el derecho positivo, resulta hoy superada en un sentido claramente favorable a su inclusión¹⁸⁹.

a) El criterio de la personalidad jurídica

La personalidad jurídica es el primero de estos criterios, resultando fundamental en cuanto representa un punto de confrontación relevante entre la forma jurídica adoptada por la empresa pública, que podrá suponer un mayor o menor grado de personificación y de responsabilidad (sociedad-socios) en función de la misma; y entre su dependencia jerárquico-funcional de la Administración que la crea.

¹⁸⁶ Vid. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “Las empresas públicas: reflexiones del momento presente”, ponencia del Congreso “*Entes instrumentales de las Administraciones Públicas*”, Sevilla, septiembre 1991, pp. 80-82.

¹⁸⁷ Esta descripción fue apuntada por GARRIDO FALLA, F., “La empresa pública en el Derecho español” como parte de la obra “*La Empresa Pública*”, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Tomo I, 1970.

¹⁸⁸ Los intentos en este sentido, sin embargo, no han sido escasos, así vid. MONTOYA MARTÍN, E., “*Las empresas públicas sometidas...*”, *op.cit.*, pp. 298-318.

¹⁸⁹ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “*Principios de Derecho Administrativo...*”, *op.cit.*, pp. 674-675; vid. asimismo lo recogido por MONTOYA MARTÍN, E., “*Las empresas públicas sometidas...*”, *op.cit.*, pp. 73-74, donde se alude a la STC 35/1983, de 11 de mayo (RTC 1983/35), que recoge el reconocimiento constitucional de la participación en la condición de “*poder público*” a aquellas formas propias de derecho privado utilizadas por la Administración para el ejercicio de sus funciones.

A este respecto, SUAN RODRÍGUEZ basa la distinción en función de que nos hallemos ante entes de base corporativa que, por su naturaleza, revestirán un carácter estrictamente independiente de las finalidades administrativas desarrolladas por su administración matriz y, por tanto, justifica la atribución de una personalidad jurídica singular; o bien, que nos situemos frente a entes de base fundacional en donde la atribución de personalidad y funciones se reduce a un mero formalismo al no nacer ningún ente realmente autónomo e independiente sino como un simple instrumento ancilar del ente central. Alude asimismo este autor a la dificultad de distinguir entre ambas figuras (corporativas y fundacionales) en la práctica jurídica, pues ambas, poseen elementos de la contraria en ciertos momentos de su constitución y durante su propia existencia¹⁹⁰.

A esta ambivalencia respecto de la personalidad jurídica de la empresa pública se suma también GARCÍA RUÍZ cuando señala que “*Se hace difícil considerar que la idea de la personalidad jurídica pueda vertebrar el concepto de empresa pública cuando, [...], no tenemos más remedio que admitir que hay empresas públicas sin personalidad jurídica que están orgánicamente encuadradas en la Administración; empresas públicas con personalidad jurídica privada, societarias o no; e incluso empresas privadas sin personalidad jurídica como, la comunidad de bienes que puede ser utilizada también por la Administración.*”¹⁹¹

Así lo entiende igualmente ALONSO UREBA, para quien la sola atribución de personalidad jurídica autónoma e independiente del ente creado respecto de la Administración matriz no permite garantizar la debida autonomía organizativa, patrimonial y de decisión que se exige para adquirir la condición de empresario por parte de la Administración¹⁹².

No obstante lo dicho y a pesar de la dificultad de utilizar el criterio de la personalidad jurídica del ente como clasificatorio¹⁹³ de lo que es y lo que no es una sociedad pública, no podemos desconocer que en el ámbito en el que nos movemos se da lo que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ RODRÍGUEZ describían como la doble manifestación de la

¹⁹⁰ Vid. SUAN RODRÍGUEZ, C., “La empresa pública bajo forma societaria. ¿Supone su régimen jurídico una derogación del derecho común de sociedades? El problema de su control”, *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo VII, pp. 2-3.

<http://vlex.com/vid/bajo-societaria-supone-derogacion-problema-231418> (Consultado: 02/01/2017).

¹⁹¹ Vid. GARCÍA RUÍZ, E., “Peculiaridades del régimen jurídico...”, *op.cit.*, p. 67.

¹⁹² Vid. ALONSO UREBA, A., “*La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales...*”, *op.cit.*, pp. 280-286.

¹⁹³ El propio Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que la personificación jurídica de entes instrumentales no es más que una técnica organizativa dirigida a conseguir en lo funcional y en lo financiero un marco de flexibilidad de actuación no ofrecido por el Derecho administrativo ordinario, *Cfr.* STS de 17 de mayo de 2012. Rec. 2616/2009 (RJ 2012/6821). En el mismo sentido la fundamental y profusamente citada por la doctrina STS de 22 de julio de 1986 (RJ 1986/5549).

personalidad jurídica del ente institucional; *ad extra*, en relación con los terceros dentro de su esfera funcional específica, e irremisiblemente *ad intra* en la relación interna con su ente matriz, como instrumento creado y manejado por él y, llegado el caso, suprimido a conveniencia¹⁹⁴. La propia jurisprudencia a la hora de valorar la gestión de servicios públicos a través de la personificación jurídico-mercantil es tajante al afirmar la dependencia pública de la titularidad del servicio, ya que, aunque intervengan los particulares en la prestación de servicios, subsiste en la Administración un poder de control y dirección inherente a su propia titularidad¹⁹⁵.

b) El criterio de la personificación y el régimen jurídico aplicable

Resulta irremediabilmente aneja a las sociedades públicas, prácticamente desde su origen, la discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada de este tipo de entes.

Entre otras cuestiones, debe constatarse aquí la falta de uniformidad observable en el Derecho público respecto a las distintas personalidades creadas. La Administración acude a la figura empresarial bajo el pretexto de flexibilizar la acción administrativa en aras a la consecución de ciertos intereses públicos o económicos mediante una retirada progresiva del Derecho público administrativo y acercándose al Derecho privado con total desentrevista mientras mantiene su personalidad jurídica pública, atribución esta última que constituye una verdadera facultad exorbitante en manos del poder público¹⁹⁶.

Esta situación ha permitido distinguir, de nuevo en palabras de SUAN RODRÍGUEZ, entre personalidades jurídicas plenas, parciales y meras subjetividades orgánicas. Igualmente se refiere a la quiebra del fenómeno asociativo que, en el caso de las sociedades de capital íntegramente público, crean entes dominados y gobernados por un socio único -la Administración fundadora- y cuya normalidad jurídica a la hora de su creación deja patente la vigente LSC¹⁹⁷, que, según el autor, deja en manos de la Administración la facultad de utilizar este poder conforme al principio de buena fe para el cumplimiento de las tareas que tiene encomendadas¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Curso de Derecho Administrativo...”, sobre la consistencia de las personas jurídicas institucionales, *op.cit.*, p. 443.

¹⁹⁵ Cfr. STS de 20 de junio de 1986 (RJ 1986/4743).

¹⁹⁶ Esta particular dicotomía ya supuso, como se ha puesto de manifiesto por importantes sectores doctrinales, la llamada crisis de la personalidad jurídico-pública y su dificultad para diferenciar a estas personificaciones de las personas jurídicas privadas.

¹⁹⁷ Cfr. Artículo 17 de LSC.

¹⁹⁸ Vid. SUAN RODRÍGUEZ, C., “La empresa pública bajo forma societaria...”, *op.cit.*, pp. 3-7.

Ahora bien, esta situación no empece y saca a relucir el hecho de la legitimidad de quien corresponda en cada caso para dilucidar posibles responsabilidades civiles que pudieran derivarse de la actuación del ente, haciendo para ello uso de la llamada doctrina del “*levantamiento del velo*”, doctrina que ya ha sido objeto de variados estudios monográficos y decisiones jurisprudenciales¹⁹⁹ y que resulta perfectamente compatible asimismo con la técnica de los denominados “*actos separables*” que permitirá enjuiciar la responsabilidad última administrativa con independencia de la actuación jurídico-privada del ente de gestión²⁰⁰; y ello porque, en definitiva y tal y como aprecia ALMONACID LAMELAS al analizar la cuestión, resultaría una ilegalidad pretender el acceso solo “*a lo mejor*” de la rama del Derecho administrativo y del Derecho privado mediante la utilización indiscriminada de formas instrumentales de naturaleza semipública o semiprivada²⁰¹.

Se nos aparecen, de este modo, las sociedades públicas como entes híbridos en la medida en que, como afirma CHINCHILLA MARÍN, son “*entidades que están a medio camino entre una Administración pública y una empresa privada, pues no siendo ni lo uno ni lo otro, tienen elementos característicos de ambos*”²⁰² lo que deja al principio de seguridad jurídica -principio que es exigible constitucionalmente ante cualquier manifestación institucional del poder público- frente a una compleja encrucijada.

c) Necesidad de ánimo de lucro en la actividad económica desarrollada

Un tercer criterio a destacar es el de la necesidad del ánimo de lucro en la actividad económica desarrollada por la sociedad pública, existiendo actualmente un consenso generalizado en que lo verdaderamente esencial es que la actividad económica desarrollada no sea gratuita, y ello tiene su basamento en las propias razones de eficacia y eficiencia que se le presume a la actividad administrativa en su relación con la distribución del gasto público de

¹⁹⁹ Cfr. STS de 28 de mayo de 1984. CDO.: IV. (RJ 1984/2800), primitiva sentencia que dio origen a la doctrina del “*levantamiento del velo*” elaborada por el Tribunal Supremo. Sobre esta cuestión, véase BALLINA DÍAZ, D., “*Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, (Monografías), pp. 140-142.

²⁰⁰ Cfr. STS de 26 de junio de 2001, F.D. Quinto. (RJ 2001/6398). Del mismo modo, merece la pena destacarse que la doctrina de los actos separables entra en juego no solo en el momento de enjuiciar la responsabilidad administrativa de la gestión del ente, sino incluso desde el momento de su creación a través de la autorización (legal o reglamentaria) que en cada caso corresponda. Este acto jurídico-público conformador de la voluntad administrativa debe reunir, necesariamente, la voluntad expresa de crear el ente; el objeto social del mismo y el nivel de participación de la Administración en el capital social. Vid. MONTOYA MARTÍN, E., “*Las empresas públicas sometidas...*”, *ob.cit.*, p. 471.

²⁰¹ Vid. ALMONACID LAMELAS, V., “*Sociedades mercantiles municipales: regreso...*”, *op.cit.*, pp. 8-9.

²⁰² CHINCHILLA MARÍN, C., “*Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?*”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 203, 2017, p. 25.

una manera equitativa. Igualmente queda superada la discusión acerca de si los entes públicos pueden ostentar la condición jurídica de empresario, dado que la legislación positiva da múltiples muestras de su admisión.

Por lo tanto, la actividad económica abstraída de ese fin lucrativo no es factible para la configuración de la empresa pública por sí sola, a la vista de la variedad de posibilidades que nuestra Constitución le reconoce a la Administración para intervenir en el mercado dentro del marco que ella misma dibuja en su artículo 38 CE. Evidentemente, no hay que perder de vista que la finalidad última del desarrollo de dicha actividad lucrativa deberá ser siempre el servicio al interés general²⁰³ (ex. art. 128.1 CE) o, al menos, no resultar incompatible con el mismo²⁰⁴.

d) El criterio del control efectivo

Un último criterio de relevancia que actualmente es reconocido como capital en el desempeño de definir la empresa como pública consiste en la necesidad de fijar la atención no tanto en la importancia de su titularidad cuanto del control efectivo²⁰⁵.

Cuando hablamos de control no nos estamos refiriendo al control que ostenta la Administración a través de la propiedad del capital, ya que esta titularidad reviste un componente esencialmente formal y no es determinante para la sumisión a las directrices u órdenes que puedan emanar de la Administración propietaria, aunque sí es cierto que puede ser uno de los instrumentos para alcanzarlo. Cuando aquí hablamos de control nos referimos al control público que sobre ella se ejerza, admitiéndose, en palabras de GARCÍA RUÍZ una doble perspectiva: una posición de superioridad de la Administración respecto de la empresa pública y la disposición de poder ejercer el control, por un lado; y por otro, las técnicas a

²⁰³ Cfr. STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989/7352), *cit. supra*. Igualmente, la STS de 22 de octubre de 2010. F.D. Sexto (RJ 2010/7546), contempla la defensa del interés público de la actividad desarrollada por la empresa pública Agencia EFE, incluso a pesar de la falta de rentabilidad económica de la misma.

²⁰⁴ En este sentido se pronuncia de forma reiterada el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 26 de febrero de 2002. Rec. 3050/1996 (RJ 2002/2625), en cuyo F.D. Vigésimo quinto, párrafo segundo, se asevera que: “Esta afirmación no puede quedar desvirtuada por el hecho de que en la actuación de la empresa municipal pueda existir ánimo de lucro, ya que éste es inherente a la actuación en régimen de Derecho privado, no resulta incompatible con el cumplimiento de fines de interés social ligados a la prestación de un servicio público y, en definitiva, al tratarse de una empresa de capital íntegramente municipal, está llamado a redundar en beneficio de los intereses generales del municipio, dentro de los fines que persigue la sociedad municipal.”

²⁰⁵ Así lo afirma ALONSO UREBA, A., “La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales...”, *op.cit.*, pp. 280 y 297-302 cuando señala que: “es la idea de control y no la de titularidad la que da contenido a la adjetivación de la empresa como pública”.

través de las que se ejerce dicho control (en función de la legislación y el régimen jurídico concreto que se aplique a la empresa)²⁰⁶.

Además, este control público va a suponer la necesidad de observar todos los principios y garantías constitucionales que son comunes a cualquier actuación del poder público²⁰⁷.

A esta faceta controladora se ha referido incluso la propia Intervención General de la Administración del Estado cuando ha elaborado su concepto de sociedad pública a la que califica como *“la unidad instrumental cuya actividad principal consiste en la producción de bienes y servicios (financieros y no financieros) destinada al mercado y controlada por las administraciones públicas, bien a través de la participación de estas en la propiedad del capital o bien mediante la capacidad de designar su dirección”*²⁰⁸.

Con todo, este control (externo) pone de manifiesto tensiones en el marco del Derecho de Sociedades que, en apariencia, parece dispensar al ente público de aquellos cauces habituales para ejercer el control que el derecho positivo ofrece al socio ordinario de la empresa mercantil.

A resultas de estos criterios definidores y como colofón, podemos concluir, haciendo uso nuevamente del esquema proporcionado por SUAN RODRÍGUEZ²⁰⁹ y de aquellos otros autores que recoge en su trabajo (v.gr. Martín Retortillo o Villar Palasí), que la sociedad pública puede estructurarse o clasificarse según los diversos criterios recién analizados, y fruto de ellos se nos permitiría distinguir entre las siguientes formas²¹⁰:

a) Sociedades Públicas sometidas al régimen general de las sociedades de capital y que actúan en régimen competitivo o de mercado y Sociedades prestadoras de servicios o intereses públicos.

b) Sociedades de Gestión directa (un solo socio) o de Gestión indirecta (varios socios, como en el caso de las sociedades de economía mixta).

c) Sociedades Públicas de Derecho Público (con o sin personalidad jurídica) y Sociedades de Derecho Privado (con participación única o mixta).

²⁰⁶ Vid. GARCÍA RUÍZ, E., “Peculiaridades del régimen jurídico...”, *op.cit.*, pp. 71-72.

²⁰⁷ Vid. MELLADO RUIZ, L., “Las sociedades mercantiles públicas: Marco europeo...”, *ob.cit.*, p. 30.

²⁰⁸ Definición que es aportada por ARENAS ALEGRÍA, C., en “Las Sociedades Públicas, régimen jurídico y replanteamiento...”, *op.cit.*, p. 55.

²⁰⁹ Vid. SUAN RODRÍGUEZ, C. “La empresa pública bajo forma societaria...”, *op.cit.*, pp. 11-12.

²¹⁰ Vid. ALONSO UREBA, A., “La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales...”, *ob.cit.*, p. 421, cuando indica textualmente que: “Por formas de empresa pública entendemos, por tanto, las distintas figuras jurídico-organizativa, bien de Derecho público o de Derecho privado, de las que se sirve la mano pública para el ejercicio de una actividad empresarial”.

d) Sociedades de accionariado público excluyente, Sociedades de accionariado público y privado concurrente y Sociedades de participación pública indirecta (filiales de otras empresas públicas).

Haciendo una recapitulación y con el propósito de enumerar de manera esquemática los posibles rasgos que definen a las empresas públicas (una vez que ha sido examinada su naturaleza y posible catalogación), podemos utilizar las conclusiones aportadas a este respecto por OLIVA BLÁZQUEZ²¹¹, quien de manera sucinta considera que cuando se habla de empresa pública:

I) Nos encontramos ante un ente instrumental que pertenece a una Administración Pública²¹² y del que ésta se vale para introducirse en el mercado y de esta manera prestar un servicio público de manera eficiente o bien sencillamente para desarrollar una actividad económica en pie de igualdad con el resto de competidores del sector privado.

II) La relación Administración-Empresa pública se basa en una relación de supremacía de la primera sobre la segunda, que se traducirá o bien en una participación mayoritaria de la Administración matriz o bien en una posición decisoria dominante en las tareas de gestión y administración.

III) Como cualquier otro aspecto de la administración, la creación de empresas públicas debe tener como finalidad última servir al interés general (*ex art. 103.1 y 128.1 CE*)²¹³.

IV) Por último, y en cuanto a su régimen jurídico regulador, puede decirse que en su origen la empresa pública fue ideada para no someter su actividad a las rígidas reglas del derecho público y facilitar la agilidad y operatividad en el cumplimiento de sus fines. Es por ello por lo que generalmente será el derecho privado el dominante en este tipo de figuras, especialmente en las relaciones con terceros (*ad extra*), sin que por ello deban dejarse de respetar las reglas esenciales del derecho administrativo ya que, en resumidas cuentas, como

²¹¹ Vid. OLIVA BLÁZQUEZ, F., “A vueltas con el concepto de empresa...”, *op.cit.*, p. 145.

²¹² Pertenencia que a lo largo de la evolución jurisprudencial ha sido discutida durante las últimas décadas en el sentido de valorar –o no– como actos de carácter “administrativo” las actuaciones emanadas por las sociedades públicas en el ejercicio de sus funciones. Dan muestra de ambos criterios las sentencias siguientes: STS de 27 de febrero de 1985, caso Iberia (LA LEY 9739-JF/0000) y la STS de 29 de noviembre de 1990, caso Televisión Española TVE, S.A. (RJ 1990/10569).

²¹³ Finalidad de interés general o de interés público que deriva de la utilización por parte de la Administración de la potestad de iniciativa económica pública (*ex art. 128.2 CE*) y que, como cualquier otra potestad posee entre sus elementos esenciales la causa, residida en el interés público pretendido. Estos intereses públicos podrán manifestarse tanto de forma directa como indirecta, a través de prestación de servicios o ejerciendo sencillamente una actividad de mercado. En este sentido, ALONSO UREBA, A., “*La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales...*”, *ob.cit.*, pp. 139-143. Igualmente, ARANA GARCÍA, E., “*Las sociedades municipales de gestión urbanística*”, Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, pp. 33-37.

expresó nuestro Tribunal Constitucional, se trata de una manifestación del poder público actuando a través de una figura jurídica interpuesta²¹⁴.

En definitiva, más allá de las múltiples manifestaciones en que pueda representarse la sociedad mercantil en el ámbito público, encontramos como principio vertebrador de todas ellas la presencia dominante de la Administración de la que depende que se vale de ella como instrumento más idóneo para llevar a cabo de una manera ágil el cumplimiento de alguno de sus objetivos o de sus políticas públicas que redunden en última instancia en el interés general del ciudadano al que sirve.

1.1.4 La sociedad pública en el Derecho positivo: estatal, autonómico y europeo.

En el ordenamiento jurídico-positivo actual la existencia y reconocimiento de la sociedad pública resulta fácilmente observable en sus diversas manifestaciones representándose como una figura más de la estructura multinivel en la que se configura el sistema administrativo español.

De su existencia da prueba incluso un bloque normativo eminentemente privatista como es la vigente LSC en su artículo 17, cuando trata las especialidades de las sociedades unipersonales públicas²¹⁵ (superando la legislación, de este modo, lo que tradicionalmente la doctrina mercantilista había calificado como una “*contradictio in adiecto*” al hablar de sociedades constituidas por un único socio)²¹⁶.

Veamos ahora la regulación vigente a nivel estatal y algunos ejemplos de carácter autonómico para pasar seguidamente al estudio de la sociedad local con mayor detalle, sin dejar en el olvido un breve apunte acerca de la concreción de la sociedad pública a nivel comunitario europeo.

Desde el prisma estatal, la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público²¹⁷ (LRJSP) dedica los artículos 111 a 117 a regular la conceptualización, principios informadores y demás elementos configuradores del régimen jurídico de las sociedades mercantiles para la

²¹⁴ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983 de 11 de mayo (RTC 1983/35). F. J. 3º.

²¹⁵ No ocurría así, sin embargo, con los antecedentes de derecho positivo en lo que a la empresa pública se refiere; puede examinarse a este respecto el análisis realizado desde la óptica financiera-presupuestaria por MONTOYA MARTÍN, E., “*Las empresas públicas sometidas...*”, *ob.cit.*, pp. 241-280, donde se realiza un exhaustivo análisis de la normativa de derecho positivo que regula el concepto de la empresa pública desde sus primeras alusiones en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de, de 26 de diciembre de 1958 hasta su mención ya en periodo constitucional por la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/1982, de 12 de mayo.

²¹⁶ Así, Aparicio, Gierke, Hueck, Lehmann, Houin o Ripert; *apud* BROSETA PONT, M., “Las empresas públicas en forma de...”, *op.cit.*, p. 8.

²¹⁷ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE nº. 236, de 2 de octubre de 2015.

Administración General del Estado, y apuntan dos criterios que resultan esenciales para su catalogación como empresa estatal: uno económico mediante la participación mayoritaria – superior al 50%- en el capital social (de forma exclusiva o mancomunadamente entre varios entes públicos) y otro de control en los términos del artículo 42 del Código de Comercio (aunque con una remisión ciertamente deficiente y hoy día obsoleta pues dirige a un artículo erróneo de la LMV) fundamentada en la capacidad de la Administración para ejercer una dominación determinante en los órganos de gobierno y administración societarios.

Tradicionalmente se han venido clasificando en función de la participación pública en el capital social, aunque la regulación vigente a estos efectos tan solo nos permite hablar de una presencia total (100%) o meramente mayoritaria (más del 50%) del ente público en el capital de la sociedad²¹⁸.

La disposición final sexta de la propia LRJSP redacta y actualiza, asimismo, el concepto de sociedad mercantil estatal previsto en la legislación patrimonial²¹⁹ constituida por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), utilizando un sentido idéntico al expuesto y con la misma remisión errónea a un artículo hoy derogado de la LMV.

Por otra parte, la normativa de contratación pública vigente también hace una alusión a las sociedades mercantiles que nos permiten confirmar el valor actual otorgado a los criterios que antes han sido expuestos. La clasificación que aquí encontramos nos servirá para considerar, en materia de contratación, cuando estamos ante figuras que comparten los rasgos fundamentales de aquellos entes que venimos calificando como públicos. De este modo, el artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP)²²⁰ realiza una división del ámbito de aplicación subjetivo de esta ley en la que separa escalonadamente tres especies de sujetos que a su vez permite establecer diferentes niveles de intensidad en el sometimiento a sus prescripciones en función de su dependencia pública más o menos

²¹⁸ Para ahondar en los criterios clasificatorios doctrinales de las sociedades mercantiles estatales en atención a la funcionalidad económica que posee la participación estatal en el capital *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “*Principios de Derecho Administrativo...*”, *op.cit.*, pp. 676-677.

²¹⁹ Legislación patrimonial que ya contemplaba la aplicación al patrimonio empresarial estatal de ciertas recomendaciones sobre gobierno corporativo, tal y como refleja el vigente Preámbulo del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la LPAP, cuando menciona las directrices de la OCDE sobre gobierno corporativo de las empresas públicas.

²²⁰ *Cfr.* Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017. <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9> (Consultado: 19/01/2019).

arraigada. En este sentido, encontramos inicialmente aquellas entidades que forman parte del sector público; en segundo lugar, se citan aquellas que dentro de este sector público tendrán la consideración de Administraciones Públicas y, finalmente, se hace referencia a las entidades que opta por calificar como poderes adjudicadores.

Pues bien, en lo que a nosotros nos afecta, califica la LCSP - artículo 3.1 letra h) - como parte del sector público a aquellas sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta de entidades tales como: las Administraciones territoriales, los Organismos Autónomos, Universidades, Consorcios o Fundaciones Públicas, entre otras, sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto para los Grupos de Sociedades en el artículo 5 del texto refundido de la LMV, que a su vez, nos remite al artículo 42 del Código de Comercio, donde, finalmente y tras esta más que mejorable técnica legislativa, nos encontramos de nuevo con el criterio de la influencia dominante (a través de derechos de voto o vía nombramientos).

En cuanto a la posible calificación de la sociedad pública como poder adjudicador, la LCSP les exige una serie de requisitos – artículo 3.3 letra d) -, que, como se verá, vuelve a incidir en la idea del control. Por tanto, como poder adjudicador serán calificadas las *“entidades con personalidad jurídica propia [...] que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”*²²¹.

Pasando a considerar ya el tratamiento de la cuestión desde el punto de vista de las Administraciones autonómicas, puede afirmarse primeramente que éstas, con base en su reconocida potestad de autoorganización²²² y poniendo al día las previsiones estatutarias dirigidas a la formación de un sector público económico propio, no han dejado pasar la ocasión para hacer empleo igualmente de la figura de la sociedad pública, dotándola de

²²¹ Para mayor conocimiento sobre que debe considerarse “sociedad pública que satisface necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” y demás requisitos para adquirir la condición de poder adjudicador, consúltense las referencias a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que realiza en Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015.

²²² Potestad derivada de la proclamación realizada por la Constitución Española en sus artículos 2, 137, 143 y 156, por mor de los cuales, se reconoce, entre otros, el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones.

personalidad y dando así cumplimiento a los respectivos intereses que tienen legalmente encomendados, en un proceso que se ha dado a conocer entre la doctrina como la “*segunda generación de la huida*” del Derecho Administrativo donde los paralelismos con las sucesivas “*descentralizaciones*” habidas en el territorio del estado a nivel competencial tras la aprobación de la Constitución Española resultan singularmente próximos.

Como acertadamente considera MONTROYA MARTÍN cuando repasa el concepto de empresa pública a nivel autonómico, la misma “*se contempla mayoritariamente desde la perspectiva de ser un componente del sector público. Desde esta óptica, se caracteriza por ser una organización creada para desarrollar una actividad empresarial de carácter comercial, industrial, financiera o análoga, llevada a cabo por la Administración autonómica, y siempre dentro del ámbito del interés comunitario*”²²³.

Los ejemplos de esta realidad son numerosos y dado el carácter meramente ilustrativo de este apartado haremos alusión exclusivamente a algunos de ellos que pueden resultar probatorios de esta sustantividad:

Como primer ejemplo, en la Comunidad Autónoma andaluza, la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía²²⁴ concibe a las sociedades mercantiles públicas (en sus artículos 75 a 77 y por remisión a la legislación sobre Hacienda Pública autonómica y de Patrimonio) como aquéllas en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus agencias y demás entidades de derecho público. Por tanto, en este caso, su existencia se fundamenta exclusivamente en un criterio económico, en línea con la legislación estatal.

Un segundo modelo a destacar lo podemos encontrar en la Comunidad Autónoma de Galicia, donde la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia²²⁵ establece la posibilidad de que la Comunidad Autónoma ejerza sus potestades y cumpla sus finalidades de tipo económico mediante esta figura societaria. Para ello, en su artículo 102 realiza una distinción entre sociedades mercantiles públicas autonómicas basadas en la participación mayoritaria de la Administración autonómica (Xunta de Galicia) o cualquiera de sus entes instrumentales en el

²²³ Vid. MONTROYA MARTÍN, E., “*Las empresas públicas sometidas...*”, *ob.cit.*, pp. 333-334.

²²⁴ Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la junta de Andalucía. BOE nº 276, de 17 de noviembre de 2007.

²²⁵ Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia. BOE nº 35, de 10 de febrero de 2011.

capital social por vía directa o indirecta; sociedades mercantiles no autonómicas respecto de las cuales la Administración o sus entes tengan una posición de dominio en sus órganos de gobierno y administración (mayoría de votos o capacidad de nombramiento de cargos gubernativos), en cuyo caso deberán someterse a esta ley; y finalmente, reconoce la posibilidad a la Xunta de Galicia de participar en sociedades de economía mixta sin que en ningún caso esta participación sea inferior al 10% ni superior al 50% del capital social de dichas sociedades.

Como tercera muestra, citaremos lo observado en la Comunidad Autónoma de Aragón, donde el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón²²⁶ señala en su artículo 83, de manera tajante, que exclusivamente son empresas de la Comunidad Autónoma las sociedades mercantiles en cuyo capital social tenga participación mayoritaria, directa o indirectamente, la Administración de la Comunidad Autónoma, por sí o a través de sus organismos públicos, de nuevo, por tanto, se acude a un criterio únicamente económico. No cierra la puerta esta ley, sin embargo, a la participación minoritaria del Gobierno de Aragón en otras empresas, siempre que, de acuerdo con el artículo 86, dicha participación sirva para el cumplimiento de los objetivos institucionales de la Comunidad Autónoma.

Un cuarto y último ejemplo a mencionar es el constituido por la regulación que al respecto hace la Comunidad de Madrid, donde la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid²²⁷ regula en un Título III (De las empresas públicas de la Comunidad) un criterio básicamente económico además de manera mediata, pues el artículo 64 de la referida ley habla sencillamente de aquellas sociedades mercantiles en cuyo capital la participación de la Comunidad de Madrid sea mayoritaria de forma directa o indirecta, para pasar a tratar sin mayor dilación del instrumento necesario para la constitución y disolución de estas sociedades.

Por otra parte, y como dijimos más arriba, tenemos que aludir asimismo a la presentación conceptual que de la empresa pública hace el ordenamiento comunitario europeo. Esta referencia queda plenamente justificada dada la condición del Derecho comunitario como parte integrante de nuestro Derecho interno y fundamentalmente también

²²⁶ Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. BOA nº 86, de 20 de julio de 2001.

²²⁷ Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid. BOE nº 53, de 2 de marzo de 1984.

por la repercusión directa que las relaciones de estos operadores jurídicos producen sobre el derecho de la competencia²²⁸.

De acuerdo con esto, podemos comenzar señalando que el Derecho comunitario tradicionalmente ha venido huyendo de formalismos nominativos o de organización para calificar a las empresas públicas; en su lugar, centra el foco de atención en la funcionalidad y demarcación jurídica de las empresas encuadradas en el sector público. Como señala MELLADO RUIZ, “*Para el ordenamiento y jurisprudencia europeas no sirven los criterios formales, orgánicos o procesales de actuación, [...], sino exclusivamente los parámetros funcionales y objetivos de la actividad específica perseguida por estos entes instrumentales, [...]. Para el ordenamiento comunitario lo importante es identificar todos los casos en los que los poderes públicos [...], intervienen en el mercado libre compitiendo con las empresas privadas*”²²⁹.

Partiendo de esta realidad podrá observarse como su fundamento nace de los mismos elementos con los que iniciábamos este apartado, esto es, un encuadre esencialmente económico-funcional (así lo contempla la jurisprudencia comunitaria)²³⁰ y un factor de “*influencia dominante*” de los poderes públicos sobre la dirección y administración empresarial, que será fundamental para delimitar el tipo de figura al que nos enfrentamos.

Ya desde el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²³¹ (en adelante TFUE) (artículo 345 en su versión actual), se partía de la neutralidad que suponía el hecho de que los Tratados en ningún modo prejuzgarían el régimen de la propiedad en los Estados miembros, lo cual incluye, como es obvio, a las propias empresas que sean propiedad de dichos Estados. Sin embargo, esta aparente neutralidad inicial comienza chocar con una serie de limitaciones desde el mismo momento en que se exige una paridad de trato respecto a las condiciones de actuación en el mercado de las empresas, ya públicas ya privadas, para hacer efectivo el pleno respeto del principio de libre competencia entre operadores económicos. De hecho, el propio artículo 106 TFUE en su apartado primero aclara que “*Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan*

²²⁸ Cfr. Artículo 106 TFUE (DOUE C 202/47 7.6.2016).

²²⁹ Vid. MELLADO RUIZ, L., “Las sociedades mercantiles públicas: Marco europeo...”, *ob.cit.*, p. 33.

²³⁰ Vid. OLIVA BLÁZQUEZ, F., “A vueltas con el concepto de empresa...”, *op.cit.*, p. 147.

²³¹ Cfr. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hecho en Roma el 25 de marzo de 1957. Entrada en vigor: 1 de mayo de 1999. Última versión vigente: 1 de mayo de 2019. LA LEY 6/1957.

derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, [...]”²³².

Partiendo, por tanto, de esa premisa antiformalista mencionada para la formulación del concepto de empresa pública a nivel comunitario, lo fundamental será la delimitación del criterio material acuñado por las instituciones y jurisprudencia comunitarias que, como decíamos, se basará en la existencia de “control efectivo” e “influencia dominante” de los poderes públicos. A este respecto, la primera definición particularizada a este nivel²³³ fue adoptada por la Comisión europea en la Directiva n° 80/723, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas²³⁴, donde se nos hacía una distinción entre Estado-Poder Público y Estado-Empresario teniendo como base al artículo 90.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Conforme al artículo 2º de la citada Directiva “[...] se entiende por:

- poderes públicos: el Estado, así como otras colectividades territoriales,

- empresa pública: cualquier empresa en la 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 rigen. Se presume que hay influencia dominante cuando los poderes públicos, directa o indirectamente, y respecto de la empresa; a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa, o b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.”²³⁵

Otro ejemplo más, prácticamente idéntico, de definición comunitaria de empresa pública en función de esa “*influencia dominante*” lo encontramos en la Directiva 93/38/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las

²³² Cfr. STJCE de 13 de diciembre de 2007, en el asunto C-250/06, apartados 14, 15 y 17 (TJCE 2007/365). También STJCE de 17 de julio de 2008, en el asunto C-347/06 apartado 61 (TJCE 2008/177).

²³³ Hasta ese momento la noción comunitaria de empresa pública era indistinta de la de empresa privada, estando ambas concebidas como centros de imputación de responsabilidades de cara al cumplimiento de las reglas de la libre competencia y de paridad de trato.

²³⁴ Diario Oficial n° L 195 de 29/07/1980 Modificaciones posteriores: Modificado por 385L0413 (DO L 229 28.08.1985 p.20) (EE T 8 V 3 p.7) Modificado por 393L0084 (DO L 254 12.10.1993 p.16) Recogido en 294A0103(65) 294A0103(65) (DO L 001 03.01.1994 p.457) Modificado por 300L0052 (DO L 193 29.07.2000 p.75).

²³⁵ Siguiendo a MONTOYA MARTÍN, E., “*Las empresas públicas sometidas...*”, *op.cit.*, pp. 171-172, la enumeración reseñada no es más que ejemplificativa. No estamos, por tanto, ante un *numerus clausus* de supuestos en los que dicha influencia dominante puede manifestarse; véase con especial interés la nota al pie n° 42 al tratar la cuestión del concepto amplio de empresa pública sobre la base del control.

telecomunicaciones²³⁶, cuyo artículo 1, apartado 2º reconoce que: “A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: [...] 2) *empresas públicas: aquéllas sobre las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:*

— *tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa, o*

— *dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o*

— *puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa.”*

En la actualidad, el concepto de empresa pública a nivel comunitario se encuentra previsto en la Directiva 2006/111/CE de la Comisión de 16 de noviembre de 2006, en un sentido similar al recién expuesto²³⁷, que fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por la aún vigente Ley 4/2007, 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.

En conexión con lo que se acaba de señalar, el Tribunal de justicia tiene declarado que no importa a este respecto la forma jurídica pública o privada de la empresa, tampoco si se encuentra o no integrada en la estructura organizativa (estatal) o si la diferenciación es viable en base a las distintas personalidades jurídicas individuales que puedan darse²³⁸, lo que es realmente relevante es la naturaleza de la actividad que se ejerce²³⁹.

Este criterio material en la categorización de la empresa pública conforme al ordenamiento comunitario ha tenido un vivo reflejo en la materia de contratación pública desde donde progresivamente la jurisprudencia europea ha ido espigando una serie de condicionamientos que han servido para catalogar a las empresas públicas y someterlas de

²³⁶ Diario Oficial nº L 199 de 9.8.1993, p. 84. Rectificada por: Rectificación, DO L 82 de 25.3.1994, p. 39 (93/38/CEE).

²³⁷ Así, el artículo 2 de la DIRECTIVA 2006/111/CE DE LA COMISIÓN de 16 de noviembre de 2006 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, define la empresa pública como: “*cualquier empresa en la 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 rigen.*”

²³⁸ Cfr. STJCE de 16 de junio de 1987, en el asunto 118/85, Comisión contra Italia, Rec. 1978. (TJCE 1987/95).

²³⁹ Cfr. STJUE de 16 de octubre de 2003, en el asunto C-283/2000 (TJCE 2003/329).

este modo a los límites derivados de los principios de libre acceso, igualdad y transparencia de la contratación pública²⁴⁰.

Como culminación a todo lo manifestado hasta el momento a lo largo de esta sección, resulta insoslayable dejar afianzada una premisa fundamental.

Esta premisa no es otra que la necesidad de que la Administración (y en última instancia el legislador) en el proceso de creación de la empresa pública correspondiente y sea cual sea la actividad que desempeñe respete -y también hoy día facilite toda la publicidad necesaria respecto a dicho acatamiento- aquellas vinculaciones o deberes que la Constitución impone a todo poder público como consecuencia de su propio origen que se halla radicado en esta parte del ordenamiento jurídico, de manera tal que algunos principios jurídicos capitales como son los de legalidad, igualdad, fiscalización pública o posibilidad de control judicial de su actuación, entre otros, entren dentro de la órbita de su operativa y desenvolvimiento natural²⁴¹ para, de este modo, gozar de la legitimidad propia de su origen público.

²⁴⁰ Vid. GIMENO FELIU, J. M., “Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!”, *Observatorio de Contratación Pública*, Sector Opinión, 21 de mayo 2018.

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.364/recategoria.121/remenu.3/chk.0efafd91425927c0da3a6440744ddaaf> (Consultado: 30/06/2019).

El autor pone de manifiesto en este artículo aquellos requisitos exigidos desde el derecho comunitario europeo para catalogar a las entidades que podrán ser calificadas de poder adjudicador conforme la Directiva 2014/24/UE, transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Los criterios subjetivo-funcionales para considerar a los organismos como de derecho público han sido recogidos de forma reiterada en la jurisprudencia comunitaria, estos criterios incluyen: que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; que esté dotado de personalidad jurídica propia, y que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público. Esto queda recogido a título de ejemplo en la STJUE de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet contra Vilniaus, en el asunto C-567/15 (JUR 2017/246213). Anteriormente lo recogieron las siguientes sentencias: STJCE de 15 de enero de 1998, en el asunto C-44/96 (TJCE 1998/3), la de 1 de febrero de 2001, en el asunto C-237/99 (TJCE 2001/24) y la de 22 de mayo de 2003, en el asunto C-18/2001 (TJCE 2003/152). En este mismo sentido, el Acuerdo 104/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Respecto a la exigencia del requisito del interés general destacar la *vis attractiva* del mismo conforme señala la STJCE de 10 de noviembre de 1998, Gemeente contra BFI Holding BV, en el asunto C-360/96 (TJCE 1998/268); también la STJCE de 15 de enero de 1998, Mannesmann contra Strohal, en el asunto C-44/96 (TJCE 1998/3) y la STJCE de 27 de febrero de 2003, Truley contra Bestattung, en el asunto C-373/00 (TJCE 2003/51). Como ejemplo relacionado con esta cuestión y en el que se condenaba al Reino de España resalta la STJCE de 16 de octubre de 2003, caso SIEPSA, en el asunto C-283/2000 (TJCE 2003/329). Respecto a la exigencia de personalidad jurídica propia puede destacarse, por todas, la STJCE de 15 de mayo de 2003, en el asunto C-214/00 (TJCE 2003/138). En cuanto al último de los requisitos funcionales exigidos, es decir, la influencia dominante, destacamos la siguiente jurisprudencia: STJCE de 3 de octubre de 2000, caso Universidad de Cambridge, en el asunto C-380/98 (TJCE 2000/228); la STJCE de 1 de febrero de 2001, Comisión contra República Francesa, en el asunto C-333/99 (TJCE 2001/25) y la STJCE de 13 de diciembre de 2007, caso Bayerischer, en el asunto C-337/06 (TJCE 2007/366).

²⁴¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R., “Curso de Derecho Administrativo...”, *op.cit.*, pp. 440-441.

1.2 La sociedad pública local

1.2.1 Introducción

En el presente apartado dirigiremos nuestra mirada hacia la denominada sociedad pública de ámbito o nivel local, personificación jurídica que será objeto principal de nuestro estudio a lo largo de este trabajo y blanco principal de la aplicación de aquellas medidas de gobierno corporativo que se puedan considerar factibles y encuadrables en semejante figura.

Consideramos asimismo pertinente hacer advertencia desde este preciso instante acerca de la extensión subjetiva y objetiva que este trabajo va a alcanzar en relación con el estudio de las empresas públicas locales.

A estos efectos, desde un punto de vista subjetivo nuestro análisis se verá fundamentalmente dirigido hacia aquellas empresas o sociedades que sean constituidas por las entidades locales territoriales legalmente reconocidas en el régimen local contando por tanto, entre otras, con las creadas por los municipios o las provincias donde se podrán englobar aquellas de capital íntegramente público (único o participado por varias Administraciones Públicas) tradicionalmente contempladas como modo de gestión de servicios o aquellas otras sobre las que se tenga control de cara al ejercicio de la iniciativa pública económica.

Esta acotación se fundamenta en el propósito cardinal de cumplir con un objetivo de eficacia que paralelamente procure evitar las distorsiones que una excesiva dispersión analítica pudieran causar mediante la inclusión de otras figuras societarias (véase mixtas o aquellas otras constituidas por entes de naturaleza instrumental o fundacional, o incluso sociedades filiales o grupos de sociedades bajo control o participación local), llegando a interferir en el prurito de obtener ciertas conclusiones útiles y objetivas que con esta tarea se pretende alcanzar.

Por otro lado, desde una perspectiva objetiva, nuestra actividad investigadora se dirigirá principalmente a estudiar aquellas medidas o estructuras de gobierno corporativo que consideremos aplicables a la sociedad local en todo lo que afecta a su régimen organizativo y de funcionamiento; quedando, por tanto, fuera de nuestro espectro analítico todo el proceso jurídico-público que, con carácter previo, conduce a la formación de la voluntad del ente local para la constitución del ente empresarial de que se trate.

Hecha esta precisión y retomando el hilo temático que aquí nos trae, señalaremos que a la hora de hablar de este tipo de ente instrumental, no resulta baladí recordar que la utilización de la figura empresarial por parte de las Administraciones Públicas tuvo su punto

de inicio histórico precisamente en el ámbito local a través de los fenómenos ya conocidos y estudiados ampliamente por la doctrina de la municipalización y la provincialización de servicios locales a la ciudadanía²⁴²; de este modo, es en el ámbito local donde primero se acude desde el derecho público a fórmulas jurídico-privadas como la empresa mercantil para su utilización como modo de gestión de las actividades de la competencia local dotándolas de un estatuto normativo mínimo en lo que al sometimiento administrativo se refiere.

Como luego tendremos ocasión de comprobar, las administraciones locales ostentan una potestad –discrecional en cuanto a la libertad de opciones habilitadas²⁴³ - que se encuentra reconocida legalmente y que las capacita para constituir y regular empresas públicas de carácter local²⁴⁴, constituyendo esta habilitación una manifestación singularizada de la capacidad de Derecho privado que los entes públicos locales poseen en paralelo con su capacidad de Derecho público y siempre dentro de la órbita del principio de legalidad, integrando un supuesto de lo nominado como potestad autoorganizativa del ente local²⁴⁵.

Ahora bien, el ente local creador de la sociedad siempre deberá contar con algún tipo de habilitación previa sin la cual no podrá intervenir en la actividad económica afectada, habilitación que según algún sector doctrinal puede estratificarse en tres niveles en función de la intensidad de la misma, a saber: una mera *capacidad* para desarrollar una actividad; una *competencia* que le atribuya ciertas potestades administrativas en algunas materias; y finalmente, la *titularidad* sobre la materia que admite llegado el caso hasta el ejercicio de la actividad en régimen de monopolio²⁴⁶.

Las circunstancias que pueden conducir a la creación de una empresa o sociedad mercantil de este nivel territorial podrían justificarse²⁴⁷ tanto en la necesidad de prestar un servicio público específico precisado de una prestación ágil y compatible con el tráfico

²⁴² Vid. MONTOYA MARTÍN, E., “Las empresas públicas sometidas...”, *op.cit.*, pp. 220-230, donde la autora realiza un análisis histórico de la irrupción del fenómeno de la municipalización en el ámbito jurídico-público abarcando un período que se extiende desde el comienzo del Derecho Administrativo del siglo XIX hasta mitad del siglo XX. También, ahondando en su procedimentalización, ARANA GARCÍA, E., “Las sociedades municipales de gestión...”, *op.cit.*, pp. 40-53.

²⁴³ Discrecionalidad que no supone la capacidad de creación indiscriminada de empresas públicas, dada la necesidad por parte del ente local de motivar en el expediente administrativo la eficacia de la medida. Así, BALLINA DÍAZ, D., “Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...”, *op.cit.*, pp. 66-67.

²⁴⁴ Cfr. Artículo 4.1. a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

²⁴⁵ Vid. ALONSO UREBA, A., “La Sociedad Mercantil de Capital como forma...”, *op. cit.*, pp. 63-67, 71-72.

²⁴⁶ Por todos, BALLINA DÍAZ, D., “Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...”, *op.cit.*, pp. 23-24.

²⁴⁷ Una vez asumida de forma indubitada la doctrina que justifica el recurso de los Poderes públicos a formas de Derecho privado para conseguir los fines que el Estado Social demanda. En este sentido, vid. CARRETERO PÉREZ, A., “La teoría de los actos separables”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, Nº 61, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1970, pp. 86-89.

mercantil, como en la pertinencia o la necesidad de crear empresas que se destinen a la simple realización de actividades económicas o de mercado de su competencia en base a la habilitación jurídico-constitucional de iniciativa pública económica que poseen; teniendo en cuenta que como hemos venido afirmando con anterioridad será la naturaleza de la actividad que se desarrolle lo que determinará su forma jurídica²⁴⁸, pues resulta evidente que actividades económicas propiamente dichas son los dos supuestos, si bien, ostentan un significado y un régimen jurídico distinto en uno y otro caso. Esto se ha venido viendo reflejado en las diferentes vías procedimentales que la legislación local ha establecido para su desarrollo²⁴⁹, aunque hay que reconocer que actualmente se encuentran bastante mediatizadas por razones de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera²⁵⁰.

Por tanto, podríamos hablar de dos tipos de empresas locales que doctrinalmente se han venido catalogando como: sociedades de servicio público y sociedades de mercado²⁵¹. En cualquier caso y sin perjuicio de esta división, bien es cierto que en su inmensa mayoría las empresas públicas locales van a ser creadas con el objeto de satisfacer preferentemente necesidades vecinales²⁵², como así lo va a poner de manifiesto el grueso de los preceptos que integran su régimen jurídico.

Puede observarse que hasta el momento esta descripción de la sociedad pública local en nada las hace diferir, *mutatis mutandis*, de sus homónimas estatales o autonómicas y al igual que ocurre en dichos ámbitos, también se regirán fundamentalmente por el ordenamiento jurídico privado, lo cual no implica que no estén sujetas, en ciertos aspectos, a principios y controles propios del derecho público, pues a esta dimensión pública corresponden del mismo modo los fondos que en todo momento se están manejando²⁵³.

²⁴⁸ Vid. ALONSO UREBA, A., “La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales...”. *ob.cit.*, p. 187.

²⁴⁹ Vid. ARANA GARCÍA, E., “El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local”, *Revista de Estudios de la Administración Local (REAL)*, N° 291, 2001-2003, p. 77.

²⁵⁰ Cfr. Artículos 85.2 A) último párrafo y 86.1 LRBRL. Concordante con esta realidad, destaca el hecho de que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia parecían adelantar esta necesidad legislativa cuando, desde hace años, ya vislumbraban los posibles desmanes que un ejercicio de la iniciativa económica desmedida podrían ocasionar a los presupuestos públicos, por lo que se exigía como presupuesto inicial para tal ejercicio una disponibilidad de medios, especialmente de carácter financiero, que tanto los autores como el Tribunal Supremo conectaban con una asignación equitativa de los recursos públicos *ex artículo 31.2 CE*. En estos términos, ARANA GARCÍA, E., “Las sociedades municipales de gestión...”, *op.cit.*, pp. 37-38.

²⁵¹ Vid. ALONSO UREBA, A., “La Sociedad Mercantil de Capital como forma de gestión de los servicios locales”, *Tratado de Derecho Municipal*, Volumen III, Edit. Civitas, Madrid, 1988, pp. 1301-1376.

²⁵² Vid. BALLINA DÍAZ, D., “Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...”, *op.cit.*, pp. 19 y 91.

²⁵³ Vid. VALLECILLO MORENO, F., “Retrato de una empresa pública que no huye del derecho administrativo”, *Instituto Superior de Economía Local (ISEL)*, 2014.

<https://isel.org/retrato-de-una-empresa-publica-que-no-huye-del-derecho-administrativo/>

Para una individualización más adecuada procede el estudio de su régimen jurídico que tratamos a continuación.

1.2.2 Régimen regulatorio actual

Debemos partir de la premisa de que la Constitución Española, al tratar la cuestión de la Administración Local, realiza en sus artículos 137, 140 y 141 una apuesta decidida por la autogestión de los respectivos entes locales, permitiendo e impulsando en el marco de dicha autonomía una gestión de los servicios públicos y de su política económica a través de las fórmulas que estos entes autárquicos consideren más eficientes. Una de éstas fórmulas no es otra que la empresa pública local²⁵⁴.

El bloque normativo que afecta a la empresa local encuentra uno de sus primeros referentes, aún hoy día, en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955²⁵⁵ (en adelante RSCL), el cual, con las debidas adaptaciones, mantiene todavía su vigencia junto con el resto de la normativa básica de régimen local en lo que a la regulación de la empresa local se refiere, lo cual resulta llamativo sobre todo si tenemos en cuenta su carácter de norma preconstitucional.

El RSCL dedica a la empresa local la Subsección 4ª de la Sección 3ª del Título III de la norma cuando regula las modalidades de gestión directa de los servicios de las Corporaciones Locales²⁵⁶. Con dicho encuadre, el Reglamento habilita a los entes locales a gestionar directamente los servicios económicos de su competencia en régimen de empresa privada que, como señala su artículo 89, podrá adoptar la forma de responsabilidad limitada o de Sociedad Anónima. Destaca también este mismo artículo en su apartado segundo que la corporación interesada será la propietaria exclusiva del capital de la empresa, prescripción

(Consultado:16-07-2015).

²⁵⁴ Vid. ORTUÑO PÉREZ, M. E., “La empresa pública en forma privada: Antecedentes romanos...”, *op.cit.*, p. 118.

²⁵⁵ Cfr. Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (RSCL). [https://www.boe.es/eli/es/d/1955/06/17/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1955/06/17/(1)/con) (Consultado: 08/01/2019).

Junto con el RSCL hay que destacar asimismo el Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953 (que aún mantiene algún artículo en vigor); ambos textos prevén la constitución de sociedades mercantiles para explotar en forma de empresa privada servicios municipales y actividades mercantiles.

²⁵⁶ Conviene hacer en este momento una breve precisión terminológica, pues, cuando el RSCL se refiere a la *Corporación Local*, debe entenderse que quedaría englobado en dicho concepto el ente local en su conjunto. Sin embargo, desde la aprobación de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local en el año 1985, la regulación del ente local territorial prescribe que éste desarrollará su gobierno y administración mediante las figuras institucionales de los *Ayuntamientos o Diputaciones provinciales* (o las demás previstas), en cuyo seno se integran -en el caso municipal- el Alcalde y los Concejales, los cuales a su vez constituirían, ahora sí, la Corporación local en un plano diferenciado al resto de la organización administrativa. Un paso más en esta cuestión se afrontaría al hacer mención al *sector público local*, que integraría, además de los mencionados, a todo el *holding* municipal dependiente o vinculado a la entidad local.

que, como seguidamente se verá, ha evolucionado mediante la apertura a la participación de otro capital siempre que éste tenga exclusivamente el carácter de público, rompiendo la dinámica de unipersonalidad que venía caracterizando al régimen local de las sociedades mercantiles.

Estructuró asimismo el RSCL la división funcional de la empresa local para llevar a cabo la dirección y administración de la misma en una triada orgánica que se ha mantenido hasta nuestros días con una efectiva y generalizada aplicación; y esto con independencia de la posibilidad de prever, vía Estatutos sociales, otras unidades intermedias o adjuntas con funciones específicas. Estos tres órganos anunciados están conformados por la Junta General, cuyas funciones serán asumidas por la propia Corporación; el Consejo de Administración, como órgano fundamental para el impulso de la actividad empresarial y las tareas ejecutivas fundamentales y, finalmente; la Gerencia, como figura a la que se le atribuyen todas las funciones de gestión administrativa diaria y de decisión que les sean delegadas por el Consejo de Administración.

Otro aspecto fundamental recogido en el RSCL es el previsto en el artículo 92 de la norma donde se le atribuye a la Corporación (que como hemos dicho actuará constituida como Junta General de la sociedad local), el estatuto procedimental y el correspondiente al régimen de adopción de acuerdos previstos tanto en la Ley –de Régimen Local- como en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF) que fue aprobado mediante Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre²⁵⁷; es decir, el Reglamento somete el funcionamiento de uno de los principales órganos de la sociedad al derecho público, garantizando con sus cautelas y controles un instrumento de limitación ante posibles exorbitancias a cometer a costa del erario público, y ello es así, pese a que aún exista algún precepto normativo en vigor que parezca indicar una aplicación absoluta del derecho privado en todas sus esferas de actuación, [sic] artículo 103.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL): “[...] *La Sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la Entidad local,*

²⁵⁷ Cfr. BOE de 22 de diciembre de 1986.

la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto representando al capital social”²⁵⁸.

A colación de este artículo, resulta de nuevo necesario hacer mención a la evolución legal que ha tenido lugar en torno a la exigencia de aportación íntegra del capital por parte de la Entidad Local tal y como prescribe este artículo 103.1 TRRL recién transcrito, el cual, como antes avanzado, es superado por vía legal haciendo inane esta exigencia y trasladando la idea de preponderancia local al concepto de mayoría en la aportación social y a la capacidad de control sobre el ente, tal y como ahora se verá.

Los restantes preceptos que el RSCL dedica a la empresa local van a regular aspectos en materia de nombramientos y de atribución de funciones que en otra sección de este trabajo podrán ser objeto de una atención pormenorizada a través de la perspectiva del buen gobierno corporativo, a la cual nos remitimos. De igual modo y para finalizar, la gestión de servicios a través de empresa mixta también es recogida por el RSCL en sus artículos 102 a 112, cuyo estudio, conforme a lo dicho en la introducción de este apartado, excede de nuestro objeto de análisis.

Pasando a continuación a examinar la normativa de rango jerárquicamente superior a la expuesta que atañe igualmente a la sociedad pública local, podemos comenzar observando que la legislación básica reguladora de este régimen²⁵⁹ hace alusión a la figura de las sociedades mercantiles locales tanto en el artículo 85.2 A) letra d) como en el artículo 85 *ter*, ambos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local²⁶⁰ (en adelante, LRBRL). Íntimamente relacionados con ellos se encuentra el artículo 86.1, también de la LRBRL, donde se consagra legalmente la posibilidad de que las entidades locales puedan ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas.

²⁵⁸ Sobre este aspecto se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2002, Rec. 11860/1998 (RJ 2002/9642), en su F.D. Segundo, donde ratificó los argumentos de la sentencia de instancia en relación a la procedencia para aplicar las normas de Derecho Administrativo en lo referente a la convocatoria de una Junta General Extraordinaria y la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para su control posterior evitando así la llamada “*huida del Derecho administrativo*” y los consiguientes controles por parte de entidades que gestionan servicios públicos.

²⁵⁹ Reconocida por el TC como legislación básica que sirve como canon de constitucionalidad respecto de la legislación de desarrollo del régimen local en la medida en que concreta la garantía institucional de la autonomía local en aquellos aspectos que son enraizables directamente en los artículos 137, 140 y 141 CE. STC 159/2001 de 5 de julio (RTC 2001/159) y STC 240/2006 de 20 de julio (RTC 2006/240).

²⁶⁰ Sendos artículos redactados conforme a la relevante Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), que supuso una reordenación sustancial del régimen local tanto en materia competencial como en la garantía y mantenimiento de la estabilidad económico-financiera y presupuestaria.

El primero de ellos está destinado a la regulación de los servicios públicos de competencia local y sus diferentes formas de gestión, señalando a la sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública como una de las formas de gestión directa de dichos servicios²⁶¹.

En anteriores versiones previas a la Ley 27/2013 (LRSAL) se hablaba de “*sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local*”²⁶², habiendo evolucionado esta fórmula en virtud de lo previsto en la Disposición final primera de la ya derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, hasta su redacción actual, abriendo la posibilidad de permitir la entrada de distinto capital “*exclusivamente público*” en dichas sociedades locales²⁶³, siempre que el capital mayoritario se siga residenciando en la entidad local titular del ente correspondiente²⁶⁴.

Existen, no obstante, posturas contrarias a esta consideración con independencia de la participación del ente local en el capital social, optando para estos supuestos por el recurso a otras figuras que, sobre el papel, resultarían más eficaces y que también están previstas en el ordenamiento jurídico y donde también confluyen varias administraciones con el objetivo de gestionar los servicios públicos locales (v. gr. los consorcios)²⁶⁵.

Nosotros, empero, debemos mantener la naturaleza local de estas sociedades, y lo hacemos con base tanto en la comprobable falta de prohibición expresa por parte del ordenamiento regulador como en la finalidad buscada por el legislador al abrir la posibilidad a distintos capitales dada la nueva redacción del artículo 85.2 A) letra d) LRBRL, dejando eso sí, a salvo siempre el hecho de que la titularidad sea pública y exigiendo que, para que no

²⁶¹ Dicho artículo condiciona el recurso a esta forma de gestión a criterios de sostenibilidad y eficiencia que deberán ser fehacientemente acreditados, así como a una serie de elementos que deberán formar parte del expediente correspondiente (entre otros: una memoria justificativa; el informe sobre el coste del servicio o el informe de la intervención local).

²⁶² Y no solo en la LRBRL de 1985 se establecía esta condicionalidad, pues esa exigencia viene heredada de la sociedad privada que configuraba la Ley de Régimen Local de 1950, en idénticos términos.

²⁶³ Vid. FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., “La Junta General en las sociedades mercantiles locales. Comentario a la Sentencia del TC 137/2018, de 13 de diciembre (BOE 15 de enero de 2019)”, *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, N° 219, marzo 2019, p. 51.

²⁶⁴ Un ejemplo en la evolución legislativa a este respecto lo encontramos asimismo en la legislación autonómica, donde la configuración jurídica que hace la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía en su artículo 39 habilita la creación de sociedades interlocales cuyo capital será exclusivamente público local (de varias entidades) prohibiendo la entrada de capital privado y con la finalidad de gestionar servicios de la competencia de varias de esas entidades.

²⁶⁵ Vid. BALLINA DÍAZ, D., “*Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...*”, *op.cit.*, pp. 369-370.

exista una desnaturalización como la que se imputa, deba existir siempre una preponderancia en el capital por parte del ente local competente en la gestión del servicio de que se trate²⁶⁶.

Merece ser mencionado el hecho de que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público²⁶⁷, el artículo 85 en su apartado B (no derogado expresamente pese a su evidente obsolescencia), permitía remitir al contrato de gestión de servicios públicos la gestión indirecta de los servicios públicos utilizando la modalidad de sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas; sin embargo, la nueva ley de contratos ha acabado con dicha sistematización reconduciendo la gestión indirecta de servicios públicos a dos nuevas modalidades de contratación en función de la asunción o no por el concesionario o contratista del “riesgo operacional” de la prestación contractual; hablamos, en definitiva, de los contratos de servicios o de concesión de servicios.

Esta circunstancia pensamos que no es óbice, haciendo un uso prudente de la hermenéutica jurídica, para que las sociedades mixtas puedan seguir siendo adjudicatarias de dichos contratos, si bien, y como venimos reiterando, no nos ocuparemos con exhaustividad de este tipo de figura mercantil para el objeto de nuestro estudio, sin perjuicio de aquellas alusiones que consideremos de interés.

En segundo lugar, procede un examen aquilatado del artículo 85 *ter* de la Ley 7/1985, que literalmente nos expresa en tres apartados que: “1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo. 2. La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad. 3. Los

²⁶⁶ A cuyos argumentos habría que adicionar la inclusión de la empresa nacida bajo estas circunstancias en el llamado sector público local, dada su participación mayoritaria en el capital social tal y como veremos posteriormente al examinar el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre.

²⁶⁷ Cfr. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017. <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9> (Consultado: 19/01/2019).

estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.”

Como puede advertirse, el artículo 85 ter de la LRBRL²⁶⁸ supera cualquier discrepancia anterior que pudiera albergarse acerca del régimen jurídico regulador de la sociedad mercantil en las diferentes materias implicadas en su funcionamiento con una preponderancia del ordenamiento jurídico privado, pero dejando explicitada una “reserva pública” para materias que se convienen como especialmente sensibles (*v.gr.* presupuestos, contratación, etc.), que, junto con la técnica del levantamiento del velo ya referida, matiza de manera importante la rotundidad con que el artículo 85 ter 1º comienza definiendo el régimen jurídico de estas sociedades.

De esta situación, parece deducirse que, dada la falta de derogación expresa y, por tanto, vigencia de ciertos preceptos reglamentarios que, si bien no contradicen lo prescrito por las normas legales sí que introducen cierta disfunción en materia de organización y funcionamiento; los mismos habrán de servir para proporcionar orientación²⁶⁹, cuando no, solución al ente local fundador en el marco de su absoluta libertad para establecer el régimen organizativo y funcional de la sociedad creada²⁷⁰.

En este instante, conviene realizar un pequeño inciso para poner de manifiesto hasta qué punto resulta fundamental para nuestro cometido investigador el hecho de conocer el estado actual de ese bloque normativo de derecho privado a la que acabamos de hacer referencia y que afecta tan directamente al régimen jurídico de la empresa local. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la legislación de sociedades a la que nos estamos refiriendo (LSC) fue objeto de una importante reforma en el año 2014.

En efecto, por medio de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo²⁷¹ se abordó un profundo análisis de la situación del buen gobierno de las sociedades en España que supuso la plasmación en normas imperativas de un conjunto de medidas para mejorar la eficacia y

²⁶⁸ Artículo catalogado como legislación básica por la STC 137/2018, de 13 de diciembre. BOE 15/01/2019. F.J. 2º. (RTC 2018/137).

²⁶⁹ De esta “orientación” parece haberse servido algunas legislaciones autonómicas tal y como puede entreverse del visto bueno concedido por el Consejo de Estado en su Dictamen 390/2018 de 31 de mayo, al mencionar algunos ejemplos de buena regulación en donde se identificaba directamente el Pleno municipal con la Junta General de la sociedad local. Sin embargo, seguimos reafirmando la autonomía de los entes locales en lo que a libertad de organización y funcionamiento de sus empresas respecta.

²⁷⁰ *Vid.* BALLINA DÍAZ, D., “*Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...*”, *op.cit.*, p. 98.

²⁷¹ *Cfr.* Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014. <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/12/03/31> (Consultado: 04/06/2019).

responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas. Esta Ley 31/2014 traía causa de las conclusiones a las que llegó la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo que el Consejo de Ministros constituyó el 10 de mayo de 2013.

De manera esquemática puede decirse que esta reforma incidía sobre dos grandes bloques normativos: la regulación de la Junta General de Accionistas y los derechos de los accionistas, por un lado; la normativa del Consejo de Administración y el estatuto de los administradores, sus deberes, responsabilidad, organización, funcionamiento, sistemas de remuneración y comisiones del Consejo, por otro lado. Como señalaba SEBASTIÁN QUETGLAS a propósito del Proyecto de Ley que posteriormente se convirtió en la Ley 31/2014, esta regulación debe ser valorada positivamente en un triple ámbito: en el de la oportunidad, pues supuso la renovación de ciertas instituciones que presentaban evidentes signos de atrofia y anacronía; desde el punto de vista de gobierno corporativo, que es el verdadero motor de la renovación en la actividad societaria; y en el de la materia societaria en sí, incorporando cambios en la regulación de ciertas cuestiones de incontestable relevancia²⁷².

Como decíamos un poco más arriba, relacionado directamente con los artículos 85.2 y 85 ter LRBRL se encuentra el artículo 86 del mismo texto legal dando carta de naturaleza legal a la iniciativa pública económica a nivel local. Según el mismo: *“1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.*

*Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.”*²⁷³

Por lo tanto, esta iniciativa deberá ser acordada por la Corporación respectiva la cual tramitará el correspondiente expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de su

²⁷² Vid. SEBASTIÁN QUETGLAS, R., “El proyecto de ley para la mejora del gobierno corporativo de las empresas”, *LA LEY mercantil*, N° 3, Sección Editorial, junio 2014, Edit. LA LEY 4450/2014, pp. 1-7.

²⁷³ Artículo 86 LRBRL redactado por el número veintitrés del artículo primero de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), añadiendo el requisito de garantizar el objetivo de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y la ausencia de riesgos en el ejercicio de sus competencias.

ejercicio tanto para operar en el tráfico económico como un sujeto más como cuando se trate de reservar al sector público una actividad o servicio determinado²⁷⁴. Interesante a estos efectos resulta lo fallado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 donde se corrobora la necesidad de tramitar dicho expediente de iniciativa pública económica al acordar la creación de una sociedad mercantil municipal que tiene por objeto un servicio público local esencial²⁷⁵, no obstante, la citada sentencia no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina administrativa que se centran principalmente en el hecho de que el Alto tribunal viene a actuar de facto como un legislador, exigiendo requisitos procedimentales no previstos legalmente con independencia del carácter de la actividad económica desarrollada que se esté considerando (bien dación de bienes al mercado bien un estricto servicio público)²⁷⁶.

Concordante con este artículo 86 LRBRL resulta el artículo 96 TRRL, que parece potenciar la amplitud de las entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, si bien, debe entenderse limitado y supeditado a las restricciones de tipo económico y presupuestario que, tras la LRSAL, se aplican en materia competencial a las entidades locales encuadradas en su ámbito de aplicación.

Realizado este primer análisis, es el momento de poner nuestro foco de atención en la legislación autonómica.

Teniendo presente la distribución constitucional de competencias en materia de Administración Local, puede afirmarse que resulta posible por parte de las Comunidades Autónomas legislar de cara a la creación de empresas o sociedades mercantiles de carácter local.

Merece ser destacado, por su cercanía, el supuesto presente en la legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante LAULA)²⁷⁷ realiza una delimitación sistemática y terminológica

²⁷⁴ Aunque en este último caso y tras la LRSAL, la competencia sobre dichos servicios deberá venir atribuida expresamente en algún título legal, dificultando aún más la capacidad para encuadrar una actividad municipal en servicio público o en mera actividad económica, pues tras dicho texto legal, la autonomía local para hacer uso de la cláusula general de competencia exige autorización expresa de las administraciones estatal o autonómica, mientras que ha mantenido intacta la iniciativa para el desarrollo de actividades económicas por ciertos entes locales; profundiza sobre esta cuestión BALLINA DÍAZ, D., “*Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...*”, *op.cit.*, pp. 33-38.

²⁷⁵ Cfr. STS de 1 de febrero de 2002. Rec. 6139/1996 (RJ 2002/1590). F.D. Segundo.

²⁷⁶ A este respecto, *vid.* ARANA GARCÍA, E., “El procedimiento administrativo necesario...”, *op.cit.*, p. 80.

²⁷⁷ Cfr. Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía. BOE núm. 174, de 19/07/2010. <https://www.boe.es/eli/es-an/l/2010/06/11/5/con> (Consultado: 18/01/2019).

entre sociedad mercantil local y empresa pública local en función de la participación pública en el capital social, la posición dominante y la finalidad de su actividad.

De este modo, la LAULA contempla a la sociedad mercantil local como uno de los múltiples modos de gestión de los servicios públicos; así el artículo 38.1 prescribe que “*Las sociedades mercantiles locales tendrán por objeto la realización de actividades o la gestión de servicios de competencia de la entidad local*”, y continúa con un desarrollo de su régimen jurídico en un sentido similar y acomodado al previsto en la legislación básica de régimen local recién examinada y donde exige que capital social sea íntegramente de titularidad directa o indirecta de una entidad local.

Por otra parte, si la finalidad pública a desarrollar consiste en el ejercicio de la iniciativa económica local en régimen de libre concurrencia de acuerdo con lo contemplado en el artículo 128.2 de la Constitución Española, la LAULA prevé que la figura a considerar adquiera la forma de empresa pública local, en cuyo caso, los entes locales deberán ostentar, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Así lo dispone el artículo 46.2 de la LAULA, concretando el apartado tercero de este mismo artículo que “*Las empresas públicas locales tendrán por objeto la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia*”.

Partiendo de estas premisas, no resulta extraño que la legislación sectorial autonómica también se haya preocupado de contemplar, si bien a veces de manera indirecta, la figura de la empresa pública local, haciendo suya la operatividad que su particular régimen jurídico ofrece para el cumplimiento de la finalidad que cada sector de actividad demande²⁷⁸.

Pues bien, resulta que de toda esta argumentación no puede extraerse, a nuestro pesar, un criterio definidor y meridiano que permita discernir aquellos supuestos de empresas que puedan ser catalogadas como estrictamente locales; de hecho, *obiter dicta*, ni siquiera aclara en manos de quien debe recaer la responsabilidad de ostentar la mayor presencia en el capital social²⁷⁹, no obstante lo cual, nosotros nos reafirmamos en mantener lo anteriormente

²⁷⁸ Nótese, a este respecto, lo expresado en el artículo 71.2 de Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (BOE núm. 12, de 14/01/2003), con ocasión de la gestión del patrimonio público de suelo de la que el ente local sea titular, facilitando la creación de sociedades mercantiles gestoras de dicho suelo y conservando el capital social en la mano pública en su integridad.

<https://www.boe.es/eli/es-an/1/2002/12/17/7/con> (Consultado: 18/01/2019).

²⁷⁹ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “*Principios de Derecho Administrativo...*”, *op.cit.*, p. 683.

apuntado acerca de la necesidad de que la participación local en el capital social –público- sea preponderante²⁸⁰.

Sin embargo, sí que nos puede resultar útil, a estos efectos, la clasificación que con motivo del desarrollo reglamentario dispuesto para la Ley de Estabilidad Presupuestaria del año 2001²⁸¹ en su aplicación a las entidades locales, realizó el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, cuyo artículo 2 atinente al alcance subjetivo del Inventario de Entes del Sector Público Local considera sociedades mercantiles locales a aquellas sociedades en las que se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- Que la entidad local, sus entes dependientes, vinculados o participados por la misma, participen en su capital social, directa o indirectamente, de forma mayoritaria.

- Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, disponga de derechos de voto mayoritarios en la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.

- Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.

- Que el administrador único o la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad, hayan sido designados en su calidad de miembros o consejeros por la entidad local, organismo o sociedad mercantil dependientes de la entidad local.

A resultas de lo anterior, colegimos que el legislador local combina también en su consideración de la empresa local tanto un criterio económico como el ya mencionado criterio de dominación o control relevante de los órganos de gobierno societario al estilo de los modelos estatales y autonómicos ya vistos en apartados anteriores.

Por tanto, se puede llegar a la conclusión de que esta empresa pública local, la cual va a actuar fundamentalmente a través de un contrato de sociedad, es objeto de regulación normativa para las dos funciones esenciales para las que ha sido concebida, esto es: actividades económicas y forma de gestión de servicios públicos, siendo, sin embargo, esta

²⁸⁰ Cfr. Artículo 39.1 LAULA.

²⁸¹ Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria. BOE nº 298, de 13 de diciembre de 2001. Actualmente derogada por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. BOE nº 103, de 30 de abril de 2012.

última cualidad la que reúne, con abrumadora diferencia, la mayor atención por parte del ordenamiento jurídico local.

1.3 Breve reseña a la sociedad interlocal andaluza

De entre el conjunto de figuras de las cuales puede valerse la Administración local para llevar a buen puerto la gestión directa de sus servicios públicos encontramos inserta en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Andalucía lo que la LAULA ha denominado con una terminología específica como sociedad interlocal²⁸², presentándose como una estructura asociativa y cooperativa de ámbito intermunicipal destinada a la gestión de servicios comunes o para la realización de determinadas obras, asimilándose así en cuanto a su objeto a la función primordial desempeñada por mancomunidades y consorcios.

No obstante, esta Ley 5/2010, de 11 de junio, recoge expresamente la forma mercantil participada por varios municipios como forma específica de gestión directa de los servicios públicos²⁸³. Para ello establece una serie de condicionantes²⁸⁴ que aparecen relacionados en el artículo 39 LAULA (capital exclusivo local, que las entidades locales integrantes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, adopción de acuerdos por mayoría e integración de los órganos sociales por los entes que la componen, no tener encomendadas actividades de mercado y prestar su actividad exclusivamente en el territorio de las entidades locales que la crean)²⁸⁵. Los dos últimos requisitos exigidos vienen relacionados con la necesidad de que la sociedad actúe como medio propio o haga encargos *in house*, saliendo de este modo de la órbita de la legislación de contratos, pero con una actividad perfectamente delimitada.

Estamos, por tanto, ante una figura fruto de la potestad autoorganizatoria de las Administraciones que la controlan a diferencia de aquellas otras que, por ser una

²⁸² Es necesario distinguir en este instante entre aquellas sociedades o empresas locales que tienen por objeto servicios o prestaciones locales pero participadas (desde la reforma de la LRBRL en 2013) por varias administraciones en su capital social de aquellas otras, las que nos ocupan, en que el objeto del servicio y la prestación es esencialmente supramunicipal, es decir, que excede de la órbita de un solo municipio con independencia de la proporción de participación en su capital por las citadas administraciones.

²⁸³ Otro ejemplo de normativa autonómica que recoge esta figura lo encontramos en el artículo 192.2 de la Ley Foral 6/1990, de Administración Local de Navarra.

²⁸⁴ Condicionantes que vienen a positivizar el cumplimiento cumulativo de los requisitos que fueron enunciados por el TJCE en el asunto Teckal (1999).

²⁸⁵ Al respecto, *vid.* CARBONELL PORRAS, E., “La cooperación intermunicipal en la realización de las obras y los servicios locales (reflexiones a propósito de algunos mecanismos distintos de la creación de entidades supramunicipales)”, *Anuario de Derecho Municipal 2010*, N° 4, Madrid, 2011, pp. 67-79.

manifestación de la potestad de iniciativa pública económica, no tienen la limitación territorial que aquí se exige²⁸⁶.

Las principales cuestiones relativas al gobierno corporativo de este tipo de empresas constituidas por múltiples Administraciones públicas tendrán por base determinar la influencia efectiva en los órganos de dirección de los diferentes socios participantes para sopesar si existe un verdadero “control efectivo” por cada uno de ellos a la hora de determinar e imponer la voluntad administrativa con respecto a la actuación a realizar²⁸⁷.

En los escasos ejemplos²⁸⁸ que pueden encontrarse a día de hoy en el panorama español (principalmente los que existen lo son en materia de prestación de servicios públicos básicos de carácter obligatorio como pueden ser el suministro y abastecimiento domiciliario de agua, limpieza y recogida de residuos sólidos urbanos, etc.) pueden encontrarse reglas específicas de funcionamiento y de pertenencia o exclusión de la sociedad que suelen aparejarse al cumplimiento de prestaciones accesorias relacionadas con el servicio prestado.

Del mismo modo, en materia de gobierno corporativo es usual encontrar una estructura orgánica más asimilada a la propia de las sociedades de mayor dimensión o incluso cotizadas que a las restantes empresas de ámbito local que, por su limitado tamaño, no justifican la multiplicidad y separación excesiva de funciones para el desempeño de su labor social propia. De esta manera, no resulta extraño encontrar regulados en los estatutos sociales de las sociedades interlocales normas que se dirigen a reglamentar comisiones ejecutivas en el seno del Consejo de Administración o bien a contemplar la figura de los consejeros delegados junto con las presencias habituales y obligatorias del Director-Gerente, Consejo y Junta.

Como decimos, lo más relevante en este tipo de sociedades interlocales va a ser mantener un equilibrio sensato y justo en los órganos de gobierno, así como en la adopción de acuerdos, que, con frecuencia, se ajustará a las previsiones de la LSC sobre presencia o

²⁸⁶ Vid. MONTOYA MARTÍN, E., “Los servicios locales de interés general y la iniciativa económica local en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía”, perteneciente a “La Administración Local renovada de Andalucía”, *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Estudios, Nº 6, 2010, pp.146-148.

²⁸⁷ Vid. GARCÍA RUBIO, F., “¿Pueden las empresas de capital público gestionar mediante encomienda de gestión de servicios públicos?”, doctrina perteneciente al libro “*Administración Local. Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*”, Edición nº 1, Edit. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011, p. 20.

²⁸⁸ A título de ejemplo, véase los Estatutos Sociales de la Empresa Metropolitana de abastecimiento y saneamiento de aguas de Sevilla, S.A. (EMASESA).
https://www.emasesa.com/wp-content/uploads/2013/11/Estatutos_Sociales_Emasesa1.pdf
(Consultado: 28/10/2019).

representación en las sesiones del capital social suscrito que tenga derecho a voto y las mayorías exigibles en función de dicha proporción presente o representada.

1. OBJETIVOS DE LA APLICACIÓN DE UN GOBIERNO CORPORATIVO A LA SOCIEDAD PÚBLICA

Una vez realizado el repaso por el concepto de sociedad pública que nos atañe – la sociedad pública local- y analizado el régimen jurídico que le resulta de aplicación, cabe preguntarse acerca del interés que pudiera encerrar el propósito de trasladar la creciente corriente de gobierno corporativo, cada vez más arraigada en los sistemas financieros y jurídicos internacionales dada su naturaleza expansiva y maleable, a la figura de la sociedad pública española.

Primeramente, debemos ser conscientes de las principales cuestiones que van a afectar al gobierno de una sociedad pública y a las cuales las disposiciones de gobierno corporativo deben de dar una respuesta adecuada. En este sentido, podríamos hablar de tres retos principales a tener en cuenta: precisar la función de propietario dentro de la administración; mejorar la transparencia de objetivos y resultados y, en último lugar, empoderar a los gestores y a los órganos de administración²⁸⁹.

Teniendo esto presente, se ha podido comprobar cómo la sociedad mercantil pública española y más concretamente la sociedad local, caracteriza su desenvolvimiento cotidiano mediante una aplicación alternativa *ratione materiae* del derecho privado y el derecho público. Esta circunstancia hace que determinados aspectos de su régimen interno no participen de esos caracteres que sí encontramos en la sociedad privada generalmente considerada, y por ello, acrecientan las dificultades para extrapolar los objetivos últimos que las disposiciones de gobierno corporativo comportan de forma inmanente a través de su aplicación, amén de ser conscientes de que, al igual que ocurre en el mundo de la empresa privada, las particularidades y distintas configuraciones de las que pueden ser objeto las sociedades públicas evidencian que no es posible definir medidas de tallaje único que devengan aplicables con tal grado de generalidad que permitan una recopilación específica y válida de manera global.

En los últimos tiempos han sido variadas las motivaciones apuntadas que promueven extender los principios de gobierno corporativo a las sociedades en general,

²⁸⁹ Vid. VIVES, X., “El buen Gobierno de las empresas públicas”, *Occasional Paper*, OP nº 07/12, IESE Business School – Universidad de Navarra, febrero 2007, p. 3.

fundamentalmente justificadas en razonamientos económicos o estratégicos como pueden ser la necesidad de captar financiación, la mejora del crecimiento o el incremento de la competitividad²⁹⁰, pero en el marco de la sociedad pública van a ser fundamentalmente razones de índole interna las que ameritan poner a estos entes en el punto de mira de las disposiciones del buen gobierno corporativo, y es que, como reconoce la propia OCDE “*la gestión de las empresas públicas suele estar al margen de los factores de cautela considerados esenciales para controlar la gestión de las empresas del sector privado, como son la posibilidad de una absorción hostil y la posibilidad de concurso*”²⁹¹.

Las mejoras que una aplicación adaptada de las consideraciones de gobierno corporativo supondrían para la sociedad pública (al igual que ocurre con las sociedades no cotizadas) tendrán bastante que ver con los cambios organizativos y funcionales que deben llevarse a cabo en los respectivos órganos de gobierno y administración, afectando tanto a su estructura como a su comportamiento para, en último término, implementar valor a la actividad empresarial desarrollada en cada caso, sopesando los niveles de rentabilidad y eficiencia de la misma, los mecanismos de gestión de riesgos y fundamentalmente introduciendo un nivel de profesionalización en la mencionada estructura interna que, en la sociedad local de manera particular, destaca en estos momentos por su carencia²⁹².

Y no solo debe pensarse en la transformación organizativa que a resultas de unas directrices de buen gobierno enmendara el curso de muchas de las empresas públicas que hoy en día se encuentran aún en entredicho por su ineficacia o su falta de justificación jurídica, sino que, al igual que la propia evolución desarrollada en el campo del gobierno corporativo, el punto de mira debe dirigirse ahora también a aquellos órganos que representan –al menos de forma mediata- al destinatario último de estas medidas, es decir, a la ciudadanía. Así, en la sociedad local aquí considerada, la atención que se debe prestar a la Junta General como representante del accionariado público justifica asimismo su análisis pormenorizado y permitirá ampliar el enfoque de aplicación práctico de forma paralela con aquellas medidas que han ido apareciendo en el terreno del gobierno corporativo relacionadas con este aspecto concreto.

Por otro lado, el hecho de trasladar las variadas recomendaciones y disposiciones que se recogen en materia de gobierno corporativo al ámbito del derecho público requiere

²⁹⁰ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “*Gobierno corporativo en...*”, *op.cit.*, pp. 93-94.

²⁹¹ Cfr. Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las Empresas Públicas. 2015. pp. 12-13.

²⁹² *Ibid.* p. 31.

construir o preconizar una serie de instrumentos que, tal y como ocurre en el derecho de sociedades en general respecto del cumplimiento de los principios de gobierno corporativo, pueden estratificarse en tres niveles de sujeción donde, de mayor a menor intensidad, pueden diferenciarse los siguientes:

En el lugar inicial pueden situarse la ejecución de aquellas disposiciones normativas que sean de aplicación obligatoria para las entidades destinatarias²⁹³ en función del órgano legislativo o reglamentario emisor de norma en cuestión, construyendo así de forma paulatina una especie de “Derecho societario publicado”²⁹⁴.

En un segundo lugar, las innovaciones para un buen gobierno corporativo en la sociedad pública pasarían por la auto-imposición contractual de las mejoras previstas dentro del marco de los estatutos societarios que cada una de las empresas debe aprobar para que su existencia en el mundo jurídico-mercantil adquiera vigencia; junto a ello se situarían además todo ese conjunto de disposiciones internas que permiten crear un sistema propio de reglas de gobierno corporativo en virtud de su potestad de autoorganización²⁹⁵.

A este sistema propio de reglas MATEU DE ROS las califica como los usos identificativos de la conducta social típica; con ello, viene a decir que, en este nivel de regulación, las cuestiones de hecho sobre las que las normas imperativas del anterior nivel no dicen prácticamente nada –ni podrían hacerlo-, son las que moldean el verdadero gobierno corporativo de la sociedad para un funcionamiento empresarial cotidiano²⁹⁶.

En el menor nivel de sujeción se encontrarían, paradójicamente, lo que actualmente constituye el grueso de las disposiciones de gobierno corporativo, constituido por el conjunto de recomendaciones, códigos, propuestas o disposiciones de libre y voluntaria adopción por el propio ente destinatario²⁹⁷.

²⁹³ Hay que advertir que la presente abstracción tiene por objeto el ordenamiento jurídico nacional español, lo cual no es óbice para considerar que, dada la globalización experimentada por la materia de gobierno corporativo, pudiera tener repercusión en el ámbito europeo o internacional en lo que a las sociedades públicas se refiere, posibilitando la promulgación de ciertas normas de *ius cogens* válidas en el espacio del derecho europeo o internacional.

²⁹⁴ Vid. MATEU DE ROS, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas...”, *ob.cit.*, p. 10, el cual entiende que una excesiva invasión y aplicación de las normas imperativas convertirían a la propia LSC en una mera ley de procedimiento administrativo-mercantil, entrando el derecho público a regular todos aquellos aspectos de la vida societaria que, por su propia naturaleza, corresponden a la esfera del derecho privado.

²⁹⁵ Cfr. Artículo 28 LSC, referente a la autonomía de la voluntad de las sociedades de capital.

²⁹⁶ Vid. MATEU DE ROS, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas...”, *ob.cit.*, pp. 9-10.

²⁹⁷ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en...”, *op.cit.*, Capítulo “Principios de gobierno corporativo en sociedad no cotizada” por HIERRO ANIBARRO, S. y ZABALETA DÍAZ, M., pp. 39-40.

El hecho de que la inmensa mayoría de las disposiciones de gobierno corporativo propendan a su cumplimiento voluntario no puede achacarse únicamente a la falta de madurez del fenómeno del buen gobierno corporativo de las sociedades que, a pesar de su generalizada extensión en el ámbito privado, no ha recalado con suficiente energía en las estructuras de derecho público; sino que hay que tener presente que la pretensión última de este tipo de teorías no radica en su aplicación a toda costa y con independencia del sujeto pasivo; antes al contrario, la perspectiva del sujeto destinatario deberá anteponerse a la elección de la medida para, de este modo, conocer cuáles son sus necesidades esenciales, cuáles sus carencias y, en definitiva, qué recomendaciones o principios son beneficiosos para la sociedad pública singularmente considerada de un modo tal que redunde, a resultas, en una mejora de la prestación o del rendimiento²⁹⁸.

Esta perspectiva última a la que acabamos de referirnos resulta fundamental, por tanto, para la configuración de un sistema propio de gobierno corporativo al estilo del que es desarrollado por las grandes corporaciones que operan en el mercado internacional. Esta autoregulación interna de naturaleza no normativa abrirá la puerta a la depuración de prácticas administrativas obsoletas, a una mejora de la gestión y a una consolidación de procedimientos internos de actuación que se caractericen por ser objetivos, claros y eficaces²⁹⁹.

Y es que, además, la traslación de las aplicabilidades que ofrece el gobierno corporativo al sector público no supone, en puridad, alumbrar un camino que pudiera ser calificado como ignoto; por contra, su estudio y utilización significa acompañar la labor normativa que el legislador ha venido desarrollando en los últimos tiempos para el ámbito privado mediante sucesivas reformas legislativas, las cuales tendrían poca justificación si desde el propio sector público se mantuvieran o pervivieran ciertas prácticas poco éticas o de mala praxis gestora.

Ahora bien, aclaremos que no se trata de un traslado irreflexivo e inconsciente de unas medidas de buen gobierno para su encaje forzado en estructuras que, presumiblemente, disten mucho del concepto de empresa o sociedad por causa de las que fueron formuladas en los distintos códigos y recomendaciones; se trata de analizar su viabilidad, rechazar las inoperantes y reformular aquellas ideas que para el supuesto concreto objeto de nuestra investigación, pudieran significar un punto de inicio para su desarrollo posterior y liberar a la sociedad local del atavismo funcional que ha caracterizado el objeto de su crítica tradicional.

²⁹⁸ *Ibid.* p. 42.

²⁹⁹ *Vid.* MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...”, *op.cit.*, p. 12.

En adición a lo dicho, conviene tener en cuenta el hecho de que encontramos ante un sujeto pasivo de gobierno corporativo (la sociedad local) que se rige, en su mayor parte, por el derecho privado³⁰⁰ va a implicar, en palabras de MATEU DE ROS³⁰¹, la aceptación por este accionista dominante de una serie de principios:

- Principio de autonomía: que permite diseñar un sistema individual de gobierno corporativo adaptado a la casuística particular del ente considerado y alejado de la rigidez normativa que supone el Derecho administrativo (sin perjuicio de su aplicación en las materias prevenidas legalmente).

- Principio de intervención mínima: en el sentido de evitar una interferencia excesiva de la Administración Pública en los órganos societarios a través de su labor de tutela administrativa, debiendo limitarse a la mínima indispensable.

Estas circunstancias permitirán, según el autor, una aplicación efectiva del buen gobierno corporativo al sector público empresarial.

En cualquier caso, y como vamos a tener ocasión de ir desarrollando en los capítulos posteriores de esta investigación, podemos concluir que el gobierno corporativo aplicado a la sociedad pública debe aspirar a la mejora de su gobernanza en cinco aspectos fundamentales³⁰²:

- Objeto social preciso: objetivos mensurables en términos de coste y rendimiento.
- Programas de incentivación equiparables al sector privado: por objetivos, por resultados.
- No interferencia política en la gestión ordinaria de la sociedad.
- Transparencia en el suministro de información por todos los canales disponibles.
- Competitividad efectiva en el mercado.

Este gobierno corporativo “público” que vamos a analizar en los capítulos subsiguientes es algo más que una idea o una tendencia pasajera, es la aportación a esa corriente de enriquecimiento multilateral que busca generar confianza en la gestión de lo público, que va a permitir una construcción económica y empresarial del sector público de una manera sostenible y racional y que, en última instancia, persigue un empoderamiento

³⁰⁰ Cfr. Artículo 85 ter 1º LRBRL.

³⁰¹ Vid. MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...”, *op.cit.*, pp. 28-30.

³⁰² Vid. VIVES, X., “El buen Gobierno de las empresas...”, *op.cit.*, p. 4.

social respecto de aquellas estructuras financiadas por todos los ciudadanos que se sostenga en la información, la transparencia y la responsabilidad.

CAPÍTULO III

PROBLEMAS DE GESTIÓN

1. CUESTIONES INICIALES. 2. SEPARACIÓN ENTRE PROPIEDAD Y DIRECCIÓN DE LAS SOCIEDADES. 2.1 DISTINCIÓN TRADICIONAL Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN PARA LA SOCIEDAD EN GENERAL. 2.2 EL CASO DE LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL. 3. LA TOMA DE DECISIONES EN LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL. 3.1 REGULACIÓN POSITIVA Y SISTEMA DE DECISIÓN. 3.2 CIRCUNSTANCIAS APAREJADAS. PROPUESTAS DE ACTUACIÓN. 4. ¿ABUSO DE DERECHO O DE PODER? *INSIDERS VS. OUTSIDERS*. 5. LA EXCESIVA PERMEABILIDAD POLÍTICA EN LA GESTIÓN DE LAS SOCIEDADES. 6. DESARRAIGO DE LO PÚBLICO: LOS DEBERES FIDUCIARIOS EN LA GESTIÓN PÚBLICA LOCAL. 7. PROBLEMAS INTRÍNSECOS A LA NATURALEZA LOCAL DE LA SOCIEDAD. 7.1 LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE COLEGIALIDAD. 7.2 EL INTERREGNO SOCIAL CON OCASIÓN DEL CESE DE LA CORPORACIÓN.

Problemas de gestión

“Gestión es hacer las cosas bien, liderazgo es hacer lo correcto.” Peter Drucker.

1. CUESTIONES INICIALES

Con carácter previo al estudio de los principales problemas de gestión que se pueden presentar durante el análisis del régimen jurídico y funcional de las empresas públicas de ámbito local, conviene hacer referencia de manera breve a cierta prevención en relación con el objeto de esta investigación.

Creemos que el lícito deseo finalista de preconizar la aplicación de diversas medidas de gobierno corporativo que puedan resultar viables para la sociedad pública local no puede quedar apoyado en meras razones tendenciales o de seguidismo científico y, con menor razón, en criterios de oportunidad política (sin que ello desmerezca la relevancia del papel que juega este último ámbito en el propósito de obtener una verdadera implementación práctica de las referidas medidas). En cualquier caso, como puede resultar lógico, el simple hecho de plantearse un estudio de este calado denota la existencia de un vacío regulador y cuando no, de un problema palpable y real, a todos los cuales hay que poner remedio.

Merece la pena, por tanto, analizar cuáles pueden ser las razones objetivas que nos hacen repensar el funcionamiento de la sociedad pública y que justifican la necesidad de romper con ese conjunto de comportamientos atávicos que vienen produciendo síntomas de estancamiento y rigidez en la puesta en marcha de un “buen” gobierno corporativo en el sector público empresarial a nivel local.

Este es, en buena medida, el propósito de este capítulo y a tal fin va destinado; para ello, consideramos procedente comenzar ahora por hacer un apunte sucinto de algunas de las razones que se han ido poniendo de manifiesto a lo largo de los últimos tiempos en relación con esta acuciante necesidad de incorporar un buen gobierno corporativo a la sociedad que denominamos pública.

Así las cosas, nos puede servir de orientación lo que ya era apuntado por ARENAS ALEGRÍA³⁰³ en relación con las sociedades públicas pudiendo echar mano, además, de algunas de las conclusiones que en 1972 se pusieron de manifiesto en el conocido como estudio IBERPLAN dedicado a las empresas públicas en España³⁰⁴.

Como primera consideración, se puede hablar de la escasa eficiencia de la sociedad pública³⁰⁵. Resulta notorio calificar la eficiencia empresarial como aquella capacidad que posee una empresa para transformar recursos en productos con el mínimo coste posible. Sin embargo, aquí estamos hablando de algo más que de un mero ahorro considerado en un espacio temporal previamente definido; la eficiencia pública que estamos considerando va a hacer referencia a la consecución y al desarrollo del Estado social en el que nos encontramos entendido como un mecanismo de transformación de la sociedad que persigue siempre como objetivo último la satisfacción del interés general.

Pues bien, la recurrente ineficiencia de la sociedad pública -sobre todo si la comparamos con la de la sociedad privada- es frecuentemente atribuida a factores diversos que se relacionan o enmarcan en la “teoría de la agencia” y de las relaciones que en su fuero interno se producen entre el principal (la propiedad) y el control ejercido por parte del agente (la dirección). De este modo, podría hablarse de las siguientes causas de ineficiencia en la empresa pública³⁰⁶:

a) Amplios y heterogéneos objetivos, incluyendo aspectos no comerciales, que a la vez resultan imprecisos, mutables y que contrastan con el objetivo fundamental de maximizar el valor propio de la empresa privada. Todo ello se traduce en la existencia de enormes dificultades para evaluar el desempeño del directivo y en la falta de compromiso del gestor con las políticas de largo plazo, sin olvidar las complicaciones que se plantean de cara a la evaluación de los resultados.

b) Rigidez de gestión por la dependencia de la Administración, lo que se manifiesta a través de controles administrativos y financieros, dejando por ello de lado la preocupación por

³⁰³ Vid. ARENAS ALEGRÍA, C., “Las Sociedades Públicas, régimen jurídico y replanteamiento...”, *op.cit.*, pp. 60-64.

³⁰⁴ Vid. VVAA, “Conclusiones del estudio –IBERPLAN- sobre las empresas públicas en España”, *Instituto de Estudios Fiscales*, 1972, pp. 439-514.

³⁰⁵ Se puede afirmar que la sociedad pública en general, como la local en particular, es predominantemente una técnica instrumental utilizada por el poder público para lograr su eficaz actuación persiguiendo los intereses generales; por ello, su finalidad de actuación debe perseguir el incremento de la eficacia y la eficiencia en la gestión pública tal y como expresan los mandatos constitucionales. En este sentido, *vid.* BALLINA DÍAZ, D., “Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...”, *op.cit.*, p. 63.

³⁰⁶ Vid. ARGIMÓN, I., ARTOLA, C. y GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., “Empresa Pública y Empresa Privada: Titularidad y eficiencia relativa”, *Banco de España-Servicio de Estudios*, Madrid, 1997, pp. 9-12.

la calidad del producto y el coste con tal de que se hayan respetado los cauces procedimentales y presupuestarios.

c) Existencia de grupos de interés en un contexto de información imperfecta o asimétrica sobre objetivos y resultados, los cuales tratan de presionar las decisiones empresariales a su favor, repercutiendo esta situación negativamente en la eficiencia.

d) Actuación, en ocasiones, en contextos escasamente competitivos o incluso monopolísticos, donde precisamente debido a las prerrogativas que le infunde el Derecho público hace ideales a las empresas públicas como forma de presencia en determinados mercados.

e) Escasa influencia de los mercados de capital: los riesgos de quiebra, la pérdida de cotización accionarial o la posibilidad de cambio en el control empresarial es inexistente, por lo que no aparece esa preocupación por el rendimiento futuro o la mejora continua en el objeto social perseguido dando cabida a decisiones ineficientes en muchos aspectos de la gestión. Tampoco olvidar que el posible sometimiento a restricciones presupuestarias generalizadas es de menor intensidad³⁰⁷.

Como segunda consideración, si bien estrechamente relacionada con alguno de los puntos recién aludidos, destaca la realidad de encontrarnos ante una sociedad sin propietario definido. Es evidente que en estos casos no existe una figura empresarial que ponga en riesgo su propio patrimonio ejercicio tras ejercicio; es más, este titular de la propiedad de carácter difuso dedica su actividad a administrar un patrimonio cuyo origen y dependencia tiene su origen en el presupuesto público con la inherente limitación competencial que le insufla el sometimiento estricto al principio de legalidad, lo cual parece ir en la dirección opuesta a la libertad de decisión y de gestión tan característica en el sector privado. Evidentemente, cuando en una sociedad los actores implicados interiorizan que sus remuneraciones e incentivos nada tienen que ver con el resultado de su trabajo y que el respaldo económico público podrá venir al rescate cualquiera que sea el desempeño ofrecido, la motivación y la estimulación sencillamente desaparecen.

Un tercer factor o consideración potencialmente negativa para un funcionamiento óptimo y deseado de una sociedad pública puede residenciarse en la inescindible naturaleza política de su origen que, de igual modo, se va manifestando con posterioridad a lo largo de

³⁰⁷ En este sentido, acerca del respaldo institucional a la sociedad pública, *vid.* ARANA GARCÍA, E., “*Las sociedades municipales de gestión...*”, *op.cit.*, pp. 240-242.

todo el ciclo de su vida jurídica. Como es fácilmente entendible, la decisión de crear una sociedad pública siempre tendrá un origen político -aún en su faceta de administrador³⁰⁸- dado que la competencia primigenia es de esta naturaleza, lo cual implica ya de partida que ciertas decisiones van a estar impregnadas de altas dosis de oportunidad, conveniencia, afinidad o dependencia que nada tienen que ver con las verdaderas necesidades estratégicas que motivan el nacimiento de cualquier sociedad.

Todas las circunstancias enumeradas, unido al contexto evidentemente cambiante e inestable consustancial al ejercicio de cualquier cargo público suelen provocar situaciones de clientelismo y manipulación que resultan perniciosos para el funcionamiento eficaz de cualquier estructura económica. Y ello sin olvidar que el marco jurídico donde se desenvuelve este ente que observamos oscila de modo un constante entre las fuentes de Derecho público y Derecho privado sin que existan unos límites especialmente definidos en el caso de estas sociedades públicas obligando a un esfuerzo de exégesis permanente en función del caso particularmente considerado.

Hechas estas salvedades, examinaremos ahora con mayor detenimiento algunos de los principales problemas de gestión con los que la sociedad pública local suele enfrentarse como causas de su ineficacia o irregular funcionamiento.

2. SEPARACIÓN ENTRE PROPIEDAD Y DIRECCIÓN DE LAS SOCIEDADES

2.1 Distinción tradicional y propuestas de solución para la sociedad en general

Partamos de un hecho manifiesto. Actualmente, la generalidad de las sociedades de capital de cierta dimensión aparece estructurada corporativamente en dos órganos sociales perfectamente diferenciados: por una parte, la denominada Junta General (de socios), como órgano de decisión de dichos socios; y por otra, los administradores u órgano encargado de la administración y representación de la sociedad, materializado con habitualidad en el denominado Consejo de Administración. La vigente legislación societaria (LSC), les atribuye a ambos órganos unas funciones perfectamente delimitadas; a la Junta General le asigna la competencia de decidir por la mayoría legal o estatutariamente establecida en aquellos

³⁰⁸ Recordemos el carácter bifronte de los gobiernos en cualquier nivel territorial, donde junto con la decisión política confluye la responsabilidad de una gestión y administración eficiente que debe ser ejercida con objetividad.

asuntos propios de la competencia de la misma³⁰⁹ y al órgano de administración le asigna la función de gestionar y representar a la sociedad en los términos establecidos en dicha ley³¹⁰.

Esta delimitación de atribuciones aparentemente aclaratoria comienza a quebrar desde el mismo momento en que iniciamos el análisis acerca de las posibles diferencias mercantiles que existen entre los distintos tipos de sociedades generalmente consideradas (*v.gr.* en cuanto a su constitución, al régimen de responsabilidad, etc.).

Una de las distinciones más llamativas es aquella por la cual, para diferenciar las sociedades anónimas de las de responsabilidad limitada se acude a la adjetivación distintiva entre sociedades abiertas o sociedades cerradas.

La sociedad anónima será, por definición, una sociedad de carácter esencialmente abierto, que acude al ahorro público externo para su financiación y que ostenta unos mecanismos de defensa del capital social y de garantías económicas de carácter rígido, lo que conlleva una estricta separación funcional entre los órganos societarios con una Junta General integrada por un gran número de socios y centrada en intereses de carácter personal, desentendiéndose correlativamente de la gestión en lo que podría calificarse, en palabras de GARNACHO CABANILLAS³¹¹, como un “*derecho al desinterés*” del socio inversor. Por otro lado, se aprecia un órgano de administración erigido como el principal elemento de control y dirección de la sociedad.

Por su parte, las sociedades de responsabilidad limitada tenderán a ser más personalistas y, por ende, fundamentalmente más cerradas existiendo una mayor flexibilidad y relajación ante posibles actuaciones o decisiones tomadas por el socio propietario en el ámbito de la gestión³¹².

Engarzando con esta posibilidad de distinción, aparece una de las principales cuestiones que va a ser causa de variadas discrepancias en el mundo jurídico-mercantil y que, tal y como ya vimos en el primer capítulo, se encuentra en los orígenes del gobierno corporativo, esta cuestión no es otra que la debida separación entre propiedad y control y el correlativo conflicto de intereses que estas distinciones provocan en la práctica. Es ésta una

³⁰⁹ Cfr. Artículo 159.1 LSC.

³¹⁰ Cfr. Artículo 209 LSC.

³¹¹ Vid. GARNACHO CABANILLAS, L., “Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 52/2018, parte Estudios, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018, p. 1.

³¹² A este respecto, *vid.* LIZANDA CUEVAS, J. M. y ABAB LLAVORI, C., “Diferencias mercantiles, contables y fiscales entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada. Clases de sociedades mercantiles. La sociedad civil”, *Contabilidad y fiscalidad de las combinaciones de negocios y otras operaciones societarias*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2012, p. 20.

cuestión de fondo para el gobierno corporativo que resulta primordial y que debe ser tenida en cuenta para el éxito de sus principales pretensiones, todas destinadas a equilibrar el funcionamiento de las sociedades de una manera justa y eficiente.

Como señala HANSMANN³¹³, propietarios de una empresa son aquellas personas o entidades que pueden disponer del control y de los resultados netos de dicha organización. La distinción entre la propiedad y el control o la dirección de las empresas es un conflicto que suele residenciarse en los denominados problemas de agencia que resultan especialmente acusados en el caso de las empresas públicas.

A este respecto, puede afirmarse que la sociedad pública lleva asociado un problema de agencia doble donde “*la Administración no es propietaria sino tan gestora como los propios administradores de la sociedad pública*”³¹⁴. Esta doble faceta influye en la medida en que, a los tradicionales conflictos originados por el comportamiento interesado de los gestores en relación con la propiedad, se adiciona ahora el comportamiento político en relación con la ciudadanía³¹⁵. El primero de ellos es el problema de agencia propio de toda sociedad que apela a los mercados de capital, donde el supuesto control que debe ser ejercido por los accionistas vía Junta General no es ejercido en la práctica, recalando en última instancia en la “*apatía racional del accionista, que acrecienta la falta de control interno real sobre los managers*”³¹⁶.

Son precisamente estos problemas –de agencia³¹⁷– los que tratan de resolverse a través de las recomendaciones de buen gobierno corporativo y que en el universo societario resultan palpables de una manera particular en las catalogadas como sociedades cotizadas dado que, como señala HIERRO ANIBARRO, su aplicación se traducirá en una serie de acciones cuya efectividad debe percibir, en última instancia, el propio mercado bursátil³¹⁸.

La contraposición “propiedad vs. control” puede generar una serie de conflictos que, si bien pueden tener una dimensión inicial *ad intra*, indefectiblemente repercutirán con

³¹³ Vid. HANSMANN H., “*Ownership of the Firm*”, *Journal of law, Economics, and Organization*, Vol. 4, Nº 2, Yale University, 1998, p. 269.

³¹⁴ *Apud* NAVARRO FRÍAS, I., “Sociedades públicas: derecho mercantil “vs”. Derecho administrativo...”, *op.cit.*, p. 24.

³¹⁵ Vid. VIVES, X., “El buen Gobierno de las empresas...”, *op.cit.*, p. 2.

³¹⁶ Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, p. 1.

³¹⁷ Vid. MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...”, *op.cit.*, p. 7.

³¹⁸ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “*Gobierno corporativo en sociedades no...*”, *op.cit.*, p. 29.

posterioridad en las relaciones que se puedan establecer fuera del ámbito interno de la dirección³¹⁹.

Esta situación ya fue puesta de manifiesto en las primeras etapas del gobierno corporativo español³²⁰ buscando la necesidad de encontrar espacios de equilibrio que evitaran la excesiva concentración de poder en cualquiera de los grupos integrantes del accionariado de las sociedades, pues como señalaba el Informe Olivencia “*todos los accionistas son, en su conjunto, los dueños de la sociedad*”³²¹, y la diferente preponderancia que cada grupo ostenta choca asimismo con las funciones gestoras necesarias para un buen gobierno de la sociedad de que se trate.

Con especial intensidad se puso el foco en el Consejo de administración y en la necesidad de redefinir su función, impulsando su potencial como órgano de supervisión y control lo que implicaba una delegación de sus facultades directivas tradicionales (sistema monista); así, se pretende dejar de lado el dualismo que implicaba un Consejo de administración cuasi-gerencial trabajando en paralelo con otro órgano de supervisión creado específicamente con este cometido y diferenciado de la Junta General. Esta nueva concepción supervisora del Consejo buscaba mitigar los conflictos de intereses existentes entre el *management* y los accionistas derivados de la separación entre propiedad y control³²².

En cualquier caso, conviene hacer un apunte acerca de la propiedad aquí considerada, pues como señala ALONSO UREBA estamos ante un concepto de propiedad relativo; el hecho de que los accionistas sean, como dijimos más arriba, “*los dueños de la sociedad*” no se traduce, en puridad, en una propiedad individual donde exista un señorío inmediato de la voluntad respecto de una cosa al estilo civilista del concepto, sino que es una propiedad mediata donde son los grupos que estructuran la sociedad los verdaderamente determinantes, son éstos los que articulan dicha atribución de propiedad que nos es presentada en cierto modo como una ficción³²³.

³¹⁹ Vid. MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...”, *op.cit.*, p. 8. Aquí el autor distingue cuatro áreas posibles de conflictividad en la sociedad mercantil y que clasifica en: Propiedad/Gestión; Administración/Propiedad; Administración/Dirección y finalmente Mayoría/Minoría.

³²⁰ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno corporativo como instrumento...”, *op.cit.*, p. 57.

³²¹ Cfr. Informe Olivencia. El gobierno de las sociedades cotizadas. I. 2.

³²² Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, p. 4.

³²³ Vid. ALONSO UREBA, A., “La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales...”, *op.cit.*, p. 122. Carácter relativo de la propiedad que se acentúa, indica el autor, con hechos diversos tales como la independización de la dirección de los propios accionistas; el acceso al control de terceros no accionistas o la integración en los órganos societarios de agentes representativos de intereses diversos.

Ahondando un poco más, debemos determinar cuáles son las situaciones a las que se enfrenta la empresa mercantil generalmente considerada en relación con esta cuestión y las posibles soluciones que actualmente se proponen desde las posiciones del gobierno corporativo, para más tarde trasladar dichas circunstancias al supuesto de la sociedad pública de ámbito local.

En primer lugar, la distinción entre propiedad y control de las personas jurídicas corporativas supuso adoptar una nueva concepción de lo que hasta entonces implicaba la propiedad privada (personal)³²⁴ para adoptar un nuevo sentido mucho más práctico y dirigido a objetivos específicos. Este planteamiento no es nuevo y ya se puso de manifiesto por diversos autores en las primeras décadas del siglo XX. Fundamental resulta la obra publicada en 1932 por BERLE Y MEANS denominada “*La corporación moderna y la propiedad privada*”³²⁵; en cuya primera edición ya se evidenciaba la separación de la propiedad de las empresas respecto de su control, en la mayoría de los casos debido a la atomización progresiva de dicho derecho de propiedad como consecuencia de la dispersión accionarial que iba acompañando al nacimiento de las grandes corporaciones. En estos supuestos, los propietarios individuales se desentienden de los quehaceres cotidianos de las empresas y centran su atención en una motivación exclusivamente pecuniaria dejando en manos de otros sujetos (directivos y administradores) la toma de decisiones relevantes para la sociedad, con la suficiente libertad para ejercer una administración sin un control efectivo.

Esta realidad puso de manifiesto algunas insuficiencias acerca del recurso técnico a la persona jurídica como sujeto de derechos y obligaciones distinto de quienes la integran y ello con base precisamente en esa separación entre la propiedad y el control del ente³²⁶.

³²⁴ Nuestro Código Civil parte de la noción básica de propiedad en su artículo 348, señalando que: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.*”. Real Decreto de 24 de julio de 1889. GACETA de 25 de Julio de 1889.

Por su parte, en materia mercantil no hay un concepto específico de *propiedad mercantil* dissociado del propio de la empresa mercantil; en su lugar, aparecen una serie de actividades y elementos tanto físicos como espirituales (Garrigues) y catalogados como: propiedad comercial; propiedad industrial, literaria y artística; cosas corporales y las relaciones de hecho de la empresa que engloban tanto a la clientela como a las expectativas.

³²⁵ Cfr. BERLE, A. and MEANS, G., “*The modern corporation and private property*”, New York: Macmillan, 1933, Reproducción de William S. Hein, 1982.

³²⁶ Vid. ALONSO UREBA, A., “*La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales...*”, *op.cit.*, p. 121; donde atribuye la dificultad de utilizar la técnica de la persona jurídica como sujeto de derecho en las grandes empresas a factores tales como la dispersión accionarial y su elevado absentismo o la excesiva concentración del poder en el cuerpo directivo. Véase, además, la evolución habida en Europa en este sentido y que fue iniciada en la Alemania del 37 donde esta separación se irá traduciendo progresivamente en una potenciación de cuerpo gestor frente a la Junta General, pp. 470-471.

Señalan los autores referidos que la divergencia de intereses entre propiedad y control dependerá fundamentalmente de que el interés propio de los que controlan pueda ir en paralelo con los intereses de la propiedad y, en la medida en que resulten contrapuestos, el respeto al interés de los propietarios dependerá esencialmente de la existencia de mecanismos de transparencia, responsabilidad y control que sobre el uso del poder puedan establecerse tanto a nivel interno como desde el contexto normativo, político y social que pueda imponerse externamente. Vemos aquí como los postulados defendidos para un buen gobierno corporativo de las empresas vuelven a ponerse de manifiesto ante estas situaciones³²⁷.

De igual manera, en segundo lugar, es observable que la falta de ligazón existente en numerosos supuestos entre la actividad de gestión y los resultados de la compañía son otro ejemplo más de la disparidad de situaciones que puede existir en el día a día de las empresas en relación con su desempeño diario y su propósito original. Dicho de otro modo, cualquier titular de una empresa (amplia o reducida) inicia su actividad económica con un propósito evidente: lucrarse con los beneficios de su actividad; sin embargo, el hecho de “abdicar” de sus funciones gestoras en favor de otros sujetos que podrán -o no- ser igualmente partícipes de la propiedad, facilita la posibilidad de que las actuaciones de administración no se dirijan siempre a alcanzar ese fin último lucrativo que hemos apuntado, y todo ello sin olvidar aquellos supuestos en que determinadas acciones o decisiones pudieran resultar contraproducentes al interés accionarial sin que las retribuciones de los gestores se vean afectadas lo más mínimo³²⁸.

³²⁷ Ejemplo claro de la evolución de lo que tradicionalmente se ha denominado el interés social de una sociedad y de su apertura más allá de la protección de los socios y de la rentabilidad de la sociedad lo encontramos en el Principio 9º de las recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas elaborado por la CNMV en febrero de 2015 donde se reconoce expresamente que: “Adicionalmente, en el contexto actual en que estas recomendaciones van a ser aplicadas, no es posible desconocer que en toda actividad empresarial confluyen otros intereses a los que se debe dar respuesta”. Ello no obsta a que en el propio texto encontremos una definición precisa de lo que se entiende por dicho interés social, así la recomendación 12ª señala que el mismo debe ser “entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa”.

https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf.

(Consultado: 30/07/2018).

Esta aparente convivencia pacífica de conceptos sobre el interés social es objeto de crítica por parte de MATEU DE ROS, según el cual, si en el caso de las sociedades públicas nacionales el Estado interfiere definiendo lo que debe ser el interés social, nada impide que también pueda decidirse acerca de quiénes pueden ser nombrados consejeros, qué actividades se permiten, qué debe retribuirse en cada supuesto y, en definitiva, cómo hay que dirigir la empresa, dando lugar de este modo a un singular proceso de “nacionalización invisible”. En conclusión, señala que el interés social no puede sino identificarse en cada caso con el interés coincidente con la voluntad de la mayoría de los socios o accionistas constituidos en Junta General. *Vid.* MATEU DE ROS, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas...”, *ob.cit.*, pp. 4-5.

³²⁸ Amén de aquellas retribuciones variables o *bonus* que puedan establecerse adicionalmente vía contractual en función de los resultados empresariales.

Otro escenario muy gráfico en el que resulta palpable esa disyunción entre la propiedad y el control empresarial se puede observar con ocasión de la participación de los socios en las Juntas Generales a través de la figura de la delegación del voto, en donde en el caso de tratarse de aquellas sociedades cuyo capital se encuentra muy diversificado, queda en manos de los directivos la representación y decisión última de los asuntos sociales. La necesidad sobrevenida de liberalizar esta situación fue puesta de manifiesto en otros países de nuestro entorno con anterioridad a su incorporación a la legislación societaria española. Vemos, por ejemplo, en Francia como desde el año 2002 ya se prevé la participación del socio en las juntas generales por medios a distancia³²⁹. Actualmente, nuestra LSC incorporó desde su primera versión la posibilidad de que en las sociedades anónimas se contemple la eventualidad de asistencia a la junta por medios telemáticos³³⁰, poniendo coto a los posibles desmanes que una imposibilidad de asistencia física pudiera producir en el sentido antes advertido.

Por otro lado, y como puede deducirse de lo comentado hasta este momento, va a ser en los esquemas de las grandes sociedades donde encontramos que la separación paulatina entre propiedad y control resulta una evidencia más que palpable fruto de la antedicha dispersión accionarial y de capital; este hecho puede traer como consecuencia problemas diversos, entre los más conocidos, aquellos que han llegado a calificarse como de expropiación de minorías o costo de agencia³³¹, donde, a pesar de obtener el reconocimiento de ciertos derechos por vía legal, el socio accionista en la práctica no es más que un mero espectador en lo que a la dirección empresarial se refiere.

Pues bien, frente a todas estas circunstancias, se proponen soluciones de distinto calado para hacerles frente³³². Entre las más sobresalientes podemos destacar:

1. Protección legal mediante leyes y demás regulación que proteja los derechos de los accionistas y establezca obligaciones de información veraz al mercado.
2. La existencia de un mercado de control de sociedades propiamente dicho que funcione a través de OPAs, fusiones o luchando por votos en Junta General donde se valore la

³²⁹ Vid. ALCALÁ DÍAZ, M.A., “El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada”, *La Ley*, Madrid, enero 2006, pp. 71-72.

³³⁰ Cfr. Art. 182 LSC.

³³¹ Vid. DEL VAL TALENS, P., “Los consejeros independientes ante el activismo accionarial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 136/2014, parte crónica, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 4.

³³² Vid. LEFORT, F., “Gobierno corporativo: ¿Qué es? y ¿Cómo andamos por casa?”, *Cuadernos de economía*, Año 40, N° 120, Santiago de Chile, 2003, p. 214.

capacidad de gestión directiva y empresarial pudiendo ser apreciada esta capacidad en el mercado mismo.

3. Mediante la incorporación de los consejeros no ejecutivos o independientes de la gestión.
4. A través del aumento de la inversión institucional³³³.
5. Ahondando en la primera cuestión, a través de la restricción de las medidas de defensa y apertura al mercado de control, así como una adecuada remuneración de los directivos.

En definitiva, después de todo lo señalado hasta este momento, se puede concluir que va a ser la capacidad de dirección y, en definitiva, el control, el factor clave que constituye la piedra angular en el Derecho de sociedades actual, siendo hoy por hoy la propiedad un concepto importante pero que no resulta decisivo para la configuración de la voluntad de los órganos sociales. Como señala HERNANDO CEBRIÁ *“En particular, el control es el elemento normativo que determina la aplicación de un específico régimen jurídico en aspectos concretos de la regulación mercantil [...]”*, y pone ejemplos tales como aquellos que se generan en materia de OPAs, defensa de la competencia o la misma regulación contable³³⁴.

Esta es la situación en la que se encuentra la sociedad mercantil en general y que deberá ser objeto de la aplicación de aquellas medidas de gobierno corporativo que evite estas situaciones de desprotección, de abuso o de falta de información. Veamos a continuación como se presenta esta circunstancia en el marco de la sociedad pública de ámbito local.

2.2 El caso de la sociedad pública local

Todas las disquisiciones apuntadas nos deberían servir para encuadrar la problemática de la separación entre propiedad-control o propiedad-dirección en el contexto de la sociedad pública local³³⁵.

Sin embargo, en estos casos, los problemas de gestión para las mismas o las razones de su ineficacia suelen derivar del proceso de confusión que se produce en su fuero interno

³³³ Podemos definir inversor institucional como toda entidad que agrupa grandes sumas de dinero para su gestión e inversión en bienes, derechos, valores y otros activos financieros y no financieros. Ese dinero proviene de aportaciones de inversores más pequeños: los inversores minoristas o individuales, cuyo rendimiento vendrá determinado por los resultados colectivos del inversor institucional. Para comprender mejor qué son los inversores institucionales, resulta muy útil enumerarlos: Gestoras de fondos de pensiones. Gestoras de fondos de inversión. Bancos y cajas. Sociedades de inversión e instituciones de inversión colectiva. Compañías de seguros.

³³⁴ Vid. HERNANDO CEBRIÁ, L., *“El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital”*, Edit. Bosch, S.A., Barcelona, 2013, pp. 38-39.

³³⁵ Conviene recordar que nos estamos refiriendo a estas sociedades conforme al sentido expuesto en el punto 1.2 del Capítulo II, dejando de lado ahora aquellas sociedades participadas por entes públicos de una manera minoritaria y sin potestades de decisión o control de carácter determinante.

entre las figuras del socio propietario y socio administrador, ya sea esta última función ejercida de una manera directa por los representantes públicos elegidos (más extendido en estas sociedades de ámbito local) o bien sean los administradores aquellas personas designadas por dichos representantes para su ejercicio “delegado”. Como señalaba BROSETA, “*en estas sociedades no existe la jerarquía de órganos y funciones, el control jerárquico que son propios de la estructura legal de la sociedad anónima, ni puede tampoco pensarse que los órganos que se crean manifiesten la voluntad de la sociedad y no la del socio único*”³³⁶.

Es precisamente esta cualificación como socio único de carácter público lo que nos lleva a hablar de una cierta situación de absolutismo accionarial que implica necesariamente un poder de control sustancialmente distinto y más intenso en contraposición con las múltiples posibilidades que pueden advertirse en las sociedades existentes en el ámbito privado³³⁷.

Tampoco debe olvidarse a este respecto, como dijimos antes, la esencial dependencia económica con la que, *ab initio*, la sociedad pública local comienza su andadura en el ordenamiento jurídico fruto del desembolso del capital social cuyo origen no es otro que el presupuesto público³³⁸, cuestión ésta considerada esencial y que incidirá tanto en la configuración de los órganos sociales como en la formación de las estructuras de poder de la sociedad.

Ahora bien, en materia de control, el hecho de que nos encontremos ante un socio único “controlador” por ser el Ente local partícipe del capital social en su totalidad, no implica *per se* la unanimidad en la decisión.

A este respecto, cabe extrapolar el juego de distribución de poderes y el equilibrio de intereses que generalmente se produce en el marco interno societario al proceso de toma de decisiones que, con normalidad, tiene lugar en los órganos de gobierno de los entes locales, donde, como sabemos, cabe el debate, la disensión y la disparidad en el sentido del voto, a pesar de que la decisión resultante constituya la “voz” del socio único.

³³⁶ Vid. BROSETA PONT, M., “Las empresas públicas en forma de...”, *op.cit.*, p. 9.

³³⁷ Podrían mencionarse las posibilidades de control por parte del socio minoritario, el control conjunto u horizontal en materia de grupos o la figura del control paritario presente en aquellas sociedades cuyos socios ostentan igualdad de condiciones y derechos.

³³⁸ Cfr. Artículo 103.2 TRRL, donde obliga a aportar el capital a la Entidad local de una manera íntegra, siendo una manifestación evidente de su tendencia a mantener una vinculación rígida con la Administración propietaria.

Este efecto resulta especialmente evidente en las sesiones de la Junta General que celebra la sociedad pública local, donde la misma es, con habitualidad, actuada por el órgano de gobierno plenario que corresponda³³⁹ conforme señala la normativa de régimen local, y que evidencia mediante ese régimen de mayorías y contrapesos la posibilidad de influir lícitamente en la dirección y planificación social en un sentido similar al establecido en cualquier sistema societario con carácter general.

Hemos de reseñar además que, a la luz de la normativa de sociedades vigente, pareciera que la condición de socio único derivada de la propiedad pública del ente no conllevaría, de una manera directa y taxativa, un deber de lealtad para con la sociedad y con su interés social³⁴⁰ si tenemos en cuenta el carácter capitalista con el que se constituyen las sociedades de régimen privado. Situación que, sin embargo, es diferente en el caso de los administradores, los cuales con base en los artículos 225 y 227 LSC se encuentran legalmente sometidos a desempeñar su cargo con la debida diligencia y la lealtad propia de un fiel representante³⁴¹, por lo que la confusión de los papeles a desempeñar como socios, por un lado, y como administradores, por otro, puede ser realmente paradójica.

Pese a lo apuntado, el hecho de que la actual normativa de sociedades no explicita de una manera concreta un deber de lealtad del socio (único) con la sociedad y un respeto al interés social convenido no implica que exista una impunidad de actuación para este órgano durante el desempeño de sus funciones que derive de nuestro derecho positivo. Así lo podemos deducir de lo prevenido en el artículo 204 LSC en lo relativo a la impugnación de acuerdos, donde se establece que aquellos acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros serán impugnables. Añade acto seguido que la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Y, finalmente aclara que, se entenderá que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad

³³⁹ Siempre que el régimen de distribución orgánica por la que se haya optado en los estatutos sociales haga coincidir dicha Junta General con el mencionado órgano plenario. Esta identidad, como vimos, no es obligatoria ni viene impuesta legalmente.

³⁴⁰ Sin perjuicio del deber de ejercitar sus derechos conforme a la buena fe contractual o las posibles exigencias de responsabilidad recogidas en el Código Civil y demás normativa de aplicación a este respecto.

³⁴¹ Ambos deberes son incorporados a la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, como pieza clave de cualquier sistema de este tipo.

razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios³⁴².

Por tanto, en última instancia será la denominada *causa societatis* la que limitará las posibilidades de actuación del socio único en el ejercicio de sus facultades, debiendo subordinar los intereses particulares o extrasociales que pudieran existir al interés conjunto de la sociedad. De este modo, podría afirmarse que el tradicional derecho de ejercer el control sobre la administración social en el marco de un espíritu de colaboración mutua (o *affectio societatis*) puede resultar incardinable y exigible de cada uno de los miembros que conforman el socio único local traspasando el velo de la personalidad jurídica de la sociedad e incidiendo en cada uno de sus integrantes, pues no parece viable a este respecto discernir posibles subcategorías de socios que pudieran ser prevalentes o superiores en la medida en que la voluntad del socio es expresada como única³⁴³.

Cuestión diferente sería la que se enmarca en el ámbito de la toma de decisiones de la sociedad local donde el derecho administrativo entraría en funcionamiento reglamentando el sistema interno de quórum, mayorías, votaciones y responsabilidades propias de cualquier órgano de gobierno público a nivel local, situación que analizaremos más adelante.

A este deber de lealtad, en el sentido expuesto, habría que aunar un deber de fidelidad del socio único en sus relaciones y actuaciones para con el órgano de administración, pues así se deduce de lo prevenido en el apartado segundo del artículo 236 LSC cuando en el ámbito de la extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores expresa que “*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*”.

³⁴² Este detrimento o lesión a los demás socios quizás no pudiera apreciarse como tal en aquellas sociedades locales en las que únicamente existe un socio partícipe, pero no debe olvidarse que toda sociedad pública, ya persiga una finalidad económica ya preste un servicio público, tiene un objetivo y un interés último siempre de carácter general que de algún modo pudiera afectar a los usuarios y consumidores. En cualquiera de estos casos, éstos constituirían indirectamente esos “socios afectados” debiendo sus intereses prevalecer frente y por encima de cualquier otro. En esta dirección apunta el Razonamiento Jurídico Séptimo del Auto de 28 de abril de 2006, Rec. 47/2006 (RJ 2006/1956) de la Sala Tercera del Tribunal Supremo donde expresa que [...] *Las partes demandadas hacen referencias al interés de los accionistas, al daño que se produciría a la libertad de empresa, y a la transparencia y agilidad del mercado de valores. Son, sin lugar a duda, intereses muy dignos de protección, pero su intensidad debe rebajarse cuando se enfrentan al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos. Aparte de que no puede hablarse de que haya un interés público de que la OPA prospere, ni que el Consejo de Ministros deba mejorar a través de su acuerdo la competencia existente, sino sólo mantenerla, no cabe olvidar que cualquiera que sea el número de los inversores en Bolsa a los que pueda afectar la operación, siempre será menor que el de los usuarios [...]*.

³⁴³ Vid. HERNANDO CEBRIÁ, L., “*El abuso de la posición jurídica...*”, *op.cit.*, pp. 66 y 77.

Por otro lado, debe traerse a colación asimismo lo relativo a las obligaciones que, ya en el ámbito administrativo, incumben a cualquier representante público en el ejercicio de sus cargos. Fijémonos a modo de ejemplo en las sociedades de titularidad íntegramente local que estamos tratando; pues bien, en estos casos, a la condición de socio único del ente local y la representación íntegra (y normalmente directa) en el órgano de administración, se agregan aquellos derechos y obligaciones que podríamos calificar como de carácter organizativo *ex* artículos 73.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril y 12 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre. Correlativo a lo expuesto encontramos el régimen de responsabilidad de dichos miembros que queda claramente expuesto en el art. 78 de la meritada Ley 7/1985, de 2 de abril³⁴⁴.

Sin embargo, a pesar de la previsión de estas obligaciones en normas legales y reglamentarias, se echa en falta la posibilidad de haber incluido ciertas particularidades concretas en relación con la participación de los miembros de la Corporación en sus sociedades dependientes, especialmente a la vista de la notoria y particular deriva a la que, no pocas de ellas, han ido confluyendo. Evidentemente el legislador administrativo, *de lege ferenda*, debería prestar algo más de atención a esta circunstancia sin que ello suponga escatimar o menoscabar su intempestiva obcecación por el rigor económico.

En cuanto a la responsabilidad de la entidad propietaria³⁴⁵, si observamos las palabras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la misma se extiende a la necesidad de modificar sus estrategias de gobierno corporativo y en ello tiene un gran valor el proceso de identificar, nominar y elegir a los miembros integrantes del órgano de administración social, sobre todo cuando la Administración pública resulta ser el socio único o mayoritario, siendo recomendable, a fin de minimizar los posibles conflictos de interés, evitar elegir un excesivo número de miembros procedentes de la propia Administración Pública³⁴⁶.

³⁴⁴ El art. 73.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local señala que “Los miembros de las Corporaciones locales gozan, una vez que tomen posesión de su cargo, de los honores, prerrogativas y distinciones propios del mismo que se establezcan por la Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas y están obligados al cumplimiento estricto de los deberes y obligaciones inherentes a aquél”. Por su parte el art. 12 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales prevé que “Los miembros de las Corporaciones Locales tienen el derecho y el deber de asistir, con voz y voto, a las sesiones del Pleno y a las de aquellos otros órganos colegiados de que formen parte [...]”. Finalmente, el art. 78 de la LRBRL afirma que “Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo [...]”.

³⁴⁵ Es decir, entidad responsable del ejercicio de los derechos de propiedad, o lo que es lo mismo, derechos políticos y económicos. *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, p. 11.

³⁴⁶ *Ibid.* p. 30.

Aunando todo lo expuesto, puede llegarse a mantener, en la línea sostenida por GARNACHO CABANILLAS³⁴⁷, que con independencia de los necesarios esfuerzos doctrinales para delimitar los conceptos de propiedad y control en las sociedades públicas locales, “*sí habría de predicarse un deber de lealtad societario stricto sensu (o deber fiduciario) para los socios que participan de una manera activa en la gestión de la empresa*”, y ello ya sea por acumular el cargo de administrador social (de hecho o como persona jurídica vinculada) a su condición de socio –o socio de control³⁴⁸, ya sea para dar debido cumplimiento a las responsabilidades públicas de carácter institucional que como representantes del socio único titular societario les incumbe.

Resulta posible colegir de lo señalado hasta ahora que resulta inmanente a la administración pública de una sociedad local la potencial injerencia política intrínseca a su gestión, cuestión a la que hace mención MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES cuando señala que “*uno de los principales retos en el gobierno de las empresas públicas, es el de encontrar el equilibrio entre la responsabilidad pública municipal de ejercer activamente sus funciones de propiedad y al mismo tiempo abstenerse de realizar interferencias políticas indebidas en la gestión de la empresa*”³⁴⁹.

A modo de respuesta, desde las nuevas propuestas del buen gobierno corporativo se alude a la necesidad de instaurar en el sector público programas de *Compliance*³⁵⁰ que incluyan medidas tendentes a evitar los riesgos de interferencia política o incluso de pasividad o falta de supervisión de la gestión social; algunas proposiciones a este respecto se refieren a: contar con estructuras de gobierno corporativo sólidas que faciliten la suficiente información a los órganos de gobierno para adoptar las decisiones de forma ética y atendiendo al interés social de la empresa³⁵¹; asunción de responsabilidad por las decisiones del Consejo de

³⁴⁷ Vid. GARNACHO CABANILLAS, L., “Deber de lealtad del socio...”, *op.cit.*, p. 10.

³⁴⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia nº 284/2007, de 5 de diciembre del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca (AC 2008/361) donde lo define como: “*Aquel accionista que sin formar parte del órgano de gestión de la sociedad condiciona sistemáticamente, sin embargo, la actuación de sujetos, que formalmente, ostentan la cualidad de administradores.*”

³⁴⁹ Vid. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., “Sociedad mercantil local: el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, Nº 35, junio 2014, p. 124.

³⁵⁰ Literalmente “Cumplimiento normativo”, hace referencia, según la *World compliance association* al conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos.

³⁵¹ Vid. MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...”, *op.cit.*, p. 6; cuando identifica el interés social con el interés común de todos los socios, con la estabilidad, la continuidad y la creación de valor económico para la sociedad como fin último del buen gobierno corporativo. En el mismo sentido se manifiestan GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, p. 13; cuando afirman la consolidación de una concepción contractualista del interés social frente a su concepción institucional; de este modo, el interés social –o de la sociedad- se identifica con los

administración que pueda derivar en el nombramiento de suficientes consejeros no ejecutivos carentes de ataduras que les impidan actuar en el mejor interés de la sociedad; medidas que impidan la intromisión de intereses políticos sin dejar de lado la facultad política de supervisión; la existencia de unidades o comités encargados del seguimiento del programa de cumplimiento normativo y con poderes suficientes para tratar temas de dirección con sus responsables³⁵².

También en materia de gobierno corporativo podrían plantearse asimismo el traslado voluntario a las sociedades públicas de algunas medidas y disposiciones legales de obligado cumplimiento establecidas actualmente para las sociedades cotizadas, al modo que han venido realizando –como muestra de probidad en su actividad- algunas sociedades que cotizan en el mercado alternativo bursátil, adoptando por ejemplo, como señala HIERRO ANIBARRO³⁵³, sendos reglamentos de la junta general de socios y del consejo de administración, que tengan por objeto regular la gestión y control de la información privilegiada, la comunicación de la información relevante, el régimen de operaciones personales, normas de conducta o la gestión de los posibles conflictos de interés.

No hay que olvidar tampoco que, en el marco de la sociedad pública local, los representantes del órgano propietario del ente por excelencia (la Junta General) deberían encontrarse conformados de acuerdo con la representación corporativa del ente político local, es decir, en proporción a la representación electiva obtenida en las elecciones locales correspondientes. Esto, sin embargo, no tiene por qué ser así necesariamente, pues como ya tuvimos ocasión de examinar, la Junta General de la sociedad local podrá hacerse coincidir, vía estatutos³⁵⁴, con otro órgano colegiado representativo que no reproduzca esa proporcionalidad pública. Creemos que es en este punto dónde unas políticas actuales de gobierno corporativo dirigidas a la sociedad pública deberían actuar. Vemos como ciertos principios y recomendaciones de gobierno corporativo, aún destinadas a un sector societario específico, apuntan decididamente hacia la apertura y facilitación a la participación activa en la Junta General de accionistas; así por ejemplo se manifiesta el Principio 7º y las

accionistas sin que ello deba implicar necesariamente la persecución de la maximización del valor de la sociedad o de la cotización de las acciones.

³⁵² Vid. HERNÁNDEZ CUADRA, E., “Los tres retos de la empresa pública con el *compliance*”, *Revista Compromiso Empresarial*, junio 2017.

<https://www.compromisoempresarial.com/transparencia/buen-gobierno-transparencia-2/2017/06/los-tres-retos-de-la-empresa-publica-con-el-compliance/>. (Consultado: 19/08/2018).

³⁵³ Vid. HIERRO ANIBARRO, S., “Gobierno corporativo en sistemas multilaterales de negociación”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 135, LEX NOVA, 2014, p. 16.

³⁵⁴ Vid. Artículo 85 ter 3º LRBRL.

Recomendaciones 9ª y 10ª del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (CUBG 2015). En consonancia con ello, resultaría incomprensible hoy día que en el ámbito institucional público la tendencia fuese en una dirección totalmente opuesta.

En resumidas cuentas, debemos ser conscientes de que en el espacio de la sociedad pública local la distinción entre propiedad y control o entre propiedad y dirección no va a derivar en los mismos problemas que se manifiestan en las sociedades de régimen privado general; más bien al contrario, es la estrecha separación o incluso la coincidencia plena de los agentes implicados en la titularidad y en la gestión de las sociedades locales lo que pueden generar inoperancias o desviaciones del objetivo social inicialmente planteado, ya por motivaciones personales, de oportunidad política o de mera negligencia en la actuación.

Por ello, las propuestas de gobierno corporativo que aquí se precisan serán aquellas que faciliten, por una parte, la independencia de funciones, pero por otra, unos mecanismos de control, de nombramientos y de publicidad más estrictos que no puedan verse distorsionados por la estructura orgánica que legislación actual permite configurar a la sociedad pública local.

3. LA TOMA DE DECISIONES EN LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL

3.1 Regulación positiva y sistema de decisión

A la hora de hablar de la toma de decisiones en el seno de la sociedad pública local, debe repararse en que, más que el proceso y la formación de las decisiones propiamente dichas, lo cual formaría parte del análisis de las que se vienen denominando como políticas públicas (que incluiría la definición, formación, formulación, implementación y evaluación de la decisión), nos interesa ahora conocer más bien el lugar donde se forman dichas decisiones e incluso la posible responsabilidad a la que se encuentran sometidas esas resoluciones³⁵⁵ identificando aquellos momentos o lugares donde poder ponderar una aplicación efectiva de prácticas de buen gobierno que coadyuven durante ese proceso a la implantación de una correcta marcha societaria.

No obstante, inicialmente resulta de rigor admitir la utilidad de aquellas facetas propias de las políticas públicas que, con sus conceptos y tecnicismos, permiten explorar los ámbitos que dentro del proceso decisorio de la sociedad pública resultan idóneos para su utilización.

³⁵⁵ Sobre todo, tras la reestructuración y proceso de racionalización al que se han visto sometidas el conjunto de sociedades públicas debido a los estragos ocasionados por la crisis económica iniciada en 2008.

Baste recordar a este respecto lo señalado por PERDICES HUETOS y RIAÑO LÓPEZ³⁵⁶ cuando aluden a “*la división del proceso decisorio en cuatro fases: inicio, ratificación, implementación y supervisión, correspondiendo a los gestores las fases impares -lo que se llamó (decisión management) o gestión de las decisiones- y al consejo las fases pares, (decisión control) o control de las decisiones*”; propuesta que resulta perfectamente incardinable en el proceso de transformación que el Consejo de Administración puede adquirir con la introducción de las nuevas propuestas de gobierno corporativo.

Centrando por ahora nuestro discurso en la regulación positiva del proceso de toma de decisiones de sociedad pública local en el momento actual, ya pudimos observar con anterioridad cómo la estructura corporativa troncal de las sociedades públicas locales viene representada fundamentalmente por los tres órganos principales que apuntaba el RSCL en su artículo 90, esto es: la Junta General, el Consejo de Administración y la Gerencia. De estos tres, dos de ellos constituyen el tándem fundamental sobre el que va a pivotar el proceso de toma de decisiones sociales, Junta General/Consejo de Administración; manteniendo la Gerencia, por contra, un poder de decisión que quedará supeditado o limitado a lo estrictamente recogido en los estatutos sociales o a lo que le fuera delegado por el propio Consejo, todo ello siempre bajo el marco de una gestión y administración de carácter ordinario dirigida a asegurar el funcionamiento de la sociedad con normalidad.

La capacidad de decisión vendrá determinada, por lo tanto y, de una parte, por la atribución de competencias a los diferentes órganos que a este respecto hagan las normas legales y reglamentarias que sean de aplicación; y, de otra parte, por el reparto de funciones que vía estatutos sociales sean aprobadas por la sociedad respectiva; dejando a salvo en todo momento el respeto a los preceptos legales que les sean aplicables de manera imperativa.

Cuestión diferente a las facultades de decisión que recién señalamos constituye el sistema de toma de decisiones. A este respecto, puede verse como, en el régimen jurídico general de las sociedades pertenecientes al ámbito privado, se aprecia respecto de la Junta General una sustitución evolutiva que oscila desde un criterio de unanimidad hacia un principio mayoritario³⁵⁷ con la finalidad declarada de dotar a la sociedad de una mayor funcionalidad.

³⁵⁶ Vid. PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., “El gobierno corporativo en...”, *op.cit.*, p. 1, donde se refieren a la propuesta de V. FAMA, E. Y JENSEN, M., “*Separation of ownership and control*”, 26 *Journal of Law & Economics*, 1983, p. 303.

³⁵⁷ Así, el artículo 159.1 LSC prescribe que “*Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta.*”

Esta circunstancia adquiere, en el ámbito de la sociedad pública, una caracterización y un origen diferente al previsto para el resto de las sociedades reguladas por el derecho privado. En éstas últimas, el contrato de sociedad, que aparece representado como un contrato de organización y de colaboración de carácter abierto, abre un importante espacio a la autonomía de la voluntad de los socios que permite adaptar las necesidades de estos socios a la concreta persona jurídica que se constituye³⁵⁸. De este modo, la actual LSC configura un sistema de mayorías diferenciado mediante la sistematización en dos subsecciones del texto normativo de aquellos criterios que resultan aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada, por un lado, y el sistema a regir en las sociedades anónimas, por otro.

Para las primeras (S.L.), los artículos 198 a 200 LSC prevén unas mayorías ordinarias para la mayor parte de las decisiones; otras mayorías reforzadas para asuntos concretos que quedan tasados en el propio precepto (aumento o reducción de capital, autorización a los administradores en materia de competencia o modificaciones estructurales, entre otras); y finalmente, una mayoría estatutaria reforzada que nunca podrá alcanzar la exigencia de la unanimidad.

Por su parte, para las sociedades anónimas (S.A.), el artículo 201 LSC bascula en función del capital presente o representado en la sesión donde se proponga tomar la decisión y en base al tipo de acuerdo que deba adoptarse; de este modo, gradúa una adopción de acuerdos que parte desde la mayoría simple (para las decisiones más habituales) hasta la exigencia de dos tercios del capital presente o representado, pasando por mayorías absolutas que requieran ciertas decisiones de especial relevancia en materia de capital social, modificaciones estatutarias o adquisiciones preferentes, entre otras cuestiones que aparecen recogidas en el artículo 194 LSC.

En lo que se refiere a la toma de decisiones por parte del Consejo de Administración de cualquier sociedad de ámbito privado, de nuevo tendremos que diferenciar entre aquellos casos en los que nos encontremos ante una S.L. o bien una S.A.

Para las sociedades de responsabilidad limitada, la LSC deja una mayor libertad de configuración pues su artículo 245 indica en su apartado primero que *“En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar*

³⁵⁸ Vid. HERNANDO CEBRIÁ, L., *“El abuso de la posición jurídica...”*, op.cit., pp. 28-29.

acuerdos por mayoría”. De nuevo, pues, el principio de la mayoría hace acto de presencia prescindiendo del recurso a la unanimidad en esta categoría de sociedades que, sin embargo, y dada su configuración más cerrada por su propia naturaleza, sí que requerirá o al menos le será exigible un mayor nivel de consenso en la adopción de acuerdos que deberán concretarse en los estatutos respectivos.

En vivo contraste, en el caso de las sociedades anónimas se exige de manera imperativa que las decisiones del Consejo de Administración se adopten por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes³⁵⁹ a la sesión *ex. artículo 248.1 LSC*.

Dicho todo esto, en el caso de la sociedad pública local, al igual que en las recién señaladas, el proceso de toma de decisiones dependerá también, de un lado, del órgano titular de la competencia en relación al tipo de acuerdo que deba adoptarse; y de otro, del sistema de mayorías establecidas para este tipo de sociedades, que pasamos a examinar.

Desde un punto de vista competencial, el reparto de atribuciones viene representado por la conjunción de preceptos aplicables a este tipo de figuras dada su singular naturaleza, por lo que le serán vinculantes tanto normas de derecho público como de derecho privado con total normalidad.

Si hablamos de la Junta General, el artículo 92.2 RSCL enumera una serie de facultades irrenunciables que corresponde asumir a este órgano de la sociedad local: el nombrar el Consejo de Administración, fijar la remuneración de los Consejeros o modificar los Estatutos sociales son algunas de esas funciones. Además, concluye este apartado referido a las funciones a asumir por la Junta General con una cláusula de remisión al conjunto de atribuciones que para la Ley de Sociedades Anónimas (entender ahora referida a la LSC) se atribuyan a la Junta General³⁶⁰.

Por su parte, las potestades que el RSCL reserva al Consejo de Administración vienen representadas por unas amplias facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa que vendrán determinadas tanto por los estatutos sociales como por la legislación mercantil³⁶¹, dejando a salvo las reservas que, en este sentido, se hayan realizado a favor de la Corporación como Junta General y el Gerente (artículo 94 RSCL).

³⁵⁹ Que deberán ser la mayoría de los vocales que lo constituyen de manera presencial o representada.

³⁶⁰ *Cfr.* Capítulo II del título V de la LSC relativo a la Junta General (artículos 159 y ss.)

³⁶¹ Apréciase a este respecto la atribución que el artículo 209 LSC realiza al órgano de administración respecto de la competencia para la gestión y representación de la sociedad en los términos que disponga el propio texto legal. Asimismo, en el artículo 249 bis LSC se hace una enumeración de aquellas facultades que el consejo de

Sin embargo, para ambos casos y sin perjuicio de lo expuesto, debemos recordar que la legislación básica del régimen local prevé, en dos apartados contenidos en el artículo 85 ter LRBRL, unas prescripciones que conllevan irremisiblemente una serie de consecuencias en materia competencial. La primera de ellas nos remite a tener que contemplar en los estatutos sociales aquellas competencias necesarias para que las materias de índole presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y de contratación se ejerzan y se mantengan en el ámbito del ordenamiento jurídico-público (artículo 85 ter 1º LRBRL). La segunda prescripción hace referencia precisamente a la libertad de configuración de los estatutos sociales que el artículo 85 ter LRBRL en su inciso 3º ofrece al ente local para efectuar el reparto competencial que, como decimos, deberá realizarse dentro de los márgenes previstos tanto por la LRBRL, la LSC y el RSCL.

En cuanto al sistema de mayorías previsto para la adopción de acuerdos en el ámbito de la sociedad pública local, hay que recordar que el artículo 92.1 RSCL apunta que el procedimiento y la adopción de acuerdos por parte de la Junta General deberá acomodarse a las normas del régimen local contenidas tanto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (artículos 46 y 47 LRBRL) como en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (artículos 77 a 103 ROF), estableciendo con carácter general el sistema de mayoría simple de los miembros presentes para adoptar sus acuerdos. No obstante, y a la luz de la libertad que el ya mencionado artículo 85 ter apartado 3º de la LRBRL otorga al ente local, nada impide establecer otros sistemas diferentes por vía estatutaria³⁶².

administración no podrá delegar bajo ningún concepto, por lo que le serán atribuidas y deberán ser ejercidas por este órgano en todo momento.

³⁶² Fundamental para entender esta libertad del ente local en orden a establecer su propio sistema de organización y funcionamiento en los órganos societarios locales resultan los argumentos esgrimidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2018, de 13 de diciembre. Rec.4449/2018. (RTC 2018/137). En un extracto de su F.J. 3º se explicita que: *“En las sociedades mercantiles locales unipersonales, el fundador de la sociedad es el Ayuntamiento, socio único que expresa su voluntad a través del pleno, constituyendo los estatutos societarios la manifestación más acabada de la voluntad del fundador. La voluntad fundacional no puede entenderse constreñida a la aprobación de un acuerdo de creación de la sociedad abstracto o vacío de contenido. La escritura pública formaliza el acto de constitución, incorporando como parte necesaria de su contenido los estatutos; es inherente a la voluntad fundacional el otorgamiento de escritura pública comprensiva de los estatutos sociales, con el contenido mínimo fijado legalmente: la denominación de la sociedad; el objeto social, determinando las actividades que lo integran; el domicilio social; el capital social; el modo o modos de organizar la administración de la sociedad; y el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad (art. 23 LSC). Al remitir la decisión sobre los órganos societarios a los estatutos, el art 85.ter.3 LRBRL es plenamente congruente con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico privado, que también remite a los estatutos el modo o modos de organizar la administración de la sociedad [art. 23 e) LSC]. Debe concluirse que el ordenamiento jurídico estatal, tanto público (y básico) como privado, encomienda esta decisión a la voluntad del socio fundador, que en las sociedades mercantiles locales de carácter unipersonal no*

Cabe preguntarse si sería posible exigir mayorías reforzadas para la adopción de determinados acuerdos por parte de la Junta General. A nuestro entender, la respuesta debe quedar igualmente abierta, pues por la legislación de régimen local nada se ha previsto a este respecto de una manera expresa. Si atendiéramos exclusivamente a lo previsto en la legislación mercantil (LSC), podría apreciarse como las mayorías reforzadas que se exigen tanto para las sociedades de responsabilidad limitada como para las sociedades anónimas se determinan en función de la presencia o representación de un específico peso de capital social (en acciones o participaciones) lo cual, en el caso de la sociedad pública local objeto de nuestro estudio (S.R.L. o S.A.) es irrelevante, dado que, una vez constituida formalmente la Junta General con arreglo a la normativa de régimen local, el capital social se encuentra íntegramente representado por el socio único, la Corporación.

Por esta misma razón, podría también entenderse que las mayorías reforzadas a las que habilitan, vía estatutaria, los artículos 200 y 201.3 LSC tampoco serían aplicables a la Junta General de la sociedad local dado que esa previsión, siguiendo una línea de congruencia respecto de los apartados y artículos que les preceden, debería apoyarse igualmente en la exigencia de una determinada presencia del capital social que, como decimos, ya es íntegra y total desde el momento de su constitución formal con arreglo al derecho público de régimen local.

No obstante, sin perjuicio de esta visión restrictiva del régimen de mayorías para la Junta General, reiteramos que la cuestión debe permanecer abierta dada la libertad que, como hemos venido señalando, otorga la legislación de régimen local al ente local por la vía de los estatutos sociales en orden a la configuración del régimen de funcionamiento de este órgano *ex. artículo 85 ter 3º LRBRL*.

Otro tanto ocurre en el caso del Consejo de Administración. El sistema de adopción de acuerdos vendrá determinado por lo que, respecto al funcionamiento de este órgano, establezcan los estatutos sociales (artículos 85 ter 3º LRBRL y 91 RSCL). Idéntica autonomía respecto al modo de adoptar acuerdos predica la LSC para las sociedades de responsabilidad limitada en su artículo 245.1. En el supuesto de las sociedades anónimas, dice la LSC en su artículo 245.2 que cuando los estatutos nada establezcan a este respecto, será el propio

es otro que el pleno del ayuntamiento, a través del acuerdo de creación que le atribuye el artículo 123.1 k) LBRLL."

consejo de administración el que tendrá amplias facultades para regularse en materia de funcionamiento y, por ende, en establecer el régimen de adopción de acuerdos; previsión que, como venimos diciendo, quedaría desplazada por la aplicación prioritaria de la norma básica de régimen local (artículo 85 ter 3º LRBRL) en función de la cual se atribuye al estatuto social de la sociedad pública (es decir, al socio fundador) la facultad de determinar este aspecto de manera precisa³⁶³.

Realizadas estas precisiones acerca del régimen jurídico regulador aplicable al objeto que nos concierne, procede ahora examinar alguna de las cuestiones fundamentales que más afectan al proceso de toma de decisiones en la sociedad pública local.

3.2 Circunstancias aparejadas. Propuestas de actuación

Inicialmente, se puede poner de relieve la cuestión de conocer si el órgano al que, como dijimos anteriormente, se le encarga la gestión, dirección y ejecución en la sociedad pública local, esto es, el Consejo de Administración, va a tomar sus decisiones de forma paralela con el objeto e interés social de dicha sociedad. Dicho de otro modo, lo que quiere comprobarse es si la actuación de este órgano va a ser acorde con principios como los de rentabilidad económica, lealtad al objeto social, eficacia, eficiencia, transparencia. Si, por contra, la realidad pusiera de manifiesto una actuación -directa o mediatizada- servil con instrucciones políticas o vinculaciones de orden superior que desvirtúen el fin público que originó la creación del ente estaríamos ante un claro supuesto de fraude institucional que instrumentaliza sus entidades dependientes para eludir sus responsabilidades como ente de naturaleza pública.

En este sentido, resulta indudable que la pugna por una presencia de profesionalidad directiva en la composición de este órgano va a erigirse como una condición fundamental a la hora de dirigir la sociedad pública; pues en muchos casos es posible observar como esa

³⁶³ Conviene tener presente a cuenta de la redacción de los Estatutos Sociales lo indicado a este respecto por VAREA MOSQUERA, L. y HERNANZ BODERO, J., “Gestión directa (IV): sociedad mercantil, cuyo capital social sea de titularidad pública”, formando parte del libro *“Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales”*, Edición Nº1, Edit. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, enero 2010, p. 20; cuando indican que: *“La entidad local tendrá plena libertad en la redacción y orden que en los estatutos ocupen aquellas materias de obligada inclusión, haciendo hincapié en que se observe una redacción clara y precisa, ya que en el desenvolvimiento de la empresa los estatutos son la norma que recoge su organización y funcionamiento en el amplio margen que otorga la ley, por lo que a falta de regulación, la sociedad deberá acudir a la práctica habitual de desenvolvimiento de las sociedades que marque la doctrina y la jurisprudencia”*.

profesionalidad queda desvirtuada a través de nombramientos con un perfil predominantemente político³⁶⁴.

A colación de esta evidencia, señala MUÑOZ GIL que estas posibles “servidumbres políticas” no implican una exoneración de la responsabilidad personal de cada uno de los miembros del órgano de administración, los cuales han aceptado libre y voluntariamente su nombramiento y disponiendo, al margen de su pertenencia política, de amplias facultades de dirección, gestión y ejecución respecto a la sociedad³⁶⁵. Añade además el autor citado que, “han de aceptarse las reglas del juego y no pretender eludir responsabilidades al amparo de las normas de Derecho administrativo que imponen un régimen de jerarquía ajeno a las normas generales del Derecho mercantil”³⁶⁶. Este Derecho mercantil aludido es claro en relación con las obligaciones básicas que incumben al consejero-administrador contando entre las que derivan de su deber de lealtad con la prevista en el artículo 228. d) LSC y que prescribe que deberán desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros³⁶⁷.

Otras de las cuestiones que cabe plantearse a la hora de reflexionar sobre las decisiones que se toman en la sociedad pública local es aquella que ya apuntaba ALONSO UREBA cuando hablaba del problema suscitado en la Junta General de las sociedades unipersonales a la hora de votar los diferentes puntos incluidos en el orden del día y en la práctica imposibilidad de distinguir entre el voto y el acuerdo adoptado³⁶⁸.

Como sabemos, en la sociedad local objeto de nuestro estudio la práctica totalidad de las Juntas Generales se encuentran conformadas por el órgano representativo de la

³⁶⁴ Tampoco beneficia a evitar estas realidades algunas redacciones de rango reglamentario que permanecen vigentes como la prevista en el artículo 108 RSCL que, aún dirigido a las empresas de capital mixto, habla directamente de representantes de la Corporación en los órganos de gobierno y administración de la empresa, cuando sabemos que el Derecho general de sociedades no califica en ningún caso al consejero o administrador como representante de accionista alguno. A ello se refiere ARANA GARCÍA, E., “Las sociedades municipales de gestión...”, *op.cit.*, p. 82. Del mismo modo, la actual LRBL en su artículo 127.1 m), destinado a las atribuciones de la Junta de Gobierno Local en los municipios de gran población también alude a la designación de representantes municipales en los órganos colegiados de gobierno o administración de las sociedades en las que el Ayuntamiento sea partícipe.

³⁶⁵ Vid. MUÑOZ GIL, C., “Responsabilidad de los administradores de derecho y de hecho de las sociedades públicas (1)”, *Diario La Ley*, Nº 8371, Sección Doctrina, 2014, LA LEY 4974/2014, pp. 5-6.

³⁶⁶ *Ibid.* p. 9.

³⁶⁷ A ello se refiere también NAVARRO FRÍAS, I., “Sociedades públicas: derecho mercantil “vs”. Derecho administrativo...”, *op.cit.*, pp. 13-14, a pesar de que, como señala, la realidad dista mucho de esta imperatividad positiva pues, en no pocos casos, la dependencia personal a causa del nombramiento o incluso por la propia dependencia instrumental del ente respecto de su fundador ha justificado o legitimado plenamente la intromisión en dicha independencia.

³⁶⁸ Vid. ALONSO UREBA, A., “La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales...”, *op.cit.*, p. 334.

corporación por excelencia, el Pleno; este órgano plenario va a canalizar la voluntad del socio único fundador de la sociedad y esa voluntad se traducirá en una serie de acuerdos adoptados mediante votaciones sujetas al régimen administrativo de funcionamiento y mayorías que rigen en el ámbito local. Esta aplicación del régimen público no impide, en principio, una teórica distinción entre voto y acuerdo, pues en dicho ejercicio de voto se puede manifestar la discrepancia o la afinidad con el punto discutido, si bien es cierto, que en materia propiamente mercantil esa previsión no es tan sencilla pues por todos es sabido que el ejercicio de voto se proyecta siempre en relación con un acuerdo y dicho ejercicio supone la expresión única de su voluntad como accionista. Existiendo, por ende, un único socio, resulta complejo admitir la existencia de disparidad de votos en el seno de un mismo accionista.

Además, la admisión de esta premisa tampoco tiene hoy día un reflejo práctico en materia de impugnación de acuerdos, pues desde la reforma de la LSC en el año 2014, la misma ya no exige al socio que haga constar en el acta su oposición al acuerdo impugnado, superando la temporal doctrina jurisprudencial³⁶⁹ que negaba la legitimación activa del socio que hubiere votado a favor del acuerdo contrario a los estatutos o al interés social; por lo que el reflejo de esa disparidad de voluntad tampoco resulta esencial en un primer momento. No obstante, esta aparente amplitud de legitimación de cara a la impugnación de acuerdos queda truncada por la misma causa que origina la adopción del mismo: el socio único solo expresa una voluntad; por lo que, si el acuerdo salió adelante mediante una votación mayoritaria, es dudosa que esa misma mayoría sea favorable a una impugnación posterior en circunstancias normales.

En cualquier caso, el supuesto de la sociedad pública local puede ser asimilado, *mutatis mutandis*, a la evolución que la sociedad cotizada ha sufrido al respecto sobre la forma en que toma sus decisiones en Junta General, pues pese a la tradición histórica ya mencionada de que “*cualquiera que sea el sentido que tenga, el voto correspondiente a todas las acciones de un mismo dueño debe ejercerse de forma unitaria*” y que “*al accionista se le reconoce la libertad para votar como quiera, pero solo puede hacerlo en un único sentido*”³⁷⁰, la propia estructura organizativa de estas sociedades cotizadas, con presencia de accionistas que lo son por cuenta de otros, pone de manifiesto que cuando el accionista es una persona jurídica cabe asumir razonablemente que pueden albergar en su seno variados

³⁶⁹ Consúltense las SSTS de 14 de julio de 1997 (RJ 1997/5470) y de 18 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6545).

³⁷⁰ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La propuesta de generalización del voto divergente”, doctrina que forma parte del libro “*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*”, Edición nº1, Edit. LA LEY, Madrid, 2015, LA LEY 2882/2015, p. 2.

intereses indirectos que justifiquen una expresión de divergencias en relación con los acuerdos a adoptar.

La sociedad pública íntegramente local, persona jurídica, es fruto de la expresión de un accionista único, el socio fundador, que asume ese rol de accionista aparente que intermedia como representante entre la sociedad y los accionistas reales o secundarios personificados en la ciudadanía como sujeto pasivo del interés general que justifica el sentido último de la actuación pública. Esta circunstancia de actuar por cuenta de otros, es la imagen viva de la representación política pública y diversa que queda identificada perfectamente en la composición del órgano plenario local, con sus grupos políticos y sus diferentes ideas y concepciones sobre cómo debe ser la gestión local.

La posibilidad de realzar el papel de todos y cada uno de los integrantes de la Junta General en consonancia con esta representación proporcional de la ciudadanía ínsita en el Pleno local que vaya más allá de una mera reseña en el debate del acta de las sesiones, hace que nos planteemos la posibilidad de trasladar la figura del voto divergente al funcionamiento de la Junta General de la sociedad local.

La figura del voto divergente tiene su origen³⁷¹, como hemos apuntado, en las sociedades cotizadas, donde la habitual variedad de criterios de los accionistas y la imposibilidad de los inversionistas colectivos de mostrar la diversidad de opiniones de sus clientes obligó a las autoridades europeas a tomar cartas en el asunto. Así, la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas³⁷², reconoció en su artículo 13.4 la posibilidad del voto divergente, mediante la justificación de que esos votos dispares se corresponderían con las instrucciones recibidas por cada uno de los clientes y en atención a las acciones pertenecientes a cada uno de ellos.

Del mismo modo, en representación de las medidas de gobierno corporativo que fueron prodigándose en el panorama jurídico español, también el Código Unificado de Buen Gobierno de 2006 recogió esta posibilidad. Así, la Recomendación 6ª de esta versión y sus posteriores reconoce la opción de fraccionar el voto por parte de un mismo titular de acciones, afirmando asimismo que esta opción ya es reconocida por numerosas sociedades españolas.

³⁷¹ *Ibid.* pp. 5-6, en relación con la evolución de la figura del voto fraccionado y divergente.

³⁷² *Cfr.* Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. DOUE 14.7.2007. L184/17 a L184/24.

En última instancia, ha sido la propia LSC quien ha dado carta de naturaleza legal en España a esta posibilidad, como puede comprobarse tras la lectura del artículo 524.1 LSC, según el cual “*las entidades que aparezcan legitimadas como accionistas en virtud del registro contable de las acciones pero que actúen por cuenta de diversas personas, podrán en todo caso fraccionar el voto y ejercitarlo en sentido divergente en cumplimiento de instrucciones de voto diferentes, si así las hubieran recibido*”. Por tanto, el fraccionamiento del voto es ya una realidad en las sociedades catalogadas como cotizadas dentro del panorama societario español.

Podríamos preguntarnos finalmente, cuál sería la utilidad de un reconocimiento de este tipo en orden al funcionamiento de la Junta General en el ámbito de la sociedad pública local.

A este respecto, todo nos hace pensar que el sistema de adopción de acuerdos dentro del seno de la sociedad local no recoge en la actualidad el sentir general de los intereses representados en la Junta General dada la condición de socio único del ente fundador; y es que los acuerdos discutidos se adoptarán o podrán no adoptarse, todo en función de un sistema de mayorías regido por el Derecho administrativo, que, en última instancia, reflejará de manera más vívida la habilidad para articular mayorías y cerrar acuerdos que una verdadera predisposición para poner sobre la mesa de debate las diferentes opciones, puntos de vista e intereses contrapuestos.

Téngase por descontado que lo recién señalado no pretende poner en tela de juicio lo democrático y lícito del sistema imperante, no obstante, se echa en falta que de *lege ferenda* se vislumbre una regulación que permita exteriorizar más allá del debate interno los verdaderos y diversos intereses de los ciudadanos convirtiendo a la Junta General en un órgano más activo y dinámico que cuente con mayores poderes sobre los responsables de administrar y gestionar las empresas, dejando de lado el papel más o menos estático que actualmente parecen representar.

4. ¿ABUSO DE DERECHO O DE PODER? *INSIDERS VS. OUTSIDERS*

En este nuevo apartado nos detendremos en considerar y analizar inicialmente una formulación que no nos resulta para nada desconocida en el mundo de las ciencias jurídicas: hablamos de la doctrina del abuso de derecho.

Debemos confirmar desde este preciso instante que, considerando el objeto de nuestro estudio, creemos lícito asimilar la doctrina tradicional del abuso de derecho con el denominado y también conocido como abuso de poder. La razón que apoya este proceso de

equiparación conceptual estriba precisamente en que, a nuestro entender, la fórmula del abuso de poder contiene la virtualidad de poder recoger con mayor fidelidad todo el cúmulo de situaciones que, en el marco del Derecho público, pueden darse respecto de las diversas relaciones jurídicas capaces de ser entabladas por los entes públicos, ya sea entre sí como con el resto de la ciudadanía. En consecuencia, lo fundamental para nuestro cometido consistirá en enfocar nuestro análisis en la posibilidad de aplicar, con las necesarias salvedades, la figura del abuso de derecho a la actuación pública en las sociedades locales de esta naturaleza.

En primer lugar, tal y como afirma nuestra jurisprudencia, el abuso de derecho –o el ejercicio antisocial del mismo– supone que, aun respetándose los límites formales de la norma, se produce una vulneración de los valores o de la idea axiológica que forma parte del contenido de dicha norma³⁷³. Esta concepción -privatista en su origen- en relación con la figura del abuso de derecho fue también considerada por nuestro Alto Tribunal con referencia al Derecho público, en este caso asimilándola a un ejercicio arbitrario de las potestades administrativas de manera que influya de forma perniciosa en el fin institucional, social o económico del ente público y resultando por ello, radicalmente antijurídico³⁷⁴.

Así, parte de la doctrina ha contemplado la posibilidad de recurrir a su aplicación como un instrumento o figura de equilibrio que permita mediar entre los intereses individuales y los fines institucionales³⁷⁵, poniendo de manifiesto la necesidad de que exista un especial *animus* intencional que debe residir en el sujeto pasivo acerca de las consecuencias antisociales que su actuación ocasiona. Nótese como la doctrina administrativista acude, a estos efectos, a la teoría de la invalidez del acto para justificar el encaje funcional de la teoría del abuso del derecho, desligando por tanto la actuación del ámbito de la moralidad y dictaminando dicha actuación como una infracción de la concreta finalidad por la que el ordenamiento atribuye ese derecho³⁷⁶, pudiendo en estos casos reunir todos los elementos del tipo que nuestra legislación administrativa reconoce como desviación de poder³⁷⁷.

³⁷³ Cfr. STS de 3 de junio de 2002. Rec. 8221/1994. (RJ 2002/9016).

³⁷⁴ Cfr. STS de 7 de abril de 2005. Rec. 5572/2002 (RJ 2005/3887). F.D. Quinto.

³⁷⁵ Vid. CASTILLO BLANCO, F. A., en “*La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho*”, INAP, Madrid, 2007, p. 111, cuando en su Capítulo II denominado “La teoría del abuso del derecho y su aplicabilidad a la actuación abusiva de la administración pública” hace referencia a la tesis mantenida por Martínez Useros sobre el abuso de derecho.

³⁷⁶ *Ibid.* pp. 126-127.

³⁷⁷ De acuerdo con lo previsto en el artículo 70.2 párrafo 2º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: “*Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico*”.

Como resulta de sobra conocido, el recurso a la desviación de poder es uno de los supuestos legales que en el ámbito del Derecho administrativo posibilita catalogar a los actos “administrativos” como anulables por contener un vicio que, llegado el momento, va a permitir tachar de inválido dicho acto (*ex artículo 48 LPAC*). La equiparación conceptual que venimos realizando entre la figura del abuso de derecho y, en este caso, la desviación de poder resulta justificada desde el mismo momento en que analizamos el contenido de ésta última si bien es cierto que para que se produzca tal desviación no se requiere (aunque puede aparecer perfectamente) un especial ánimo subjetivo con objeto de conseguir o alcanzar alguna finalidad apartada de la prevista institucionalmente para la norma que resulta aplicable³⁷⁸.

En su aplicación al ámbito societario y salvando su recurrente utilización por el sector de la defensa de la competencia (donde se despliega como abuso de posición dominante), la institución del abuso de derecho “*nos sirve para sancionar un comportamiento activo o pasivo de alguien (como puede serlo un socio) que sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero*”³⁷⁹. Este socio, cuando es mayoritario o único -supuesto de las sociedades públicas objeto de este trabajo-, tiene grandes posibilidades de excederse en el ejercicio de sus derechos, más aún cuando el sistema establecido legalmente es permisivo con el hecho de que los socios controladores ejerzan tal grado de control que no se corresponde con el riesgo inherente a su condición de propietarios mediante el uso de instrumentos jurídicos que permiten separar la propiedad del control. Este abuso provocaría, inevitablemente, un perjuicio en el resto del accionariado y, por añadidura, en los usuarios de la sociedad –la ciudadanía-³⁸⁰.

Esta alusión al derecho de propiedad que acaba de hacerse con ocasión del abuso de derecho también fue apuntada por HERNANDO CEBRIÁ para quien dicho abuso de derecho “*A su vez se inserta en el propio contenido del derecho de propiedad, en concreto, en relación con aquellas conductas que, al amparo de una legalidad externa y de un aparente*

³⁷⁸ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “*Principios de Derecho Administrativo General II*”, Iustel, Madrid, 2016, p. 168, donde el autor, tras reconocer el origen jurisprudencial francés de la figura, señala que “*la norma que crea las potestades administrativas asigna a las mismas una finalidad institucional; y el acto que las pone en práctica debe estar orientado exactamente a la consecución de dicha finalidad; pues bien, existe desviación de poder cuando dicha potestad es utilizada, mediante un acto concreto, con un fin simplemente distinto al fijado legalmente para aquélla (ya se trate de un interés privado o público). No es preciso para la existencia de desviación de poder, pues, que concurra ningún tipo de vicio de moralidad en el órgano autor del acto, ni que con éste se persiga ninguna finalidad privada o ilegítima; basta con que el fin perseguido por el acto sea meramente distinto del atribuido a la potestad de que emana*”.

³⁷⁹ Vid. GARNACHO CABANILLAS, L., “Deber de lealtad del socio...”, *op.cit.*, p. 7.

³⁸⁰ Vid. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., “Sociedad mercantil local...”, *op.cit.*, p. 134.

ejercicio de su derecho, traspasan los principios generales de la equidad y la buena fe, afectando a los legítimos intereses de terceros que, sin embargo no se hallan protegidos por una específica prerrogativa jurídica”³⁸¹.

Situado ya el concepto de abuso de derecho –o de poder- en el ámbito societario y con el ánimo de examinar los requisitos que inspiran su producción, resulta interesante averiguar qué sujetos son los que, en el nivel local, pueden desempeñar esa faceta abusiva. De manera correlativa conviene encuadrar al sujeto pasivo de esa actividad, encarnando ese grupo que sufre las consecuencias del abuso y que resulta merecedor de un particular tratamiento de carácter tuitivo.

Para este cometido, nos puede resultar práctico recordar cómo la importación de las corrientes norteamericanas de gobierno corporativo ha llevado aparejada igualmente una asunción en la terminología jurídica española de ciertos conceptos (anglicismos, en su mayor parte) que han sido asimilados y que son utilizados con normalidad por toda la comunidad científica que afronta el estudio de esta materia. En este caso concreto nos estamos refiriendo a los vocablos que genéricamente conocemos con la denominación de *insiders* y *outsiders*.

Con carácter generalista, en materia de sociedades se tiende a denominar *insiders* a aquellas personas que, perteneciendo a la sociedad, ostenten formalmente responsabilidades de administración, directivas o bien que formen parte de lo que se conoce como accionistas de control, moviéndose esencialmente en base a incentivos y debiendo llevar a cabo, como contrapartida, la realización del objeto social de una manera eficiente de forma tal que sea posible distribuir los rendimientos generados de una manera equitativa.

En el otro extremo de la relación nos encontramos con los conocidos como *outsiders*, conjunto que se haya integrado fundamentalmente por aquellos accionistas minoritarios que, pese a ser habitualmente mayor en número que el resto de grupos citados, su mayor baza consistirá en lograr maximizar su inversión esperando que llegue el momento de materializarla³⁸².

A la vista de estas caracterizaciones básicas, cabe preguntarse quién podría representar cada una de esas facetas en la sociedad pública local aquí considerada y cómo se articularía la teoría del abuso de derecho entre ambas figuras.

³⁸¹ Vid. HERNANDO CEBRIÁ, L., “*El abuso de la posición jurídica...*”, *op.cit.*, p. 85.

³⁸² Vid. COCA VILA, I., “*La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal*”, *Diario La Ley*, Nº 9371, Sección tribuna, Edit. Wolters Kluwer, 6 de marzo 2019, LA LEY 2223/2019, p. 4.

Respecto a la primera cuestión, la identificación de los insiders – o *corporate insiders*³⁸³ - en la sociedad pública local, coincidiría con todos aquellos sujetos que, bien como integrantes del Consejo de Administración, bien a través del ejercicio de funciones de gobierno como miembro de la Junta General, o bien como persona que ostente funciones directivas o gerenciales; puedan en cualquiera de estos casos posicionar, influir, comprometer o dirigir las decisiones que constituyen la administración ordinaria de la sociedad.

Como puede apreciarse y ya fue comentado con anterioridad, el hecho de que se pueda ejercer influencia desde la Junta General de las sociedades públicas locales implica su configuración como un órgano de gobierno en toda regla que en cierta medida limita o no permite desplegar el abanico de posibilidades de actuación y de grupos de poder que sí se aprecia en el resto de las sociedades de régimen privado, especialmente acentuado en las de gran capitalización. Además, no está de más reiterar que más allá del rol que pueda jugar el Derecho administrativo en el sistema de adopción de decisiones en estas sociedades, el resultado que se obtenga reflejará el acuerdo del socio único propietario.

Identificados, por lo pronto, estos sujetos que van a asumir la llevanza y que controlan el gobierno de la sociedad pública local (*insiders*), la dificultad radica ahora en determinar que otros grupos de interés existentes en la órbita de esta sociedad podrían ser calificados como *outsiders*, pues si atendemos a la denominación recién expuesta *ut supra*, no restaría sujeto alguno al que poder nominar con tal sustantivo.

Además, se da la situación de que el accionista único propietario (persona jurídica) ejerce igualmente las funciones de gobierno más determinantes. Con este orden de cosas, el *outsider* de la sociedad pública local deberá venir representado necesariamente por toda persona, ente, colectivo, o incluso espacio geográfico donde la actividad que desarrolle la sociedad pueda ser susceptible de producir efectos o tener repercusión que afecte a sus derechos legítimos. Intentando ofrecer una relación que sirva de ejemplo podríamos mencionar tanto a los inversores (en el caso de que sean institucionales cuando el capital no provenga exclusivamente del presupuesto público), como a los empleados de la propia sociedad; igualmente el municipio o provincia como espacio donde la sociedad despliega su actividad y, en definitiva, la comunidad social en su conjunto como destinataria última del

³⁸³ Como los denomina TABRA OCHOA, E. P., quien en “*Solidaridad y Gobierno Corporativo de la Empresa. Una mirada a los organismos internacionales*”, Edit. Bosch, Madrid, 2015, p. 97, los cataloga como el grupo humano encargado de la dirección y control del gobierno de la empresa, que trabajan a cambio de una retribución y entre ellos destacan los directivos integrantes de los consejos de administración, de alta dirección y los mandos intermedios.

desarrollo de la actividad económica o prestacional que constituya el objeto social de la sociedad local³⁸⁴.

Aunque fuera del espacio estricto de la sociedad pública local pero estrechamente ligada con la misma y, pudiera decirse, en un momento anterior o concomitante a su estructuración podríamos mencionar la peculiar situación en la que se encuentran los miembros de la corporación que ven mermadas sus posibilidades de entrar a formar parte de los órganos de administración de estas sociedades por decisiones de los órganos de gobierno del ente local³⁸⁵. En estos casos, esos representantes de la corporación local conformarían -por decisiones adoptadas en el marco del derecho público (actos administrativos)- otra categoría diferente de *outsiders*.

La segunda cuestión a desgranar en la teoría del abuso de derecho dentro del espacio de la sociedad pública local está constituida por el examen de aquellos elementos que deben concurrir necesariamente para calificar una actividad como abusiva.

La doctrina objetiva del abuso de derecho ha sido reiteradamente expuesta por el Tribunal Supremo en múltiples ocasiones especificando aquellos presupuestos que deben apreciarse en la situación debatida para poder hablar de una verdadera extralimitación en el ejercicio de los derechos, pues como dice la jurisprudencia, estamos ante un régimen de carácter excepcional que debe ser delimitado caso por caso lo cual impide su conceptualización apriorística³⁸⁶.

En el espacio societario, ámbito de nuestro interés, es posible identificar los presupuestos de hecho recogidos por la doctrina del TS sin desmedrar su esencia.

Para ello, convenimos con HERNANDO CEBRIÁ³⁸⁷ en que en primer lugar debe aparecer el ejercicio de un derecho que se encuentra revestido de legalidad que suponga una posición preponderante de control y cuya manifestación más típica se traduce en derechos de voto.

³⁸⁴ Vid. BALLINA DÍAZ, D., “*Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...*”, *op.cit.*, p. 46.

³⁸⁵ Pongamos el ejemplo del Ayuntamiento de gran población que, en ejercicio de la competencia que el artículo 127.1 m) LRBRL le otorga a la Junta de Gobierno Local en relación con la designación de los representantes municipales en los órganos colegiados de gobierno o administración de las sociedades en que el Ayuntamiento es partícipe, opta por el nombramiento para una sociedad de representantes exclusivamente provenientes de una formación o grupo político, excluyendo la posibilidad de reflejar la proporcionalidad que si es existente en el órgano plenario local y, si así lo establecen los estatutos, en la Junta General de esa misma sociedad que, por cierto, es la que debe nombrar para el ámbito mercantil a esos mismos representantes.

³⁸⁶ Cfr. STS de 6 de febrero de 1999. Rec. 345/1995 (RJ 1999/642). F.D. Primero.

³⁸⁷ Vid. HERNANDO CEBRIÁ, L., “*El abuso de la posición jurídica...*”, *op.cit.*, pp. 87-88.

En segundo lugar, se precisa causar un daño a otro sujeto (normalmente un socio) al ejercitar dicho derecho, de un modo tal, que suponga menoscabar un interés legítimo del perjudicado y que no encuentra norma jurídica que le ampare a estos efectos.

En tercer y último lugar, de los dos presupuestos anteriores debe derivarse una conducta antisocial o inmoral que podrá ser consecuencia tanto del exceso en el ejercicio del derecho como de un ejercicio de derechos con el ánimo deliberado de perjudicar a otro sujeto perteneciente a la sociedad o de ejercerlos para fines que se desvían sustancialmente de la finalidad para la que han sido concebidos.

No obstante, alguno de los presupuestos expuestos puede ser matizado, pues la situación de control preponderante también puede entrañar una perspectiva contraria mediante las técnicas de bloqueo o de control negativo en la toma de acuerdos³⁸⁸, en aquellos casos en que a determinados representantes se les reconozca esta posibilidad y habitualmente cuando en el sistema normal de toma de decisiones la representatividad reflejada en los órganos de gobierno societario permite que se den esas situaciones de extralimitación o abuso en el ejercicio de los derechos (caso de ausencias en las votaciones, pérdida de la mayoría o establecimiento de mayorías reforzadas vía Estatutos para la adopción de determinados acuerdos sociales y también mediante el ejercicio extralimitado de derechos reconocidos como el de información, impugnación de acuerdos sociales, solicitudes de convocatoria de órganos societarios o incluso solicitudes para entablar acciones de responsabilidad contra los administradores de la empresa).

Y no terminan aquí las posibilidades de ejercer los derechos de manera abusiva en el marco de la sociedad pública local; piénsese por ejemplo en aquellas sociedades locales en que el socio ejerce influencia decisiva sobre el órgano de administración –la mayoría, de hecho-, de modo que las responsabilidades y atribuciones que legalmente quedan reservadas al administrador quedan mediatizadas y diluidas en el seguimiento de las directrices impartidas por el socio único. En estos supuestos estaríamos incurriendo en el supuesto recogido en el artículo 236.3 LSC referido al administrador de hecho cuando trata la materia

³⁸⁸ Como puede apreciarse, se habla en todo momento de técnicas de bloqueo o de control negativo en una estructura o sistema de toma de decisiones y no hacemos alusión a la tradicional figura del socio minoritario que con su voto puede paralizar determinados asuntos, pues, como venimos repitiendo, en la sociedad pública local que consideramos el socio es único y, por tanto, no hay distinción de socios en función del sentido de su voto.

de la responsabilidad de los administradores³⁸⁹ y que será objeto de estudio pormenorizado en el capítulo venidero.

Dicho lo cual, es digno de mencionar que en alguno de estos supuestos se ha llegado a hacer recaer la responsabilidad en el socio mayoritario o controlador basada en una culpa o responsabilidad *in eligendo*³⁹⁰ justificada en la incapacidad gestora de los nombrados, supuesto que para el caso de la sociedad pública local requerirá de un extraordinario esfuerzo exegético para lograr repetir la responsabilidad del socio único sobre aquellos sujetos concretos responsables o causantes del ejercicio indebido de los derechos.

En cualquier caso, interesa resaltar la dificultad que encierra el identificar un caso de abuso de derecho o de poder en función de la actuación que se esté considerando en cada momento, pues, en consonancia con lo antes señalado, el tipo de acción, acto o acuerdo se encuadrará o bien en el ámbito de los actos administrativos o bien como un acto puramente mercantil según el sujeto o la competencia que se esté ejercitando, pudiendo calificarse en determinados momentos estas acciones como actos cuasi-administrativos³⁹¹ que deberán examinarse a la luz de la teoría de la desviación de poder para poder acreditar el abuso denunciado y acabar así calificándose como ilícitos administrativos; más aún cuando somos conscientes de la redoblada dificultad que entraña identificar estas situaciones entre los elementos de los tipos penales (que por definición y en aplicación del principio de subsidiariedad constituyen la *última ratio* de nuestro ordenamiento jurídico) quedando estas actividades, en ocasiones, vacías de respuesta por parte del ordenamiento y produciendo casos evidentes de indefensión del sujeto pasivo.

Por lo que respecta al ámbito del gobierno corporativo, algunas de las medidas lanzadas para combatir situaciones como las descritas van a abarcar tanto actuaciones en el marco del derecho a la información mediante el establecimiento de canales dinámicos de suministro de información que la hagan accesible y comprensible para órganos directivos, gestores y ciudadanía³⁹²; así como la exigencia de un deber de lealtad tanto a la

³⁸⁹ Cfr. Artículo 236.3 LSC “La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

³⁹⁰ Vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., “Los deberes de los administradores”, “Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas”, Cizur Menor, Edit. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015, p. 323, donde este autor considera que la responsabilidad *in eligendo* se origina por la utilización de parámetros inadecuados de selección.

³⁹¹ Vid. ALMONACID LAMELAS, V., “Sociedades mercantiles municipales: regreso...”, *op.cit.*, p. 9.

³⁹² Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”, *op.cit.*, p. 56.

representación política como directiva, o incluso mediante la exigencia vía legal³⁹³ o estatutaria de mayorías cualificadas para determinadas decisiones de los accionistas.

5. LA EXCESIVA PERMEABILIDAD POLÍTICA EN LA GESTIÓN DE LAS SOCIEDADES.

De todo lo dicho hasta ahora se puede advertir una conclusión evidente: en las sociedades públicas de capital íntegramente local existe una patente y estrecha relación entre los órganos de gobierno local y el sistema de organización societario, bien en virtud de su designación directa pudiendo establecer, en principio, una cierta relación de jerarquía sobre dichos miembros, bien a merced de ocupar personalmente dichos puestos claves en la dirección y administración de la empresa.

Sin ir más lejos, es posible ver como en la inmensa mayoría de las sociedades municipales su Junta General se va a encontrar encarnada por el órgano plenario del ente local, que actúa en funciones de la misma representando la totalidad del capital aportado por el socio único y manteniendo asimismo su condición de máximo órgano de representación del ente local propiamente dicho. Esta circunstancia permite al órgano local tomar decisiones en el ámbito de la sociedad que impliquen el seguimiento de instrucciones, directrices, condicionar a autorizaciones ciertos actos de administración, por no mencionar las capitales funciones que se le atribuyen como órgano principal de la sociedad (aprobar cuentas anuales, aplicar el resultado, nombrar a los administradores, etc.).

Correlativamente a lo mencionado, una situación similar tendría lugar en el órgano de administración, pues a la Junta General corresponde el nombramiento y separación de sus miembros sin olvidar que los representantes en dichos órganos han debido ser previamente designados en sede administrativa (bien por el Pleno, la Junta de Gobierno Local o el órgano competente de la Entidad local correspondiente). Esos sujetos que van a ocupar un lugar en el órgano de administración podrían ser, como apuntábamos, tanto los propios representantes políticos como gente de su estrecha confianza habida cuenta de la libertad que actualmente otorga la legislación a este respecto para determinar, por vía de los estatutos, la forma de designación y funcionamiento de estos órganos (artículo 85 ter 3º LRBRL).

³⁹³ Recordemos que las mayorías establecidas por la ley tienen el carácter de mínimas, sin que los estatutos sociales puedan rebajar esa mayoría mínima, véase a este respecto lo previsto en la Sentencia de 1 de noviembre de 2005 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid. Proc. 166/2005 (AC 2006/1732).

Como puede verse, en la sociedad pública local la ajustada relación entre el campo de la decisión política y la gestión responsable de una sociedad prácticamente se superponen. Esto no debe suponer, *ad initio*, una circunstancia perjudicial para que el buen curso de la sociedad se vea afectado; no obstante, hemos de ser conscientes de que la propia naturaleza humana es connatural a ese fenómeno social que correlaciona la posibilidad de elección, engaño y abuso de manera proporcional con el grado de poder detentado o la capacidad de influencia otorgada por el propio ordenamiento.

Esta afirmación no significa que se deba desnudar totalmente la gestión societaria de las directrices políticas, antes al contrario, el necesario impulso y dirección política en la dirección correcta resulta imprescindible para alcanzar la realización efectiva del objeto social propuesto. Como acertadamente señalaba MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES³⁹⁴ al estudiar la figura de la sociedad mercantil local *“uno de los principales retos en el gobierno de las empresas públicas es el de encontrar el equilibrio entre la responsabilidad pública municipal de ejercer activamente sus funciones de propiedad (como puede ser el nombramiento de los integrantes de órgano de administración) y al mismo tiempo abstenerse de realizar “interferencias políticas” indebidas en la gestión de la empresa”*.

Sin embargo, como es sabido, la bondad y bonhomía inicial de la intención política a la hora de legislar se ha visto en numerosas ocasiones truncada por crípticas pretensiones que no pueden ser obviadas por nuestro ordenamiento jurídico, que debe ofrecernos en todo momento respuestas o soluciones ante situaciones en las que la sociedad de capital se ve perjudicada gravemente³⁹⁵.

Las responsabilidades que pueden exigirse aquí, como ha podido comprobarse en las sentencias citadas al pie, no quedan en posibles ilícitos administrativos (cuando quepan) o de

³⁹⁴ Vid. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., “Sociedad mercantil local: el nuevo marco...”, *op.cit.*, p. 4.

³⁹⁵ Puede ofrecerse como ejemplo de esta utilización fraudulenta del poder político el caso analizado por la Sala Segunda del TS en su Sentencia 1394/2009 de 25 de enero de 2010. Rec. 10372/2009, (RJ 2010/1459), con ocasión del caso “Marbella-Saqueo I”; donde queda probada la creación de sociedades mercantiles municipales que no emplearon el dinero público a los fines de utilidad pública y social que le eran propios, sino al pago de servicios inexistentes a sociedades inactivas, propiedad de uno de los acusados y donde la actuación del Alcalde situando a personas de su estrecha confianza y utilizando sociedades propias interpuestas fue determinante y constituyó una evidente actividad de tipo delictivo.

Un segundo ejemplo de esta manipulación de las estructuras en beneficio propio o de tercero lo encontramos en la Sentencia de la Sala Segunda del TS 600/2014 de 3 de septiembre de 2014, Rec. 1853/2013 (RJ 2014/4575), por la que se condena a una persona que ejerciendo a la sazón los cargos de Teniente de Alcalde y representante de dos sociedades íntegramente municipales desvía partidas societarias consignadas para otros fines hacia terceros cometiendo delitos de prevaricación, malversación y falsedad documental en concurso medial.

responsabilidad civil o política, sino que, con frecuencia, residen en última instancia en el orden penal exigiéndose en este punto, más que en otros, un levantamiento del velo para esclarecer quien está detrás de las actuaciones presuntamente delictivas; actividades que se verían agravadas por la concurrencia en los sujetos implicados de su condición de autoridad o funcionario público en sentido amplio conforme establece el artículo 24 del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (CP)³⁹⁶.

Y es que, además, es la propia sociedad la que puede verse directamente afectada por las interferencias de carácter político que se produzcan en el ámbito de sus políticas de gestión desembocando incluso en supuestos de insolvencia del propio ente, que hasta ahora había venido remediando la sobreprotección pública y las medidas de corte administrativo o paraconcursoales. No obstante, desde hace pocos años hasta la actualidad se ha venido observando un recurso progresivo a la técnica privada del concurso de acreedores³⁹⁷ que puede encerrar, de nuevo, una intencionalidad política deliberada como modo de acogerse a formas jurídico-privadas que permitan un mayor grado de flexibilidad o libertad que faciliten precisamente esa influencia.

En cualquier caso, como señala GARCÍA RUÍZ, habrá que determinar en cada caso concreto el peso específico de esas posibles interferencias sobre la sociedad y ver en qué grado ha podido influir en la insolvencia de la sociedad en el caso de quedar sometida a la técnica del concurso de acreedores³⁹⁸.

En suma, cuando hablamos de una excesiva permeabilidad política en la gestión de las sociedades y de responsabilidades por los abusos que esta circunstancia puede acarrear estamos hablando, en definitiva, de supuestos calificables genéricamente como de corrupción, sin distinción de grados. Desde el punto de vista de un buen gobierno corporativo, dichos supuestos que podrían ser calificados como de corrupción en el marco societario público serían todos aquellos que afectaran a los procesos, comportamientos e incluso las normas propias (Estatutos) de forma que influyeran decisivamente en un determinado sentido alejado del fin público propuesto como causa de creación del ente.

³⁹⁶ Vid. GALINDO SERRANO, A. B., “El delito de prevaricación a través de las sociedades municipales. Breve estudio de dos elementos del tipo delictivo”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 14, Sección Opinión/Actualidad, Quincena 30 julio al 14 de agosto 2015, Edit. Wolters Kluwer, pp. 1-11.

³⁹⁷ Cuya regulación legal se encuentra en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en tanto no adquiera vigencia el publicado texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

³⁹⁸ Vid. GARCÍA RUÍZ, E., “Insolvencia y concurso de las sociedades mercantiles de control público”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 18, Sección Cuestiones prácticas, Edit. Wolters Kluwer, Primer semestre 2013, LA LEY 260/2013, p. 5.

Van a ser precisamente aquellas cualidades y medidas que defiende el gobierno corporativo que a nosotros nos importa y que destacamos en capítulos precedentes las que se van a ver conculcadas en los mencionados supuestos de corrupción. Así, suele hablarse de corrupción en aquellos casos en que se conjugan tres elementos fundamentales; en primer lugar, un alto grado de “monopolio” en su sentido de toma de decisiones por parte de un número reducido de servidores públicos con un alto grado de repercusión económica; en segundo lugar, “discrecionalidad” de las decisiones tomadas por dichos servidores públicos basadas en el capricho o la ignorancia y desnudas de criterios objetivos o buen juicio; y, en tercer lugar, déficit de “rendición de cuentas”, es decir, la falta absoluta de mecanismos de información, justificación y responsabilidad que recaigan sobre la burocracia política a la hora de tomar sus decisiones³⁹⁹. Se debe imponer una cultura de integridad que englobe todos aquellos deberes para con la ciudadanía que forman parte del objetivo perseguido por el gobierno corporativo, entre otros, la eficacia y eficiencia de la gestión, la transparencia de la actividad pública o el control y vigilancia normativa⁴⁰⁰.

En suma, desde las corrientes del gobierno corporativo se procura precisamente evitar que esta ineludible relación de cercanía que se produce, de manera especialmente intensa en el caso local, implique una intromisión perniciosa en la gestión societaria. Siendo conscientes de que no existe en la actualidad un texto de gobierno corporativo específicamente dedicado a la sociedad pública local, sí que es posible escudriñar entre las distintas iniciativas previstas para el resto de sociedades ciertas propuestas que, en este sentido, pudieran resultar trasladables y beneficiosas para el fin deseado.

Mencionemos, en primer lugar, lo recogido en las Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015) donde tanto en su principio II.B como en las notas al principio II.B se aboga por la autonomía de gestión en este tipo de empresas limitándose el socio propietario a circundar las decisiones operativas y ceñirse a las cuestiones estratégicas y a los objetivos de interés general. De mismo modo, en el siguiente principio (principio II.C y notas al principio II.C) se pone de relieve la importancia de la independencia de los miembros de los Consejos de Administración en el ejercicio de sus funciones⁴⁰¹.

³⁹⁹ Vid. JIMÉNEZ FRANCO, E., “Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”, *Actualidad Administrativa*, N° 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 marzo 2012, tomo 1, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 1944/2012, p. 2.

⁴⁰⁰ *Ibid.* pp. 18-19.

⁴⁰¹ *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las Empresas Públicas. 2015. Principios II y III y Notas al capítulo II.B y II.C. pp. 37-38.

Podemos hacer alusión, en un segundo bloque de instrumentos, al proceso de remodelación o formación del Consejo de Administración que plantean los principios de buen gobierno corporativo para empresas no cotizadas del IC-A⁴⁰². En los mismos se plantea una evolución del órgano de administración (principios 1.1 a 1.3) basado en unas consensuadas buenas prácticas que arrancaría, en el caso de la sociedad local, por una primera fase que coincidiría con la situación actual establecida por la legislación vigente, en la que la mayor parte de los Consejos de Administración se encuentran formados por los accionistas (o en el caso local, miembros de la corporación que representan al accionista fundador) y ejecutivos dependientes de los mismos. Además, en esta primera fase se contemplan ciertas acciones que actualmente son cumplidas con regularidad por la sociedad local, tales como la auditoría externa por exigencia fiscalizadora en materia de Derecho público o la rendición de cuentas de forma transparente y periódica.

En un momento posterior, los principios IC-A para no cotizadas plantean la incorporación a los Consejos de Administración de profesionales externos independientes cuyos perfiles de competencia deberían ser previamente definidos en función del objeto societario a alcanzar o la misión que se le tenga previsto encomendar. Estos consejeros externos y profesionales podrían desempeñar un papel crucial en materia de inoperancia de la gestión o de resolución de conflictos en el seno del Consejo.

Por último, los principios del IC-A proponen, evidentemente en función del tamaño y estructuración de la empresa, una diferenciación orgánica interna basada en diferentes Comisiones que asuman roles fundamentales como la auditoría, los nombramientos o la política de remuneraciones que, en el caso local, haría referencia a las retribuciones de aquellos consejeros y personal que no reciba remuneración alguna del erario público.

Ni que decir tiene el hecho de que este tipo de propuestas requiere de un soporte normativo de *lege ferenda* que otorgue un rango jerárquico normativo suficiente más allá de la autoimposición de medidas de gobierno corporativo que cada sociedad pública local pueda implementar en el marco de su autonomía de organización.

En materia de Junta General, los principios del IC-A ahondan en garantizar los derechos de información de los socios y en realzar el papel de este órgano como un órgano investido de mayor dinamismo y poder de decisión con el conocimiento adecuado y suficientes de las materias de su competencia. Trasladado al ámbito local, requiere reconocer

⁴⁰² Principios de buen gobierno corporativo para empresas no cotizadas. Instituto de Consejeros-Administradores (IC-A) perteneciente a la Asociación española de Consejeros, Madrid, 2005. Última revisión de marzo de 2017.

el verdadero papel que todos los integrantes de la Junta, pertenezcan o no al órgano de administración, deben desempeñar en materia de conocimiento verdadero de la marcha de la empresa, de sus carencias, de sus datos fiables y de sus políticas de actuación⁴⁰³.

Relacionados igualmente con ese propósito de eludir las posibles influencias o interferencias que una composición exclusivamente política pudiera ejercer en el marco de los Consejos de Administración de las sociedades locales se encuentran una serie de principios básicos de reciente versión elaborados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores con ocasión de la publicación de la Guía Técnica 1/2019 sobre comisiones de nombramientos y retribuciones aplicables a las sociedades cotizadas⁴⁰⁴. En la misma se hace referencia a aquellas competencias básicas que debería reunir todo consejero integrante del Consejo de Administración e incluso aquellos responsables de la propia selección de Consejeros, que como sabemos, en el ámbito local, correspondería a los órganos de gobierno del ente local en cuestión.

No obstante, resulta interesante señalar como esta guía considera capital que esos órganos de selección contaran con conocimiento en el área de gobierno corporativo, análisis y evaluación estratégica de recursos humanos, capacidad de valoración de los requisitos de idoneidad, entre otras capacidades⁴⁰⁵. En esta función selectiva se valoran como buenas prácticas⁴⁰⁶, las cuales son perfectamente trasladables a una hipotética selección de consejeros en la sociedad local, las siguientes: el análisis de competencias, conocimientos y experiencias de los consejeros que formen parte del Consejo para ver el grado de capacidad y eficiencia en el desempeño de las funciones de administración; valorar el resto de ocupaciones que cada consejero de la sociedad ostenta teniendo en cuenta la exigencia de dedicación al Consejo que cada ente exija; la concreción del perfil o las capacidades requeridas y la matriz de competencias que ese Consejo exige en particular o, finalmente, hacer conscientes y partícipes de manera formal a los componentes elegidos de las obligaciones legales y estatutarias que su nombramiento implica, la prevalencia del interés social, su papel en el Consejo, la normativa de funcionamiento interno y la advertencia previa respecto a posibles conflictos de interés.

⁴⁰³ *Cfr.* Principios IC-A 2.1 y 2.2.

⁴⁰⁴ *Cfr.* Guía Técnica 1/2019 sobre comisiones de nombramientos y retribuciones. 20 de febrero de 2019.

https://www.cnmv.es/DocPortal/Legislacion/Guias-Tecnicas/Guiatecnica_2019_1.pdf (Consultado: 30/08/2019).

⁴⁰⁵ Ver apartado Tercero. 1º de la Guía en relación con la composición de la Comisión de nombramientos y retribuciones.

⁴⁰⁶ Ver apartado Tercero. 3º de la Guía en relación con la composición de la Comisión de nombramientos y retribuciones.

A propósito de estos conflictos de interés se refirieron expresamente la ya mencionadas Directrices de la OCDE sobre el GC de la Empresas Públicas (2015), donde, estableciendo la importante distinción entre aquellas sociedades públicas que presten servicios públicos importantes de aquellas que no lo hagan, viene a justificar la existencia de cierto grado de supervisión política sobre el Consejo de administración⁴⁰⁷.

Como puede verse, instrumentos y herramientas existen, pero la aplicación efectiva de aquellas medidas que consigan delimitar, siquiera tangencialmente, la función política de la función gestora, requiere de una adecuada implementación de la política pública concreta en este sentido, es decir, se necesita un problema (que como hemos relatado al comienzo de este apartado ya existe), posteriormente se requiere que el decisor público sea consciente de su existencia para su incorporación a la agenda política, a continuación requiere de la elección de las medidas adecuadas (de buen gobierno corporativo) y por último, se exige una puesta en marcha y evaluación de su efectividad. Poner de manifiesto esta realidad es, en parte, el objetivo de este estudio.

6. DESARRAIGO DE LO PÚBLICO: LOS DEBERES FIDUCIARIOS EN LA GESTIÓN PÚBLICA LOCAL

Hablar de deberes fiduciarios en el ámbito público local implica tener en consideración primeramente la existencia de una vocación personalista de servicio público. Interiorizar esa necesidad de actuar en todo momento supeditando la voluntad personal a la defensa y procura del beneficio de otro sujeto distinto de uno mismo merece de partida un reconocimiento formal desde una perspectiva axiológica de la cuestión, especialmente cuando ese “otro sujeto” resulta ser la sociedad generalmente considerada o una comunidad local en particular.

Un comportamiento diligente, ético y leal en el desempeño de los cargos públicos tiene unas connotaciones que implica ir mucho más allá del mero hecho de ser proclamado, sin mayor trascendencia, como cargo electo que se integra y pasa a formar parte de una corporación pública reduciendo su actividad a la titularidad de una serie de derechos y obligaciones, los cuales se encuentran ya profusamente regulados en normas legales y reglamentarias de derecho positivo, y que convierten la representación pública en una simple actividad ejecutiva totalmente predecible y predeterminada.

⁴⁰⁷ *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las Empresas Públicas. 2015. Notas al capítulo VII. p. 83.

En los últimos años, se han lanzado diversas iniciativas que han puesto el centro de atención en estas cuestiones dentro del nivel territorial local; tal sería el caso, por ejemplo, de textos como el Código de Buen Gobierno Local⁴⁰⁸ impulsado por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y cuya introducción señala desde un primer momento que la recuperación de la confianza ciudadana (asumido ya un alto grado de desconfianza política por parte de la sociedad) solo se restablecería a través de una intensificación y exteriorización efectiva de los valores públicos, de los estándares de conducta y de la actitud ética de los cargos públicos y de los directivos locales. Cabe destacar que este texto incluye de manera expresa en su ámbito subjetivo de aplicación a los miembros integrantes de los órganos de gobierno de las sociedades mercantiles locales.

Otro ejemplo de contenido similar es el constituido, en este caso en materia legislativa, por el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT), destinado precisamente a esta última mención, el buen gobierno, cuyo ámbito de aplicación queda recogido en el artículo 25.2 de la misma disponiendo que *“este título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales”*.

En lo que hace a la otra categoría de servidores públicos que pueden encontrarse en este nivel político-administrativo, es decir, los funcionarios de administración local en sentido amplio que no tienen atribuidas funciones de carácter directivo, puede afirmarse que su estatuto conductual se reconduce a los deberes que, como tales servidores, les incumbe de acuerdo con lo prevenido en el artículo 144 del TRRL cuando prescribe que *“los funcionarios de Administración local tienen las obligaciones determinadas por la legislación sobre función pública de la correspondiente Comunidad Autónoma y, en todo caso, las previstas en la legislación básica del Estado sobre función pública”*. Esa legislación básica del Estado sobre función pública se encuentra hoy conformada por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del

⁴⁰⁸ Cfr. Código de Buen Gobierno Local FEMP. Aprobado en Junta de Gobierno de 24 de marzo de 2015. http://femp.femp.es/Microsites/Front/PaginasLayout2/Layout2_Personalizables/MS_Maestra_2/_k6sjJ7QfK2Z5a0ypjGDF7hVCHy14AajBJqzzGBaprI61UXG91P195HSkFd8QIM5YD (Consultado: 01/09/2019).

Empleado Público (TREBEP)⁴⁰⁹, que contiene en su artículo 52 aquellos deberes de los empleados públicos que integran su código de conducta⁴¹⁰.

Pudiera parecer en cierto modo moralizante y de carácter disciplinar este comienzo cuando estamos tratando de examinar la cuestión de los deberes fiduciarios aplicados al desempeño de la representación y función pública local; sin embargo, esta postura no tiene otra finalidad más que poner de manifiesto que, a pesar del rotundo sentido apodíctico que encierra la condición de “cargo o servidor público”, la realidad y la condición humana siguen dando repetidas muestras de que esa presunción “cargo público como desempeño en interés público”, está aún lejos de ser calificada como una presunción *iure et de iure*.

Hablamos, por tanto, de un desarraigo de la vocación pública y de una desviación, quizá inconsciente, de las finalidades que han llevado a cualquier individuo a postularse para un determinado puesto. Hablamos, en nuestro caso concreto, de aquellas personas con responsabilidad pública que optan o desempeñan *de facto* puestos de carácter gubernativo en la sociedad pública local y de cómo aquella desviación conculca los deberes de actuación en interés de la ciudadanía que son inherentes a tal condición.

En buena medida, la corriente del *Corporate Governance* está conformada por todas aquellas acciones destinadas a aumentar la eficacia de la gestión social y a establecer un verdadero sistema de responsabilidad para los encargados de llevarla a cabo⁴¹¹, es por ello que los deberes fiduciarios, es decir, los deberes y obligaciones de quienes tienen a su cargo la

⁴⁰⁹ Cfr. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015. Referencia: BOE-A-2015-11719.

⁴¹⁰ Señala expresamente dicho artículo 52 TREBEP en su primer inciso que “*Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes*”, desarrollando en los artículos 53 y 54 TREBEP, respectivamente, dichos principios éticos y de conducta recién aludidos.

⁴¹¹ Vid. GARRIGUES WALKER, A. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El gobierno de las sociedades: un punto de vista jurídico”, Círculo de empresarios, Boletín 62, “*Los Consejos de Administración españoles en una economía globalizada*”, Madrid, 1997, p. 246, cuando señalan que “*Las cuestiones básicas que se plantean bajo esta rúbrica [Corporate Governance] versan en lo fundamental sobre la eficacia y responsabilidad de los Consejos de Administración. La eficacia se mide por los resultados: en qué medida el Consejo gestiona bien la empresa y cómo puede incentivársele para que lo haga mejor y aumentar con ello el valor de la compañía. La responsabilidad es, en buena medida, una cuestión de comunicación de la información y de transparencia, pero, sobre todo, de una adecuada delimitación de los deberes de lealtad y diligencia impuestos a los administradores*”.

administración social deben estar perfectamente delimitados con el objeto de que los intereses de unos pocos no puedan perjudicar los intereses de todos.

El movimiento del buen gobierno corporativo en España se preocupó de esta cuestión casi desde sus inicios, al menos en lo que al ámbito societario privado se refiere. Ya el propio Informe Olivencia incorporaba recomendaciones en el sentido de detallar internamente aquellas obligaciones concretas de los administradores sociales que dimanaran de los deberes generales de diligencia y lealtad (los verdaderos deberes fiduciarios), y ello, con el fin de estimular que los consejeros tomaran conciencia de los compromisos que contraen al asumir el cargo y de facilitar la valoración de su actuación⁴¹².

Sin embargo, como aprecian GONZÁLEZ y DORREGO⁴¹³, pronto se advirtió que la cuestión requería algo más que dejar al albur de la valoración del mercado y de la autorregulación una cuestión tan delicada que venía revestida materialmente en forma de simple recomendación. Esta realidad fue plasmada en el Informe Aldama que puso sobre la mesa la necesidad de desarrollar legalmente todo lo que tuviera que ver con los deberes de lealtad o diligencia en el desempeño del cargo⁴¹⁴.

La traslación al derecho positivo de los deberes fiduciarios de los administradores encuentra hoy su regulación más completa en el Capítulo III del Título VI de la LSC (artículos 225 a 232) que fueron modificados y ampliados en virtud de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Algunas de las definiciones que sobre gobierno corporativo fueron propuestas en el primero de nuestros capítulos vienen a justificar la necesidad de perfilar adecuadamente cada uno de estos deberes, pues, va a resultar necesario la existencia de un efectivo sistema de responsabilidad que permita configurar un gobierno corporativo sólido constituido por instrumentos de garantía y supervisión que habiliten la finalidad última de alinear los incentivos de los *insiders* y los intereses de los *outsiders*⁴¹⁵. Respecto al deber general de diligencia del artículo 225 LSC el mismo vendría a representar el objetivo de los administradores para buscar el aprovechamiento más eficaz y eficiente de los recursos sociales para obtener la máxima rentabilidad; este propósito lo articula la Ley a través de una

⁴¹² Cfr. Informe Olivencia II.8.1.

⁴¹³ Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, pp. 6-7.

⁴¹⁴ Cfr. Informe Aldama III.2.2.

⁴¹⁵ Vid. COCA VILA, I., “La *Business Judgment Rule*...”, *op.cit.*, p. 4.

serie de obligaciones englobadas en dicho concepto de diligencia: cumplimiento normativo adecuado⁴¹⁶, una dedicación adecuada, buena dirección y control de la sociedad e información para el desempeño de sus funciones.

En cuanto al deber de lealtad, positivizado en el artículo 227 LSC, el mismo representa el deber fiduciario por excelencia, pues el legislador, mediante la utilización de los ya tan recurrentes conceptos jurídicos indeterminados, impone al administrador la obligación de anteponer el interés social al individual y así reza en su apartado primero que “*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”, deber que se ve posteriormente concretado en los dos artículos siguientes (228 y 229 LSC) dedicados respectivamente a las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad y al deber de evitar situaciones de conflicto de interés⁴¹⁷.

El cumplimiento de estos deberes de lealtad y diligencia llevados al ámbito público requiere que el socio fundador o la entidad propietaria sea plenamente consciente del rol que debe desempeñar cada componente en la organización de la empresa, especialmente en el caso de los administradores y sea cual sea su naturaleza, de un modo tal que asuman con responsabilidad su función como empleados públicos de una sociedad pública y que, en este sentido, va a exigir un especial rigor en la tarea de administrar los fondos públicos llegando a, lo que en palabras del Tribunal Supremo se conoce como, agotar la diligencia⁴¹⁸. Para ello, existe cierto consenso en reafirmar la necesidad de atribuir a la sociedad pública local una serie de competencias específicas a través de las cuales se puedan seleccionar a profesionales suficientemente preparados en el desempeño de estas responsabilidades públicas con

⁴¹⁶ Este cumplimiento legal y estatutario recogido en el artículo 225.1 LSC es equiparado por la ley con la diligencia que debe prestar un “*ordenado empresario*”, concepto jurídico indeterminado que, sin embargo, ostenta una concreción única en cada momento en función de una serie de criterios tales como los hechos determinantes, la realidad fáctica y la oportunidad de su calificación lo que permitirá su acotación objetiva tal y como reiteradamente ha defendido nuestra jurisprudencia [v. gr. STS de 10 de noviembre de 1983 (RJ 1983/5396)].

⁴¹⁷ Como apunta COCA VILA, I., “*La Business Judgment Rule...*”, *op.cit.*, p. 5, el legislador, tras la reforma de la LSC para la mejora del gobierno corporativo ha optado por diversificar el régimen de responsabilidad del administrador en función del deber infringido, siendo más indulgente con las irregularidades halladas en el deber de diligencia y castigando con más severidad la falta de lealtad, pues en uno y otro caso, los perjuicios sobre el interés social y el beneficio individual del administrador afectado son altamente discernibles. En sentido análogo, *vid.* PAZ-ARES, C., “Deber de lealtad y gobierno corporativo”, “*Gobierno corporativo y derecho penal*”, Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009, p. 4.

⁴¹⁸ *Cfr.* STS de 3 de enero de 2011 (RJ 2011/1069). F.D. Cuarto.

derivadas fiduciarias no solo para con la sociedad sino también respecto del ente local del que dependen⁴¹⁹.

Esta última cuestión resulta clave para el objeto que nos atañe en este momento, pues permite vislumbrar la existencia de dos categorías diferentes de relaciones fiduciarias que van a tener como destinatarios unos mismos sujetos y cuyos intereses deben ser dignos de protección por sus representantes. Por un lado, la relación que se constituye entre representantes de la sociedad pública y la ciudadanía como sujeto pasivo de su actividad económica o prestación de servicios. Por otro, la relación fiduciaria entablada entre el representante político y los ciudadanos representados.

Conjugando todo lo señalado hasta el momento, puede convenirse que la gestión local de una sociedad pública va a tener a su disposición –o al menos va a poder tener- sendos bloques limitativos (formados por normas legales, reglamentarias e incluso de carácter estatutario) ante los posibles desmanes que puedan cometerse por parte de los gestores públicos en el ámbito de dicha sociedad local, uno constituido por el grupo de leyes, normas y textos de buen gobierno pertenecientes o destinados a sujetos de Derecho público y el otro conformado por las obligaciones de la misma naturaleza o jerarquía que atañen a todos sujetos relacionados con el gobierno de una sociedad de capital en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

En este último aspecto es donde tienen especial incidencia los instrumentos que ofrece el gobierno corporativo, poniendo un marcado énfasis en la necesidad de implantar un sistema efectivo de responsabilidad de los consejeros o administradores públicos que debe pasar necesariamente por una definición de sus deberes fiduciarios con carácter específico que, por tanto, requerirán de una regulación *ex novo*.

De entre los textos con más repercusión en materia de gobierno corporativo que han tratado esta cuestión podemos mencionar el Informe Aldama del año 2003, en cuyo apartado III. 2. se puede contemplar una evolución en la consideración de los deberes de lealtad y diligencia que, a la postre, se verían reflejados en la reforma de la LSC del año 2014 para la mejora del gobierno corporativo. En este informe se hace alusión a una cuestión que, en el ámbito de lo público resulta capital; se trata de lo que denomina como “el marco ético del

⁴¹⁹ Vid. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., “Sociedad mercantil local: el nuevo marco...”, *op.cit.*, p. 4.

gobierno corporativo”⁴²⁰ donde se pone de manifiesto que la confianza, la eficiencia y el progreso empresarial no va a ir en función de la existencia de más o menos hiperregulación en materia de buen gobierno, sino que juega un papel fundamental la voluntad personal de las personas con responsabilidad (pública) a la hora de ejercer la función encomendada de una manera honesta y profesional.

7. PROBLEMAS INTRÍNSECOS A LA NATURALEZA LOCAL DE LA SOCIEDAD

7.1 La crisis del principio de colegialidad

A la hora de tratar la cuestión referida al principio de colegialidad debemos atender fundamentalmente a la existencia de las sociedades mercantiles locales como prestadoras de servicios públicos de competencia local, que no de titularidad local, matiz esencial como a continuación veremos.

En efecto, la actual redacción del artículo 85 LRBRL contempla, y así pudo comprobarse en el Capítulo II de este trabajo, a la “*sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública*” como una de formas de gestión directa de los servicios públicos de la antedicha competencia local. Esto no siempre fue así, y en anteriores redacciones la existencia de la sociedad mercantil local requería que su capital social fuese aportado de manera íntegra por el ente local fundador, cerrando la puerta a cualquier posible intervención pública ajena a esa entidad⁴²¹.

Además, esta evolución también se vio reflejada en la regulación concreta que sobre la sociedad mercantil de capital público local realizaba la legislación básica del régimen local a través de la LRBRL, incorporando a la misma un artículo 85 *ter* en virtud de la gran reforma operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local donde, ya entonces, se estableció que los estatutos de las sociedades mercantiles locales determinarían la forma de designación y el funcionamiento de la Junta

⁴²⁰ Informe Aldama. III.3. Nos permitimos transcribir su primer párrafo: “*Las leyes y códigos de buen gobierno, y los principios de transparencia y seguridad son necesarios para garantizar que la actividad económica se desenvuelva dentro del clima de confianza que requieren la eficiencia de la empresa y el progreso social. Sin embargo, la experiencia demuestra que ni las leyes más exigentes ni los códigos mejor elaborados resultan suficientes para garantizar el buen gobierno de las empresas. Este exige, además, competencia profesional y un comportamiento ético por parte de los administradores y gestores, que impulse siempre a buscar el bien de la empresa a largo plazo por encima de sus propios intereses a corto plazo. El respeto hacia los valores éticos en la vida profesional es imprescindible y sin él las reglas y prácticas relativas al gobierno de la empresa resultarán insuficientes. En último término, la ejemplaridad de administradores y gestores resulta imprescindible para crear una cultura de buen gobierno*”.

⁴²¹ Recordemos que la redacción actualmente vigente como “*Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública*” viene de la mano de la Disposición final primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (norma ya derogada).

General y el Consejo de Administración, dejando sin efecto la honda tradición de aplicar la regulación prevista (y aún no reformada, actualizada o derogada) en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL).

Hasta ese momento, la identificación improrrogable de la Junta General con el órgano plenario de la corporación suponía someter los acuerdos de dicha Junta al principio de colegialidad en los términos de la legislación local respecto a sus elementos básicos (convocatoria, quórum, funcionamiento, votaciones, etc.) Tras la aprobación de la Ley 57/2003 y la incorporación de ese artículo 85 *ter*⁴²² al régimen legal previsto en la LRBRL se habla de desregulación de la Junta General, que ya no tiene que coincidir necesariamente con el Pleno de la corporación. Ya en su día, algunos autores⁴²³ defendieron la vigencia del RSCL frente a esta concesión de atribuciones a los estatutos sociales basado en la propia inhibición que la derogada Ley de Sociedades Anónimas hacía al señalar que los preceptos de esa ley eran aplicables “*en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable*” y aunque sean personas jurídicas que se rijan por el Derecho privado, al ser creadas por la Administración están sometidas a limitaciones de Derecho público, entre ellas las reglas establecidas en la normativa local (RSCL)⁴²⁴.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista esta opción ha quedado vedada desde el momento en que es la propia legislación de régimen local la que habilita a esa posibilidad que rompería el tradicional sometimiento societario al principio de colegialidad. Además, ahora el vigente texto refundido societario, esto es, la LSC en su artículo 3º excluye *a sensu contrario* la aplicación de la normativa reglamentaria aunque sea específicamente aplicable, pues señala expresamente que “*Las sociedades de capital, en cuanto no se rijan por disposición legal que les sea específicamente aplicable, quedarán sometidas a los preceptos de esta ley*”, por lo que la regulación prevista en la LRBRL se erige como preferente y, por ende, dinamita esa concentración colegial que tantos años se mantuvo vigente.

Pues bien, la conjunción que la actual redacción de los artículos 85.2 A letra d) y 85 *ter* 3º LRBRL estatuyen en relación con la configuración de la sociedad pública local permite concluir en la existencia de un régimen de prestación de servicios no limitado estrictamente al

⁴²² Cuya actual formulación se la debemos a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

⁴²³ Vid. GUTIÉRREZ COLOMINA, V., “La sociedad mercantil local como instrumento doméstico para la gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*. N.º Extraordinario “*Los Servicios Públicos Locales*”, julio 2007, pp. 163-166.

⁴²⁴ Cfr. Artículo 3 Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre). (Normativa derogada).

ente local en cuestión; dicho de otro modo, la calificación de servicio público local no significa que el ente local deba ser necesariamente el titular de dicha actividad ni excluye la prestación del servicio por parte de otras Administraciones públicas; de ahí, por ejemplo, la distinción doctrinal y jurisprudencial entre servicios de titularidad municipal y los servicios públicos locales⁴²⁵.

Esta circunstancia permite afirmar que el principio de colegialidad, tal y como se ha planteado, ha dejado de tener una aplicación de carácter imperativo pues, en este momento, el ordenamiento jurídico permite articular otras formas de gestión y organización en materia de prestación de servicios públicos que rompen esa autonomía. Existen, no obstante, algunas opiniones doctrinales que mantienen la vigencia y aplicación de dicho principio en tanto en cuanto la Junta General de la sociedad quede identificada con un órgano de gobierno del propio ente local de carácter colegiado⁴²⁶.

Valorar esta situación desde el punto de vista de la incidencia que pudieran tener la aplicación de las medidas y recomendaciones de buen gobierno corporativo que venimos rescatando a lo largo de este trabajo no resulta sencillo. De hecho, se pueden encontrar algunas iniciativas legislativas –finalmente no materializadas- que parecen discurrir en un sentido totalmente opuesto. Este es el caso de la frustrada Proposición de Ley orgánica para la lucha contra la corrupción de 3 de febrero de 2010 que abogaba precisamente por imponer la colegialidad de los máximos órganos de dirección de las sociedades mercantiles locales⁴²⁷ como medida para garantizar una mayor imparcialidad a la par que reconocía una equiparación de derechos en los citados órganos al conjunto de representantes propuestos por los distintos grupos políticos que integran el Pleno local⁴²⁸.

⁴²⁵ Distinción que se basa en residenciar el concepto de servicio público local más en la idea de competencia que en su titularidad. A este respecto, véase la STS de 23 de mayo de 1997. Rec. 6813/1991 (RJ 1997/4065). F.D. Sexto. Asimismo, *vid.* PAREJO ALFONSO, L., “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N° 7, 2004, pp. 53-54.

⁴²⁶ *Vid.* DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., “Concepto, régimen jurídico y estructura organizativa de las sociedades mercantiles locales (con especial referencia a las sociedades urbanísticas)”, como parte del libro *“Régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales”*, Edit. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 2014, p. 31.

⁴²⁷ Lo hacía proponiendo una modificación del artículo 85 bis 1º LRRL que añadiría un nuevo subapartado k) del siguiente tenor literal: *“La composición de los consejos rectores y consejos de administración de los organismos autónomos locales, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles locales, garantizará en todo caso la participación con plenos derechos de representantes propuestos por los distintos grupos municipales representados en el pleno de la correspondiente entidad local, sean electos o no, y sin perjuicio de la participación de otras personas designadas en base a otros criterios de interés público local”*.

⁴²⁸ *Vid.* JIMÉNEZ FRANCO, E., “Administración Pública y Corrupción...”, *op.cit.*, p. 10.

En cualquier caso, abrir el campo del gobierno empresarial público local a otros órganos o incluso a otras administraciones o a los entes dependientes de ellas no debería restar fuerza, *per se*, al conjunto de procesos, procedimientos y medidas de gobierno corporativo que hemos convenido en asumir como aplicables al sector público local materializado en forma de empresa. Al contrario, la misma eficacia, la misma transparencia y el mismo régimen de responsabilidades es oponible a la sociedad pública ya se encuentre estructurada acorde con la representación política local, acorde con otro órgano de gobierno local (*v. gr.* la Junta de Gobierno) o ya lo esté de forma mancomunada entre varios entes administrativos con personalidad jurídica diferenciada.

Lo que, salvando las distancias, debe quedar garantizado es aquello que los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE definen como el “Tratamiento equitativo de los accionistas”, de un modo tal que, en el caso de que se rompa la unidad accionarial que caracteriza a la sociedad pública local por excelencia; cualquier ente que participe en el gobierno de dicha sociedad tenga la posibilidad de obtener un tratamiento igualitario en materia de información, protección frente a abusos o en el ejercicio de sus derechos de voto, entre otras cuestiones.

El concepto de colegialidad, abstraído del contexto en el que hasta ahora lo venimos considerando es, sin duda, un concepto anfibológico. Por ello, el principio de colegialidad aplicado al gobierno de las empresas cabe ser catalogado como un objetivo deseable desde el punto de vista del gobierno corporativo en su conjunto. Como apunta CALLEJA CORUJEDO, un gobierno colegial será aquel cuyos componentes se coordinan, deliberan y adoptan decisiones de cara a unos fines comunes, compartiendo y respondiendo de forma solidaria las decisiones tomadas tanto por el conjunto como por cada uno de sus miembros. Y aclara que, actuar colegiadamente no es actuar de forma democrática, sino que en aquél caso se está exigiendo más concurso de todos los componentes y más ponderación en la decisión a adoptar⁴²⁹.

Desde nuestro punto de vista, la ruptura de unidad colegial en materia de composición de la Junta General no es óbice para la buena marcha de la sociedad local. Las directrices en materia de gobierno corporativo que hoy día existen sobre la mesa son diversas y variadas de tal manera que van a permitir su acomodación a las diferentes configuraciones sociales sin necesidad de generar mayores tensiones. Otra cuestión será las posibles repercusiones o

⁴²⁹ *Vid.* CALLEJA CORUJEDO, L. M., “Gobierno institucional. La dirección colegiada”, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Pamplona, 2015, p. 24.

dificultades que, de manera intrínseca, pudieran ponerse de manifiesto en el momento de su aplicación efectiva y durante la gestión del día a día.

7.2 El interregno social con ocasión del cese de la corporación

Terminaremos este capítulo dedicado a los diferentes problemas a los que puede enfrentarse una sociedad pública local en su gestión ordinaria con una breve referencia a la situación que se produce en el órgano de administración social tras la celebración de elecciones locales y la renovación corporativa del ente local.

Como ya conocemos, la competencia para el nombramiento y separación de los administradores queda atribuida según la LSC a la Junta General *ex* artículo 160. En un sentido similar y específico para las sociedades públicas de carácter local el artículo 93 RSCL también reconoce esta capacidad de designación a dicho órgano representativo de los socios. Por otra parte, como prescribe el artículo 85 ter 3º LRBRL serán los estatutos sociales los que determinarán en cada caso la forma de designación del Consejo de Administración y de los máximos órganos de dirección del mismo y, por tanto, serán los que fijen la duración del mandato de los miembros de las sociedades locales.

Ante este panorama normativo, la práctica habitual a este nivel territorial viene materializándose a través de una aprobación estatutaria que vincula el cargo de consejero de administración al mandato político como miembro de la Corporación nacida de los nuevos comicios locales, ya que la ostentación de ese cargo suele ser la razón determinante para dicho nombramiento⁴³⁰, por lo que la duración del mismo irá ligada a su condición de miembro del ente local en el sentido de que si cesara como tal, se extinguiría asimismo su condición de consejero de administración de la sociedad correspondiente⁴³¹. Existen algunas variantes estatutarias que en un intento de hacer coincidir la elección de miembros del Consejo de administración con el periodo de gobierno local suelen consignar una duración del cargo de 4 años, con las evidentes disfuncionalidades que dicha situación plantea desde el momento en que se produce el cese anticipado de cualquiera de sus miembros por razones ajenas a su condición de cargo público. O viceversa, si por cualquier razón cesara la

⁴³⁰ En caso contrario, es decir, que el nombramiento como consejero de una sociedad pública local no sea por razón del cargo público que se ostenta, el mandato se prolongará, si nada dicen los estatutos, hasta que se produzca la renovación o revocación. Así, *vid.* CORELLA MONEDERO, M., “Mandato y constitución de las Corporaciones Locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 13, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 de julio 1999, Ref. 2162/1999, Tomo 2, p. 2162.

⁴³¹ Consultas. *El Derecho*. (Lefebvre). EDE 2016/1005198.

Corporación para la cual fueron elegidos, este hecho por sí solo no va a suponer el cese como consejero antes del periodo de vigencia para el que han sido designados⁴³².

De cualquier manera, lo que aquí cabe preguntarse es qué ocurre en el momento del cese de la Corporación si, tal y como hemos visto, con la disolución o renovación de la misma se produce el cese automático de todos los consejeros nombrados en las diferentes sociedades públicas locales que sean dependientes de dicha Corporación.

Pues bien, en estos supuestos de cese (o incluso renuncia) de los consejeros de la sociedad pública local desde el momento en que pierden la condición de cargo público han sido tratados por la jurisprudencia registral con un sentido claro de continuidad en los cargos; las empresas o sociedades no pueden quedar “descabezadas” ya que en nuestro sistema el órgano de administración se configura como necesario y permanente⁴³³, exceptuando aquellos supuestos especiales previstos legalmente, como es el caso de la vacante admitida en el artículo 171 LSC cuando indica que *“En caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes, cualquier socio podrá solicitar del Secretario judicial y del Registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los administradores”*.

No obstante, con carácter general, al supuesto que narramos le viene siendo de aplicación la doctrina consolidada en materia registral que aboga por la subsistencia en el cargo en tanto no se produce un nuevo nombramiento. Esta permanencia se nos aparece como una manifestación más del deber de diligencia que incumbe a todos y cada uno de los consejeros del órgano de administración, que deben evitar que la sociedad quede acéfala en materia de gestión y respecto a la administración más elemental. Como señala expresamente el Tribunal Supremo en una sentencia de 2009 *“[...] el administrador renunciante o cesante está obligado a convocar la Junta para cubrir la vacante y atender, en el interregno, a las necesidades de la gestión y representación. Se entiende que subsiste transitoriamente su cargo, y como consecuencia su responsabilidad, para evitar el daño que a la sociedad pueda*

⁴³² Consultas. El Derecho. (Lefebvre). EDE 2016/1002956.

⁴³³ Cfr. STS 37/2012 de 23 de febrero de 2012. Rec. 2013/2008 (RJ 2012/5288). F.D. Segundo.

producir la paralización del órgano de administración”⁴³⁴. Esta doctrina es recogida asimismo por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴³⁵.

A resultas de lo expuesto, el cese como representante de un ente local no va a conllevar, de forma automática, una extinción de todos los cargos que, con ocasión de dicha representación, el interesado ostentara en las sociedades públicas dependientes del referido ente; y ello a pesar de que los estatutos sociales puedan prever dicho cese automático, pues lo que está en juego es algo más que el mero nombramiento, en efecto, existe un juego de responsabilidades y obligaciones que son asumidas libremente con ocasión de la aceptación del cargo de administrador en las sociedades públicas locales que no pueden ser desconocidas por mucho que las normas autoimpuestas por las sociedades locales (los estatutos sociales) hayan tratado con parquedad esa situación que se repite indefectiblemente cada 4 años.

Desde el prisma de las medidas de gobierno corporativo, lo fundamental a este respecto va a ser tanto que el procedimiento de elección como de cese se encuentre perfectamente delimitado y sea totalmente transparente⁴³⁶ así como que la potencial situación de vacancia en el Consejo de Administración sea anticipada o al menos considerada con suficiente antelación de cara a su pronta cobertura⁴³⁷. Esto mismo trasladado a la sociedad local va a suponer el aporte de un plus de responsabilidad y diligencia por parte del sector político local conducente a prevenir o, al menos, paliar los efectos que una interinidad desafectada excesivamente prolongada en el tiempo pudiera causar en los Consejos de Administración en tanto se produce su cobertura por la nueva Corporación.

⁴³⁴ *Cfr.* STS 667/2009 de 23 de octubre de 2009. Rec. 199/2005 (RJ 2009/7272). F.D. Tercero.

⁴³⁵ Entre otras en la Resolución DGRN de 16 de mayo de 2011 o en la Resolución DGRN de 8 de febrero de 2016.

⁴³⁶ Principios de Buen Gobierno para Empresas No Cotizadas. 1.2.6.

⁴³⁷ En este sentido, por ejemplo, el Código Olivencia resaltaba el importante papel que desempeñaba el propio Consejo de Administración en la provisión temporal de puestos vacantes y en la elección de las sustituciones procedentes mediante el sistema de cooptación en tanto la Junta General adoptaba una decisión definitiva. (Apartado II. 5.1.)

CAPÍTULO IV

ÓRGANOS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN SOCIEDADES PÚBLICAS LOCALES

1. LA JUNTA GENERAL. 1.1 ESPECIALIDADES COMO SOCIO ÚNICO DECISOR. 1.2 CRONOLOGÍA DE MEDIDAS Y SU POSIBLE TRASLACIÓN AL SECTOR PÚBLICO. 1.3 EL INTERÉS PÚBLICO REPRESENTADO EN LA JUNTA GENERAL COMO OBJETO SOCIAL DE LA SOCIEDAD. 2. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN COMO ÓRGANO SUPERVISOR. 3. LOS ADMINISTRADORES. 3.1 NATURALEZA DEL ADMINISTRADOR LOCAL. 3.2 LA EXIGIBILIDAD DE SU PROFESIONALIZACIÓN. 3.3 EL ADMINISTRADOR DE HECHO. 3.4 LA POSIBLE INCLUSIÓN DEL CONSEJERO INDEPENDIENTE. 4. CONSEJERO DELEGADO: FUNCIÓN EN LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL. 5. LA PRESIDENCIA. 6. EL EQUIPO DIRECTIVO O GERENCIAL. 7. OTROS SUJETOS RELEVANTES: LOS USUARIOS. 7.1 CARACTERIZACIÓN DEL USUARIO DE LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL. 7.2 EL USUARIO BENEFICIARIO DE LAS MEDIDAS DE GOBIERNO CORPORATIVO.

Órganos de gobierno corporativo en sociedades públicas locales

“Todo poder excesivo dura poco” Séneca.

1. LA JUNTA GENERAL

1.1 Especialidades como socio único decisor

La libertad que la normativa de régimen local otorga a los entes locales para regular y organizar su estructura empresarial -dentro de los márgenes legales y estatutos sociales mediante- aparece cotidianamente apoyada en la aplicación del sistema orgánico que concibe la normativa mercantil para este tipo de personas jurídicas, normativa fundamentalmente residenciada, como sabemos, en la LSC.

De entre los órganos sociales de carácter necesario marcados por la ley destaca en primer lugar la Junta General (de accionistas). La Junta General es pacíficamente considerada como el órgano principal de la empresa; *“el poder supremo de la Sociedad”* según la califica la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴³⁸ (DGRN); poder, que en su día era elevado a la categoría de soberanía de la Junta general de accionistas como un postulado digno de protección jurídica⁴³⁹. El profesor URÍA la define como *“reunión de accionistas, debidamente convocados para deliberar y decidir por mayoría sobre asuntos sociales propios de su competencia”*⁴⁴⁰.

Por su parte, la LSC comienza aludiendo a ella con una referencia a su composición y competencia; así, el artículo 159 LSC señala en su apartado primero que *“los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta”*.

Pues bien, esa autonomía local significada al comienzo para establecer la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General a través de la regulación estatutaria (*ex* artículo 85 ter inciso 3º LRBRL) con los límites propios de la legislación mercantil, no ha supuesto en la práctica un florecimiento de múltiples y variadas formas de organización de dicho órgano, sino que, en su mayor parte, han seguido la tradición habitual instaurada y aún

⁴³⁸ Cfr. Resolución de 21 de septiembre de 1984, Considerando IV. LA LEY 51446-NS/0000.

⁴³⁹ Cfr. Exposición de motivos de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas. BOE N° 199 de 18 de julio de 1951.

⁴⁴⁰ Vid. URÍA, R., *“Derecho Mercantil”*, Edición n° 28, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 312.

vigente a nivel reglamentario (artículos 90 y 92.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales) (RSCL) de identificar el órgano plenario del ente local con la Junta General, siendo aquél el órgano representante de la corporación por excelencia, y ésta a su vez, el órgano representativo de la corporación en la sociedad, por lo que, como puede apreciarse, esa reunión de socios en Junta General no es más que la reunión del socio unipersonal⁴⁴¹, el cual sí que se halla compuesto internamente por diferentes miembros representativos de las diferentes agrupaciones políticas.

No debemos olvidar, sin embargo y conviene remarcarlo, que en base a la antedicha libertad de configuración de la Junta General cabrían opciones diferentes a la que estamos catalogando como generalizada, pudiendo componer la Junta General no solo el Pleno sino cualquier otro órgano municipal⁴⁴², podrán integrarla representantes públicos o no y funcionarán o no según las normas previstas en el derecho administrativo para los órganos locales; todo ello dependerá de lo que prescriban los estatutos sociales particularmente considerados⁴⁴³. Por lo tanto, la razón por la que hablaremos a continuación de la Junta General identificándola con el órgano plenario del ente local estriba exclusivamente en el objeto de nuestra investigación, dada que el modelo más generalizado a este respecto colma las expectativas para nuestro análisis y acota y simplifica su estudio.

Retomando nuestro análisis, procede continuar señalando que, como órgano principal, a la Junta se le atribuyen las principales competencias en relación con la vida de la empresa, así por ejemplo corresponde a la Junta General decidir sobre la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la gestión social; el nombramiento y separación de administradores, así como fijar su remuneración; la modificación de estatutos sociales; el aumento y reducción del capital social; emitir obligaciones; aprobar el inventario y balance anual y las demás que se determinen por la leyes o que sean establecidas por el ente local en los estatutos sociales en virtud de su autonomía organizativa, siendo muy habitual ostentar el

⁴⁴¹ Recuérdese que con anterioridad ya centramos el objeto de nuestro estudio en aquellas sociedades denominadas locales en las que su capital perteneciera íntegramente a la entidad local o cuando menos, su participación en el mismo o su capacidad de control efectivo de los órganos de gobierno de la sociedad fuera lo bastante amplio como para poder ser integrado en su sector público local como un ente más dependiente de dicha Administración.

⁴⁴² Lo que no cabe es el supuesto analizado por el TC en su Sentencia 137/2018, de 13 de diciembre (RTC 2018/137), donde una ley autonómica (Aragón) habilitaba directamente a la Junta de Gobierno Local a ejercer las funciones de Junta General, despojando al Pleno municipal de unas atribuciones consideradas básicas por la legislación estatal aplicable (LRBRL), como es el acto unilateral combinado (voluntad-estatutos-escritura pública) de crear una sociedad municipal y de regular en dichos estatutos qué órgano va a asumir las funciones de Junta General. Al hilo de esta cuestión, *vid.* RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, D., “La STC 137/2018, de 13 de diciembre: un recordatorio sobre la constitución de sociedades mercantiles locales y una oportunidad para reflexionar sobre su gobierno”, *REALA. Nueva Época*, N° 12, 2019, pp. 166-168, 173-174.

⁴⁴³ *Vid.* FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., “La Junta General en las sociedades...”, *op.cit.*, pp. 57, 64-65.

poder de decisión sobre aquellos asuntos que le sean elevados por parte del Consejo de Administración en forma de propuesta de acuerdo (artículos 160 LSC, 92.2 RSCL, 85 ter 3º LRBRL).

Conviene realizar un inciso a propósito de esas empresas públicas locales recién mencionadas y que se encuentran integradas por un solo socio. Pone de manifiesto ALONSO UREBA la existencia de una serie de problemas que resultan consustanciales a estas sociedades de carácter unipersonal, en este sentido, podríamos hablar de aquellas cuestiones relacionadas con la continuidad material de la Junta General como órgano a pesar de existir un único socio, o también de la posible distinción entre acuerdo y voto⁴⁴⁴. A estos efectos, nos resulta de utilidad considerar el tratamiento que la normativa local da a esta peculiar configuración orgánica que conforma la Corporación Local-Junta General.

Como recoge el RSCL (artículos 90 y 92.1), será la propia Corporación local la que asuma la condición de Junta General de la sociedad y para ello aplicará la normativa de régimen local en el desarrollo procedimental y en el régimen de adopción de acuerdos; ahora bien, la eficacia jurídica y el ámbito competencial de los acuerdos que se concluyan permanecerán en la órbita jurídico-privada siendo imputables directamente a la sociedad como actos emanados de uno de sus principales órganos⁴⁴⁵. Parece inferirse de ello, en consecuencia, una tácita aplicación de la doctrina de los “actos separables”⁴⁴⁶ que permite una convivencia entre formación de la voluntad administrativa, por un lado, y eficacia jurídica mercantil, por otro⁴⁴⁷. No puede olvidarse, como señala ARANA GARCÍA⁴⁴⁸, que pese a la identidad de los miembros de la Corporación local y de la Junta General estamos hablando no solo de dos órganos diferentes, sino de personalidades jurídicas diferenciadas (públicas y privadas).

⁴⁴⁴ Vid. ALONSO UREBA, A., “*La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales...*”, *ob.cit.*, p. 334.

⁴⁴⁵ Vid. ALONSO UREBA, A., “*La Sociedad Mercantil de Capital como forma...*”, *ob.cit.*, pp. 170-172. Este autor realiza a este respecto un paralelismo con la actividad contractual de la Administración de carácter privado, donde también se aplica el Derecho público a la hora de preparar y adjudicar los contratos, pero aplica la normativa privada en cuanto a la extinción y efectos de los contratos.

⁴⁴⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, de 11 de junio de 1999, Rec. 272/1995, F.D. Segundo (RJCA 1999/4667) y Resolución de la DGRN R. 12 Sep. 1985.

⁴⁴⁷ En contra de esta afirmación se pronuncia MACERA TIRAGALLO, B-F., “*La sujeción a control contencioso-administrativo del fieri de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima*”, *Revista de Administración Pública*, Nº 155, 2001, p. 245, cuando afirma que los actos separables no son sino actos administrativos y ciertos actos de las sociedades mercantiles nunca pueden traducirse en actos administrativos.

⁴⁴⁸ Vid. ARANA GARCÍA, E., “*Las sociedades municipales de gestión...*”, *op.cit.*, p. 79, cuando hace alusión al trabajo de F. ALBI, “*Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*”. En contra de este argumento interesa la revisión de los pronunciamientos jurisprudenciales recogidos en la nota nº 74.

La Junta General, y, por tanto, la Corporación que en estos supuestos asume dicha cualidad, representa al socio único y engloba la totalidad del capital social de la empresa. Esta afirmación no debe verse desvirtuada por lo previsto en el artículo 103.1 *in fine* del Texto Refundido de Régimen Local cuando hace mención a la determinación en la escritura social de quienes tengan derecho a emitir voto representando al capital social, sino que hemos de reconducir dicha representación a los primeros administradores sociales que deben escriturarse⁴⁴⁹.

Por otro lado, además de esa función primordial como máximo órgano decisor, la Junta ostenta adicionalmente una función de supervisión, especialmente sobre el órgano de administración, y, en este sentido, la normativa contempla la posibilidad de que ésta pueda intervenir en asuntos propiamente de gestión y decidir sobre estos asuntos de gestión o de administración cuya autorización previa esté prevista y reservada para ella en los estatutos.

Esta capacidad, según ALONSO UREBA y la doctrina mayoritaria, comprendería además la facultad de dictar instrucciones o trasladar orientaciones a los administradores, “*si bien en ningún caso puede llegar a vaciar la función legal de los mismos convirtiéndolos en meros ejecutores de sus decisiones, pasando la Junta a tener la iniciativa incluso en asuntos de gestión ordinaria*”⁴⁵⁰. Dicha situación alcanza hasta aquellos casos en que la relación entre el socio único (ente local) y los Consejeros se fundamente en una relación de sujeción por la condición de funcionarios de estos administradores, donde, a pesar de la relación de jerarquía existente, la posición jurídico-privada que ostentan como miembro del Consejo de Administración operará como límite ante posibles desviaciones en las atribuciones recíprocas⁴⁵¹. Hoy día, las actuaciones supervisoras de intervención recién mencionadas se recogen como derecho material en el artículo 161 LSC.

Y es que, además, la caracterización de la Junta General como agente de supervisión ha ido adquiriendo preponderancia de manera progresiva gracias a la actualización y revisión de los diferentes tipos de recomendaciones de buen gobierno que se han recogido en los códigos e informes sobre gobierno corporativo.

Esa supervisión se concretaba en la práctica en una configuración de la Junta General como principal instrumento de control interno del equipo directivo en la sociedad a través de mecanismos diversos que fueron incidiendo principalmente en las nuevas tecnologías de la

⁴⁴⁹ Vid. ALONSO UREBA, A., “La Sociedad Mercantil de Capital como forma...”, *op.cit.*, p. 173.

⁴⁵⁰ *Ibid.* p. 185.

⁴⁵¹ *Ibid.* pp. 189-190.

información⁴⁵². El Informe Olivencia ya ponía de manifiesto esa posibilidad y se refería a aquellas medidas en el sentido que se transcribe seguidamente: *“Ello no quiere decir, sin embargo, que deba descartarse cualquier actuación encaminada a incrementar la efectividad del control de los accionistas, ámbito que esta Comisión considera que todavía ofrece un amplio margen. Nos referimos fundamentalmente a aquellas medidas que tienden a hacer más transparente el mecanismo de delegación de votos; a acentuar la comunicación de la sociedad con sus accionistas; y estimular la actividad de aquellos accionistas que más pueden contribuir al control de la gestión: los inversores institucionales”*⁴⁵³.

También el Informe Aldama se apuntó a esta tendencia y reflejó su decidida apuesta por las nuevas tecnologías como mecanismo tendente a facilitar o asegurar la representación y el acceso a la Junta por parte de los accionistas, así, por ejemplo, instaba a implantar los sistemas necesarios para el cómputo electrónico del quórum, así como para la delegación y el voto por correo o por medios electrónicos⁴⁵⁴, que tuvo su reflejo legislativo de *soft law* en la Ley 26/2003, de 17 de julio (Ley de Transparencia en materia de sociedades) donde se ofrecía –no se imponía– la posibilidad de delegar o ejercitar el derecho de voto mediante la utilización de esos medios.

El propio Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG), desde sus primeras ediciones, ya incidía también en este fortalecimiento de la Junta General como instrumento de control con medidas que luego han ido cristalizando paulatinamente en disposiciones de rango legal (es el caso, por ejemplo, de la votación separada de asuntos que sean sustancialmente independientes⁴⁵⁵ del actual artículo 197 bis LSC).

En cualquier caso, el principal escollo que, a nuestro juicio, se vislumbra en el funcionamiento ordinario de la Junta General de la sociedad pública local va a residir en el déficit de información del accionista principal o único (el ente local); cuestión ésta de la información, que ha sido tratada recurrentemente por las políticas y propuestas de buen gobierno corporativo tanto en lo atinente a las sociedades cotizadas como a las que no cotizan en el mercado de valores. Y no nos referimos a un déficit de disponibilidad informativa, sino más bien a una imposibilidad material para formarse un juicio extenso y adecuado de las materias que van a ser objeto de acuerdo.

⁴⁵² Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, p. 7.

⁴⁵³ Cfr. Informe Olivencia II.9.1.

⁴⁵⁴ Cfr. Informe Aldama IV.1.6.

⁴⁵⁵ Cfr. Recomendación Nº 5 del CUBG 2013.

Así, no resulta descabellado imaginar la situación de cómo los integrantes de la Junta General en una sociedad pública local (ya sean diputados provinciales, concejales o incluso directivos con altas responsabilidades en la Administración local) recalcan en las sesiones de dicha Junta afrontando el debate y votación de los asuntos incluidos en el orden del día con un total desconocimiento respecto a su contenido detallado, a su posible implicación futura, a las repercusiones de todo tipo a las que pueden dar lugar sus decisiones y multitud de factores más que deben entrar a valorarse cuando se ocupa una posición de este calado⁴⁵⁶.

Esta falta de información o de conocimiento adecuado sobre la particularidad de los asuntos que suele vislumbrarse en los miembros de la Junta General, si bien entendemos que es primeramente una responsabilidad de carácter personal, no puede ser achacable en su totalidad a sus integrantes pues el sistema continuista instaurado –que no impuesto- tampoco otorga mayor margen de maniobra a estos efectos.

Desde las políticas del gobierno corporativo se ha defendido, especialmente para aquellas empresas de menor tamaño que no entran en los mercados de cotización bursátil, el establecimiento de procedimientos informativos de carácter asiduo que procure evitar esa dispersión en el tiempo y ese alejamiento progresivo de los “accionistas” respecto de la evolución gestora de la empresa. Ese contacto informativo debe constituir un flujo constante de relación entre los decisores máximos y el órgano encargado de la administración, que no debe limitarse a facilitar sus contenidos con ocasión de la celebración de las sesiones programadas o exigidas legalmente. Esta información, asimismo, debería ser presentada por el órgano de administración de manera clara y concisa de forma tal que permita su comprensión respecto a la situación de la sociedad y su posible evolución futura⁴⁵⁷.

A colación de lo anterior, hoy día la facilidad que las nuevas tecnologías ofrecen para el suministro inmediato de información en las Administraciones locales (*v.gr.* repositorios multimedia de carácter interno; correos electrónicos institucionales; portales de transparencia) no hacen más que poner de manifiesto que lo que escasea en este terreno es una decidida voluntad de cambiar la forma de hacer las cosas sin esperar a que sea la coactividad legal la que venga, siempre a posteriori, a intentar resolver situaciones ya difícilmente encauzables.

⁴⁵⁶ Piénsese en la actividad a la que cualquier cargo público debe hacer frente en su día a día en estos niveles territoriales: actos públicos, asistencia a sesiones en órganos de gobierno local, gestión de áreas delegadas, gestión del personal dependiente, impulso de políticas de gobierno o de oposición, sin olvidar, además, la representación en todos los órganos rectores o de administración de los diferentes órganos colegiados que compongan el holding local (organismos autónomos, agencias, sociedades, consorcios, mancomunidades, etc.).

⁴⁵⁷ *Vid.* HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”, *op.cit.*, p. 56.

1.2 Cronología de medidas y su posible traslación al sector público

El movimiento del *Corporate Governance* ha centrado gran parte de sus esfuerzos en intentar acabar, si bien en un proceso gradual que va de menor a mayor intensidad, con la crisis en la que se hallaba sumida la Junta General de las sociedades de capital que habían convertido a este órgano en un mero sujeto pasivo de la actividad desempeñada por el órgano de administración.

A continuación, examinaremos algunas de las medidas que a lo largo del desarrollo del gobierno corporativo en España han tenido como destinataria a la Junta General; tomaremos como referente para ello el trabajo desarrollado por PÉREZ MORIONES⁴⁵⁸ en relación con esta cuestión.

Comenzando por el Código Olivencia, se deja notar en el mismo una deliberada dejación en lo que hace a las propuestas concretas dirigidas a la Junta General y ello debido principalmente a que el grueso de las medidas va dirigido a mejorar la forma de operar de los Consejos de Administración, tanto en materia de funcionamiento como en lo tocante a la conducta de sus integrantes. En ese cúmulo de propuestas dirigidas al Consejo se producen lo que podríamos calificar como potenciales intromisiones en las competencias de la Junta General (especialmente en materia de nombramientos por este órgano⁴⁵⁹).

Del mismo modo, se incluyen en el Informe alusiones a las limitaciones que encierra la función de la Junta General, especialmente en las sociedades cotizadas, dada la “apatía racional” de los accionistas que suelen desentenderse de sus derechos y obligaciones dada la escasa rentabilidad que les supondría una participación más activa en la misma⁴⁶⁰. En cualquier caso, se plantean medidas tendentes a mejorar el sistema de delegación de votos, a profundizar en el sistema de comunicación entre Consejo de Administración y accionistas en el sentido expuesto en el apartado anterior y, por último, pone en valor el papel de los inversores institucionales.

Desde nuestro punto de vista, a la sociedad pública local le son aplicables los mimbres de ciertas de estas propuestas, pues en materia de nombramientos, como sabemos, adquiere un

⁴⁵⁸ Vid. PÉREZ MORIONES, A., “Gobierno corporativo y junta general: del Código Olivencia al Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 147/2017, parte Crónicas, Edit. Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2017.

⁴⁵⁹ Cfr. Informe Olivencia II.5.1. que trata sobre la creación de una Comisión de Nombramientos cuya misión incluye elevar al Consejo las propuestas de nombramiento de consejeros para que éste proceda directamente a designarlos (cooptación) o las haga suyas para someterlas a la decisión de la Junta. Cuestión que parece querer institucionalizarse en la Recomendación N° 11 del Código estableciendo un procedimiento formal para desarrollar este tipo de nombramientos.

⁴⁶⁰ Cfr. Informe Olivencia II.9.1.

especial protagonismo tanto el órgano colegiado ejecutivo del ente local, esto es, la Junta de Gobierno (Local) en los entes que se rigen por el Título X de la LRBRL (gran población) como el Pleno identificado con la Junta General en el resto de los casos; por ello, el hecho de fomentar una especialización en materia de nombramientos no es para nada desdeñable en el ámbito local ya que, cuanto mejor información se posea, mejor será dicha elección. Ahora bien, todo ello deberá enmarcarse en un respeto absoluto del marco competencial atribuido a cada órgano, por lo que procedimientos excepcionales tales como la cooptación⁴⁶¹ deberían introducirse solo para supuestos especialmente gravosos en los que la buena marcha societaria pudiera verse afectada.

En una etapa posterior, puede apreciarse como con la publicación del Informe Aldama se produce un viraje en cuanto a las necesidades que un buen gobierno corporativo de las sociedades requiere para su consecución efectiva y para ello, incluye entre sus objetivos una serie de medidas dirigidas específicamente a la potenciación de la Junta General⁴⁶².

Entre algunas de estas medidas destaca el Informe Aldama –así como en otros códigos de buen gobierno- la posibilidad/necesidad de establecer un reglamento de funcionamiento específico como marco jurídico regulador para este órgano societario que permita la gestión y el mantenimiento del control sobre el mismo⁴⁶³ al estilo de lo que actualmente prevé la LSC para las sociedades cotizadas donde su artículo 512 *in fine* afirma que en este reglamento podrán contemplarse todas aquellas materias que atañen a la Junta General, respetando lo establecido en la ley y en los estatutos.

En relación con ello, a nuestro juicio creemos que no resultaría muy productivo incrementar el compendio reglamentario regulatorio de la actividad local mediante un reglamento de Junta General específico para cada una de las sociedades pertenecientes a una Administración local, ya que, por una parte, su dimensión no lo justifica y, por otra, la capacidad y efectividad normativa de la entidad local se vería mermada pues, con frecuencia, los recursos de estas Administraciones son limitados y habitualmente deberán establecerse prioridades de atención y gestión local en detrimento de otras acciones no tan acuciantes.

⁴⁶¹ Cfr. Artículo 244 LSC.

⁴⁶² Informe Aldama IV.1. que indica literalmente que *“La Comisión ha considerado que uno de los primeros objetivos del gobierno corporativo es la potenciación del papel de la Junta General de accionistas como órgano de decisión y control básico para la vida de la sociedad y la tutela de los intereses de los accionistas.”*

⁴⁶³ Cfr. Principios de buen gobierno corporativo para empresas no cotizadas. Apartado 2.2. *“Funcionamiento de la Junta General”*.

Ante esta realidad entendemos, por tanto, que los estatutos sociales deben seguir siendo el instrumento idóneo para que cada sociedad local individualmente pueda prever sus especialidades y particularidades respecto al funcionamiento de la Junta General.

Igualmente, debe mencionarse que la Ley de Transparencia en materia de sociedades mercantiles⁴⁶⁴ ha tenido también un notable peso en la consolidación de algunas de las recomendaciones propuestas para la Junta General por el Informe Aldama, además de desarrollar y perfeccionar jurídicamente el régimen del derecho de información del accionista.

Por su parte, el Código Conthe, materializado en el Código Unificado de Buen Gobierno, del que se han publicado diferentes actualizaciones para adaptarlo a las disposiciones legislativas que se han ido aprobando, pone su acento respecto de la Junta General en el ejercicio del derecho de voto.

Estas recomendaciones instaban a modificar el ejercicio del derecho de voto, especialmente en el sentido de tratar de garantizar que los accionistas se pronuncien de forma separada sobre el nombramiento, la reelección o la separación de administradores y las modificaciones estatutarias, y que puedan emitir de forma diferenciada su voto⁴⁶⁵. Este terreno, tradicionalmente lábil, ha adquirido naturaleza de perdurabilidad a propósito de la reforma introducida en la LSC por parte de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Desde la vigencia de la reforma, el artículo 197 bis LSC depura el procedimiento de votación en la Junta General y exige la votación separada de aquellas cuestiones que deban ser consideradas como sustancialmente independientes⁴⁶⁶. Entendemos que la asunción de estas medidas por las entidades locales no debe haber supuesto mayor inconveniente más allá de la posible adaptación normativa procedimental que, en su caso, estuviera aprobada con anterioridad para las sociedades públicas de su ramo.

Finalmente, entre otras medidas de buen gobierno contempladas específicamente para la Junta General podemos destacar algunas de las previstas en el texto aprobado por el IC-A

⁴⁶⁴ Cfr. Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

⁴⁶⁵ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”, *op.cit.*, p. 57.

⁴⁶⁶ Artículo 197 bis LSC. Votación separada por asuntos.

1. En la junta general, deberán votarse separadamente aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes.
2. En todo caso, aunque figuren en el mismo punto del orden del día, deberán votarse de forma separada:
 - a) El nombramiento, la ratificación, la reelección o la separación de cada administrador.
 - b) En la modificación de estatutos sociales, la de cada artículo o grupo de artículos que tengan autonomía propia.
 - c) Aquellos asuntos en los que así se disponga en los estatutos de la sociedad.

en 2005 sobre “Principios de buen gobierno corporativo para empresas no cotizadas” y que se han ido actualizando hasta la versión más reciente de 2017. Entre otras, resaltan aquellas que se dirigen tanto a asegurar la disponibilidad durante el desarrollo de las Juntas de aquellos profesionales de la propia sociedad o incluso externos que, por su vinculación o conocimiento de alguno de los asuntos a tratar, se consideren de utilidad para que los accionistas o socios reciban información completa, puedan solicitar aclaraciones y formarse así una mejor opinión así como aquellas otras que aseguren el derecho de los accionistas o socios asistentes a la Junta a consignar sus intervenciones y votos en el acta de la misma⁴⁶⁷.

Respecto de la primera medida apuntada, parece claro que la misma queda suficientemente cubierta con lo previsto en el artículo 181 LSC donde se prescribe que los estatutos podrán autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales. Además, en su apartado segundo, este artículo otorga una facultad dispositiva a la presidencia de la Junta General para autorizar la asistencia de cualquier otra persona que juzgue conveniente (con la posibilidad de revocación por la misma Junta)⁴⁶⁸. En el caso de la sociedad pública local, esta facultad de recabar el auxilio técnico o directivo mediante una asistencia a las sesiones de los órganos colegiados encuentra ampliamente extendida su implantación en el ámbito estrictamente administrativo⁴⁶⁹, por lo que su uso habitual no entraña mayor distorsión.

En cuanto a la segunda de las propuestas referidas y que tiene que ver con la confección de las actas de las sesiones que celebre la Junta General, hemos de recordar que en el caso de las sociedades públicas locales suele ser habitual que el titular de la secretaría de la Corporación, como secretario del órgano plenario municipal o provincial⁴⁷⁰, sea igualmente el secretario de las Juntas Generales⁴⁷¹ de las sociedades públicas locales dependientes de la Administración matriz, y ello siempre y cuando la configuración prevista para las Juntas Generales coincidan con dicho órgano plenario -que por otro lado suele ser lo cotidiano⁴⁷²-.

⁴⁶⁷ Cfr. Apartado 2.2. “*Funcionamiento de la Junta General*”. Principios de buen gobierno corporativo para empresas no cotizadas.

⁴⁶⁸ Cfr. Resolución DGRN núm. 1013/2018 de 8 enero. RJ 2018\40. FD 2º.

⁴⁶⁹ De hecho, suele ser común recurrir a este apoyo externo en Comisiones Informativas de los Plenos Municipales; comisiones provinciales de valoración expropiatoria; en materia de contratos auxiliando a las Mesas de contratación, etc.

⁴⁷⁰ En el caso de los municipios de gran población la figura específica es la de secretario general del Pleno (Artículo 122 LRRL).

⁴⁷¹ Al igual que suele ser nombrado también como secretario de algunos Consejos de Administración, aunque esta circunstancia no es tan habitual y suele ser distribuida entre diferente personal al servicio de la Administración Local o personal vinculado a la misma.

⁴⁷² Vid. VAREA MOSQUERA, L. y HERNANZ BODERO, J., “Gestión directa (IV): sociedad mercantil, cuyo capital social...”, *op.cit.*, p. 29.

La LSC hace alusión a la figura del secretario en el artículo 191 LSC con ocasión de la Mesa de la Junta, señalando que salvo que los estatutos dispongan lo contrario, el secretario de la Junta General será el del Consejo de administración. Como decimos, suele ser habitual que los estatutos sociales de las sociedades locales prevean al secretario de la Corporación como secretario de las Juntas Generales.

Pues bien, el secretario es el encargado de la confección de las actas. Las mismas, y su contenido, aparecen reguladas en los artículos 202 y 203 de la LSC y 97 a 106 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) y dada la peculiaridad de la sociedad que estamos considerando y la figura que actúa como secretario, entendemos que les podrán ser aplicables de manera supletoria aquellas previsiones contenidas en la normativa de régimen local⁴⁷³ que pudieran colmar posibles lagunas de aplicación práctica que se llegaran a plantear. En cualquier caso, la medida promocionada relativa a asegurar el derecho de los accionistas o socios asistentes a la Junta General para consignar sus intervenciones y votos en el acta de la misma quedaría inserta perfectamente en las funciones que se atribuyen al secretario de la Junta General, el cual reflejará en el acta correspondiente todas las circunstancias que permitan un mayor conocimiento sobre lo planteado inicialmente, lo debatido durante la sesión y lo acordado (discrepancias inclusive)⁴⁷⁴.

1.3 El interés público representado en la Junta General como objeto social de la empresa

Aclaremos primeramente que interés público -concepto jurídico indeterminado por excelencia- va a ser, para muchos, sinónimo de interés general más allá de las posibles interpretaciones que en clave política caben en relación con esta expresión; de hecho, en multitud de ocasiones se procura hablar preferentemente de interés general antes que de interés público pues aquella es la expresión utilizada usualmente por la Constitución Española de 1978 en la parte más dogmática de su texto.

En cualquiera de los casos, bien se utilice una u otra expresión, el interés público viene a representar el bien común, o como lo expresa LÓPEZ CALERA “*se refiere a intereses que*

⁴⁷³ Es el caso del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

⁴⁷⁴ En relación con estas discrepancias aludidas, merece aclararse la cuestión de si, en la actualidad, sigue siendo necesaria la oposición expresa del socio en el acta en aquellos supuestos en que no esté de acuerdo con lo acordado y pretenda impugnar dicho acuerdo. Es cierto que con anterioridad a la reforma de 2014 de la LSC se requería para impugnar los acuerdos anulables dicha constatación. Sin embargo, desde la modificación en 2014 de los artículos 204 y siguientes de la LSC se retoma el régimen anteriormente previsto para impugnar acuerdos nulos y se supera la doctrina jurisprudencial que negaba la legitimación activa del socio que hubiere votado a favor del acuerdo contrario a los estatutos o al interés social [Como ya se citó en el Capítulo III, véase STS de 14 de julio de 1997. (RJ 1997/5470)].

*se consideran muy necesarios e importantes para la supervivencia o el bienestar de la sociedad como tal. El interés público es un fin fundamental de todo ordenamiento jurídico, porque dar a la sociedad “lo suyo” es un precepto de justicia elemental”*⁴⁷⁵. Dicha persecución del interés público en la acción de la Administración⁴⁷⁶ es una directriz que va a dominar -o, al menos, debería regir- las decisiones del gobierno local que corresponda a la hora de llevar a cabo la creación de una sociedad pública con el objeto de satisfacer los servicios públicos demandados o realizar prestaciones económicas de interés general.

De la vinculación de la sociedad pública local con el interés público⁴⁷⁷ da buena cuenta la capacidad de dominación que respecto de la misma ostenta la Administración local, tanto en materia de capital social como por la titularidad de atribuciones y privilegios derivados de la mencionada titularidad⁴⁷⁸. Esa estrecha relación de la sociedad con el interés público debe tener un fiel reflejo en el objeto social de la misma para no infringir el principio de especialidad que se impone a todas las empresas públicas⁴⁷⁹ de tal modo que quede suficientemente justificado su correlación con el servicio público y el interés general que dio origen a su nacimiento y que, en una fase ulterior, va a situar a la Junta General en un papel destacado dada la condición de este órgano de representante de los socios por disposición legal (artículo 159 LSC).

Dicho lo cual, debemos recordar lo ya mencionado con anterioridad respecto a que la Junta General está capacitada para impartir instrucciones al órgano de administración con la limitación de no usurpar las actividades de gestión que por su naturaleza le corresponde al

⁴⁷⁵ Vid. LÓPEZ CALERA, N. M., “El interés público: entre la ideología y el derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 44, Edit. UGR, Granada, 2010, p. 129.

⁴⁷⁶ O de servir con objetividad los intereses generales, en palabras de la Constitución Española (artículo 103.1 CE).

⁴⁷⁷ Vid. TORRES MORALES, C., “La contratación administrativa y sus límites en relación con el derecho privado. Especial referencia a la idoneidad de los medios propios”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 12, Sección Organización, funcionamiento y régimen jurídico, diciembre 2018, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 13723/2018, p. 2.

⁴⁷⁸ Vid. ALMONACID LAMELAS, V., “Sociedades mercantiles municipales: regreso...”, *op.cit.*, p. 5.

⁴⁷⁹ Cfr. STS de 10 de octubre de 1989. F.J. Tercero y Séptimo. (RJ 1989/7352), en cuyo fundamento tercero se confirma la obligación de que “todas las actuaciones de los órganos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art. 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación.” En el fundamento séptimo se alude al principio de especialidad citado con motivo de la anulación de un acuerdo municipal creador de una sociedad de este carácter señalando que “Esta total indefinición de las concretas actividades o negocios que la Sociedad que se aprobaba fuera a desarrollar, conculcaba evidentemente el principio de la especialidad de las empresas públicas que exige determinar con rigor y precisión el objeto de la empresa pública y la actividad o negocio que ella deba desarrollar [...]”. En sentido análogo, revisese la Sentencia del TSJ de Cataluña 326/1997 de 22 de abril de 1997. F.D. Segundo y Tercero. (RJCA 1997/861).

Consejo y siempre en el marco de sus atribuciones competenciales; a este respecto, podemos considerar dichas instrucciones como vías de concreción del objeto social y de la finalidad primitiva que llevó a la entidad local a optar por la figura empresarial como la más idónea y rentable para la consecución de sus objetivos y que permitirán a la dirección llevar a cabo el cumplimiento de ese objeto a través de las políticas que consideren más adecuadas. Entre estos fines sociales, normalmente vagos e imprecisos, se prepone el interés público constituido como el que *ad radice* debe sustentar y orientar cualquier otro fin más específico del que la sociedad tenga que responder, debiendo atribuir a estos otros fines, por tanto, un protagonismo subordinado como hijuelas respecto del referido interés público⁴⁸⁰.

Estas instrucciones del artículo 161 LSC a las que nos referimos se enmarcan en el bloque de la gestión social denominada como extraordinaria, es decir, decisiones de estrategia empresarial cuya principal virtud es alumbrar el camino por donde debe discurrir el desarrollo del objeto social de la sociedad y dado que la Junta General es el órgano representante principal de los socios además de quien determina el objeto social a través de los correspondientes estatutos, puede concluirse que no existen obstáculos que impidan la impartición de una serie de instrucciones que garanticen y precisen el curso adecuado o la marcha societaria acertada en pos de ese interés público.

Este reconocimiento expreso recogido en la legislación mercantil viene a poner de manifiesto que no estamos, en el caso de las sociedades públicas, ante un privilegio administrativo sino que es una facultad atribuida a la Junta con independencia de la naturaleza del ente societario que, eso sí, va a conllevar una obediencia cuyo cumplimiento estará exento de responsabilidad para el órgano de administración encargado de llevarla a buen término siempre y cuando las instrucciones no puedan ser tachadas de ilegales⁴⁸¹.

Como vemos, es la Junta General la que tiene la responsabilidad de velar por el adecuado cumplimiento del objeto social de la sociedad local en sus múltiples manifestaciones, pues, si bien los administradores tendrán un poder de representación suficiente como para realizar actos de desarrollo y ejecución del objeto social tanto de manera directa como indirecta así como para optar por realizar bien algunas o bien todas las actividades que lo conformen sin necesidad de autorización previa por aquella Junta, esta libertad del administrador tendrá en todo momento como límite la alteración de dicho

⁴⁸⁰ Vid. ALONSO UREBA, A., “La Sociedad Mercantil de Capital como forma...”, *op.cit.*, pp. 187-189.

⁴⁸¹ Vid. NAVARRO FRÍAS, I., “Sociedades públicas: derecho mercantil “vs”. Derecho administrativo...”, *ob.cit.*, p. 16.

objeto⁴⁸² y la finalidad pública que se haya latente en cada una de las actividades individuales que son las que van a acreditar, en última instancia, el propósito de la creación societaria.

2. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN COMO ÓRGANO SUPERVISOR

Por todos es sabido que cualquier sociedad mercantil, constituida o no en nuestro país, no puede ignorar la necesidad básica de requerir, como persona jurídica que es, una administración que la gestione con independencia de su tamaño y naturaleza.

En efecto, toda sociedad precisa de una cierta gestión que le permita desarrollar su actividad y, particularmente a partir de ciertos niveles, va a demandar una serie de elementos u órganos de representación que le permita poder actuar en el tráfico jurídico con un suficiente margen de estabilidad y seguridad.

De acuerdo con lo previsto en el vigente ordenamiento jurídico español, la tarea de administrar las sociedades en general se podrá encomendar –según mandato legal- a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o conjunta, o bien, a un Consejo de Administración⁴⁸³.

En lo que hace a las sociedades públicas a nivel local, la normativa de régimen local vigente hace alusiones tanto directas (artículos 103.1 TRRL; 90 2º RSCL y 85 ter 3º LRBRL) como indirectas (artículo 104.3 TRRL) a la existencia de este órgano en la sociedad local circunscribiendo su actividad al logro de un fin último consistente en llevar a cumplido éxito la realización del objeto social reflejado en los estatutos aprobados.

Competencialmente, ya vimos con anterioridad como las facultades que se reservan al Consejo de Administración viene representadas por unas amplias potestades de dirección, gestión y ejecución en relación con los asuntos de la sociedad que vendrán determinadas tanto por los estatutos sociales como por la legislación mercantil (artículos 209 y 249 bis LSC), sin perjuicio de las reservas que se hayan realizado a favor de la Corporación como Junta General y el Gerente (artículo 94 RSCL).

En relación con el número y forma de designación de los miembros que conforman el Consejo de Administración apreciamos como la LRBRL remite la cuestión a la previsión

⁴⁸² Cfr. STS 117/2007, de 8 de febrero de 2007 (RJ 2007/959). F.D. Segundo.

⁴⁸³ Cfr. Art. 210.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedad de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LSC). No hay que olvidar, asimismo, que parte del Consejo de Administración es también su secretario que, a pesar de no ser objeto de nuestro estudio de forma particular, también tiene relevancia para el buen gobierno de la sociedad. En relación a esta figura, *vid.* ROJÍ BUQUERAS, J. M., “El secretario del Consejo de Administración: sus funciones y el buen gobierno de las sociedades no cotizadas”, *Diario La Ley*, Nº 9213, Sección Tribuna, Edit. Wolters Kluwer, 2018.

estatutaria que a este respecto se contemple *ex* artículo 85 ter 3º; no obstante, el RSCL añade contenido a esta previsión legal orientando en cierto modo la regulación estatutaria y, en este sentido, indica en su artículo 93.1 y 2 que los Consejeros serán nombrados libremente por la Junta General⁴⁸⁴ en un número (remite para ello al artículo 73 del mismo Reglamento) comprendido en una horquilla que no podrá exceder de cinco o nueve miembros según la población correspondiente del ente local interesado⁴⁸⁵.

Esa libertad de nombramiento no es absoluta, pues deben tenerse en cuenta las prohibiciones que, respecto del personal funcionario al servicio de la Administración pública fundadora, recoge el artículo 213.2 LSC⁴⁸⁶. No obstante, algún sector doctrinal considera que esta prohibición no resulta aplicable al ámbito local, pues el nombramiento deliberado por la Corporación de ciertos funcionarios en los Consejos de Administración debe apreciarse como un mecanismo extra de control sobre el funcionamiento de estos entes⁴⁸⁷.

En cualquier caso, hoy día debemos atender, a la hora de determinar el número máximo de miembros del Consejo de Administración, a la regulación limitativa que arroja la Disposición adicional duodécima de la LRBRL⁴⁸⁸, donde, en función de ciertas características tales como el volumen o cifra de negocio, el número de trabajadores, la necesidad de financiación pública o el volumen de inversión; el órgano plenario de la Corporación Local respectiva deberá clasificar en tres grupos las sociedades pertenecientes a su sector público local señalando el apartado 4º de la referida disposición adicional que: *“El número máximo de miembros del consejo de administración y órganos superiores de gobierno o administración de las citadas entidades no podrá exceder de: a) 15 miembros en las entidades del grupo 1; b) 12 miembros en las entidades del grupo 2; c) 9 miembros en las entidades del grupo 3.”*

⁴⁸⁴ No hay que olvidar que, en el caso de los municipios de gran población sujetos al Título X de la LRBRL, esa designación corresponderá a la Junta de Gobierno Local, tal y como señala el artículo 127.1 m) LRBRL, en su redacción dada por la LRSAL.

⁴⁸⁵ Horquilla que se asemeja a la que recomiendan algunos códigos de buen gobierno ya vistos en el Capítulo I de este trabajo como es el caso del principio 1.1.4 incluido en los Principios de Buen Gobierno Corporativo para empresas no cotizadas del ICA.

⁴⁸⁶ *Cfr.* Artículo 213.2 LSC: *“Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal”.*

⁴⁸⁷ *Vid.* BALLINA DÍAZ, D., *“Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...”*, *ob.cit.*, p. 101.

⁴⁸⁸ En su redacción proveniente de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).

Respecto a la duración en el cargo de los Consejeros, el citado artículo 93 RSCL prevé una limitación mínima y máxima por períodos que abarcan al menos dos años de ejercicio y un máximo de seis. Esta circunstancia hay que entenderla incardinada como una especialidad dentro de la regulación que actualmente rige para el resto de sociedades de capital en la LSC, donde el artículo 221 establece una duración diferenciada en función de la forma anónima o de responsabilidad limitada que se adopte por la empresa⁴⁸⁹.

Además, esta especialidad del régimen local que contempla la duración mínima y máxima en los cargos parece contradecir lo señalado en el artículo 223 LSC al tratar la cuestión del cese de los administradores, pues señala en su apartado primero que “*Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día*”. BROSETA ha asemejado estos actos de nombramiento y revocación de los administradores a verdaderos actos administrativos sometidos al Derecho público más que considerarlas actuaciones propias de en el ámbito del Derecho privado, lo que a su vez ha generado la confusión en torno a si la responsabilidad de estos administradores se debe ligar al interés de la sociedad o a los propios intereses públicos del ente local⁴⁹⁰.

Pues bien, además de convenir que en lo que se refiere a la duración en el cargo de los consejeros habremos de estar preferentemente a la norma legal especial representada por el artículo 85 ter 3º LRBRL y al rango legal del artículo 223 LSC, ambos frente a la norma reglamentaria en aplicación de los principios de especialidad y jerarquía normativa respectivamente; la utilidad de esta especialidad temporal pudiera encuadrarse en la ya primitiva intención del legislador de impulsar medidas dirigidas a establecer una garantía de despolitización sobre la gestión del administrador societario frente al socio único fundador de la sociedad pública⁴⁹¹, lo cual va en línea con las medidas de gobierno corporativo tendentes a lograr la independencia de los miembros del Consejo, que será objeto de análisis más adelante.

En cualquier caso, como acabamos de señalar, la autonomía proporcionada al ente local a este respecto por el artículo 85 ter 3º LRBRL nos remite a la previsión que sobre el

⁴⁸⁹ Así, señala este artículo 221 LSC que: “*1. Los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración. 2. Los administradores de la sociedad anónima ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos. Los administradores podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima.*”

⁴⁹⁰ Vid. BROSETA PONT, M., “Las empresas públicas en forma de...”, *op.cit.*, p. 9.

⁴⁹¹ Vid. ALONSO UREBA, A., “La Sociedad Mercantil de Capital como forma...”, *ob.cit.*, pp. 193-194.

particular hagan los estatutos sociales respectivos, siendo habitual en las sociedades locales el vincular el cargo de consejero al cargo público que se ocupe, estipulando que si el nombramiento lo fue en razón de dicho cargo, aquél cesará como consejero en el momento en que pierda su condición de representante público elegido.

Para finalizar el examen de la normativa reglamentaria, señalaremos que el antedicho artículo 93 RSCL, en su apartado 3º, limita a un tercio del mismo el número de miembros de la Corporación que podrán integrar dichos Consejos, y con una remisión en cuanto a incapacidades e incompatibilidades al Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF), siempre que, claro está, ostenten la condición de miembros de la corporación interesada. De nuevo, debemos señalar que esta limitación carece de eficacia práctica por cuanto la aplicación del artículo 85 ter 3º LRBRL habilita la posibilidad de establecer otro tipo de configuración y composición, no existiendo obstáculo alguno para que la totalidad del Consejo de Administración se encuentre integrado, como así ocurre en muchas sociedades locales, por miembros de la corporación en representación de las diferentes fuerzas políticas que componen el Pleno local.

Por otra parte, dada la naturaleza colegiada del Consejo de Administración, y, por tanto, dada la necesidad de una actuación conjunta por parte de sus miembros para llevar a cabo su cometido, su funcionamiento va a requerir necesariamente de una serie de determinaciones que deben quedar reflejadas en los estatutos sociales y que, una vez aprobados, no serán disponibles por parte de sus redactores más que mediante un proceso de modificación estatutaria; entre éstas determinaciones se encontraría el régimen de convocatorias, el quórum de constitución o las mayorías necesarias para adoptar los acuerdos. Esta realidad nos lleva a afirmar que al Consejo de Administración de la sociedad local le serían de aplicación ciertos principios rectores de funcionamiento; entre ellos pueden mencionarse el de colegialidad, el principio mayoritario y, por último, el principio de independencia e igualdad jurídica de los consejeros⁴⁹².

Ya pudimos ver como en el origen de las corrientes de gobierno corporativo que venían importadas de Norteamérica se produjo un cambio progresivo en la concepción del Consejo de Administración, pasando de ser una mera prolongación del equipo gestor de las compañías (donde se daban cita los individuos de la más íntima confianza de los gestores) a ser un

⁴⁹² Vid. VAREA MOSQUERA, L. y HERNANZ BODERO, J., “Gestión directa (IV): sociedad mercantil, cuyo capital social...”, *op.cit.*, p. 27.

consejo supervisor de la acción gerencial⁴⁹³. Esta cualidad supervisora del Consejo sobre la línea ejecutiva de la sociedad es propugnada como una de las medidas capitales a asumir desde un primer momento en España, donde los primeros textos de gobierno corporativo concluyen acerca de su importancia⁴⁹⁴.

De este modo, se hace patente tanto la ineficacia del Consejo para gestionar y administrar la sociedad con normalidad como que la Junta General deba asumir ese rol de control o vigilancia con garantías de efectividad. Se abogaba, por tanto, por el establecimiento de un sistema monista de administración con delegación de facultades frente al dualismo que representaba la confusión del Consejo con los gestores y la creación, *ex profeso*, de otro órgano supervisor separado⁴⁹⁵.

Atendiendo a la evolución señalada, quizá pudiéramos afirmar que el fenómeno local del Consejo de Administración se identifica más intensamente con la concepción monista, pues, si bien es cierto que la relación entre gestores y administradores podría catalogarse como de cercana y fluida -al menos desde un punto de vista teórico-, en ningún caso puede afirmarse que el equipo gerencial de la sociedad pública local pudiera ostentar grado alguno de supremacía o de jerarquía sobre los miembros del Consejo, pues su propia competencia suele derivar de las atribuciones que el Consejo no reserva para sí o que son delegadas por éste⁴⁹⁶.

Debemos tener en cuenta, además, que el hecho de hablar de una política específica de gobierno corporativo para la sociedad pública local implica poner en el blanco de nuestro análisis las diferentes medidas que a lo largo del proceso de su implantación (que ya vimos en el primer capítulo de este trabajo), resulten válidas o al menos, sean consideradas como propuestas para una modificación de *lege ferenda* del actual modelo.

Uno de los primeros tópicos que se cuestionan a este respecto es la mismísima estructura que presenta el Consejo de Administración actualmente, configurado como órgano directivo de gestión y ejecución. Como hemos visto, la composición de los Consejos de Administración de las sociedades locales viene por lo general establecida en sus estatutos sociales de un modo tal, que formarán parte de los mismos los propios representantes locales

⁴⁹³ Vid. PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., “El gobierno corporativo en España”, *op.cit.*, p. 1.

⁴⁹⁴ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno corporativo como instrumento...”, *ob.cit.*, p. 8. También Informe Olivencia (II. 1.1)

⁴⁹⁵ Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, p. 4.

⁴⁹⁶ Reparto competencial que, como venimos diciendo, será establecido en los respectivos estatutos sociales de la sociedad pública de que se trate.

o personas de su estrecha confianza y que, como consecuencia de ello, en no pocas ocasiones ejercen sus competencias de una manera en cierto modo diletante poniendo de manifiesto la falta de capacitación o de preparación especializada sobre el cometido social. Ahora bien, es justo reiterar, como dijimos más arriba al hablar de la Junta General, que esta situación no siempre es achacable a los escogidos para dicho cargo en la medida en que es el propio sistema el que suele derivar en la réplica de la “designación política” que viene copando el nombramiento de los representantes en los órganos de gobierno locales.

A todo ello se le adiciona la circunstancia, cuando la configuración estatutaria así lo contemple, de la coincidencia física que implica para los representantes públicos el pertenecer simultáneamente al órgano de administración y a la Junta General de accionistas (normalmente accionista único) que queda representado por el órgano de gobierno plenario del ente local, al menos en las sociedades públicas locales que a nuestra investigación interesan.

Pues bien, ahondando en ese cuestionamiento de la estructura del Consejo de Administración, existen ciertas medidas de gobierno corporativo que han recogido, para comenzar, la posibilidad de establecer un Consejo asesor adjunto al de administración. Conviene no confundir la existencia de este Consejo asesor con las denominadas comisiones ejecutivas o consejeros delegados que prevé el artículo 249.1 LSC en los cuales se delegan por el Consejo facultades de administración. Hablamos, por el contrario, de un Consejo integrado por personas ajenas al capital y a la gestión de la empresa inicialmente concebido para aquellas sociedades de tamaño medio que se encuentren en tránsito de formar un Consejo de Administración propiamente dicho y cuyo cometido sería el de realizar funciones de apoyo y asesoramiento, en una suerte de *amicus curiae*, para la toma de decisiones en la gestión⁴⁹⁷.

Se nos plantean dos preguntas iniciales: ¿en qué grado resultaría aplicable esta medida a la sociedad pública local?, y lo que resulta más interesante, ¿qué habría de beneficioso en su impulso?

Respecto a la primera cuestión, debe recordarse que el sector público local se encuentra sumido desde la publicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local en un contexto de sostenibilidad de las finanzas públicas y de reorganización, reordenación y reestructuración (cuando no de reducción) de las

⁴⁹⁷ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”, *op.cit.*, pp. 42-43.

estructuras del sector público instrumental local⁴⁹⁸, donde se les exige a las entidades locales motivar debidamente en base a criterios de eficacia, eficiencia y economía el ejercicio de su potestad de autoorganización de cara a la elección de la forma de gestionar los servicios públicos de su competencia o para el desarrollo del ejercicio de actividades económicas⁴⁹⁹.

Teniendo en cuenta este escenario, el hecho de promover un incremento del complejo orgánico interno de los entes instrumentales que aquí consideramos mediante la introducción de un nuevo órgano merecería a priori un reproche de carácter restrictivo por su mero planteamiento. Partiendo de esta premisa inicial de austeridad originaria, convendría a continuación contemplar los efectos que una medida de tal calado produciría desde el punto de vista económico-financiero y presupuestario, calibrando la repercusión que en el erario público pudiera producir y su posible impacto positivo en la rentabilidad, eficacia o eficiencia de la sociedad de que se trate.

Por otro lado, hay que pensar en el personal que desempeñaría tal función asesora. Descartados desde el inicio los funcionarios públicos por la propia normativa estatal y local⁵⁰⁰, dado que empresas o sociedades públicas no pueden ejercer funciones de autoridad⁵⁰¹, es decir, imponer decisiones basadas en el ejercicio de potestades administrativas, entraríamos en la órbita del personal que se rige por el Derecho laboral.

La contratación laboral de personal en el ámbito de la sociedad local se ha caracterizado fundamentalmente por su falta de sistemática y claridad; la aplicación del Derecho laboral se ha visto desplazada en numerosas ocasiones por normas públicas en su intento de mantener cierto grado de control sobre este personal⁵⁰². En cualquier caso y a los efectos que a nosotros nos incumbe, la selección del personal destinado a constituir el Consejo asesor que asista al órgano de administración deberá materializarse en un procedimiento que garantice los principios de publicidad, transparencia, imparcialidad, adecuación entre los contenidos de los procesos selectivos y las funciones de asesoramiento a desarrollar o agilidad, entre otros,

⁴⁹⁸ Cfr. Disposición adicional novena de la LRBRL denominada “*Redimensionamiento del sector público local*” en la redacción aprobada por la LRSAL.

⁴⁹⁹ Vid. MONTROYA MARTÍN, E., “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista General del Derecho Administrativo*, N° 36, Iustel, 2014.

⁵⁰⁰ Cfr. Artículo 85.2 LRBRL, artículo 9 EBEP, artículo 95.1 TRRL y artículo 43.1 RSCL.

⁵⁰¹ Vid. BALLINA DÍAZ, D., “*Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...*”, *ob.cit.*, p. 229, donde pone de manifiesto que esta ausencia de personal funcionario en la sociedad pública dificulta la aplicación material de normas de carácter público que garanticen la objetividad, imparcialidad e independencia en el actuar de la sociedad pública, cuestiones consideradas esenciales y que con una relación meramente laboral quedan ciertamente mermadas.

⁵⁰² *Ibid.* pp. 229-240.

principios calificados como rectores para el acceso a cualquier empleo público por el texto refundido de la Ley del EBEP⁵⁰³.

Entendemos que este mínimo encorsetamiento a la normativa pública no debe suponer un obstáculo para que la elección que se implemente esté orientada hacia la profesionalización e idoneidad deliberadamente buscada con el objeto de alcanzar, a la postre, la eficacia de un órgano que tiene por actividad principal la de asesorar y apoyar la toma de decisiones relevantes de gestión.

Respecto a la segunda cuestión planteada, esto es, los beneficios que un órgano de apoyo pudiera aportar al desarrollo eficaz de la gestión ordinaria del Consejo de Administración en la sociedad local debemos afirmar que, a todas luces, parece obvio que la condición de administrador social viene acompañada de una serie de competencias de gestión y dirección que permiten un amplio margen para el desarrollo de su labor; sin embargo, ese estatus conlleva igualmente una carga de responsabilidad tan importante que hasta ha requerido un capítulo completo en la legislación societaria para su regulación adecuada⁵⁰⁴.

Esta realidad bifronte de la cualidad administradora en el seno de la sociedad condiciona inevitablemente la perspectiva del sujeto administrador y carga subjetivamente – aún de forma inconsciente- el criterio decisorio. En este sentido, la aportación externa de unos sujetos de reconocida competencia y cuya implicación en el resultado social de la empresa no vaya más lejos de cumplir de forma satisfactoria su desempeño profesional, permitirá obtener a la sociedad local que los contemple los beneficios que aporta una experiencia profesional y estratégica en el sector empresarial; herramientas de negociación; acceso a contactos de sus miembros; especialización sectorial en función del objeto social considerado, fomento del *networking* o desarrollo de las relaciones empresariales y la utilización de técnicas innovadoras de labor comercial que acrecienten la eficiencia en la gestión, entre otras utilidades.

Por otro lado, siguiendo la línea mantenida por HIERRO ANIBARRO en lo que a la aplicación de medidas de gobierno corporativo de las sociedades no cotizadas respecta, cabe valorar la traslación a la sociedad pública local de la posibilidad de prever una regulación específica para el Consejo de Administración⁵⁰⁵ donde se incluya el sometimiento de su

⁵⁰³ Cfr. Artículo 55 EBEP.

⁵⁰⁴ Cfr. Capítulo V del Título VI de la LSC (artículos 236 y ss.).

⁵⁰⁵ De hecho, actualmente, el carácter obligatorio del reglamento del Consejo de administración aparece determinado legalmente para las sociedades cotizadas en el artículo 528 LSC, asumiendo y actualizando el contenido del derogado artículo 115.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Esta medida

actividad a evaluaciones de carácter periódico, como así propugnan por ejemplo los ya mencionados textos del Código de Buenas Prácticas del EcoDa o el Código Buysse II⁵⁰⁶.

Desde un punto de vista económico-financiero, entendemos que la actividad del Consejo de Administración de una sociedad perteneciente a la Administración Local resulta ya actualmente ampliamente fiscalizada por los medios que arroja el ordenamiento jurídico vigente. Así, a la obligación inicial de formular las cuentas, el informe de gestión, la aplicación del resultado⁵⁰⁷, etc., se le debe unir la posterior auditoría de dichos documentos, que vendrá practicada bien por un auditor externo (en el caso de no estar exceptuados de esta obligación *ex* artículo 263.2 LSC) o bien por el órgano interventor de la Entidad Local correspondiente de acuerdo con la normativa aplicable⁵⁰⁸, que en cualquier caso realizará un control financiero de su actividad. Por tanto, en este ámbito, creemos ya suficientemente cubierta la supervisión de la gestión.

Desde un punto de vista más estratégico, el cumplimiento constante o al menos la proyección de las políticas societarias dirigidas a la satisfacción del objeto social consignado en los estatutos debe regir tanto el comportamiento de los administradores como la propia composición y funcionamiento del Consejo de Administración. De este modo, la verificación o evaluación que se plantea adquiere en este campo cierta cabida en el sentido de poder incluir, al menos estatutariamente⁵⁰⁹, prescripciones dirigidas a censurar ciertas conductas antisociales, de bloqueo en la gestión o con la clara intencionalidad de producir un perjuicio gravemente dañoso para el fin social. No creemos excesivamente productivo en las sociedades locales, que por lo general suelen presentar un tamaño medio, el hecho de adicionar más regulación y, por ende, más burocracia a un ente que precisamente se contempla como un medio para cumplir con los servicios y competencias locales de una forma más dinámica y eficaz mediante la liberación –en parte- de la estricta rigidez de la

venía a materializar las recomendaciones y propuestas que, desde el Código Olivencia, venían apuntando a la reforma de la estructura del Consejo de administración (creando comisiones de auditoría, de cumplimiento, de nombramientos, etc.) por lo que se hacía necesario un texto regulador con este carácter específico. En relación con esta cuestión, véase GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, p. 6. De igual modo, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., “El reglamento del Consejo”, *Diario La Ley*, Nº 6348, Sección Doctrina, Edit. LA LEY, 2005, LA LEY 5023/2005.

⁵⁰⁶ *Vid.* HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”, *op.cit.*, p. 43.

⁵⁰⁷ *Cfr.* Artículo 253 LSC.

⁵⁰⁸ Consúltese a este respecto lo previsto en el artículo 213 del texto refundido de la ley reguladora de las haciendas locales (RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), el artículo 29.3 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico de control interno en las entidades del Sector Público y la Consulta resuelta por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de fecha 29 de septiembre de 2017.

⁵⁰⁹ Que, como sabemos, exige la regulación de las cuestiones previstas en el artículo 23 LSC, pero sin establecer en el mismo un *numerus clausus* de las materias que puedan ser reguladas por el ente fundador.

normativa pública. Serían, por tanto, los estatutos sociales el instrumento oportuno para recoger esas recomendaciones en el sentido señalado.

La función principal de supervisión que se atribuye al Consejo y que se incluye en el título de este apartado también ha sido objeto de las recomendaciones provenientes del gobierno corporativo que han recalado en nuestro país. Cuando se habla de supervisión en verdad se está hablando del diseño de una estrategia de acción (la denominada planificación estratégica corporativa) donde se precisen los objetivos de la sociedad, se valoren los nombramientos directivos, se aprueben o denieguen inversiones, se realicen evaluaciones del desempeño y, a resultas, tenga lugar una supervisión material y efectiva basada en el seguimiento de la labor ejecutiva⁵¹⁰.

La experiencia nos dice que esta labor activa del Consejo de Administración para desempeñar su actividad supervisora en el marco de la sociedad pública local no suele pasar más allá de la labor previa de información y el conocimiento *in situ* durante las sesiones que se celebren de aquellos pormenores y cuestiones fundamentales que caracterizan los asuntos que se encarga de desarrollar el ala ejecutiva de la empresa. La idiosincrasia del colectivo local reunido en Consejo de Administración implica ser conscientes de que el sector público dependiente de un ente local de tamaño medio que opte por dotarse de sociedades de capital público para el desarrollo de sus servicios o actividades económicas no puede seguir el camino actual de la recurrente personación directa del cargo público en dichos órganos de administración, pues la multiplicidad de empresas, la falta de dedicación exclusiva a este sector y, no pocas veces, la falta de experiencia en la gestión empresarial desembocan en un déficit de eficacia del que se resienten muchos de estos entes y que, a la postre, se pone de manifiesto cuando los números muestran su escasa rentabilidad.

Esta situación de carencia tanto en lo referente a la profesionalización de los miembros del Consejo de Administración como en la posibilidad material de desarrollar activamente las labores que tal puesto demanda cabe ser compensada con el auxilio externo que puede ser proporcionado por personal cualificado. Ya vimos un poco más arriba las virtudes que para la sociedad local supondría disponer de un Consejo asesor que auxilie al órgano de administración. El apoyo que ofrece este tipo de órganos basado en un asesoramiento objetivo y libre de presiones, permitiría adoptar decisiones meditadas y más acertadas en materias generalmente reconocidas como especialmente sensibles (nombramientos, rendición de cuentas, retribuciones).

⁵¹⁰ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”, *op.cit.*, pp. 44, 52-53.

Aspecto conexo a la facultad supervisora del Consejo es, asimismo, la necesidad de mantener una adecuada política de control y supervisión de riesgos de toda índole que potencialmente pudieran afectar a la estabilidad empresarial. El gobierno corporativo también ha dedicado medidas dirigidas a su implantación gradual, especialmente en aquellas empresas más vulnerables a los vaivenes del mercado financiero⁵¹¹. En el espacio particular de las sociedades locales, la palmaria calma presupuestaria que ha venido caracterizando a este tipo de entes fruto del respaldo financiero que supone tener detrás al ente matriz cuando pudieran venir mal dadas, no implica que exista una ausencia total y absoluta de amenazas o de exposición a factores de tipo operativo o estructural que desestabilicen el buen hacer de la empresa. Es por ello que se valora positivamente un ejercicio efectivo de esta competencia también en el Consejo de la sociedad local, donde la comparativa con el sector privado nos informa acerca de cómo articularlo de manera que resulte plenamente eficaz y de donde se desprende que este desarrollo no termina solo en el estudio previo a la actividad empresarial, sino que se trata de una facultad de ejercicio continuado y concomitante con el ejercicio ordinario de la actividad empresarial.

Podemos señalar también, para finalizar, que algunas medidas de gobierno corporativo han previsto la existencia de comisiones específicas *ratione materiae* dentro del Consejo⁵¹². A este respecto, creemos que este tipo de propuestas tampoco resultarían viables o útiles para los entes societarios locales por su propia dimensión y por la habitual falta de recursos que presentan. En definitiva, como hemos dicho, la raíz de la cuestión debe centrarse en la capacitación de los miembros del Consejo de Administración y es ahí, donde una adecuada política de nombramientos juega un papel muy relevante.

3. LOS ADMINISTRADORES

3.1 Naturaleza del administrador local

A la hora de hablar de aquellos miembros que tienen encomendada la labor de administrar la sociedad pública local, adquiere relevancia detenerse un momento en tratar de perfilar su naturaleza no solo desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica sino también desde una perspectiva más práctica que permita jugar con la funcionalidad característica de los criterios y principios del gobierno corporativo.

⁵¹¹ *Ibid.* pp. 53-54.

⁵¹² *Cfr.* Recomendaciones 39-53 del CUBG.

Respecto a su número y forma de designación, ya pudimos ver en el apartado anterior cómo se van articulando ambas cuestiones en función del ente que estuviéramos contemplando.

Nos interesa más en este momento ahondar en la determinación de su naturaleza jurídica como esencia y estructura⁵¹³ de la composición del órgano de administración societario.

La definición inicial que de administrador hace la Real Academia de la Lengua Española es la de aquella persona que administra bienes ajenos. Jurídicamente, el administrador puede vislumbrarse tanto como gestor de negocios ajenos a su patrimonio personal o bien como órgano de gestión de la empresa o persona jurídica, lo cual implica que dicho administrador podrá ser tanto una persona física como jurídica. En el concreto ámbito de las sociedades mercantiles, aparece el administrador como el órgano de existencia necesaria que mediante la gestión y representación de la sociedad administra la persona jurídica. A esa necesidad de presencia se debe unir la perdurabilidad y permanencia en el desempeño de sus funciones pues ejerce una de las funciones más importantes de la sociedad desde el momento en que debe ejecutar los acuerdos adoptados por la Junta General, adoptando así las decisiones que resultan necesarias para el funcionamiento correcto de la sociedad⁵¹⁴.

En el caso del administrador de la sociedad pública local, la cualidad pública o privada de la persona no va a resultar determinante de cara al proceso de nombramiento de los representantes miembros del Consejo de Administración⁵¹⁵, sino que conforme se encuentra establecido legalmente, los mismos se deben realizar de acuerdo con lo que determinen los estatutos sociales y respetando la clasificación que del ente haga la Administración Local respectiva (artículo 85 ter 3º y D.A. 12ª LRBRL), y ello además, sin que exista una restricción máxima ni tampoco una obligación de presencia mínima respecto del número de miembros de la corporación local que puedan integrar el órgano de administración de la sociedad, siendo

⁵¹³ Vid. LOIS ESTÉVEZ, J., “Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica”, *Anuario de filosofía del derecho*, N° 4, 1956, pp. 159-182. La categorización de la naturaleza jurídica como esencia y como estructura o categoría constituyen dos de las cuatro grandes actitudes fundamentales que han servido tradicionalmente para definirla y que fueron defendidas en su mayoría por las Escuelas medievales y modernas de la Ciencia jurídica.

⁵¹⁴ GUÍAS JURÍDICAS, “*Administrador de sociedad mercantil*”, La ley digital, Wolters Kluwer. https://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDUwMztlUouLM_DzbsMz01LySVLXEplOL8nNKS1NCiTNUqotJUAA4IyZwxAAAAWKE (Consultado: 17/06/2019).

⁵¹⁵ Dejando siempre a salvo las prohibiciones, ya mencionadas, que contempla la normativa de sociedades en su artículo 213 LSC, especialmente en lo que hace a los funcionarios al servicio de la Administración pública considerada.

por tanto, innecesario trasladar la proporcionalidad representativa local presente en los órganos administrativos del ente fundador a la sociedad de que se trate. Tal y como afirma MARTÍN GONZÁLEZ “[...] en modo alguno cabe aplicarle a la sociedad mercantil un régimen, en cuanto a la composición del Consejo de Administración, que está expresamente contemplado para unos órganos administrativos y públicos (las Comisiones Informativas) [...].” “En definitiva, no hay en las sociedades mercantiles públicas personificación pública y no gozan, por tanto, del carácter de Administración Pública [...]”⁵¹⁶.

Esta cuestión a la que se acaba de hacer mención se encuentra íntimamente relacionada con la naturaleza de los administradores locales en el sentido de poder determinar la categoría jurídica de ese administrador, ya se encuentre compuesto por miembros que ostenten un cargo público o no.

De este modo, cabe hacerse la siguiente pregunta partiendo de la especial importancia que desde el buen gobierno corporativo se le da a la clasificación de los consejeros, en concreto de las sociedades cotizadas: ¿Podría, a modo de ejemplo, equiparar a un concejal miembro de un Consejo de Administración a los denominados consejeros dominicales⁵¹⁷ en el sentido que expresa actualmente el artículo 529 duodécimo LSC, es decir, como accionista significativo o, incluso, como representante de ese accionista significativo (el Ayuntamiento)? La contestación a este tipo de cuestiones viene ya resuelta desde hace largo tiempo por la jurisprudencia patria.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 5 de diciembre de 1990⁵¹⁸, ya dejó claro que los concejales no son accionistas pues el carácter de socio es atribuido en exclusiva a favor de la Corporación Local y no de los Concejales que la integran. Esta doctrina fue igualmente recogida y desarrollada por otros órganos jurisdiccionales con posterioridad; este fue el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 18 de julio de 1997 que señalaba textualmente: “[...] no existe la identidad de razón que es preciso para aplicar a la composición del Consejo de Administración de una sociedad mercantil de capital público municipal la proporcionalidad política del Pleno, y ello porque no cabe asimilar a una sociedad mercantil, aunque sea de capital exclusivamente público y constituida para la

⁵¹⁶ Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, J. T., “La gestión directa de servicios por empresas de capital enteramente público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 21, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 noviembre 2005, Ref. 3493/2005, pág. 3493, tomo 3, Edit. El Consultor de los Ayuntamientos, LA LEY 10633/2005, p. 12.

⁵¹⁷ Desde el Código Olivencia en una de sus recomendaciones hasta su actual redacción legal, la figura del consejero dominical como accionista significativo ha sido destacada como una de las categorías de necesaria distinción en el seno del Consejo de administración.

⁵¹⁸ Cfr. STS de 5 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9895).

*gestión de un servicio público, a los órganos administrativos que componen el Ayuntamiento, ni desde luego cabe equiparar a los Concejales a los accionistas de una sociedad, y ello aunque aquellos formen parte de la Junta General como miembros de la Corporación, pues en las sociedades públicas municipales el accionista es la entidad local correspondiente y no los concejales”*⁵¹⁹.

De acuerdo con esto, ¿cuál es el papel real que desempeñan los administradores en las sociedades públicas locales? Pues bien, dado el amplio catálogo subjetivo para el desempeño de este cargo que el ordenamiento jurídico proporciona actualmente, la respuesta habría que reconducirla más que hacia la naturaleza jurídica del sujeto examinado hacia los actos que se realicen durante la vigencia del nombramiento, ya que ese sujeto o, mejor dicho, la razón de su nombramiento puede que tenga un origen electivo (como representante público), o bien no tenerlo; podrá basarse con total normalidad en razones objetivas o no o incluso -y no es infrecuente- podrá ser un nombramiento puramente discrecional por parte del órgano competente para la designación.

A estos efectos, entendemos que la figura del administrador en la sociedad pública local debe catalogarse como un sujeto parte de un órgano colegiado de necesaria existencia en el caso de las sociedades públicas locales (donde se exige la constitución de un Consejo de Administración), que no ostenta una naturaleza política ni administrativa, sino que ejerce concretamente y desde el momento de su nombramiento de acuerdo con las normas legales⁵²⁰ un puesto de carácter orgánico y funcional⁵²¹ con capacidad de decisión y administración siendo responsable de sus actos; esto último con independencia de que dichos actos puedan, finalmente, ser imputados a la Administración pública que lo designó⁵²².

⁵¹⁹ Cfr. Sentencia Nº 485/1997, de 18 de julio de 1997, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (RJCA 1997/1579).

⁵²⁰ Momento desde el cual se entabla una doble relación con la empresa: una relación contractual como “contrato específico de administración” de carácter bilateral y una relación orgánica, como miembro del Consejo de Administración. Cfr. Sentencia de la AP de las Islas Baleares 543/2012 de 27 de diciembre de 2013. Rec. 439/2012 (JUR 2013/40984).

⁵²¹ Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Posición orgánica, contrato de administración y mandato colectivo”, *Almacén de Derecho*, Derecho Mercantil, Lecciones, 2018.
<https://almacendederecho.org/los-administradores-sociales-introduccion/> (Consultado: 15/09/2019).

⁵²² Vid. SÁNCHEZ LERMA, G. A., “Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas”, *Auditoría Pública*, Nº 64, 2014, p. 105. Compruébese además como a nivel estatal esta responsabilidad objetiva de la Administración por hechos realizados por los empleados públicos que hayan sido designados por la AGE como miembros de los consejos de administración de las sociedades mercantiles estatales tiene su respaldo legal en el artículo 115 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En definitiva, será la cuestión del nombramiento y de la posible imputación de responsabilidad al ente público⁵²³ lo único que dista al administrador de la sociedad pública de cualquier otro tipo de administrador, por lo que su cometido dentro del Consejo de Administración acogerá todos los derechos y obligaciones previstos por la normativa aplicable a este respecto.

No obstante lo cual y a colación de lo expuesto, no es superfluo recordar en este momento lo que, en este contexto, señala la OCDE en sus Directrices sobre el gobierno corporativo de las Empresas Públicas (2015), cuando, en relación con las responsabilidades de los Consejos de administración de estas sociedades indica que *“debe atribuirse a los representantes públicos que han sido designados para ocupar un cargo en el Consejo las mismas responsabilidades jurídicas que a los otros consejeros. Así, por ejemplo, no debe eximirseles, ni de iure ni de facto, de su responsabilidad individual”*⁵²⁴.

3.2 La exigibilidad de su profesionalización.

Tal y como proponía el EcoDa en *“Orientaciones y principios de gobierno corporativo para empresas no cotizadas en Europa”*, la adaptación a las medidas que desde el gobierno corporativo se trata de implementar al conjunto de las sociedades tiene que ver más con una asunción progresiva y general de sus principios básicos que con una mera imposición normativa.

En una primera etapa, se indican como recomendaciones iniciales una serie de cambios en los órganos de administración, siendo la principal la profesionalización de la gestión⁵²⁵.

Genéricamente, cuando hablamos de profesionalización en el desarrollo de una actividad determinada, estamos englobando una serie de conceptos que, ordinariamente, se van a encontrar relacionados con un conjunto de factores como: la identidad que una persona tiene en relación con su trabajo; la posesión de una serie de competencias profesionales que habilitan a un desempeño efectivo; con el cumplimiento de unos determinados requisitos de acceso; con una formación asociada de carácter paralelo al ejercicio de la actividad; con unas expectativas de progresión y desarrollo profesional y, finalmente, con el sometimiento a

⁵²³ Pudiendo el ente público repetir posteriormente contra el causante directo del perjuicio.

⁵²⁴ Cfr. Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las Empresas Públicas. 2015. Notas al capítulo VII. pp. 81-82.

⁵²⁵ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, *“Gobierno corporativo en...”*, *ob.cit.*, p. 404.

procesos de evaluación de ese desempeño profesional como sistema de valoración de la eficacia⁵²⁶.

Son muchos, por tanto, los factores que pueden condicionar el hecho de llevar a cabo una actividad con garantías de profesionalidad. En el caso de los componentes del Consejo de Administración de las sociedades públicas de carácter local, estas características mencionadas pueden no haber sido tenidas en cuenta para determinar la idoneidad del nombramiento. Analizamos a continuación algunos de estos factores que resultan destacables y que inciden directamente en la consecución de esa profesionalidad pretendida.

En primer lugar, una cuestión indiscutiblemente ligada a la profesionalización y dignidad en el ejercicio de cualquier desempeño laboral, ya sea público o privado, es la materia de la retribución o remuneración a recibir por prestar esos servicios. No hay duda de que una adecuada incentivación (no necesariamente siempre de carácter económico) servirá de acicate o estímulo para mantener una mejor predisposición e interés ante la tarea a realizar.

Ciñéndonos al ámbito mercantil y en relación con la administración de las sociedades, señala el artículo 217.1 LSC que *“El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.”* A este primer inciso le siguen tres apartados más en los que se detallan las condiciones que debe reunir ese sistema de remuneración que acabamos de mencionar. A mayor abundamiento, los artículos subsiguientes (artículos 218 y 219 LSC) se dedican a contemplar diversas maneras de establecer los sistemas de remuneración de los administradores, ya sea mediante la participación en beneficios o mediante una remuneración vinculada a las acciones de la sociedad de uno u otro modo.

De la lectura de estos preceptos colegimos que la cláusula estatutaria destinada a regular esta materia deberá ser lo suficientemente precisa para dejar meridianamente claros aspectos clave como lo son el carácter retribuido o no del cargo, quiénes tienen derecho a percibirlo y por qué conceptos se puede obtener. Esta necesidad de concreción es lo que en la doctrina registral y mercantil se ha venido denominando como la “reserva estatutaria” o “determinación estatutaria” del sistema de retribución de los administradores sociales⁵²⁷.

⁵²⁶ Vid. PARÍS MAÑAS, G., TEJADA FERNÁNDEZ, J. y COIDURAS RODRÍGUEZ, J., “La profesionalización de los profesionales de la formación para el empleo en constante (in)definición en Europa”, *Revista de currículum y formación del profesorado*, Vol. 18, N° 2, mayo-agosto 2014, p. 270. <http://www.ugr.es/local/recfpro/rev182COL7.pdf> (Consultado: 28/02/2019).

⁵²⁷ Interesantísima sentencia a este respecto es la constituida por la STS 98/2018 de 26 de febrero de 2018. Rec. 3574/2017 (RJ 2018/635); en donde precisamente se pone en tela de juicio la posibilidad de dejar abierto en los

En el marco de la sociedad pública local, la necesidad de que las sociedades que se constituyan determinen, de un modo similar al expuesto, el sistema retributivo con el que remunerar a los Consejeros (en el caso de existir tal sistema), demanda el mismo nivel de precisión y rigor definitorio, si cabe más aún, precisamente por su carácter de entidad dependiente del sector público local.

En este punto resulta importante mencionar, en lo que tiene que ver con la retribución de los Consejeros de las sociedades locales, las incompatibilidades que les afectan en la medida en que éstos sean miembros de la Corporación, cosa por otro lado, que resulta bastante habitual. En correspondencia con esto vemos como la legislación básica de régimen local hace una alusión específica a este tipo de percepciones retributivas en el artículo 75.1 párrafo 2º LRBRL; dice este artículo que *“Los miembros de las Corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.*

En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.”

El resto de apartados de este artículo 75 hacen mención a aquellos supuestos en los que los miembros de la Corporación no desempeñen sus cargos en régimen de dedicación exclusiva, previendo percepciones en forma de asistencias o indemnizaciones por concurrencia a sesiones de los órganos colegiados o bien por el desarrollo de otro tipo de responsabilidades. En cualquier caso, se debe entender que estas remuneraciones a las que hacemos alusión deberán hacerse efectivas por el ente público del que se forme parte y no por la sociedad en la que se ostente algún cargo con derecho a retribución dada la autonomía concedida al ente local a este respecto, manteniéndose así la incompatibilidad analizada en el

estatutos a un futuro acuerdo del Consejo de Administración el hecho de fijar singulares retribuciones para los Consejeros Ejecutivos a raíz de la nueva redacción dada a los artículos 217, 218 y 219 LSC con motivo de la reforma introducida en la misma por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, posibilidad que, en última instancia, es rechazada por el Tribunal Supremo.

apartado primero de ese artículo 75 LRBRL para obtener dos tipos de percepciones simultáneas con cargos a los presupuestos públicos⁵²⁸.

En segundo lugar, una vez visto el tema de la incentivación mediante la retribución, procede examinar cómo quedan configuradas otras cuestiones que, como se dijo, inciden directamente en la profesionalización de los Consejeros locales y el por qué resulta exigible. En este sentido, si partimos de lo previsto en el artículo 93.1 del RSCL vemos como según lo ahí expresado “*Los Consejeros serán designados libremente por la Junta general entre personas especialmente capacitadas [...].*” Esta exigencia de especial capacitación no viene a ser más que uno de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados existentes en nuestro ordenamiento jurídico que, como señala MARTÍN GONZÁLEZ, solo pueden ser determinados y concretados a posteriori a través de un acto volitivo del órgano al que incumbe dicha labor y al cual la norma en cuestión otorga, de manera concreta y deliberada, ese poder discrecional⁵²⁹.

En nuestro supuesto, se aprecia como la norma atribuye esa potestad de calificar la especial idoneidad o capacitación de los Consejeros a la Junta General. Como decimos, la discrecionalidad otorgada a la Junta en estos casos viene limitada efectivamente por el concepto jurídico indeterminado de la especial capacitación, la cual deberá ser acreditada de manera suficiente para que pueda servir de base al acuerdo de nombramiento y cumpla además, con la finalidad pública que busca la norma con dicha exigencia, evitando posibles supuestos de desviación de poder ejerciendo potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

Sobre lo que debe entenderse concretamente por “*personas especialmente capacitadas*” en el ámbito en el que nos estamos desarrollando, resulta palpable que se trata de una cuestión difícilmente especificable a priori⁵³⁰. En cualquier caso, sí debe dejarse patente que la actuación que desarrolle la Junta General en el nombramiento de los Consejeros en orden a garantizar suficientemente su competencia para el puesto deberá

⁵²⁸ Conc. Apartado 1º del Capítulo VI “*Sistemas de remuneración de los administradores sociales*”.

⁵²⁹ Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, M., “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, N° 54, 1967, pp. 252-255.

⁵³⁰ Existen algunos ejemplos en la legislación autonómica donde esta exigencia de especial preparación ha sido incluida en el perfil de la persona que debe formar parte de los órganos correspondiente. Así, por ejemplo, el artículo 288.5 (Representación) del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales (Cataluña), donde las designaciones tanto de Junta como de Consejo deberán recaer sobre personas profesionalmente cualificadas; o también como lo previsto en el artículo 307.5 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, donde, en este caso para la junta General, se exigirá del mismo modo una cualificación profesional destacada.

realizarse en el marco de un juicio de oportunidad, utilizando cualesquiera consideraciones, siempre que se acredite que las mismas se encuentren en la órbita de los hábitos de la buena administración, la responsabilidad, la vocación de servicio público y demás elementos que, ahora especialmente con las nuevas corrientes de gobierno corporativo, deben ser exigibles para el desempeño de un cargo en el sector empresarial público⁵³¹. Un papel relevante a este respecto lo desarrolla hoy día el Instituto de Consejeros-Administradores (IC-A) que engloba entre sus objetivos y propósitos *“El desarrollo profesional, actualización y formación de Consejeros, Administradores, Altos Directivos y demás actores del Gobierno Corporativo, conforme a modelos consolidados, de forma que se facilite la profesionalización de su función”*⁵³², asociación que puede servirnos de referente en lo que hace a la aprehensión de las mejores prácticas trasladables al ámbito público local.

3.3 El administrador de hecho

Dentro de la materia que nos ocupa, convendría hacer una breve reseña sobre el concepto de administrador de hecho, figura tradicionalmente objeto de anomia en nuestro derecho positivo y que fue objeto de una construcción jurisprudencial evolutiva⁵³³ hasta su primer reconocimiento expreso en el año 2003 por mor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Actualmente, la figura del administrador de hecho se halla recogida en el artículo 236.3 de la vigente LSC⁵³⁴. Según la jurisprudencia más reciente, la condición de administrador de hecho requiere un elemento negativo (no ser formalmente administrador) y la conjunción de tres caracteres, a saber:

- i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad;
- ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y

⁵³¹ Cfr. STS de 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4781).

⁵³² Misión y objetivos del IC-A, impulsor del Buen Gobierno.

<http://iconsejeros.com/quienes-somos/mision-y-objetivos> (Consultado: 15/09/2019).

⁵³³ Cfr. Por todas la STS 721/2012, de 4 de diciembre (RJ 2013/2405).

⁵³⁴ Según el cual: *“La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”*.

iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad⁵³⁵.

Esta caracterización de la figura del administrador de hecho nos hace preguntarnos si cabría su existencia o asimilación en el ámbito societario local. La cuestión no va a tener más trascendencia que una exclusiva delimitación teórica y doctrinal pues ante la dificultad de procurar una correspondencia entre la actividad administrativa y los resultados de las decisiones empresariales que encajen con cada uno de los presupuestos de hecho exigidos acumulativamente por los tribunales, lo fundamental va a residir en constatar la existencia de una auténtica intromisión en las tareas de administración que se extralimiten de las atribuciones competencialmente establecidas; y esto va a ser lo realmente complejo de discernir, pues es evidente que una sociedad local dependiente de una Administración va a recibir influencia permanente y directa de dicha entidad pública, primero por su condición de socio único o principal y, en siguiente lugar, por las exorbitantes capacidades que ostenta la Administración en materia de nombramientos, de innovación normativa, presupuestaria, entre otras muchas, respecto de la sociedad dependiente en cuestión.

Algunos sectores doctrinales han asumido con normalidad esa administración de hecho o “teledirigida” incluso en el supuesto de empresas mixtas municipales responsables de prestar un servicio público donde exista una efectiva dominación o control local, achacando a ese administrador de hecho las responsabilidades por daños ocasionados a terceros⁵³⁶. Con mayor razón, por ende, resulta plausible que esta situación se produzca en una entidad cuya creación, composición y regulación dependa enteramente de una única Administración, como es el caso de las sociedades que son objeto de nuestro análisis.

Por lo demás, en relación con la mejora del gobierno corporativo de las sociedades le debemos a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo el haber desarrollado positivamente un concepto legal de administrador de hecho, concretando aquellos supuestos y las condiciones que, hasta entonces, se venían determinando jurisprudencialmente y que, como se dijo con anterioridad, se encuentran materializados actualmente en el artículo 236 de la LSC cuando trata la cuestión de los presupuestos y la extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores.

⁵³⁵ Cfr. STS 224/2016, de 8 de abril. Rec. 2535/2013. F.D. 2º (RJ 2016/1232).

⁵³⁶ Vid. ALMONACID LAMELAS, V., “Sociedades mercantiles municipales: regreso...”, *op.cit.*, p. 6.

3.4 La posible inclusión del consejero independiente

La posibilidad de que una Administración local propietaria de una sociedad pública a través de los instrumentos examinados al inicio de este estudio (es decir, mediante una presencia mayoritaria en capital social o con una posición efectiva de control sobre los órganos de gobierno y administración), pudiera resultar condenada por responsabilidad más allá de la responsabilidad patrimonial general prevista en la legislación general de régimen jurídico administrativo a través de la aplicación preferente de leyes especiales como puede ser la legislación concursal o la propia ley de sociedades⁵³⁷, dejarían a dicha Administración ante una compleja situación y especialmente incómoda respecto a su propio sistema de funcionamiento. Razones como la indicada son las que fundamentan la exigencia de una gestión más profesional y adecuada a los nuevos cánones que desde el movimiento del *Corporate Governance* se van facilitando⁵³⁸. De entre el compendio de medidas que a lo largo de esta investigación estamos analizando, nos ocupamos a continuación de la figura del consejero independiente.

La propuesta de incorporar un consejero o administrador independiente a los órganos de administración de los entes societarios surgió ya en los orígenes del gobierno corporativo acompañando a los cambios que se vislumbraban en el papel del Consejo de Administración⁵³⁹. El propio Informe Olivencia los catalogaba como *“aquellos consejeros que no están vinculados con el equipo de gestión ni con los núcleos accionariales de control que más influyen sobre éste”*. Un poco antes de esta caracterización se afirmaba igualmente que *“nuestra principal recomendación en este punto se basa en la figura del consejero independiente, cuya misión primordial consiste en hacer valer en el Consejo los intereses del capital flotante”*⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Vid. VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., “Calificación concursal subordinada del administrador de hecho. Especial referencia a las Administraciones Públicas (Comentario a la SAP Vizcaya de 17 de septiembre de 2013)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 20, Sección Comentarios y reseñas de Jurisprudencia, Edit. Wolters Kluwer, 2014, LA LEY 97/2014, pp. 1-5.

⁵³⁸ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., “El futuro de los consejeros independientes” en el libro *“Los consejeros independientes en las sociedades de capital españolas”*, Madrid, 2008, LA LEY 1784/2010, pp. 1-24, y cuyo último párrafo nos permitimos transcribir: *“Para concluir con este apartado no quiero dejar de citar a otro tipo de empresas en las que también puede resultar positivo mejorar su gobierno corporativo introduciendo, entre otras medidas de tal índole, consejeros independientes en sus órganos de administración. Se trata de las sociedades municipales cuyos actuales consejos de administración suelen estar monopolizados por políticos y en los que la integración de consejeros independientes, pueden hacer desaparecer la sombra de la corrupción que muchas veces planea, especialmente cuando se trata de sociedades públicas municipales de gestión de suelo”*.

⁵³⁹ Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, M., “El grado de determinación...”, *op.cit.*, pp. 1-2.

⁵⁴⁰ Cfr. Informe Olivencia II. 2. 1. *“La figura del Consejero independiente”*.

En la legislación vigente, la facultad de su nombramiento aparece atribuida a la Junta General de accionistas para las sociedades cotizadas conforme prescribe el artículo 529 decies LSC, estableciendo su catalogación en un artículo subsiguiente; de este modo, el artículo 529 duodecies LSC⁵⁴¹ indica en su apartado cuarto que “*Se considerarán consejeros independientes aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos*”, estableciendo, a renglón seguido, una amplia relación de situaciones de incompatibilidad⁵⁴² con la consideración de consejero independiente que son perfectamente aplicables y exigibles a aquellos consejeros independientes pertenecientes a empresas o sociedades que no coticen en el mercado bursátil⁵⁴³.

Sin embargo, esta sustracción legal del poder de calificación que, respecto de sus propios consejeros, debería ostentar el Consejo de Administración en orden a calificar bajo sus propias apreciaciones y situaciones concretas a los consejeros considerados independientes parece ir en el sentido inverso a lo defendido esencialmente por el buen y libre gobierno corporativo, que aboga por un principio de calificación interna de los consejeros dado el mayor conocimiento y cercanía para examinar sin falencia la idoneidad de uno u otro nombramiento. Así puede comprobarse examinando el derecho comparado, donde se ensalza una filosofía liberal de autorregulación basada en el principio ya conocido de “cumplir o explicar”⁵⁴⁴.

De cualquiera de las maneras, tal y como señalaba HERNANDO CEBRIÁ, este tipo de nombramientos permitiría establecer ciertas cortapisas al empleo de la influencia dominante por parte de los socios controladores, o al menos, ejercer una función de vigilancia respecto de la gestión social. Mediante este tipo de medidas, que asimismo aparecen recogidas en los Códigos de buen gobierno, se pretende diluir la influencia del socio controlador sobre el

⁵⁴¹ Artículo al cual remite el Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG) en su versión de 2015. Bloque Principios III.3.2.2, principio 11º sobre la composición del Consejo de administración y en relación con la definición de las distintas categorías de consejeros.

⁵⁴² Incompatibilidades o causas de exclusión de la independencia que, a juicio de MATEU DE ROS, se confunde en algunos supuestos con meros conflictos de interés del consejero, lo que no debe suponer necesariamente esa falta de independencia atribuida sino un mero deber de abstención puntual de dicho consejero en relación con el acuerdo de que se trate. *Vid.* MATEU DE ROS, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas...”, *ob.cit.*, pp. 13-14.

⁵⁴³ Relación de situaciones que fue introducida en la Ley de Sociedades en virtud de la modificación operada en la misma por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo y que con anterioridad recogía la LMV en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁵⁴⁴ *Vid.* MATEU DE ROS, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas...”, *ob.cit.*, p. 14.

órgano de administración⁵⁴⁵. El administrador o consejero independiente se nos representa de esta manera como un mediador cuyo principal objetivo es garantizar el interés social en los momentos críticos de toma de decisiones evitando posibles situaciones o paralización o bloqueo.

Y no solo aparece el consejero independiente como figura de contrapeso a la posible influencia accionarial de corte dominante en las sociedades, sino que en el propio seno del Consejo de Administración debe representar aquel cargo que ostente las más amplias competencias de coordinación y portavoz de aquellos consejeros considerados externos al núcleo duro del Consejo (principalmente representados por el Presidente y el primer ejecutivo).

Es ésta última una de las recomendaciones que se relacionan en los códigos de buen gobierno; sería el caso del Código de Buen Gobierno (CBG) que deriva del Informe Olivencia o el Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG) fruto del Informe Conthe, aunque en estos casos se encuentran dirigidos a sociedades que coticen en el mercado bursátil⁵⁴⁶; no obstante, como puede imaginarse, no debemos encontrar obstáculo en su extensión y flexibilización a aquellas sociedades no cotizadas que por su dimensión admitan y valoren rentable su regulación⁵⁴⁷.

Como veníamos diciendo, el Código Olivencia potenciaba esta figura como instrumento para remediar el vacío de presencia que los accionistas minoritarios sufrían en el Consejo de las grandes compañías⁵⁴⁸, y el CUBG, por su parte, lo eleva a la categoría de personal vinculante de la empresa asumiendo la regulación que del mismo hace la Recomendación UE de 15 de febrero de 2005, donde lo caracteriza como medio para proteger los intereses de los accionistas y otras partes interesadas⁵⁴⁹.

Es el propio CUBG el que especifica los requisitos y condiciones que se exigen alcanzar tal puesto señalando asimismo tanto su presencia mínima en el Consejo como la necesidad de que estatutariamente se prevea el límite máximo de permanencia en el mismo⁵⁵⁰.

⁵⁴⁵ Vid. HERNANDO CEBRIÁ, L., “*El abuso de la posición jurídica...*”, *op.cit.*, pp. 49, 300-302.

⁵⁴⁶ Cfr. Principios II.3 N° 16 del CUBG de las sociedades cotizadas. CNMV. Febrero 2015.

⁵⁴⁷ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “*Gobierno corporativo en sociedades...*”, *op.cit.*, pp. 43-44. (Nota al pie 19).

⁵⁴⁸ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., “*El gobierno corporativo como instrumento...*”, *ob.cit.*, p. 8.

⁵⁴⁹ Cfr. Considerando (7) de la Recomendación de la Comisión de 15 de febrero de 2005 relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa. (2005/162/CE).

⁵⁵⁰ Cfr. Principios II.3 11, R. 17 y R. 21 del CUBG.

Acercándonos progresivamente al marco de nuestro estudio, se nos representa el consejero independiente no ya tanto como valedor de los intereses del socio minoritario (que en las sociedades públicas locales de carácter unipersonal no existe) sino más bien como un agente administrador que, con responsabilidad por su gestión, añade valor y competencia profesional a la gestión empresarial mediante la aportación de objetividad, un conocimiento externo incondicionado, e incluso apareciendo como mecanismo de resolución de conflictos⁵⁵¹.

En este aspecto de servir más bien como orientador y asesor especializado para las políticas de gestión del Consejo que como mecanismo de contrapeso ante posibles situaciones de abuso o dominación por parte de otros socios de la empresa, es donde encontramos su utilidad para la sociedad pública local. Además, por esta misma razón, su incorporación al Consejo no debe seguir las propuestas que arrojan los diferentes textos de gobierno corporativo en lo que hace a su proporcionalidad⁵⁵², sino que su mera presencia individual colmaría las expectativas planteadas por la sociedad local en aras a la finalidad perseguida de contribuir al debate y perfeccionar el análisis y revisión de la estrategia de la sociedad. A lo sumo, y por lo que puede desprenderse de la propia práctica organizativa que rige en el ámbito administrativo, sería recomendable la existencia de al menos dos consejeros independientes que pudieran suplir en ausencia temporal de alguno de ellos ese componente técnico necesario que requiere el ejercicio de su actividad.

Aclaremos que la referencia a la práctica administrativa no quiere decir que en estos órganos pueda regir la suplencia tal y como está prevista en la normativa de régimen jurídico del sector público⁵⁵³, pues no estamos previendo la sustitución de una persona por otra en caso de ausencia, enfermedad u otra causa justificada, sino que estamos abogando por que en todo momento exista un componente (activo) en el Consejo que represente ese aporte profesional y de conocimiento externo que personifica el consejero independiente. Otra cuestión distinta será que, además de su presencia física en el Consejo, pueda ostentar la representación y delegación de voto de otro consejero de la misma categoría.

En cualquier caso, siempre hemos de tener la cautela de plantear estas posibilidades de una manera abierta y genérica, pues la dimensión y estructura de la sociedad local puede

⁵⁵¹ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”, *ob.cit.*, p. 47.

⁵⁵² El CUBG en su Recomendación N° 17 habla de hasta la mitad de los consejeros o de un tercio en función de la capitalización o del control accionarial de la sociedad.

⁵⁵³ *Cfr.* Artículo 13 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

variar sustancialmente de un ente a otro dada la libertad de configuración que la normativa de régimen local ofrece hoy día a las Administraciones de este nivel territorial.

Dicho esto, hemos de hacer especial hincapié en el perfil que debe reunir ese consejero independiente en el sentido de ostentar una independencia efectiva y real para el completo desarrollo de sus competencias profesionales. De hecho, algunas directrices de gobierno corporativo así lo ponen de manifiesto, véase por ejemplo lo previsto en la Directriz VII.D. de las Directrices de la OCDE sobre Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, que textualmente defiende esa objetividad señalando que *“Los consejeros independientes, en su caso, deben carecer de cualquier participación sustancial en la empresa o relación con ella, sus órganos de gestión, otros accionistas mayoritarios y la entidad propietaria, que pueda poner en peligro la objetividad de su criterio”*⁵⁵⁴.

De poca utilidad resultaría este nombramiento si el mismo, pese a incorporarse desde una órbita externa a la sociedad, resultara mediatizado en su actuación por consignas o directrices impartidas por los órganos ejecutivos o con capacidad de mando sobre los miembros del Consejo, algo muy habitual en las primeras etapas del movimiento del gobierno corporativo, donde la potenciación de su status sucumbía ante la realidad de nombrar a personal que, aun siendo técnicamente competentes, adolecía excesivamente de experiencia o de peso específico en la sociedad, lo que unido a su reciente incorporación, dejaba en manos de otros la capacidad de influencia decisiva⁵⁵⁵.

Así lo admiten algunos autores, que ponen blanco sobre negro el escepticismo reinante respecto a la existencia de garantías serias para alcanzar la independencia de estos consejeros, evidenciada fundamentalmente por *“la vinculación de hecho para su entrada y continuidad en el cargo a la conformidad del equipo directivo y de los accionistas significativos o de control de la sociedad”*⁵⁵⁶.

A pesar de ello, como vienen a concluir, se impone la necesidad de seguir esa estela en orden a la consecución de una verdadera independencia del órgano supervisor respecto de los sujetos supervisados y controlados.

⁵⁵⁴ Directrices de la OCDE sobre Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas (2015).

https://read.oecd-ilibrary.org/governance/directrices-de-la-ocde-sobre-el-gobierno-corporativo-de-las-empresas-publicas-edicion-2015_9789264258167-es#page31 (Consultado: 15/09/2019).

⁵⁵⁵ Vid. MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...”, *op.cit.*, pp. 13-14.

⁵⁵⁶ Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, pp. 5-6.

En fin, a resultas de lo expuesto hasta este momento, entendemos que el consejero independiente en la sociedad local deberá cumplir necesariamente una triple función que podemos resumir de la siguiente manera:

- Representar el interés público como medida de gobierno corporativo que incorpora al Consejo de Administración a la parte más externa del accionariado que, en última instancia, será la sociedad en general.
- Colmar técnicamente las posibles deficiencias puestas de manifiesto en el ámbito de la gestión.
- Constituir un canal permanente de información sobre la gestión que desarrolla el órgano de administración.

4. CONSEJERO DELEGADO: FUNCIÓN EN LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL

Al igual que ocurre con las sociedades del régimen general, en la sociedad pública local se puede hacer uso de la figura del consejero delegado. Si seguimos lo previsto en el artículo 249.1 LSC vemos que *“Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación”*. Todos estos extremos quedarán a discrecionalidad de la corporación respectiva que deberán concretar en el acuerdo de delegación si se trata de algo puntual o de carácter permanente exigiéndose en este último caso la inscripción de dicho acuerdo en el Registro Mercantil para su eficacia (artículo 249.2 LSC).

No podemos olvidar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 249 bis LSC, existen una serie de facultades que no podrán ser objeto de delegación por parte del Consejo de Administración.

Además, como señalan VAREA MOSQUERA y HERNANZ BODERO, el Consejo de Administración siempre conservará una competencia concurrente respecto a las facultades que hayan sido objeto de delegación, de modo tal que se podrán impartir las instrucciones que estimen oportunas y rectificar la actuación del consejero delegado pudiendo revocar en cualquier momento la delegación otorgada⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Vid. VAREA MOSQUERA, L. y HERNANZ BODERO, J., “Gestión directa (IV): sociedad mercantil, cuyo capital social...”, *op.cit.*, p. 28.

La práctica habitual en materia local viene consistiendo en atribuir las funciones que la legislación mercantil permite asignar al consejero delegado dentro de las competencias del Presidente del Consejo de Administración, configurando a éste como el máximo órgano ejecutivo dentro de dicho Consejo.

Sin embargo, un examen actualizado de las buenas prácticas de gobierno corporativo defiende una adecuada separación entre los cargos de consejero delegado y presidente del Consejo de Administración⁵⁵⁸; en este sentido, no son pocas las grandes sociedades que han llevado a cabo este proceso enmarcado en una mejora estructural de su gobierno corporativo y en la obtención de un equilibrio de poderes en la composición del Consejo de Administración⁵⁵⁹.

Para el caso que a nosotros conviene, no obstante, entendemos que esta medida se dirigiría más bien a la mejora de la operatividad del Consejo de Administración que al mantenimiento de un contrapeso de poder en su seno.

Ahondando en la cuestión, suele ser frecuente que la figura de la presidencia del Consejo recaiga en la máxima autoridad del ente local matriz o en alguna de sus tenencias más cercanas, otorgándole a ese nombramiento un carácter más honorífico y de solemnidad que propiamente de eficacia práctica, por lo que desde el punto de vista estricto de la gestión eficiente de la empresa es factible estimar de manera positiva esa duplicidad de cargos a pesar de que la dimensión de la sociedad pública local no sea el modelo idóneo que existiera en el imaginario del *Corporate Governance* cuando se propuso la referida separación.

Visto de otro modo, puede resultar bastante más práctico contemplar esta separación de cargos más que como un ejercicio fútil de diferenciación orgánica como una medida al socaire de la cual lo que se alcanza es una adecuada y eficiente distribución competencial en la que la representación institucional y la función ejecutiva quedarían equitativamente asignadas en dos figuras con unas tareas perfectamente delimitadas y con un grado de autonomía cualitativamente superior a la actual configuración que nos arroja el común de las entidades societarias en este nivel local.

⁵⁵⁸ Entre otras, Directriz VII.F. de las Directrices de la OCDE sobre Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas (2015).

⁵⁵⁹ *V.gr.* Red Eléctrica Corporación. Informe sobre el proceso de separación de los cargos de presidente del Consejo de Administración y de primer ejecutivo (consejero delegado) de la compañía. 12 de junio de 2015. https://www.ree.es/sites/default/files/03_GOBIERNO_CORPORATIVO/Documentos/Junta%20General%20Extraordinaria%20de%20Accionistas/Punto1_OrdenDia_Informeseleccioncargos.pdf (Consultado: 15/09/2019).

5. LA PRESIDENCIA

Cuando hablamos de la figura de la presidencia en la sociedad pública local hay que tener en cuenta que nos estamos refiriendo tanto a la figura que preside la Junta General de la sociedad como la que hace lo propio en el Consejo de Administración.

Sentada esta premisa, puede afirmarse que de acuerdo con el amplio margen que el artículo 85 ter 3º LRBRL ofrece a las entidades locales para la configuración de sus sociedades dependientes, será, normalmente, la redacción de los estatutos sociales los que determinen la forma de designación de ambas presidencias. En este sentido de amplitud de configuración a través de los estatutos se pronuncia igualmente el artículo 91 RSCL en lo que se refiere a la forma de designación y funcionamiento, en este caso, del Consejo de Administración, englobando también al órgano gerencial en dicha habilitación.

En lo atinente a la Junta General, más allá de los sistemas que el ordenamiento jurídico ofrece a las sociedades de capital para llevar a cabo el nombramiento del presidente de este órgano de gobierno (ya sea por los estatutos, por la ley, por los socios al comienzo de la reunión, por el juez o por el reglamento de la Junta General), lo habitual en la sociedad pública local será que los propios estatutos sociales indiquen quien presidirá dicha Junta General junto con la especificación de la persona que hará las veces de Secretario tal y como se capacita a la luz de lo previsto en el artículo 191 LSC, el cual parte de una identificación de cargos respecto de los que se hayan designado para el Consejo de Administración o bien a través de una designación de los socios, siempre y cuando no exista previsión estatutaria en contrario⁵⁶⁰.

Dada la habitual identificación de la Junta General con el órgano plenario de la Corporación local, la presidencia de dicha Junta recaerá normalmente en la persona que ostente la presidencia de esa Corporación, esto es, en el Alcalde o Presidente del ente local en cuestión.

Respecto a la presidencia del Consejo de Administración, no existe en materia de régimen local preceptos específicos aplicables a esta cuestión, por lo que tendremos que estar a la regulación prevista en el ámbito mercantil para el común de las sociedades de capital. Así, el artículo 245 LSC otorga a la regulación estatutaria preponderancia para establecer el régimen de organización y funcionamiento del Consejo, ya sea en forma de responsabilidad

⁵⁶⁰ Cfr. Artículo 191 LSC al tratar la constitución de la Mesa de la junta, conforme al cual “*Salvo disposición contraria de los estatutos, el presidente y el secretario de la junta general serán los del consejo de administración y, en su defecto, los designados por los socios concurrentes al comienzo de la reunión.*”

limitada como anónima. La fórmula usual utilizada por la generalidad de sociedades locales a este respecto consiste en el hecho de que sea el propio Consejo el que elija de entre sus miembros un Presidente que ostentará las funciones que la ley expresamente atribuya a esta figura.

También suele ser habitual contemplar en los estatutos la figura del Vicepresidente para los casos de ausencia o enfermedad del Presidente, además del sistema que permita designar *in situ* a un Presidente para el caso poco frecuente en el que se produzca la ausencia de ambas figuras, utilizando en algunos casos un sistema análogo a la denominada Mesa de Edad propio de las Corporaciones Locales en el momento de su constitución, es decir, previendo que pueda ser Presidente en la sesión correspondiente el consejero presente de mayor edad⁵⁶¹.

Como órganos de gobierno corporativo de la sociedad pública local, las presidencias de los órganos de gobierno, especialmente del Consejo de Administración, van a desempeñar un papel de garante de la efectividad en la acción de gobierno y como engarce entre el ente empresarial y la entidad pública propietaria. Así lo entiende, por ejemplo, la OCDE cuando en sus “Directrices sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas” señala que “*El Presidente se responsabilizará del funcionamiento eficaz del Consejo y, en coordinación con otros consejeros, si fuera necesario, actuará de enlace en las comunicaciones con la entidad pública propietaria*” y termina afirmando algo que ya pusimos de manifiesto en el apartado anterior “*Una buena práctica exige la separación de los cargos de Presidente y Consejero Delegado*”⁵⁶².

En cualquier caso, dada la *rara avis* que constituye la figura de la sociedad pública local dentro del universo empresarial público, creemos aceptable y conveniente mantener un cierto equilibrio dentro de la figura presidencial entre las atribuciones y funciones de estricto carácter ejecutivo que se defienden desde el más ortodoxo gobierno corporativo junto con un cierto grado de representatividad pseudo-institucional que, especialmente en las sociedades locales gestoras de los servicios públicos básicos, van a transmitir una sensación de cercanía, accesibilidad y visibilidad de las políticas locales que son desarrolladas por la Administración local a través de sus entes dependientes.

⁵⁶¹ *Vid.* VAREA MOSQUERA, L. y HERNANZ BODERO, J., “Gestión directa (IV): sociedad mercantil, cuyo capital social...”, *op.cit.*, p. 29.

⁵⁶² *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015. OCDE 2016. Apartado VII. Responsabilidades de los consejos de administración de empresas públicas. Letra F.

6. EL EQUIPO DIRECTIVO O GERENCIAL

La figura de la Gerencia, en sus múltiples apelativos de Gerente, Director ejecutivo, Director-gerente y demás, es un órgano eminentemente técnico que, junto con la Junta General y el Consejo de Administración, dirigen y administran la sociedad pública local. De manera coloquial, la Gerencia será aquella persona que asume el control y gestión cotidiana de la sociedad, impulsando o ejecutando los acuerdos sociales, coordinando y planificando actividades, controlando los servicios o proponiendo mejoras.

Este órgano viene contemplado expresamente en el artículo 90 apartado 3º del RSCL, sin embargo, su existencia obligatoria viene desmedrada en la medida en que la LRBRL solo atiende a la Junta General y al Consejo de Administración. En cualquier caso, la previsión de su existencia deberá ser recogida en los correspondientes estatutos sociales.

Al igual que ocurre con el Consejo de administración, el RSCL remite a los estatutos de la empresa el ámbito de competencias que se le atribuyen y la forma de designación y funcionamiento (artículo 91 RSCL), dejando, en cierto modo, abierta la distribución de competencias que corresponden al órgano gerencial y al administrador en función de las previsiones estatutarias; así lo confirma el propio artículo 94 RSCL al señalar que *“El Consejo de la Administración tendrá plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la Empresa, dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil, sin perjuicio de las que se reservaren a la Corporación como Junta general y al Gerente”*⁵⁶³.

La figura del Gerente⁵⁶⁴ en la sociedad pública local puede asemejarse a lo que en materia mercantil el Código de Comercio⁵⁶⁵ contempla con el concepto legal de factor o apoderado general; de hecho, en el propio artículo 283 de este cuerpo legal se hace referencia expresa a la figura del gerente, configurándolo como un empleado por cuenta ajena que depende del propietario en lo que a la atribución de facultades de administración, dirección o contratación de la empresa se refiere.

⁵⁶³ No obstante, es habitual complementar las competencias de la Gerencia previstas estatutariamente con otras facultades o poderes otorgados en escritura pública y que deben ser inscritos en el Registro Mercantil.

⁵⁶⁴ Hablamos de la Gerencia como órgano unipersonal dada la práctica habitual y generalizada de encontrarse desempeñada la misma por medio de una sola persona, aunque no existe prohibición expresa que impida su composición colegiada. En este sentido, ARANA GARCÍA, E., *“Las sociedades municipales de gestión...”*, *op.cit.*, p. 83.

⁵⁶⁵ *Cfr.* Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que publica el Código de Comercio. Publicado en GACETA núm. 289 de 16 de octubre de 1885. [https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/(1)/con) (Consultado: 23/01/2019).

Por otro lado, como señala ORTUÑO PÉREZ, algún autor ha visto en la figura del Gerente el equivalente al consejero delegado de las sociedades mercantiles, como responsable de atender todas las funciones de gestión social que tuviera delegadas⁵⁶⁶. La realidad impuso que, ante la falta de un estatuto regulador específico, la Gerencia fuera equiparada e hiciera las veces de administrador de las Sociedades Anónimas, pudiéndole incluso, por ello, reclamar responsabilidades por su gestión⁵⁶⁷. En cualquier caso, las diferencias entre una figura y otra nacen desde el mismo momento de su designación, pues el consejero delegado debe, al menos, ser miembro del Consejo de conformidad con lo previsto en el artículo 249.1 LSC.

Como decíamos, la competencia para la elección de la Gerencia deberá venir contemplada en los estatutos sociales *ex* artículo 85 ter 3º LRBRL, no obstante, en ausencia de este pronunciamiento por parte de los estatutos podría ser de aplicación supletoria lo previsto en el artículo 101.2 del TRRL que otorga dicha competencia al Alcalde o Presidente, a propuesta del Consejo de Administración. Por otra parte, vemos como el RSCL para el caso de las empresas mixtas otorga en el artículo 106.3⁵⁶⁸ dicha atribución al órgano superior de gobierno de la empresa.

Pensamos que, dada la falta de normativa concreta aplicable, es deseable que tanto la competencia como el sistema de selección aparezcan previstos en los estatutos sociales.

En otro orden de cosas, algún autor ha señalado la viabilidad, dado el silencio del ordenamiento en relación con la condición de la persona que puede desempeñar la Gerencia, acerca de que este sujeto no sea necesariamente una persona física sino una persona jurídica; sin embargo, inmediatamente viene a confirmarse la escasa experiencia que en este sentido existe en el panorama empresarial público de nuestro país⁵⁶⁹.

Respecto a la vinculación que se establezca entre la Gerencia y la sociedad que la designe, la misma se materializará a través de un contrato laboral de carácter especial del personal de alta dirección siendo, en cierta medida, un personal asimilable a los altos cargos o

⁵⁶⁶ Así, ALBI CHOLVI, F., *“Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales”*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 382; citado por ORTUÑO PÉREZ, M. E., *“La empresa pública en forma privada: Antecedentes romanos...”*, *op.cit.*, p. 144.

⁵⁶⁷ *Ídem.*

⁵⁶⁸ Artículo 106.3 RSCL, según el cual *“El cargo de Gerente recaerá siempre en persona especializada designada por el órgano superior de gobierno de la Empresa”*.

⁵⁶⁹ *Vid.* LOMO CASANUEVA, T., *“El personal al servicio de las Sociedades Públicas Locales”*, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 12, Sección Colaboraciones, Tomo 2, Ref.: 1507/2011, Edit. LA LEY, julio 2011, p. 10.

personal eventual de confianza política tal y como así lo han dejado entrever algunas resoluciones jurisdiccionales⁵⁷⁰.

No es momento ni objeto de este trabajo exponer el cúmulo de compleja normativa que debe conjugarse a la hora de proceder a la contratación de este tipo de personal en el marco de las sociedades locales, empero, señalaremos tan solo algunas de las pautas principales que deberán ser tenidas en consideración de una manera ineludible y que deben estar presididas siempre por criterios profesionales⁵⁷¹, entre otras: la sujeción del procedimiento de selección a los principios de publicidad y concurrencia que incluya la redacción de unas bases adecuadas y la correspondiente convocatoria pública; la utilización de la modalidad de relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección y, por último, el sometimiento a los controles debidos de legalidad y demás limitaciones retributivas exigidas por la normativa de régimen local⁵⁷².

Lo más destacable en relación con las medidas de gobierno corporativo que afectan a la figura de la Gerencia se resumen en aquellas prácticas que son recomendadas para que el Consejo controle la eficacia y diligencia en el cumplimiento de las obligaciones especialmente mediante la implementación de políticas de buen gobierno en el ámbito de la sociedad, así como para la evaluación del desempeño de este órgano mediante la autoimposición de sistemas basados en la transparencia y en la información veraz⁵⁷³.

7. OTROS SUJETOS RELEVANTES: LOS USUARIOS

7.1. Caracterización del usuario de la sociedad pública local

Los usuarios que a nuestro trabajo interesan son aquellos que, en relación con la sociedad pública local, puedan resultar determinantes en el desarrollo de las políticas de gobierno corporativo o incluso aquellos que, más allá de contribuir a su necesario impulso, representen por sí mismos, por su condición subjetiva de usuario de la sociedad, un elemento transformador del funcionamiento corporativo.

⁵⁷⁰ Cfr. Auto TC núm. 206/1999, de 28 de julio (RTC 1999/206 AUTO).

⁵⁷¹ Vid. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., “Sociedad mercantil local: el nuevo marco...”, *op.cit.*, p. 135.

⁵⁷² A mayor abundamiento, consúltese el estudio realizado al respecto por OSCA FUERTES, B., “La selección del director gerente en las sociedades mercantiles de capital íntegramente local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 18, Sección Opinión/Colaboraciones, Quincena del 30 de septiembre al 14 de octubre 2016, Ref. 2042/2016, página 2042, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 6770/2016.

⁵⁷³ Cfr. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015. OCDE 2016. Apartado VII. Responsabilidades de los consejos de administración de empresas públicas. Letra D. 2.

No podemos, sin embargo, olvidar la posición de partida de este sujeto singular. Como sabemos, el usuario de una sociedad pública podrá serlo tanto en calidad de receptor de un servicio público (ya prestado en régimen monopolístico ya facilitado en concurrencia con el sector privado) como de sujeto pasivo de una actividad de prestación económica o de mercado que realiza la sociedad en cuestión, todo ello en base a la potestad de iniciativa económica pública de que dispone el ente público.

En el caso de la sociedad local, los servicios públicos recibidos por el denominado vecino del municipio -en los supuestos recogidos en el artículo 26 LRBRL catalogados como servicios mínimos obligatorios- adquieren la naturaleza de derecho subjetivo “prestacional”⁵⁷⁴ y, por tanto, serán exigibles de pleno derecho por los interesados ante el ente local en cuestión, contando además con una protección jurisdiccional plena.

Respecto al régimen jurídico aplicable al usuario en sus relaciones con la sociedad pública, la cuestión no resulta fácilmente encajable pues si bien en un primer momento podría pensarse que la relación jurídica entre dos sujetos que se rigen por el derecho privado debería de permanecer en dicho espacio, las peculiaridades que la presencia de la Administración pública matriz va a implicar en esa relación impregna tanto a aquellos casos de regulación de los servicios públicos que se ofrecen de forma indiscriminada como a cualquier otro tipo de prestación a la que acceda el usuario.

Esto pone de relieve la importancia que en dichas relaciones va a tener el Derecho público administrativo, sustrayendo, en última instancia, la relación mantenida entre empresa-usuario del campo estricto de la libre voluntad de las partes⁵⁷⁵.

Se dice que, especialmente en aquellos servicios que se prestan a un usuario de manera individual (los llamados *uti singuli*) así como en aquellas prestaciones que tampoco se dirijan a una generalidad de personas, lo que va a surgir es una relación mixta, la cual se va a ver concretada por el Derecho público mediante las normas y reglamentos que regulan los

⁵⁷⁴ Cfr. STS 6531/1996, de 21 de noviembre de 1996. Rec. 1885/1993 (RJ 1996/8692). F.J. Tercero.

⁵⁷⁵ Vid. BALLINA DÍAZ, D., “*Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...*”, *ob.cit.*, p. 267-288. El autor expresa en estas páginas las variopintas formas en que la Administración se adentra en la relación privada entre la sociedad y el usuario estableciendo un régimen jurídico complejo que deberá tener en cuenta desde los principios rectores que son inherentes a cualquier servicio público (igualdad, neutralidad, continuidad y regularidad, perfectibilidad o adaptabilidad, asequibilidad) hasta aquellas potestades administrativas que la Administración ostenta para el cumplimiento de sus fines legítimos en relación con la prestación de que se trate y siempre en el ejercicio de una competencia legalmente atribuida. Entre estas potestades se citan la reglamentaria, de autoorganización, de fiscalización, de control o la sancionadora.

aspectos esenciales de los servicios y prestaciones a proporcionar y que se verá individualizada en su prestación por un contrato de Derecho privado⁵⁷⁶.

Este usuario de la sociedad pública local va a disfrutar de una protección equiparable a la de cualquier otro consumidor de bienes o servicios prestado por el sector privado, y la presencia pública no va a suponerle más sacrificio que el debido cumplimiento del régimen regulador del servicio o las puntuales intervenciones administrativas⁵⁷⁷ que, en ejercicio de sus potestades legalmente atribuidas, pudieran afectar a la esfera privada del consumidor. Por lo tanto, puede decirse que sujeción existe, pero en ningún caso cabe admitir el abuso del usuario por la condición de persona pública del empresario prestador⁵⁷⁸.

Este usuario, además, cohonestando con los principios de eficacia y eficiencia de la actividad administrativa, va a exigir o, al menos, va a tener el derecho de exigir que desde la actividad empresarial local se proporcionen a la ciudadanía productos o servicios de calidad, pues, como ya dijimos al comienzo de este trabajo, la aplicación de las técnicas del gobierno corporativo no solo inciden en valores cuantitativos de mejora de la producción, eficacia, transparencia, sino que la calidad de lo que se traslade y de lo que se reciba es crucial para que el impulso de estas políticas tienen un significado material visible por la generalidad de la sociedad local.

Por otra parte, resulta particularmente revelador, en relación con las políticas de gobierno corporativo que queremos aplicar a las sociedades públicas de carácter local y a su relación con estos usuarios que nos encontramos analizando, la importancia que pueden albergar aquellas fórmulas -ya existentes en diversas sociedades municipales a lo largo de nuestro territorio- en las que se da cabida a la participación directa de la ciudadanía en los procesos de decisión que afectan al modo de prestación de los diversos servicios locales que prestan los entes públicos.

En relación con esto, como sabemos, la normativa de régimen local no solo no impide, sino que promueve las formas, los medios y los procedimientos de participación ciudadana y

⁵⁷⁶ *Ibid.* p. 290.

⁵⁷⁷ Intervenciones que no deben entenderse en todo momento como de limitación o menoscabo en el ejercicio de los derechos, sino que cabe vislumbrar una intervención administrativa pro-consumidor: como en aquellos casos en que la misma se dirige a la mejora de las condiciones de la prestación o a la integración orgánica en la estructura de la sociedad de aquellas formas de representación ciudadana legalmente reconocidas y que se encuentran especialmente desarrolladas a nivel local, *v.gr.* Asociaciones, Consejos sectoriales, etc. (artículo 72 LRRL).

⁵⁷⁸ *Cfr.* Artículos 2 y 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, donde, respectivamente, se establece la aplicación de esta ley a las relaciones entre los consumidores o usuarios y los empresarios y, por otro lado, se incluye en el concepto de empresario a las personas jurídicas públicas.

de configuración orgánica para la cogestión de las políticas de la ciudad⁵⁷⁹; así, por ejemplo, el artículo 69 LRBRL señala en su apartado primero que: *“Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local”*⁵⁸⁰. Esta amplia labor de transparencia y de empoderamiento social encuentra inmediatamente un límite en el apartado segundo del mismo artículo cuando establece que: *“Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley”*.

Además de lo expuesto, debemos ser conscientes de que nada impide a los entes locales designar a representantes de los ciudadanos o usuarios para su nombramiento como miembros de los órganos de administración de las empresas locales⁵⁸¹ de manera que representen un mecanismo de participación y control vecinal de la gestión local⁵⁸², aunque sin llegar a representar un elemento perturbador de la decisión, que siempre queda reservada mayoritariamente al poder público, por lo que, en definitiva, esta aportación del ciudadano queda en buena medida desnaturalizada.

7.2. El usuario beneficiario de las medidas de gobierno corporativo

Finalizaremos este capítulo señalando como la figura del usuario constituye un elemento fundamental en el engranaje de las nuevas políticas del gobierno corporativo de las sociedades de todo carácter y, especialmente, en las de naturaleza pública y cómo contribuye y se beneficia de esa irrenunciable función, en la medida en que los poderes públicos la pongan a su disposición.

Muchas de las buenas prácticas que se proponen pivotan sobre la ciudadanía y tienen como común denominador la publicidad y la transparencia respecto a toda la información que debe ser suministrada por la entidad pública en cuestión. Esta información debe incluir

⁵⁷⁹ Sin olvidar que el origen primario de esta participación en los asuntos públicos viene consagrado en el artículo 23 de nuestra Carta Magna.

⁵⁸⁰ En el caso de las grandes ciudades, el instrumento más idóneo donde encajar y reglamentar estas formas de participación es el necesario Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana que atribuye a los Plenos de los municipios de gran población el artículo 123.1 c) LRBRL.

⁵⁸¹ Cfr. a modo de ejemplo, el artículo 21.1 del Texto refundido de los Estatutos de la Empresa Municipal de limpieza de colegios y dependencias municipales de Huelva, o el artículo 16 d) de los Estatutos de la Empresa Municipal de Aguas de Gijón S.A.

⁵⁸² Vid. LÓPEZ OLIVARES, F., “La responsabilidad política en el ámbito municipal”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° 13, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Julio 1997, Ref. 1932/1997, pág. 1932, tomo 2, Edit. El Consultor de los Ayuntamientos, LA LEY 2159/2003, pp. 16-17.

especialmente aquellos aspectos que repercutan singularmente en los usuarios y en aquellas actividades calificadas propiamente como de interés público⁵⁸³.

En materia de gobierno corporativo se viene entendiendo que esta obligación de responder ante los usuarios mediante la información y la transparencia implica una nueva forma de entender la empresa que se exige especialmente de las sociedades públicas. Los usuarios de la sociedad pública local constituyen quizá el más cercano ejemplo de que éstos conforman, junto con los demás, un importante grupo de interés dentro de las políticas de gobierno societario lo cual va a exigir una cuidada ética empresarial que nos conecta con la asunción de una responsabilidad social corporativa.

Estamos calificando, en definitiva, al usuario como un elemento más de la sociedad pública la cual, desde este punto de vista, actuaría más como institución social (o de la sociedad) que como un ente preocupado exclusivamente de un resultado financiero ventajoso⁵⁸⁴.

La implementación de las buenas prácticas en la sociedad local y en su actividad tiene, como creemos, un efecto directo en la sociedad a la que sirve y en la generación de confianza que justifica el éxito que en materia de gobierno corporativo se espera de una progresiva transformación en la visión actual de la gestión societaria pública.

⁵⁸³ Cfr. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015. OCDE 2016. Apartado VI. Publicidad y transparencia. Letra A, en cuyo subapartado 1º se relaciona, entre otra, la información que deberá ser aportada citando de manera ejemplificativa *“Una declaración clara dirigida a los ciudadanos sobre los objetivos de la empresa y su cumplimiento”*.

⁵⁸⁴ Como indica MARÍ FARINÓS, J., “Del Gobierno de las personas al buen gobierno: caminando hacia el nuevo contrato social”, *Diario La Ley*, Nº 8977, Sección Tribuna, mayo 2017, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 4730/2017, *“Con todo, desde una visión más amplia y acorde con la realidad actual, la empresa, como institución social, que atiende los intereses no solo de los propietarios, sino de los grupos que afectan o son afectados por su actividad comercial, el interés de la sociedad es un auténtico interés social que incluye a estos últimos grupos. Por ello, la visión estrictamente financiera o resultadista, de obtención y maximización del beneficio, está dando paso a la visión global, integrada y comprometida de la empresa”*.

CAPÍTULO V

SISTEMAS DE CONTROL: *COMPLIANCE* Y TRANSPARENCIA

1. LA IDIOSINCRASIA DEL CONTROL PÚBLICO Y POR QUÉ ES IMPORTANTE PARA EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LA SOCIEDAD LOCAL. 2. CONTROLES DE ORDEN U ORIGEN INTERNO. 2.1 EL EJERCIDO POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. 2.2 CONTROL MEDIANTE AUDITORÍA. 2.3 LA REGLAMENTACIÓN COMO SISTEMA DE CONTROL. 2.4 EL *COMPLIANCE* EN LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL. 3. CONTROLES DE ORDEN U ORIGEN EXTERNO: LA INFORMACIÓN COMO PIEZA CLAVE. 3.1 EL DERECHO DE INFORMACIÓN: EL DEBER DE INFORMAR. 3.2 TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS. 3.2.1 ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA. 3.2.2 LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO. 3.2.2.1 PREÁMBULO Y ESTRUCTURA BÁSICA. 3.2.2.2 APLICACIÓN DE LA LEY A LA SOCIEDAD PÚBLICA. 3.2.3 REFERENCIAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA. 3.3 FISCALIZACIÓN. 3.3.1 EL TRIBUNAL DE CUENTAS. 3.3.2 LOS ORGANISMOS REGULADORES. 4. EL PAPEL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO FUENTE DE INFORMACIÓN.

Sistemas de control: *Compliance* y transparencia

“Lo que uno no controla se vuelve siempre en contra nuestra” Álvaro Mutis

1. LA IDIOSINCRASIA DEL CONTROL PÚBLICO Y POR QUÉ ES IMPORTANTE PARA EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL

El control público, genéricamente considerado, desempeña una función esencial dentro del Estado de Derecho. Dentro de las funciones del Estado (ejecutiva, legislativa y judicial) sería fácilmente incardinable dentro de la función ejecutiva donde resulta útil para verificar la acomodación o no al ordenamiento de todas aquellas actividades de prestación de servicios, de administración de bienes y de utilización de recursos públicos que la sociedad (o el pueblo) ha delegado en los poderes públicos mediante la expresión democrática de su voluntad.

Sin embargo, el control no escapa al resto de funciones-poderes del Estado, pues tanto el poder legislativo como el judicial tienen importantes recursos en su mano que permiten configurar la forma, extensión y naturaleza de este tipo de controles de carácter público⁵⁸⁵.

A grandes rasgos, los tipos de control público suelen ser clasificados -de manera más acusada en el terreno económico- en controles internos siempre que dicha supervisión la lleva a cabo el propio ente controlado; y controles externos, cuando el control se lleva a cabo por algún órgano o ente ajeno al ente controlado.

Centrándonos en nuestro propósito de examinar de manera particular todo lo que ocurre a este respecto con las sociedades públicas locales, debemos tener presente que cuando hablamos de controlar una sociedad pública local estamos hablando de dos facetas perfectamente diferenciadas. De una parte, la faceta “directiva” que a través del control permite asegurar la buena marcha de la sociedad, el cumplimiento normativo y el buen gobierno de la misma. De otra parte, la vertiente “evaluativa” del control, centrada en

⁵⁸⁵ Piénsese, sin ir más lejos, en aquella ley aprobada en el Parlamento que instaure un determinado tipo de supervisión para ciertos organismos o instituciones, regulando todos los aspectos básicos de su régimen jurídico. De igual modo, en terreno jurisdiccional, no es difícil imaginar aquella sentencia que interprete una determinada disposición legal reguladora de algún tipo de control público, donde se limite o se amplíe la extensión y los efectos de su revisión.

comprobar el cumplimiento específico de los objetivos preestablecidos y la obtención de los resultados esperados⁵⁸⁶.

Tanto una como otra van a estar encomendadas respectivamente a órganos internos o externos en función de quien tenga legalmente atribuida la competencia para ejercerla y que, en el caso de las sociedades locales, va a diferir en cierta medida de la estructuración clásica de las sociedades de derecho y carácter privado precisamente por esta dependencia del sector público local⁵⁸⁷.

La sociedad local va a estar sometida, por lo pronto, a controles provenientes de la legislación mercantil; este sería el caso de las cuentas anuales (*ex* artículo 253 LSC) que en algunos casos –la mayoría- deberán ser auditadas por profesionales externos a la entidad. De otro lado, desde el Derecho administrativo se contempla asimismo un control financiero para este tipo de entidades mercantiles de naturaleza pública pero regida en su mayor parte por el derecho privado (sería el caso del control previsto en el artículo 220 del TRLHL⁵⁸⁸), que junto con el control de eficacia y las materias presupuestaria, contractual y contable coronan las singularidades de las sociedades mercantiles locales en materia de control público (artículo 85 ter 1º LRBRL).

Pero los controles que puedan establecerse sobre las sociedades locales dependientes no acaban aquí; como decimos, la entidad local o, siendo más rigurosos, la propia sociedad, una vez haya sido debidamente asesorada -o conminada-, va a tener capacidad suficiente para establecer nuevas figuras, comités, órganos o departamentos con finalidades específicas de relación, control o de supervisión en ámbitos variados (ora cumplimiento normativo, ora responsabilidad penal, ora materia disciplinaria, etc.) lo cual permitirá abarcar las dos facetas o espacios de control que ya mencionamos *ut supra* de modo que establezca un adecuado equilibrio entre los diferentes centros de poder.

⁵⁸⁶ Vid. LÓPEZ HERNÁNDEZ, A.M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, D., “El control de la gestión económico-financiera de las administraciones públicas”, *La ciencia de la contabilidad*. Dr. Mario Pifarré Riera, Edit. Universidad de Barcelona, 2005, pp. 501-502.

⁵⁸⁷ Como podrá apreciarse, hablaremos aquí de aquellos tipos de control que, si bien pueden ser esenciales para determinar la naturaleza pública o privada de la sociedad o empresa en cuestión (al estilo de lo analizado en el capítulo III.2 de este trabajo), principalmente van a desempeñar un papel instrumental en el objetivo de supervisar y equilibrar las diferentes facciones de poder que puedan darse en su entramado interno.

⁵⁸⁸ Vid. VALLECILLO MORENO, F., “Control financiero sobre sociedades públicas locales. Especial referencia a su control a posteriori por la intervención municipal y la obligatoriedad de presentación de sus cuentas anuales a la Cámara de Cuentas de Andalucía”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 3, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 27 febrero de 2009, Ref. 426/2009, pág. 426, tomo 1, Edit. LA LEY, LA LEY 289/2009, *Passim*.

Y hablamos de equilibrio porque es precisamente esta finalidad la que busca el *Corporate Governance* con el conjunto de sus propuestas. Para el gobierno corporativo el control de las sociedades significa velar por los intereses de todos y defender la buena marcha societaria evitando abusos y conculcaciones de derechos. A esto se referían GONZÁLEZ VÁZQUEZ y DORREGO DE CARLOS cuando, en alusión a las sociedades cotizadas, señalaban que “*el movimiento del corporate governance busca introducir mecanismos eficaces de control, tanto internos como externos, de los ejecutivos de las sociedades cotizadas que aseguren su fidelidad o lealtad a los intereses de los accionistas en el ejercicio de sus competencias, intentando resolver los conflictos de intereses entre el equipo de gestión y las diversas categorías de accionistas*”⁵⁸⁹.

Este es solo un ejemplo, pero no resulta complicado detectar múltiples referencias a esta necesidad de control en los principales textos de gobierno corporativo que hemos venido manejando hasta el momento: desde el mismísimo Código Olivencia con las denominadas Comisiones delegadas de control para la materia contable (auditoría)⁵⁹⁰, pasando por los Principios IC-A de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas, donde además de la previsión de esta Comisión de Auditoría se contempla la necesidad de establecer y regular sistemas de control interno y externo por parte del Consejo de Administración o la aprobación de un reglamento para controlar el funcionamiento de la Junta General⁵⁹¹. Entre alguno de los documentos más recientes, las propias Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015), abogan de forma decidida por un control del cumplimiento normativo, un control orgánico a ejercer por el órgano de administración o el control de cuentas a través de un procedimiento auditor⁵⁹², entre otros relacionados.

Creemos que se hace necesario plantear la utilización de alguna o algunas de estas prácticas que se hayan abiertas ya a su utilización por parte del sector público en el ámbito de la sociedad pública local; y esto lo justifica no solo el hecho de que, hasta hace bien poco, la sociedad pública en general y la local en particular representaba el paradigma de la gestión desastrosa, de los desmanes y de la prodigalidad en la utilización del dinero público, sino porque el control que ofrece el buen gobierno corporativo no solo ataca ese aspecto

⁵⁸⁹ Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, p. 1.

⁵⁹⁰ Cfr. Código Olivencia. Artículo 8.

⁵⁹¹ Cfr. Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas (IC-A) (2017): Primera parte (1.3.1.1); (1.3.2); (1.4.4) y Segunda parte (2.2); respectivamente.

⁵⁹² Cfr. Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015): Capítulos II.F.4; V.C y VI.B, respectivamente.

económico de la gestión de recursos públicos, ofrece además una oportunidad en el campo de la visibilidad, de la transparencia y de la dación de cuentas sobre la propia actividad pública, lo que, en definitiva, permite pasar por el tamiz de la ciudadanía afectada el “test de pertinencia” acerca de la existencia, utilidad y razón de ser de la sociedad pública en cuestión.

En cualquier caso, tal y como hemos venido diciendo a lo largo de este trabajo, control no debe ser sinónimo de una sobrecarga fútil de órganos, tampoco de una burocratización irracional de los procesos, nada más lejos; controlar en materia de gobierno corporativo debe implicar un examen individual de la sociedad pública local considerada en aras de determinar qué medidas y en qué medida es necesario introducir algunas de las propuestas que nos brinda el catálogo del buen gobierno actualmente, de modo que su funcionamiento y existencia quede justificado y que su actividad transcurra dentro de los cánones normativos de una manera eficaz, eficiente y con altas dosis de transparencia.

A continuación, veremos en líneas generales cómo se desarrollan actualmente este tipo de controles.

2. CONTROLES DE ORDEN U ORIGEN INTERNO

2.1 El ejercido por el Consejo de Administración

Como ya dijimos en los capítulos precedentes, una de las principales funciones que caracteriza el *aggiornamento* de los Consejos de Administración de las sociedades de capital en España desde que las políticas del gobierno corporativo son asumidas de manera plena es la de ejercer una labor supervisora o de control sobre la función gerencial o ejecutiva de manera paralela a las restantes funciones que legalmente tiene atribuidas y que, *grosso modo*, se condensan en gestionar y representar a la sociedad (*ex* artículos 209 y 249 bis LSC).

El “*control de la gestión*” al que aludía el Informe Olivencia⁵⁹³ va a permitir potenciar esa facultad supervisora del Consejo de Administración y encauzar las relaciones entre los gestores materiales de la sociedad y sus dueños reunidos o representados en la Junta General.

El control en sí permitirá mantener una alineación entre los objetivos sociales y las decisiones que se acuerde implementar de manera que éstas últimas no sufran desviaciones no deseadas y asegurará una adecuación de las diferentes instancias de gestión al círculo estricto de competencias que tengan formalmente atribuidas.

⁵⁹³ *Cfr.* Informe Olivencia (II.1.1). La función general de supervisión.

En el ámbito de las sociedades públicas los objetivos que un Consejo de Administración controlador va a perseguir no van a ser muy diferentes de los recién mencionados. En las propias Directrices de la OCDE a las que se refiere MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES se recomienda estructurar a los directivos que los componen de tal forma que se encuentren en condiciones de ejercer una alta supervisión del personal al servicio de la empresa pública sin sufrir interferencias políticas indebidas⁵⁹⁴. Estas mismas Directrices, en su versión de 2015, ponen de manifiesto la necesidad de que ese nuevo rol otorgado al Consejo de Administración de las empresas públicas debe servir de inspiración a la legislación de *lege ferenda* en el ámbito mercantil, dejando meridianamente clara su competencia tanto en la supervisión administrativa como en la revisión de la estrategia corporativa en el marco del objeto social que aparece definido estatutariamente⁵⁹⁵.

Esta circunstancia, y ponemos ya el foco sobre la sociedad pública local, debe observarse con ciertas reservas, no por improcedentes sino más bien calibrando la propia viabilidad de su aplicación. Como se desprende de lo estudiado en el primer capítulo de este trabajo, la evolución del sistema monista en la administración de las sociedades que trajo consigo el GC sustituía esa función puramente ejecutiva del Consejo por una progresiva competencia de control sobre los verdaderos responsables de la gestión (los *managers*), pero hay que tener en cuenta que cuando allí se hablaba de sociedades se aludía casi en exclusividad a aquellas sociedades de gran tamaño y en especial a las sociedades cotizadas (protagonistas ambas de los más reprobables escándalos financieros) donde la medida de control no solo era recomendable sino ciertamente de urgente necesidad.

Nuestra sociedad local, en cambio, va a tener un carácter limitado, tanto en lo que respecta a su dimensión como en el territorio donde va a desenvolver su actividad⁵⁹⁶, por lo que el carácter supervisor de los Consejos de Administración va a hacerse depender en la práctica fundamentalmente de la composición del mismo. Como sabemos, dicha composición va a estar determinada por la voluntad del ente local plasmada en los estatutos sociales que rijan la sociedad, siendo en estos casos recomendable que dicha composición refleje, en la

⁵⁹⁴ Vid. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., “Sociedad mercantil local: el nuevo marco...”, *op.cit.*, pp. 133-134, haciendo referencia a las “Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas” en su edición de 2011.

⁵⁹⁵ Cfr. Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Notas al Capítulo VII. Apartados A y B.

⁵⁹⁶ Debe advertirse que estamos considerando la generalidad de las sociedades públicas locales, sin perjuicio de ser conscientes de la existencia de otros supuestos en que la actividad desarrollada o el tamaño de la empresa excedan los límites territoriales o de capital que suelen ser frecuentes en este tipo de entes.

medida de lo posible, una proporcionalidad similar al que los resultados electorales locales hayan deparado para el máximo órgano representativo de la corporación local en cuestión.

De esta manera, el control del Consejo va a poder extenderse de manera inmediata sobre los propios asuntos competencia del mismo a través tanto de la fiscalización documental como de la interpelación verbal que pueda tener lugar en cada una de las sesiones a celebrar por este órgano. De igual modo, facilitará, en la línea buscada por un buen gobierno corporativo, una supervisión mediata sobre el personal y los máximos responsables ejecutivos⁵⁹⁷ que permita mantener la coherencia y el equilibrio entre objeto social y decisiones sociales.

Esta función de control del Consejo aparece fidedignamente representada por la figura del consejero independiente al que ya tuvimos ocasión de hacer referencia y cuyo papel fundamental va a consistir en cumplir una labor de vigilancia del *management*⁵⁹⁸. Reiteramos a este respecto la necesidad de plantear y sostener una amplitud de miras en la composición de los órganos de administración de las sociedades locales permitiendo la incorporación de un tipo de personal que aporte “valor externo” proveniente del sector privado y que se halle totalmente desligado y libre de ataduras políticas *in totus*⁵⁹⁹.

Dicho esto, merece ser reconocida la dificultad que, hasta cierto punto, puede conllevar la asunción de diferentes papeles por parte de las personas que integran el Consejo de Administración, pues en muchos casos la presencia política en los mismos es simultaneada con su condición de miembro de la Junta General representada por el órgano plenario local u otros órganos colegiados de gobierno local. Este tipo de prácticas que, como decimos, son tan habituales, son algunas de las que proponemos evitar; un Consejo que quiera ejercer una verdadera labor de control debe ser independiente, debe ser profesional y debe poder dedicar el tiempo suficiente a la tarea que le es encomendada.

2.2 Control mediante auditoría

De sobra es conocido que la actual legislación mercantil (LSC) exige cada año a los administradores de toda sociedad la formulación de las cuentas anuales junto con otra serie de

⁵⁹⁷ En relación a ello, el profesor PAZ-ARES destaca esa faceta de control del consejo respecto a las materias retributivas de los órganos ejecutivos de la sociedad; así *vid.* PAZ-ARES, C., “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº 2, Sección Estudios, 2008, pág. 15, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 23154/2008, p. 34.

⁵⁹⁸ *Vid.* DEL VAL TALENS, P., “Los consejeros independientes ante...”, *ob.cit.*, p. 4.

⁵⁹⁹ Al respecto, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., “El futuro de los consejeros independientes...”, *op.cit.*, p. 22.

documentación de cara a su control y publicidad en registros de carácter público (artículo 253).

Hablábamos también en el capítulo anterior al tratar el supuesto de las sociedades públicas de ámbito local sobre la necesidad de que dicha documentación de tipo económico sea examinada a fin de comprobar que se ajuste a la legalidad vigente, o dicho de otra manera, la necesidad de que sea auditada, bien por un auditor externo en el caso de no estar exceptuados de esta obligación (*ex* artículo 263.2 LSC) o bien por el órgano interventor de la entidad local correspondiente de acuerdo con la normativa aplicable⁶⁰⁰, el cual realizará en cualquier caso un control financiero de su actividad. Este último control, junto con las cuentas anuales, serán presentados ante el órgano plenario del ente local.

A colación de esto último, vemos como, en cualquier caso, los procesos de auditoría van a estar presentes siempre en la vida de las sociedades públicas locales de modo que cuando sean auditadas externamente o por el órgano interventor local el objeto de control abarcará primeramente la auditoría de cuentas propiamente dicha para comprobar que las mismas reflejen una imagen fiel de la sociedad a nivel patrimonial, de situación financiera o ejecución presupuestaria; también serán objeto de una auditoría de cumplimiento para ver la correspondencia entre operaciones y normas aplicables y, por último, tendrá lugar una auditoría operativa sobre procedimientos y operaciones a fin de revisar que se amolden esencialmente a los principios de la buena gestión.

Como decíamos, la auditoría va a estar presente también en el control financiero de la sociedad pública local que deberá realizar en todo caso la intervención local y que consistirá en la verificación, realizada con posterioridad y efectuada de forma sistemática, de la actividad económico-financiera del sector público local, mediante la aplicación de los procedimientos de revisión selectivos contenidos en las normas de auditoría e instrucciones que dicte la Intervención General de Administración del Estado (IGAE)⁶⁰¹.

En consecuencia con lo expuesto, puede afirmarse que es éste un sistema que aparece exigido tanto por el Derecho mercantil como por el Derecho administrativo destinado a la

⁶⁰⁰ Reiteramos la necesaria consulta a este respecto de lo previsto en el artículo 213 del texto refundido de la ley reguladora de las haciendas locales (RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), el artículo 29.3 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico de control interno en las entidades del Sector Público y la Consulta resuelta por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de fecha 29 de septiembre de 2017.

⁶⁰¹ *Vid.* RUIZ GARCÍA, E., “El control de las entidades exentas de la función interventora como modalidad del control interno”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° II, Sección Crónica, Julio 2018, pág. 127, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 7387/2018, pp. 2-3.

necesidad de someter a las sociedades públicas locales a controles de auditoría y que va a sentar las bases de un tipo de control que también ha sido objeto de análisis y estudio por las políticas del gobierno corporativo societario resultando perfectamente trasladable a este tipo de entidades.

Dicho esto, observamos cómo el movimiento del *Corporate Governance* ha puesto de manifiesto en no pocas ocasiones a lo largo de su trayectoria evolutiva la importancia otorgada a la cuestión de la auditoría como mecanismo de control interno. Y decimos bien, “control interno”, pues a pesar de que la auditoría pueda contener a su vez una doble dimensión interna y externa, su encargo y aplicación va a tener como epicentro el seno de la organización⁶⁰².

En este sentido, la dimensión interna que interesa al gobierno corporativo hace alusión a aquella auditoría de orden interior que va a resultar útil para la mejora de los procesos de gestión del riesgo, de control y del propio gobierno corporativo con la finalidad de facultar la obtención clara y detallada de toda la información de interés para la empresa que deba ser objeto de publicidad⁶⁰³.

En la sociedad pública local este tipo de auditorías estarían asemejadas a aquellos procesos de calidad que en el momento actual se encuentran mucho más desarrollados en las propias organizaciones locales de las que dependen estas sociedades que en las propias sociedades. El análisis de los procesos de gestión, la simplificación y agilización de los procedimientos son hoy día un reto muy presente en las políticas públicas locales (sobre todo si tenemos en cuenta el acicate que supone la normativa de administración electrónica que continuamente se incorpora al ordenamiento jurídico). Estos análisis o auditorías de la gestión van a encontrar en los directivos de la sociedad local a sus principales baluartes los cuales, como en tantos otros casos, deberán obtener el refrendo (antes) y la supervisión (después) del principal órgano de administración del ente: el Consejo de Administración⁶⁰⁴.

Por otra parte, la dimensión externa de la que también hablábamos se refiere a la auditoría de cuentas propiamente dicha que va a resultar crucial para verificar la calidad y la exhaustividad de la contabilidad social y que va a ser encargada a unos profesionales independientes ajenos a la organización. El gobierno corporativo se fija en ella porque refuerza la confianza empresarial y permite depurar la información financiera y no financiera

⁶⁰² Cfr. Dictamen del Consejo de Estado N° 1274/2014, de 15 de enero de 2015.

⁶⁰³ Vid. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., “Sociedad mercantil local: el nuevo marco...”, *op.cit.*, p. 130.

⁶⁰⁴ Cfr. Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Capítulo VII. Apartado J.

que debe ser divulgada, dicho con otras palabras, potencia y refuerza la necesidad de que el mercado sea progresivamente más eficaz y más eficiente.

Entonces, si esto último resulta válido para las empresas privadas, tanto más lo será para las empresas públicas que ostentan la responsabilidad de manejar recursos que en origen pertenecen a todos para devolverlos en forma de servicios útiles para la ciudadanía o de una actividad económica esencial. Ya en los primeros textos del gobierno corporativo español se incidía en su importancia; así, el Informe Olivencia defendía ya entonces la creación dentro del Consejo de Administración de una Comisión delegada que se encargara de evaluar el sistema de verificación contable de la sociedad, que velara por la independencia del auditor externo y que revisara el sistema de control interno; es la que denominaba precisamente como “Comisión de Auditoría”⁶⁰⁵ y que finalmente fue reconocida como esencial así como de necesaria existencia por la legislación mercantil para las sociedades cotizadas con motivo de la reforma de la LSC en 2014 para la mejora del gobierno corporativo (artículo 529 quaterdecies).

También incidiendo en esa necesidad de independencia del auditor externo se pronuncian las Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015) cuando confirman la necesidad de someter los estados financieros de este tipo de sociedades a los mismos estándares que las empresas cotizadas. Además, alude expresamente a la pertinencia de estos procesos de auditoría con independencia de que existan otros procedimientos públicos de control específicos que puedan ser establecidos por el Estado⁶⁰⁶.

Debemos tener claro que el objetivo de conseguir que los auditores de cuentas trabajen libres de interferencias de la línea ejecutiva no va a depender de la reputación de las firmas auditoras sino del cumplimiento de los requisitos que legalmente se vienen estableciendo. Ya en su momento, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, modificaba la Ley de Auditoría para endurecer los requisitos de independencia de los auditores⁶⁰⁷. Actualmente es la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas la norma que aglutina todas las garantías para que toda la información económico financiera haya sido verificada por un tercero independiente⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ *Cfr.* Informe Olivencia II.3.6.

⁶⁰⁶ *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Capítulo VI. Apartado B y Notas al capítulo VI. B.

⁶⁰⁷ *Vid.* GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, p. 8.

⁶⁰⁸ Sobre las posibilidades de colaboración entre las firmas auditoras y las entidades locales no solo en materia de auditoría externa independiente sino incluso en función de auditor continuado de orden interno véase NIETO

En cualquier caso, y como ya hemos tenido ocasión de manifestar en otras partes de esta investigación, no creemos que la sociedad pública local sea el sujeto jurídico más idóneo donde poner en práctica aquellas medidas o estructuras que, como la citada Comisión de Auditoría que indudablemente pueden resultar esenciales y beneficiosas para otro modelo de sociedades debido a su propia dimensión o complejidad estructural, podrían llegar a ser en cierto modo redundantes cuando no inoperantes en el seno de la sociedad local. Consideramos que la eficacia y la eficiencia no se halla en la acumulación de fórmulas orgánicas dentro de una estructura que, por definición, resulta limitada, sino en la mejor redistribución funcional.

De este modo, la limitación que desde nuestra perspectiva personal defendemos no es óbice para el planteamiento de una adecuada reasignación de funciones en el marco de la sociedad local, donde todas las cuestiones relativas al control de auditoría residan en una figura concreta que se haga responsable de esa parcela con carácter exclusivo y donde se reporte periódicamente (como mínimo anualmente) ante el órgano de administración.

2.3 La reglamentación como sistema de control interno

Muchas de las prescripciones que desde el gobierno corporativo inicialmente se habían lanzado como meras recomendaciones han terminado por convertirse en normas de derecho positivo que pasan a ser aplicables a las sociedades de capital con carácter imperativo. En este apartado nos queremos detener en esa virtualidad transformadora que posee la potestad normativa de los entes públicos⁶⁰⁹, y en concreto, en cómo la potestad reglamentaria de los entes locales puede convertirse en un importante instrumento de control sobre su sector público societario de cara a la aplicación de aquellas medidas que se consideren de utilidad que puedan ser sustraídas del movimiento sobre el buen gobierno corporativo.

Pues bien, haciendo un repaso fugaz a lo ya tratado, recordaremos que las entidades locales tienen reconocida su potestad normativa (y de autoorganización) en el artículo 4 de la LRBRL dentro de cuyo conjunto formarían parte los estatutos sociales de las sociedades mercantiles que sean dependientes de las mismas, pues dichos estatutos se erigen en la norma básica que rige el funcionamiento y organización de estas entidades mercantiles. Además, este mismo texto legal atribuye a dichos estatutos la facultad de determinar la forma de

GUTIÉRREZ, P. y CATALÁN BLASCO, M.A., “La colaboración con firmas privadas de auditoría en el control interno de las entidades locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° II, Sección Crónica, Julio 2018, pág. 142, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 7389/2018.

⁶⁰⁹ O, dicho de otro modo, hablamos de la capacidad de los entes públicos para crear normas jurídicas en el sentido clásico del sintagma, esto es, de normas que posean los caracteres de abstracción, generalidad y coercibilidad propios de toda norma jurídica.

designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración de las sociedades mercantiles locales, así como los máximos órganos de dirección de las mismas (artículo 85 ter 3º LRBRL).

Esta obligación -y a la vez posibilidad- de confeccionar los estatutos sociales de las sociedades públicas locales constituye una de las principales herramientas que pueden ser utilizadas para incidir de forma positiva en el gobierno de la empresa local de manera que puedan adecuarse a aquellas estructuras o medidas de dirección que la entidad local considere idóneas en función de su peculiar configuración. Es precisamente a nivel estatutario donde podrá reconocerse a la entidad local o a los órganos que ésta determine la capacidad para hacer uso de la capacidad reglamentaria *ad intra* en caso de considerarse necesario. No olvidemos que ya en el capítulo anterior defendíamos la posible existencia de ciertos reglamentos específicos para el órgano de administración de acuerdo con lo mantenido por HIERRO ANIBARRO⁶¹⁰ en lo que a la aplicación de medidas de gobierno corporativo de las sociedades no cotizadas se refería. Decíamos concretamente que cabe valorar como positiva la opción de prever una regulación específica para el Consejo de Administración donde se incluya el sometimiento de su actividad a evaluaciones de carácter periódico, y para ello mencionábamos las propuestas que, en este sentido, ofrecían el Código de Buenas Prácticas del EcoDa o el Código Buysse II.

Este control mediante la reglamentación no es nuevo pues el propio Informe Olivencia hacía suya la propuesta de utilizar dicha potestad no tanto para imponer medidas concretas a través de la reforma legislativa como para la creación y regulación interna de otros órganos de supervisión⁶¹¹, cuestión que, en el caso de las sociedades públicas locales sí que implicaría necesariamente a aquellos órganos titulares de la potestad reglamentaria a nivel local. En un sentido similar se pronunciaba el Informe Aldama⁶¹² o los Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas no cotizadas del IC-A⁶¹³. Ahora bien, tampoco podemos desconocer que esta reglamentación interna como medida de control para la implantación de un buen gobierno corporativo es una cuestión que se encuentra mucho más normalizada y

⁶¹⁰ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”, *op.cit.*, p. 43.

⁶¹¹ Cfr. Informe Olivencia. Apartado 3.6.

⁶¹² Cfr. Informe Aldama. Apartado IV.5º.

⁶¹³ Cfr. Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas no cotizadas del IC-A. Primera Parte. Apartado 1.2.1.

arraigada en el ámbito de las sociedades cotizadas, circunstancia de la que se ha hecho eco la doctrina a lo largo de los últimos años⁶¹⁴.

Pero no solo cabe hablar de esa posibilidad de sometimiento o control normativo sobre las sociedades públicas locales en un sentido político-organizativo, sino que de hecho se asume igualmente con total normalidad que la actividad económico-financiera de la sociedad sea asimismo objeto de fiscalización a través de normas concretas elaboradas o diseñadas por el ente local para este tipo de entes dependientes. Fijémonos a este respecto en lo prevenido por el artículo 165.1 del TRLHL y el artículo 9.1 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo primero del Título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos, ambos relacionados con las bases de ejecución como contenido del presupuesto general de las entidades locales.

El primero de esos artículos señala que “[...] Asimismo, incluirá las bases de ejecución, que contendrán la adaptación de las disposiciones generales en materia presupuestaria a la organización y circunstancias de la propia entidad, así como aquellas otras necesarias para su acertada gestión, estableciendo cuantas prevenciones se consideren oportunas o convenientes para la mejor realización de los gastos y recaudación de los recursos [...]”.

Por su parte, el segundo artículo aludido prevé en un sentido casi literal al anterior que *“El Presupuesto General incluirá las bases de ejecución del mismo que contendrán, para cada ejercicio, la adaptación de las disposiciones generales en materia presupuestaria a la organización y circunstancias de la propia Entidad y de sus Organismos autónomos, así como aquellas otras necesarias para su acertada gestión, estableciendo cuantas prevenciones se consideren oportunas o convenientes para la mejor realización de los gastos y recaudación de los recursos [...]”*.

Evidentemente y aún a pesar de que este último precepto se refiera solo a la entidad local y a sus organismos autónomos, el carácter de instrumento abierto de autonomía

⁶¹⁴ Véase IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “El gobierno corporativo en las empresas del mercado alternativo bursátil”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 139/2015, parte Crónicas, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2015. También *vid.* ALONSO UREBA, A., “El modelo de administración de la SA cotizada en el código unificado de buen gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 27/2006 2, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2006.

normativa en materia presupuestaria ha consolidado el hecho de que las bases de ejecución del presupuesto local sean utilizadas recurrentemente para establecer las peculiaridades del control financiero y de fiscalización que corresponde a las sociedades mercantiles que se encuentren dentro del sector público local considerado⁶¹⁵.

Por tanto, consideramos que la capacidad de las Administraciones locales para configurar o instaurar determinados filtros o sistemas de control que contribuyan a incrementar la transparencia y la objetividad en el funcionamiento societario local tiene un margen de maniobra suficiente mediante el uso de las potestades normativas que se le reconocen, siempre y cuando manteniendo el respeto debido a los límites que quedan determinados legalmente, si bien es cierto que, en nuestra opinión, aquellas limitaciones o prevenciones -necesarias y no cuestionadas- que impone el Derecho administrativo en materia de normativa societaria para el régimen local implican un cierto grado de sacrificio en consideración a un bien jurídico mayor⁶¹⁶ pero que, sin embargo, va a dificultar la incorporación más ágil de determinadas prácticas de buen gobierno corporativo.

2.4 El *Compliance* en la sociedad pública local

Muy relacionada con la potestad de reglamentación que acabamos de comentar se halla el concepto de *Compliance* que analizamos continuación, y ello porque con el término *Compliance*⁶¹⁷ se está haciendo referencia también a una función de autorregulación mediante la cual una determinada organización aspira a garantizar el cumplimiento normativo y la integridad de su comportamiento de modo que puedan evitarse posibles riesgos jurídicos o la pérdida de credibilidad. Esto, como señala ARAGÓN ROMAN, se nos muestra como algo

⁶¹⁵ *V.gr.* puede consultarse lo previsto en las Bases de ejecución del Presupuesto del Excmo. Ayuntamiento de Málaga para 2019.

<http://www.malaga.eu/recursos/web/ayuntamiento/economia/presupuestos/2019/2-ayuntamiento/Basesdeejecucion.pdf> (Consultado 02/12/2019).

⁶¹⁶ *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M., “Legalidad y sometimiento a la ley y al Derecho”, “*Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*”, SANTAMARIA PASTOR, J.A. (Dir.) *et al.*, LA LEY, Madrid, 2010, pp. 55-59.

⁶¹⁷ El Comité de Basilea (denominación con la que se conoce al Comité de Supervisión Bancaria de Basilea) (BCBS), define el *Compliance* como “una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, es decir, el riesgo de recibir sanciones por incumplimientos legales o regulatorios, sufrir pérdidas financieras o pérdidas de reputación por fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas (juntos -leyes, reglas y estándares-)”, *apud* CAMPOS ACUÑA, C., “Funcionarios de Habilitación Nacional y *Compliance* en el empleo público local. ¿Una oportunidad de colaboración o una contradicción legal?”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº V, Sección A Fondo, Edit. Wolters Kluwer, noviembre 2019, p. 8.

perfectamente aplicable al sector público; es lo que se denomina como “*Public Compliance*”⁶¹⁸ o políticas de integridad institucional.

Es concretamente esa asunción imprudente de riesgos lo que con el sistema de *Compliance* trata de erradicarse dentro de las prácticas de gestión de las organizaciones, ya sean éstas de naturaleza pública o privada. En materia societaria, ese era en buena parte el objetivo que perseguía la reforma de la ley de sociedades del año 2014, materializada en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Y es que, un buen gobierno corporativo incluye tanto establecer sistemas de prevención de riesgos como estructurar la organización de manera que puedan delimitarse con total claridad la cadena de responsabilidades en materia de cumplimiento normativo, aspectos todos tratados por esta figura. Los textos que recogen las principales recomendaciones de buen gobierno corporativo hacen recurrentes alusiones a esta necesidad de establecer programas de cumplimiento normativo y de control de riesgos (Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas⁶¹⁹ o los Principios de Buen GC para Empresas no Cotizadas⁶²⁰)

En cualquier caso, sea cual sea el sistema de *Compliance* que se instaure en la organización, el mismo deberá estar orientado hacia un doble cometido: la integridad del personal (con la mejora de la conducta de las personas) y la supervisión (la vigilancia y control de sus comportamientos).

Es posible encontrar el origen legal del *Compliance* dentro del sector punitivo de nuestro ordenamiento jurídico en el momento en que mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se incorporó al Código Penal (CP) la regulación detallada sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos⁶²¹ en su artículo 31 bis, que, tras la nueva reforma del mismo llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incorpora en su apartado segundo⁶²² las posibles exenciones de

⁶¹⁸ Vid. ARAGÓN ROMÁN, A., “Guía práctica para la implantación de un sistema de prevención de riesgos jurídicos y administrativos en el sector público local “*Local Public Compliance*”, *Revista digital CEMCI*, Nº 42, abril-junio 2019, pp. 1-2.

⁶¹⁹ Cfr. Capítulo II.F.4; Notas al Capítulo II.4; Capítulo V.C; Notas al Capítulo V.C.

⁶²⁰ Cfr. Parte Primera 1.4.1.; 1.4.3; 1.4.4.

⁶²¹ Hasta ese momento regía en nuestro ordenamiento jurídico el brocardo “*societas delinquere non potest*” (Una sociedad no puede delinquir).

⁶²² Artículo 31 bis apartado 2º:

Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

responsabilidad para el caso de cumplir determinadas condiciones (las técnicas del *Compliance*).

A la vista de este artículo, volvemos a reiterar lo dicho un poco más arriba para afirmar, con CAMPOS ACUÑA, que son éstas las características de un programa “*cuya metodología y procedimentalización podría servir para la elaboración y aprobación de un programa de Compliance administrativo, para gestionar los riesgos en el conjunto de los ámbitos de gestión*”⁶²³.

Continuando en este texto normativo (CP), de especial relevancia para el objeto de nuestro estudio resulta lo previsto en el artículo 31 quinquies CP, pues, en su primer apartado, después de excluir de responsabilidad penal como persona jurídica, entre otras, a las Administraciones públicas territoriales –siendo una de ellas la Administración Local– establece, en su apartado segundo, la expresa responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas, si bien con varios matices, como que sean sociedades que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general y limitando sus penas⁶²⁴. Por lo tanto, las sociedades públicas locales, en materia penal, podrán entrar perfectamente en el sistema de *Compliance* que articula el citado artículo 31 bis 2º CP, para lo cual deberán establecerse unos específicos modelos de control y supervisión dentro de la organización.

Sin embargo, no solo cabe pensar en un sistema de *Compliance* penal para la sociedad pública local, pues en la línea de lo señalado anteriormente, el Derecho público administrativo tiene mucho que decir a este respecto. Un buen ejemplo de ello lo proporciona la legislación contractual⁶²⁵, que tras la aprobación de la Ley 9/2017 (LCSP), introduce decididamente ciertas medidas que favorecen la integridad de las licitaciones y la mayor competitividad de

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

⁶²³ Vid. CAMPOS ACUÑA, C., “*Compliance* en la LCSP, de la teoría a la práctica: una ventaja competitiva”, *Actualidad Administrativa*, Nº 12, Sección Actualidad, Edit. Wolters Kluwer, diciembre 2019, p. 5.

⁶²⁴ Esta última limitación desaparece en el caso de que el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. Artículo 31.2 quinquies CP *in fine*. Además, en relación a ese régimen de limitación penal consúltese la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. (Referencia BOE: FIS-C-2016-00001).

⁶²⁵ Vid. CAMPOS ACUÑA, C., “Posibilidades del *Compliance* en la contratación pública: elementos clave para su utilización”, CASTILLO BLANCO, F. A. (Coord.), “*Compliance e integridad en el sector público*”, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 213-247.

las ofertas⁶²⁶. De este modo, la naturaleza del sistema de cumplimiento que se diseñe en la sociedad local podrá ser tan variado como los ámbitos en donde ejerza su actividad.

Respecto a la organización y designación formal de los sistemas de *Compliance* que pudieran implantarse en las sociedades públicas locales, debemos hacer referencia a las propuestas que a día de hoy pueden encontrarse tanto en el espacio de la sociedad privada como en el ámbito del Derecho público.

A este respecto, algunas de las iniciativas planteadas a nivel de Administración Local pasan por la instauración de un organigrama, como el que nos aporta ARAGÓN ROMÁN⁶²⁷, el que se vean contemplados órganos representativos del poder político, sindical y técnico como órganos de nivel superior y con funciones de control, seguimiento, evaluación, supervisión y que podrían establecerse como Consejos de cumplimiento y organización; también Delegados de cumplimiento y organización como máximos responsables técnicos en estas materias; unos Comités de Cumplimiento y organización, de composición técnica e integrado por el Delegado y los máximos responsables de las diferentes áreas de acción administrativa; y finalmente, los propios responsables directos en materia de cumplimiento y organización que deberá recaer sobre cada uno de los titulares de los diferentes departamentos de acción administrativa en que se encuentre dividida la Administración Local afectada⁶²⁸.

Del lado de las grandes sociedades también es posible localizar modelos sobre estructuras de control donde se prevean departamentos específicos en materia de *Compliance*. En este caso, resulta común el diseño de un órgano autónomo con facultades de iniciativa y control (normalmente denominado *Compliance Officer* u Oficial de Cumplimiento) que, ya sea unipersonal o colegiado, presidirá y dirigirá el Comité de Cumplimiento junto con el resto de órganos de control existentes en la sociedad (Consejo de Administración; Consejero Delegado; Comisión de Auditoría, etc.). Este Comité de *Compliance* realizará las labores de seguimiento, coordinación y apoyo a todos los responsables del control en cada una de las áreas de negocio⁶²⁹.

⁶²⁶ Artículo 64 LCSP (lucha contra el fraude, favoritismo y corrupción); artículo 99 LCSP (división en lotes de los contratos siempre que sea posible) o artículo 145.4 (obtención de recursos de calidad configurando adecuadamente los criterios de adjudicación).

⁶²⁷ Vid. ARAGÓN ROMÁN, A., “Guía práctica para la implantación...”, *ob.cit.*, pp. 13-14.

⁶²⁸ Véase también el organigrama que propone CAMPOS ACUÑA, C., “Funcionarios de Habilitación Nacional y *Compliance*...”, *op.cit.*, donde estudia la posibilidad de colocar a la cabeza de los programas de *Compliance* local a los Funcionarios con Habilitación Nacional (Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local), *passim*.

⁶²⁹ <https://www.iberley.es/temas/estructura-control-62714> (Consultado: 06/12/2019).

Aunando estos dos modelos señalados, creemos que la estructura que, de inicio, presenta la sociedad pública local va a permitir combinar dichas propuestas. Siguiendo la tendencia que venimos defendiendo a lo largo de nuestra investigación, el objetivo principal a perseguir debe ser el logro de la mayor eficacia con la menor estructura y sobrecarga orgánica posible (no olvidemos que, por lo general, la dimensión de la sociedad local va a ser especialmente limitada). Consideramos que en el marco del reparto funcional que afirmamos como beneficioso realizar dentro del Consejo de Administración es donde debe emerger la figura del responsable del cumplimiento normativo al estilo del *Compliance Officer* que se halla extendido en el ámbito societario de las grandes empresas. Este oficial de cumplimiento, aun comprendiendo su dificultad, debería tener autonomía suficiente para ejercer las tareas de supervisión y control correspondientes libre de ataduras políticas, pues en este caso debe primar el interés general en el cumplimiento normativo y la prevención de riesgos futuros sobre dirección política de la decisión; es por ello que, de nuevo, abogamos por la necesaria presencia en los Consejos de Administración de las sociedades locales de consejeros independientes con experiencia en este tipo de materias.

Consideramos también viable, e incluso imprescindible, que a la cabeza de dichos programas deban existir representantes políticos como figuras de responsabilidad última en estas cuestiones y es aquí donde podrá configurarse lo prevenido anteriormente sobre la plausible existencia de un Comité de Cumplimiento y Organización, de naturaleza representativa, técnica y de defensa de los intereses que se vean afectados en cada caso. Es más, resulta coherente residenciar dicho Comité en la Administración Local matriz de la sociedad que implemente sus programas de *Compliance*. Esta supervisión ajena a la sociedad, pero dentro del sector público local considerado, permitirá analizar con prudencial distancia las posibles irregularidades o deficiencias encontradas en dichos programas.

No cabe duda de que la implementación de este tipo de programas conllevará de forma correlativa la necesidad de emitir las necesarias resoluciones sobre la organización local por parte del órgano competente (normalmente alcalde o presidente) y la modificación/regulación de los estatutos sociales que rijan las diferentes sociedades dependientes (realizada por el órgano plenario de la Entidad Local) de manera que se produzca un engarce entre unas y otros.

Sobre el contenido sustancial de los programas propiamente dichos y tomando como base los modelos de *Compliance* penales, tan solo mencionar que deberán recoger, al menos,

los siguientes elementos de acuerdo con el sentido expresado por CAMPOS ACUÑA para la gestión pública local⁶³⁰:

- Detección de posibles riesgos o áreas de debilidad reflejados de una manera sistemática.
- Clara delimitación de los procesos de toma de decisión para facilitar la comprobación del nivel de cumplimiento.
- Encauzar y proteger adecuadamente la posibilidad del *whistle-blower* o denunciante de buena fe ante la advertencia de irregularidades o incumplimientos.
- Previsión de un sistema sancionador frente a posibles incumplimientos.
- Sistemas de revisión periódica y verificación continua del programa para su actualización y ajuste permanente.

3. CONTROLES DE ORDEN U ORIGEN EXTERNO: LA INFORMACIÓN COMO PIEZA CLAVE

3.1 El derecho de información: el deber de informar

La información –el estar suficientemente informado- constituye actualmente la piedra angular sobre la que reposan las interacciones que afectan al funcionamiento adecuado de cualquier tipo de sociedad, sea pública o no. Podría decirse que recibir una información adecuada y veraz por parte de una empresa individualmente considerada constituiría el *feedback* necesario y exigido que se corresponde con la confianza que se ha depositado en la misma.

La obligación de suministrar dicha información ha sido considerada tradicionalmente uno de los aspectos claves del control externo societario que ha acompañado a las políticas del buen gobierno corporativo desde sus inicios tanto fuera como dentro de España. En lo que a nuestro país respecta, el mismo Informe Olivencia resaltaba que, respecto de las sociedades cotizadas, “*la política de transparencia informativa impone a estas sociedades la obligación de suministrar al mercado información precisa y fiable sobre sus actividades y resultados*”⁶³¹, información que abarca tanto los conocidos “hechos relevantes”⁶³² como

⁶³⁰ Vid. CAMPOS ACUÑA, C., “Funcionarios de Habilitación Nacional y *Compliance*...”, *op.cit.*, pp. 9-10.

⁶³¹ Cfr. Informe Olivencia II.10.1.

⁶³² Cualquier hecho, situación o información que pueda influir de manera importante en una empresa y su cotización en los mercados.

aquellos aspectos estructurales de orden interno que puedan suponer alteraciones sustanciales en el régimen de la sociedad⁶³³.

También el Informe Aldama destacaba la importancia de la información como punto clave en la formación de los precios y detalla en apartados sucesivos como dicha información debe ser completa, correcta, equitativa, simétrica y en tiempo útil. Aquí se realza y juega un papel fundamental el principio de “cumplir o explicar” señalando que al menos las sociedades deben transmitir al mercado la información relativa al grado de adopción de las reglas o criterios de buen gobierno corporativo, con independencia de que esas reglas o criterios tengan una naturaleza vinculante o no⁶³⁴. Es importante incidir en la caracterización de la información como simétrica pues precisamente un adecuado cumplimiento del deber de información contribuirá a evitar uno de los más habituales fallos del mercado, el conocido como “información asimétrica” y que tal y como ponía de manifiesto HIERRO ANIBARRO era un supuesto muy recurrente en los casos en que la empresa debía recurrir al crédito bancario para obtener financiación⁶³⁵.

Hay que ser conscientes de que las principales recomendaciones de gobierno corporativo en lo atinente al deber de información societaria están previstas legalmente para las sociedades cotizadas. En un primer momento fructificaron mediante la modificación de la Ley del Mercado de Valores de 1988 por medio de la Ley 26/2003, de 17 de julio (Ley de Transparencia societaria)⁶³⁶, incluyendo una serie de aspectos que debían ser cumplidos y que se concretaban en: el Informe Anual de Gobierno Corporativo; facilitar la información vía Web societaria; comunicar a través de diferentes documentos e informes las operaciones realizadas con partes vinculadas (normalmente por semestres) y, finalmente, publicitar los “pactos parasociales”⁶³⁷ que se hayan concluido.

⁶³³ Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, p. 9.

⁶³⁴ Cfr. Informe Aldama II.1 y II.2.

⁶³⁵ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”, *op.cit.*, p. 376.

⁶³⁶ Examínese el estudio realizado en su día a este respecto por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Derecho de información del accionista e instrumentos y obligaciones de información de la sociedad”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 24/2005, parte Estudio, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2005.

⁶³⁷ Conforme sienta el Tribunal Supremo en su Sentencia 589/2014, de 3 de noviembre (RJ 2014/5870), “los llamados pactos parasociales o pactos reservados son acuerdos celebrados por los socios que no son recogidos en los estatutos, destinados a regular cuestiones relacionadas con el funcionamiento u operativa de la sociedad”.

Actualmente, toda esta información se encuentra exigida también para las sociedades cotizadas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LSC)⁶³⁸.

Conviene hacer en este punto un apunte acerca de la diferenciación existente en el ámbito societario entre los distintos sujetos posibles implicados en esta finalidad informativa.

En primer lugar, nos encontramos con el derecho/deber a la información que atañe al consejero administrador como miembro del órgano gestor de la sociedad en el sentido que preceptúa el artículo 225.3 de la LSC sobre el deber de diligencia de los administradores⁶³⁹. Han sido numerosas las sentencias recaídas en este sentido con carácter previo a la publicación de la Ley de Transparencia societaria, produciendo a este respecto la Ley tan solo, un efecto paliativo en cuanto a la carga de la prueba exigida a los administradores que aleguen una infracción del derecho a la información que en cualquier caso les incumbe como responsables de la marcha de la sociedad. Es necesario aclarar que nos referimos a un derecho de información de ejercicio individual pues el conocimiento del devenir empresarial por parte del Consejo en su conjunto se da por supuesto⁶⁴⁰.

En un segundo lugar conviene detenerse en el derecho a la información del socio, representativo del capital, y en cuyo caso volvemos a encontrar una regulación y una casuística muy dilatada en el ámbito jurisdiccional también con antelación a la publicación de la Ley de Transparencia societaria. Por ejemplo, en la Sentencia de 19 de septiembre de 2013⁶⁴¹, el Tribunal Supremo consolida su amplia concepción del derecho de información del socio consagrado en los artículos 196 y 197 de la LSC que deja de ser un derecho instrumental del ejercicio del derecho de voto y, por tanto, limitado funcionalmente por la finalidad de permitir al socio ejercer dicho derecho de forma racional, para convertirse en un derecho autónomo que abarca cualquier tipo de contenido relacionado con el orden del día de la Junta sin más límites que su ejercicio tempestivo, los que derivan del interés social y los de la prohibición del abuso de derecho.

⁶³⁸ Cfr. Capítulos VIII “*Pactos parasociales sujetos a publicidad*” y IX “*La información societaria*” del Título XIV de la LSC.

⁶³⁹ Artículo 225 redactado por el apartado trece del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre).

⁶⁴⁰ Confróntese a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005 (RJ 2005/8884); Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de marzo de 2006 (JUR 2006/264370); Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2001 (RJ 2001/1002); Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 24 de mayo de 2007 (JUR 2007/295344); Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de julio de 2006 (JUR 2006/224700); Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de octubre de 2006 (JUR 2007/76308) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de febrero de 2008 (JUR 2008/154467).

⁶⁴¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 531/2013 de 19 de septiembre (RJ 2013/6401).

De la regulación prevista en los artículos mencionados se deriva la necesidad de que el derecho de información no pueda denegarse cuando sea exigido como mínimo por un 25% del capital social, no siendo causa de impugnación de la Junta General su vulneración, aunque si cabe resarcimiento de daños y perjuicios causados. Como puede verse, la Ley de Transparencia no viene a añadir ni a quitar nada a esta regulación, aunque en el caso de los representantes públicos tampoco le resultaría de aplicación por ostentar éstos un estatus jurídico diferente al que corresponde al resto de los ciudadanos.

Merece la pena ahora hacer una reflexión sobre la situación de aquellos cargos públicos pertenecientes a las Corporaciones locales que no formasen parte de los Consejos de Administración de las sociedades dependientes. Tal y como como distingue BALLINA DÍAZ, si bien desde el punto de vista del Derecho privado los representantes locales no consejeros tienen reconocido el derecho a la información relativo a todos aquellos puntos que integran el orden del día de las sesiones que celebre la Junta General de la sociedad (*ex* artículos 196 y 197 LSC), desde el punto de vista del Derecho público la circunstancia de integrar o no los órganos de gobierno y administración societarios resulta más matizado si cabe, pues la *vis atractiva* de la función representativa y participativa constitucionalmente reconocida a estos representantes públicos (artículo 23.1 CE) inclinan este derecho de información hacia todas aquellas materias imprescindibles y esenciales que permitan conocer efectivamente el funcionamiento de la empresa de que se trate⁶⁴². En definitiva, creemos que este derecho a la información societaria entronca perfectamente con el reconocido a nivel local para todos los miembros de las Corporaciones Locales tanto en el artículo 77 LRBR como en los artículos 14, 15 y 16 del ROF, sin que sea un requisito inescindible para su acceso el hecho de formar parte activa en los órganos de gobierno y administración de la sociedad pública local.

Retomando la cuestión sobre la distinción de aquellos sujetos implicados en el derecho a la información, podría hablarse en último lugar del derecho de información que posee el ciudadano en general en relación con el funcionamiento de la sociedad que gestiona el servicio público que le afecta o la sociedad pública que entra en concurrencia con sus intereses; en estos casos, su regulación será la recogida con carácter general en la Ley de Transparencia societaria y con los límites allí impuestos. La principal diferenciación en sentido material sobre la información a la que podrán tener acceso estos ciudadanos en

⁶⁴² Vid. BALLINA DÍAZ, D., “*Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...*”, *op.cit.*, pp. 322-326.

comparación con el resto de sujetos legitimados vendrá dada por aquellos asuntos protegidos por el deber de confidencialidad que a aquellos sujetos implicados en la gestión societaria les incumbe.

Pues bien, toda esta argumentación acerca de la necesaria correspondencia existente entre dar y obtener información precisa y clara sobre la sociedad local ha sido atendida también por la corriente del *Corporate Governance*. Más allá de la dispar regulación que en materia de sociedades ha introducido la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, donde la nueva redacción de los artículos 196 (para sociedades limitadas) y 197 (para sociedades anónimas) antes mencionados ha generado más confusión que certidumbre a la hora de valorar el ejercicio de ese derecho⁶⁴³, resulta fundamental para el buen gobierno corporativo reconocer un derecho de información amplio, fluido y periódico entre el órgano de administración y los socios, especialmente con aquellos que se encuentren más desvinculados con la gestión social.

Esta circunstancia es reconocida por ejemplo por el IC-A, donde en sus Principios de Buen Gobierno Corporativo para empresas no cotizadas prevé en relación con la Junta General la existencia de un Derecho de información de los accionistas como cuña de la filosofía del gobierno corporativo y atribuye al órgano de administración la responsabilidad de garantizar su correcto funcionamiento, así como de presentar una información completa y comprensible⁶⁴⁴. También puede encontrarse referencias a este derecho en las Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015) donde, por un lado, al abordar el tratamiento de los accionistas concluye que un alto nivel de transparencia implica ofrecer a todos los accionistas la misma información y de forma simultánea; por otro lado, contempla como uno de los derechos básicos del accionista el obtener suficiente información relevante sobre la empresa de forma oportuna y regular⁶⁴⁵.

En resumidas cuentas, en lo que hace a las sociedades públicas locales debemos apostar porque dentro del alto nivel de información o de acceso a la misma con el que teóricamente cuentan los representantes públicos locales se establezcan canales permanentes de información societaria que superen el posible encorsetamiento al que, en determinadas

⁶⁴³ Vid. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., “Algunas cuestiones sobre el derecho de información del socio tras las reformas introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre”, *Revista de Derecho de Sociedades*, N° 47, Estudios, julio-diciembre 2016.

⁶⁴⁴ Cfr. Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas no cotizadas del IC-A. Segunda Parte. Apartado 2.1.

⁶⁴⁵ Cfr. Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Capítulo IV. Apartado A.2 y Notas al capítulo II. F.

situaciones, parece avocar la aplicación estricta de la legislación mercantil. En la era de la transparencia y en el marco de unas sociedades que actúan ligadas a la comunidad local parece un sinsentido que algunas cuestiones que encierran un indudable interés social *lato sensu* permanezcan o se traten de mantener en el tráfico interno de las sociedades locales, entorpeciendo tanto la labor pública de unos representantes democráticamente elegidos como el derecho al conocimiento general que existe sobre cualquier aspecto de la gestión pública.

3.2 Transparencia y rendición de cuentas

Decíamos al comienzo de esta investigación que los elementos que conforman el gobierno corporativo aplicable a las sociedades contemplado de manera abstracta está constituido por todas aquellas teorías, conceptos, iniciativas y ahora también, de un Derecho positivo destinado a mejorar el funcionamiento de las sociedades en su dimensión interna y externa de modo que se logre alcanzar un alto grado de eficiencia, transparencia y responsabilidad ante la sociedad y sus integrantes⁶⁴⁶.

Esa transparencia a la que hemos aludido no aparece ligada al gobierno corporativo como mero epifenómeno, sino que constituye, precisamente, una de sus principales manifestaciones y finalidades. No cabe duda que el hecho de poner a disposición de los socios, los proveedores, los usuarios o del público en general el máximo grado de información acerca de la gestión de una sociedad mercantil va a facilitar una toma de decisiones más adecuada a la par que favorecerá la generación de un clima de confianza y una orientación clara hacia unos objetivos empresariales bien definidos.

Si hablamos de sociedades públicas, la materia de la transparencia va a resultar, si cabe, de mayor relevancia y también va a representar un componente esencial del gobierno corporativo que pretende instaurarse en el sector público de modo que sin ese elemento este propósito carecería de razón de ser.

Un mayor abundamiento sobre la cuestión nos revela cómo, a modo de ejemplo, a nivel estatal es posible encontrar un buen número de normas y disposiciones de todo rango que redundan en esa finalidad de proporcionar una mayor información, de posibilitar el

⁶⁴⁶ Consúltese “*Prácticas de Buen Gobierno Corporativo en el Sector Financiero Latinoamericano*”, Federación Latinoamericana De Bancos (FELABAN), 2007, Colombia, p.15.

acceso a las materias de gestión públicas, es decir, en lograr una mayor transparencia en la gestión y administración de los recursos públicos⁶⁴⁷.

El régimen local tampoco se encuentra exento de este tipo de obligaciones de información y transparencia y, de este modo, observamos que las sociedades públicas locales también se preocupan por la puesta a disposición pública de ciertos temas relevantes para el gobierno corporativo haciendo especial énfasis en aquellos aspectos relacionados con el socio-propietario de la misma, es decir, por el ente local⁶⁴⁸.

Siguiendo esta línea, MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES⁶⁴⁹ cataloga la siguiente información de las sociedades mercantiles locales que se verá vinculada por la obligación de transparencia:

1. Una declaración clara dirigida al público de cuáles son los objetivos de la empresa y su cumplimiento. Es importante que cada empresa pública tenga claridad sobre sus objetivos generales. Cuando el ente local es el socio mayoritario o ejerce el control efectivo de la sociedad, los objetivos de la misma deben ser clarificados a todos los demás inversores, al mercado y al público general.

2. Que las estructuras de propiedad y voto de las sociedades públicas locales sean transparentes, de forma que todos los socios entiendan claramente cuál es su posición respecto a la propiedad y hasta donde alcanza su capacidad de decisión. Se pueden presentar graves dificultades cuando las empresas públicas emprenden estrategias ambiciosas sin haber

⁶⁴⁷ A modo de ejemplo: la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público (Ley SEPI) cuya principal representación viene dada por esta Sociedad Estatal de Participaciones Industriales que incluye en su portal web una amplia información considerada relevante; la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), que establece el control financiero de la Intervención pero también establece la constitución de una Comisión de Auditoría y Control en las sociedades que están obligadas a someter sus cuentas a auditoría; el Acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 que aprueba el Código de Buen Gobierno de los Miembros del gobierno y de los Altos cargos de la Administración General del Estado; la Ley 4/2007, 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; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuyo artículo 35 incluye en los planes estratégicos de las empresas públicas el informe de gobierno corporativo; el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuya Disposición adicional octava regula las especialidades retributivas en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal o el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero que regula el régimen de retribuciones e indemnizaciones de los administradores y los directivos de las entidades de crédito participadas mayoritariamente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Relacionado con esta cuestión *vid.* PASTOR LÓPEZ, M., “Transparencia y buen gobierno corporativo en el ámbito mercantil”, *Jornadas de la Abogacía del Estado en www.mjusticia.gob.es* (Consultado: 26/07/15), pp. 18-19.

⁶⁴⁸ *V.gr.* Las sociedades públicas locales deberán poner de manifiesto aspectos tales como el sistema retributivo, los resultados de gestión y explotación, la indicación del código ético o de gobierno corporativo que se sigue, el régimen de contratación o las ayudas públicas percibidas.

⁶⁴⁹ *Vid.* MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., “Sociedad mercantil local: el nuevo...”, *op.cit.*, pp. 128-129.

identificado claramente, evaluado o informado debidamente sobre los riesgos asociados a las mismas. Si no informan adecuadamente acerca de los factores de riesgo, dichas empresas pueden dar una imagen falsa de su situación financiera y de su desempeño global. Hay que tener presente que lo anterior puede conducir a la toma de decisiones estratégicas inadecuadas y a pérdidas financieras imprevisibles.

3. Publicitar las ayudas financieras, garantías y demás fondos recibidos del sector público, así como los compromisos asumidos en nombre de la sociedad, con el fin de proporcionar una imagen veraz y completa de la situación financiera de dicho ente.

4. Por último, mencionar las operaciones entre sociedades públicas y entidades relacionadas, como por ejemplo una inversión realizada por una sociedad pública en el capital de otra también pública, lo cual podría constituir una fuente de abusos potenciales por lo que tales datos también deberían ser revelados de cara a evaluar la imparcialidad y conveniencia de estas operaciones.

En definitiva, concluye el autor mencionado indicando que *“las empresas públicas deben mantener un elevado nivel de transparencia desarrollando información y dirigido al público en general, a los órganos de la entidad local y a los medios de comunicación. Dicha información debe desarrollarse de tal forma que permita a todos los lectores obtener una visión clara del desempeño y evolución global de las empresas públicas. Además, la entrega de información también es fundamental para poder profundizar su comprensión del desempeño de la empresa pública y poder clarificar su propia política”*⁶⁵⁰.

3.2.1 Acercamiento al concepto de transparencia

Históricamente, el concepto de transparencia y, con él, el de la información ha estado ligado a actuaciones con un alto componente estratégico. El manejo de la información ha sido una de las principales fuentes de poder a lo largo de la historia por parte de los Estados y dicha información era deliberadamente vedada al ciudadano cuya posición respecto al sistema de poder era de clara subordinación e inferioridad.

El primer signo de cambio respecto a la posición del ciudadano en relación con la disposición de la información se puede situar cronológicamente en la época en que florecen los primeros liberalismos y constitucionalismos que tienen lugar a ambos lados del Atlántico durante los siglos XVIII y XIX. En las sociedades de este tiempo la información pasa de ser

⁶⁵⁰ *Ibid.* pp. 129-130.

un instrumento de poder para convertirse en poder mismo, que durante largo tiempo residiría en los representantes legítimos de los ciudadanos constituidos en Parlamentos⁶⁵¹.

El segundo paso evolutivo en el ámbito de la transparencia y la información tiene lugar durante el siglo XX a través de la transformación del Estado liberal en Estado democrático. La llegada del nuevo siglo y con él de las nuevas democracias influirá decisivamente en tornar el concepto de la transparencia en un aspecto a tener cada vez más en cuenta en los distintos estamentos de poder.

Apareció en este tiempo el Estado sometido al imperio de la ley (el Estado de Derecho) y con él los controles de legalidad; asimismo el aumento exponencial del aparato administrativo obligaba a establecer otros medios de control de la actividad administrativa diferentes a los tradicionales y se puso de manifiesto la necesidad de abrir al ciudadano dicha administración sobredimensionada como medio de control externo. Desde este instante, ese ciudadano va disponer materialmente de una serie de prerrogativas y derechos que van a poder ser invocados en las relaciones recíprocas que se produzcan entre aquéllos y la Administración. Es así como *“en razón de las referidas dinámicas del Estado social democrático de Derecho del siglo XX, la transparencia se ubica como herramienta doble, no sólo para controlar a la administración, sino también para permitir la participación en la misma y conferirle mayor proximidad y legitimidad respecto de los administrados”*⁶⁵².

Por otro lado, debemos tener presente que el sustantivo “transparencia” encierra en sí mismo un significado polisémico, por lo que va a ser susceptible de ser empleado en múltiples contextos.

De acuerdo con esto y a los efectos que a nosotros nos concierne, podría calificarse la transparencia como la disponibilidad de la información, hasta entonces no conocida, referida a la actividad del poder público y que puede ser obtenida por el administrado mediante el acceso a la “información pública” en el sentido amplio de la expresión, es decir, o ejerciendo sus derechos de acceso de manera directa o bien recibiendo la difundida por el ente público en cuestión.

Por su parte, la OCDE considera que *“la transparencia es un concepto relacionado con la posibilidad de que la información real de una empresa, gobierno u organización puede*

⁶⁵¹ Debe señalarse que al mantenimiento de esta posición intermedia contribuiría decisivamente la cada vez más intensa burocracia, que actuará como parapeto en base a una serie de concepciones proteccionistas y de condescendencia con la ciudadanía en aras a obtener su propio bien.

⁶⁵² Vid. COTINO HUESO, L., “Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa”, p. 13. <http://www.cotino.net/publicaciones/>. 2003. (Consultado 26/03/2017).

ser consultada por los diferentes sujetos afectados por ella, de tal modo que éstos pueden tomar decisiones con conocimiento de causa y sin asimetría de información”⁶⁵³.

Al hilo de esta conceptualización de la transparencia que hace alusión a la información disponible en las empresas apareció la ya mencionada anteriormente Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifica la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas⁶⁵⁴ (la conocida como Ley de Transparencia mercantil), estableciendo nuevas obligaciones en relación con la información societaria. Se trata, en definitiva y como se anuncia en su propia exposición de motivos, de formular iniciativas normativas sobre la base del fomento de la transparencia en la gestión de las empresas, con respeto al principio de autorregulación, profundamente vinculado éste a las políticas de gobierno corporativo.

Como podrá observarse, la progresiva y cada vez más acuciante necesidad de transparencia en el desarrollo de las actividades públicas y privadas va a afectar tanto a gobiernos y administraciones como al propio tejido empresarial privado que va realizando decididos movimientos orientados a depurar sus respectivos gobiernos corporativos.

Por otra parte, es posible confirmar cómo en la evolución más reciente del término transparencia ha tenido un peso determinante la influencia dimanada de las instituciones de la Unión Europea⁶⁵⁵ que tanto a través de su derecho originario como mediante numerosas manifestaciones de derecho derivado (fundamentalmente directivas comunitarias) o incluso a través de convenios con otros órganos de ámbito europeo, han sido la clave para una inicial y variada producción normativa española⁶⁵⁶ de carácter previo a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia del año 2013, que a continuación analizaremos.

Algunos ejemplos que representan este impulso a nivel europeo podrían ser: la Directiva 2003/98/CE sobre reutilización de información en el sector público; el artículo 15.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea referido al acceso a la información de las instituciones europeas; los artículos 41 y 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la

⁶⁵³ Vid. PERRAMON, J., “La transparencia: concepto, evolución y retos actuales”, *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol. 16, 2013, p. 12.

⁶⁵⁴ Cfr. Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. BOE núm. 171, de 18 de julio de 2003. Referencia: BOE-A-2003-14405.

⁶⁵⁵ Sobre el particular, véase Informe “Transparencia en la Unión Europea: Evolución y Perspectivas”. <http://www.europaciudadana.org/>. (Consultado: 03/12/2019).

⁶⁵⁶ *Conc.* Nota nº 63.

Unión Europea sobre el derecho a una buena administración; el Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión o, entre otros, el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos de 27 de noviembre de 2008.

Finalmente, en España, con carácter previo a la Ley de Transparencia se establecieron sectorialmente una serie de obligaciones sobre publicidad activa y acceso a la información pública que quedaron plasmadas en diferentes textos normativos como sería el caso, por ejemplo, del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP). Otros aspectos del Derecho público también se vieron influidos por este cambio de perspectiva (subvenciones, contratos, régimen jurídico administrativo, administración electrónica, acceso a las actividades de servicios, régimen local, patrimonio histórico o medio ambiente).

Este conjunto de iniciativas conforma, por decirlo de algún modo, el germen de una legislación de transparencia que se hacía cada vez más necesaria dada la progresiva dispersión y el creciente interés del legislador para instaurar y regular de una forma unitaria en el ordenamiento jurídico español una cuestión que hoy día se encuentra plenamente instaurada en la conciencia de la sociedad de nuestro tiempo y cuya perspectiva debe ser incorporada en cualquier ámbito de actuación público-privada.

3.2.2 *La Ley de Transparencia*

3.2.2.1 Preámbulo y estructura básica

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT)⁶⁵⁷ ha constituido el primer texto normativo del ordenamiento jurídico español que otorga homogeneidad a una serie de cuestiones que hasta la fecha no habían sido más que tratadas de forma sectorial y que paulatinamente han puesto de manifiesto la necesidad de una regulación integral por parte del legislador, o al menos, esa es la loable finalidad con la que había sido promulgada.

De una lectura sucinta del Preámbulo de la ley puede afirmarse que la misma, en su anhelo de facilitar y acercar las acciones políticas y la actividad pública al ciudadano como base de la confianza mutua y del desarrollo económico y social, establece tres bloques bien diferenciados para estructurar las vertientes y el alcance del texto normativo:

⁶⁵⁷ Cfr. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013. Referencia: BOE-A-2013-12887.

- Refuerza la transparencia mediante la publicidad activa.
- Reconoce y completa un derecho de acceso a la información pública que hasta entonces se encontraba deficientemente regulado.
- Articula una serie de principios destinados a definir lo que se entiende por buen gobierno, fijando un régimen de responsabilidades anejo en caso de incumplimientos por parte de todos los responsables públicos.

Formalmente, este texto legal se encuentra estructurado en un Título Preliminar constituido exclusivamente por un artículo destinado a concretar el objeto de la ley⁶⁵⁸; título que se ve acompañado de tres títulos más que completan la estructura de este cuerpo legislativo.

El primero de estos títulos, “Transparencia de la actividad pública”, regula de forma sucesiva el ámbito subjetivo para, a continuación, abordar la denominada publicidad activa estableciendo una serie de obligaciones para los sujetos obligados tendentes a difundir determinada información que se considera relevante. De igual modo, se regula el derecho de acceso a la información pública instaurando un procedimiento que amplía el campo de la legitimación, restringiendo las posibles limitaciones de este derecho a casos especialmente previstos en los que se pongan en cuestión otros derechos con los que entren en conflicto.

Un segundo título, “Buen Gobierno”, otorga, como el propio Preámbulo explicita, rango de Ley a los principios éticos y de actuación que deben regir la labor de los miembros del Gobierno, altos cargos y asimilados del conjunto de las Administraciones territoriales españolas, estableciendo al respecto un régimen sancionador adecuado a la responsabilidad que ostentan.

Un tercer y último título, “Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, está dedicado a la creación y regulación de un órgano específico denominado de manera homónima que aparece definido como un órgano independiente de supervisión y control dirigido a garantizar la correcta aplicación de la Ley y de todas las aplicaciones que su desarrollo conlleva; del mismo modo, armoniza a través de “criterios” la casuística que las obligaciones de la Ley pudiera plantear, ofreciendo de este modo respuestas de gran utilidad para los operadores jurídicos.

⁶⁵⁸ Artículo 1º “Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento”.

3.2.2.2 Aplicación de la ley a la sociedad pública

Hasta su aprobación, la sociedad pública no disponía de un marco general regulador de sus obligaciones en materia de transparencia, a excepción de escasos supuestos contemplados en leyes de carácter sectorial⁶⁵⁹. Ahora, sin embargo, de la lectura del artículo 2.1. letra g) de la LT se puede deducir cómo las disposiciones del primer Título antes comentado serán de aplicación a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100.

Sin embargo, como considera MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES⁶⁶⁰ no parece haber inconveniente en que, en aquellas sociedades de capital mixto cuya participación pública no alcance dicho umbral, puedan ser aplicadas estas prescripciones. Debemos recordar que, como ya vimos en su momento, la influencia dominante de la Administración en las sociedades no se basa exclusivamente en el elemento de la participación en el capital social, sino que el hecho de condicionar la vida social en materia decisoria o la capacidad de configuración orgánica permite asimilar estos entes a los previstos por la Ley analizada. Apoya esta premisa igualmente el propio artículo 4 de la Ley para el caso de aquellas sociedades que presten cualquier servicio público o que ejerzan potestades administrativas, en cuyo caso les corresponde suministrar toda aquella información que les sea requerida por el órgano del que dependen⁶⁶¹.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la aplicación efectiva de esta ley a las sociedades públicas, la Disposición final novena establecía una entrada en vigor ciertamente fragmentada; según la misma, las disposiciones relativas al buen gobierno entraron en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el miércoles 11 de diciembre de 2013; por otro lado, lo referente al objeto de la Ley, transparencia en la actividad pública y Consejo de Transparencia y Buen Gobierno entraron en vigor el pasado 10 de diciembre de 2014. Finalmente, para aquellas sociedades dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales el plazo de adaptación a

⁶⁵⁹ Vid. BALLINA DÍAZ, D., “Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal...”, *op.cit.*, p. 315.

⁶⁶⁰ Vid. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., “Sociedad mercantil local: el nuevo...”, *op.cit.*, p. 16.

⁶⁶¹ Artículo 4º LT, según el cual “Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato”.

las obligaciones contenidas en la Ley finalizó a los dos años de su publicación, esto es, el 10 de diciembre de 2015. En cualquier caso, lo evidente es que a día de hoy sus disposiciones se encuentran plenamente vigentes para todos los sujetos mencionados.

Debe destacarse igualmente que existe un amplio desarrollo normativo a nivel autonómico que tiene por límite esta legislación básica y sobre la que se van a asentar las diferentes peculiaridades regionales. Esta normativa autonómica también incluirá en su ámbito de aplicación subjetivo a las sociedades públicas en un sentido similar al examinado⁶⁶².

Pasando ya a hacer un breve repaso de los aspectos concretos que competen al fenómeno societario público una vez que fue publicada la LT, resulta clarificador separar para ello, al estilo del texto legislativo, las distintas facetas de que dicha Ley se compone.

De esta manera, en primer lugar, en lo que se refiere a la cuestión de la denominada publicidad activa, convenimos que resultan de plena aplicación a la sociedad pública los principios generales que se recogen en el artículo 5 de la Ley, estando obligadas las mismas a publicar, sin que medie requerimiento previo, toda aquella información que resulte relevante para garantizar la transparencia de su actividad. Debe tenerse en cuenta efectivamente, y tal y como así recoge el texto, que estas obligaciones de transparencia deberán aplicarse sin perjuicio de lo previsto en la normativa autonómica o de carácter especial que desarrollen o amplíen este régimen de publicidad.

Por otro lado, aún en materia de publicidad, se hace referencia en los principios de general aplicación a la existencia de una serie de límites ligados tanto a los derechos de protección de datos de carácter personal, de los que luego volveremos a hablar, como de otros límites expresamente tasados en la Ley (*ex art. 14*) donde destacamos por su directa imbricación con el fenómeno mercantil la limitación de dicha publicidad cuando se cause un

⁶⁶² A modo de ejemplo, Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. BOE núm. 172, de 16 de julio de 2014. Referencia: BOE-A-2014-7534, que, en su artículo tercero, apartado primero, letra i) reconoce que las disposiciones de esta ley se aplicarán a “*Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por ciento. En todo caso, las sociedades mercantiles del sector público andaluz a las que se refiere el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, y las sociedades mercantiles locales y las sociedades interlocales de los artículos 38 y 39 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, o normativa que las sustituya*”. De esta lectura puede inferirse como se encuentran bajo sus prescripciones tanto las sociedades de ámbito autonómico como las sociedades mercantiles de ámbito local, además de las expresamente mencionadas en este artículo en un esfuerzo clarificador por parte del legislador. De este modo, se evitan referencias abstractas al sector público que supongan continuas remisiones a textos sectoriales para conocer si una determinada sociedad se encuentra o no sujeta a los mandatos de esta ley.

grave perjuicio a los intereses económicos, comerciales, al secreto profesional o a la propiedad intelectual e industrial.

A estos efectos, vemos como es habitual en la práctica cotidiana societaria la mención expresa de esa reserva de información parcial junto con el conjunto de publicaciones de carácter obligatorio. Es entendible este aspecto en tanto que determinada información sensible podría ser utilizada por otros sujetos situados en un plano de competencia directa con la empresa en cuestión. Esta dualidad “publicación-limitación” adquiere una dimensión especialmente tensa cuando se traslada al ámbito de lo público; como señalaba el Síndico de Agravios de Cataluña en su Informe sobre el derecho de acceso a la información pública: *“pese a que este antagonismo sea sólo aparente, lo cierto es que las situaciones de conflicto se producen en la práctica, y hay que articular los mecanismos para afrontarlas, ya que no es admisible atribuir apriorísticamente prevalencia de un derecho sobre el otro, sino que la valoración debe hacerse caso por caso, teniendo en cuenta los instrumentos de ponderación que ofrecen los modelos jurídicos de nuestro entorno”*⁶⁶³.

Retomando nuestro análisis sistemático, prosigue a continuación la Ley relacionando una serie de artículos que están destinados a especificar las diferentes clases de información de relevancia que deberán publicarse, siendo aplicables con carácter estricto a las sociedades mercantiles de ámbito público tan solo algunos de ellos, en especial, los de corte económico, presupuestario o estadístico; aunque se echa en falta por algún autor una mínima restricción en el texto de la Ley en lo referido a la obligación de hacer pública la información de todos los contratos para aquellas sociedades que compitan en el mercado⁶⁶⁴.

Una de las segundas facetas o aspectos fundamentales que regula la LT es el relativo al derecho de acceso a la información pública, la cual, partiendo de la base constitucional del artículo 105 b) CE sobre el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, procede a delimitar el objeto, límites y datos que deben ser objeto de protección con carácter previo a la regulación del ejercicio de ese derecho de acceso.

Debe recordarse en este punto, como pieza clave en materia de acceso a la información pública el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 2009⁶⁶⁵, el cual, *“considerando que el ejercicio del derecho de acceso a los*

⁶⁶³ Así, consúltese en SÍNDICO DE AGRAVIOS DE CATALUÑA, “Informe sobre el derecho de acceso a la información pública”, 1ª Edición, marzo 2012, p. 33.

⁶⁶⁴ En esta línea, PASTOR LÓPEZ, M., “Transparencia y buen gobierno corporativo...”, *op.cit.*, p. 28.

⁶⁶⁵ Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. Tromsø, 18.VI.2009. Aprobado por el Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008 y abierto a la ratificación de los Estados miembros desde

documentos públicos proporciona una fuente de información para el público; ayuda al público a formarse una opinión sobre el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas y fomenta la integridad, la eficacia, la eficiencia y la responsabilidad de autoridades públicas, ayudando así a que se afirme su legitimidad”, reconoce en su artículo segundo el derecho de todos a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas, sin discriminación alguna, dedicando su artículo tercero al establecimiento de los posibles límites que deban establecerse por las partes mediante ley y en defensa de determinados intereses superiores dentro de una sociedad democrática.

Nuestra LT recoge, como anunciamos previamente, los límites del derecho de acceso básicamente en sus artículos 14 y 15, caracterizándose este sistema, como señala MORETÓN TOQUERO⁶⁶⁶ por una serie de aspectos que engloban en primer lugar un listado tasado de límites que pueden chocar con este derecho de acceso al estilo comentado del Convenio de 2009 y en segundo lugar, habrá que evaluar el eventual daño que pueda producirse con ese acceso a determinados intereses protegidos por la confidencialidad. En tercer y último lugar, advertido el potencial daño que pudiera ocasionarse con el acceso a la información solicitada, deberá realizarse una ponderación en el que se tendrán en cuenta el interés público en la divulgación de la información y los derechos e intereses protegidos de acuerdo con la mencionada lista, para decidir cuál deba ser merecedor de mayor protección o, en su caso, como solución intermedia, optar por reconocer un acceso parcial como vía para conciliar ambos intereses tal y como prevé la LT en su artículo 16.

Sobre este derecho de acceso y en lo que a nosotros nos atañe es posible apreciar entre la doctrina la división existente entre la configuración legal y jurisprudencial de este derecho, considerándose en algunos casos necesario distinguir entre el interés público o privado del solicitante de la información para vincular este derecho con su finalidad última, a saber, la transparencia, la participación y el control de la acción pública y desvincularlo asimismo de la protección individual de otros derechos⁶⁶⁷. Jurisprudencialmente puede afirmarse que actualmente los órganos jurisdiccionales españoles tratan el derecho de acceso como un derecho de configuración legal no fundamental, aunque relacionado o en conexión con

el 18 de junio de 2009. España aún no lo ha ratificado, ni lo podrá hacer en tanto no se modifique en el sentido de ampliar profundamente la actual legislación en materia de acceso a la información pública, eliminando muchos de los límites que actualmente reconoce el texto legal.

⁶⁶⁶ Vid. MORETÓN TOQUERO, A., “Los Límites del derecho de acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 33, mayo 2014, pp. 13-14.

⁶⁶⁷ Vid. GUICHOT REINA, E., “*Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*”, Edit. Tecnos, Madrid, 2014, pp. 118-119.

derechos que sí ostentan la condición de fundamentales, como el que recoge nuestro texto constitucional en el su artículo 20.1 relativo a la libertad de información⁶⁶⁸.

En cualquier caso, la aprobación de la LT ha supuesto la concreción de unas exigencias sociales y políticas que venían siendo demandadas desde múltiples sectores. Aunque es cierto que en el ámbito societario público el concepto de transparencia ha conocido una trayectoria más dilatada que en otros espacios sectoriales del ordenamiento jurídico español, es cierto también que con esta ley se da cumplida cuenta de la necesidad de acercar las fórmulas de gestión de servicios realizados por los perceptores de fondos públicos al conjunto de la ciudadanía.

Podemos afirmar que una aplicación solvente de esta ley no implica desmontar el régimen homologable o de paralelismo comparativo que se ha venido instaurando a la hora de analizar sociedades públicas y privadas en situación de competencia; es decir, no se quiere crear un régimen jurídico específico en este sentido, antes al contrario, con la misma se pretende reforzar las garantías que una adecuada y transparente marcha de la vida societaria debe ofrecer tanto en el ámbito del sector público como en el privado.

No cabe duda de que la implantación de una normativa de transparencia que recoja en su ámbito de aplicación a las sociedades públicas constituye un paso más del proceso generalizado de creación de un sistema de gobierno corporativo para dichas entidades en el que, además de la eficacia, la eficiencia, la honestidad y la ética en la gestión, se debe buscar la transparencia, o lo que es lo mismo, el acercamiento al ciudadano, el conocimiento global y veraz, con un ánimo de democratizar la gestión pública y el funcionamiento del sistema económico en su conjunto.

Como puede intuirse, la aplicación concreta de los deberes de transparencia tendrá múltiples manifestaciones dada la variedad de entes societarios públicos existentes en este ordenamiento de multinivel territorial, así como por la variedad de objetos sociales de las mismas que pretenden atender finalidades igualmente dispares.

Ello no obsta para apreciar que su progresiva incorporación lleva consigo la creación de unas instituciones más fuertes, más legitimadas y en definitiva, más acorde con la sociedad del conocimiento en la que nos encontramos inmersos.

⁶⁶⁸ Vid. ROLLNERT LIERN, G., “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la Ley de Transparencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, N° 34, 2014, pp. 349-368.

3.2.3 Referencias de gobierno corporativo en materia de transparencia

No puede dudarse de que cuando en este capítulo se habla de control se está haciendo referencia a una facultad, a un poder, y es patente que hoy día la información constituye un importante poder en manos de quien la posea. El movimiento del *Corporate Governance* era consciente de ello y por esta razón defendió a ultranza su voluntad de posibilitar un alto grado de transparencia en materia de sociedades.

Dentro del panorama español, el propio Informe Olivencia ya se ve impregnado en toda su extensión del concepto de transparencia (relaciones internas, retribuciones, etc.) y recoge expresamente el papel fundamental que juega este principio en materia de la información que debe ser suministrada hacia el exterior de la sociedad; en este sentido afirma que *“la política de transparencia informativa impone a estas sociedades la obligación de suministrar al mercado información precisa y fiable sobre sus actividades y resultados”*⁶⁶⁹.

Esta generalización del concepto de transparencia es todavía más acusada en el Informe Aldama que la recoge desde la propia denominación de la comisión encargada de emitir dicho informe (Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas) y que reserva un bloque específico a tratar el citado principio, donde además de una apuesta decidida por mejorar el flujo de información que debe ser aportada al mercado señala que una mejora de gobierno corporativo no debe centrarse exclusivamente en una transparencia cuantitativa (económica y contable) sino que hay que poner un especial hincapié en la información cualitativa (estructuras y prácticas de gobierno de cada sociedad)⁶⁷⁰.

El CUBG (2015) también valora la finalidad de reforzar la transparencia en materia de gobierno corporativo y en el seguimiento de las recomendaciones, así como en materia de votaciones, nombramientos o remuneraciones de los consejeros.

Por su parte, el IC-A, en sus Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas afirmaba que *“las sociedades deben cumplir con el principio de transparencia, entendida no sólo en el aspecto formal, sino además en el cualitativo de transmitir a los accionistas, íntegra y verazmente, la información de su gestión, organización, actividades, y cifras, con especial consideración de sus operaciones vinculadas y conflictos de interés”*⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Cfr. Informe Olivencia. Parte II. Apartado 10.1.

⁶⁷⁰ Cfr. Informe Aldama. Parte II. Apartado 1º.

⁶⁷¹ Cfr. Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas. (IC-A). Primera parte. Apartado 1.2.7.

Finalmente aludiremos a la regulación que en materia de transparencia se comprende por la OCDE en sus Directrices sobre el GC de las Empresas Públicas (2015), donde se dedica un capítulo específico a la cuestión. Efectivamente, el Capítulo VI del documento se denomina “Publicidad y transparencia” y en él se compele a las empresas públicas a mantener un elevado nivel de transparencia en torno a las actividades financieras y no financieras que desarrollen de acuerdo con los estándares reconocidos internacionalmente⁶⁷². Del mismo modo, se recoge la necesaria transparencia en materia de nombramientos, retribuciones y cualificaciones que se exigen a los consejeros del órgano de administración.

Como vemos, la transparencia forma parte indisoluble del gobierno corporativo de las sociedades y esta exigencia va a operar de igual modo en la figura que es objeto de nuestro estudio, la sociedad pública local. El carácter local de esta sociedad o su menor visibilidad no debe ser impedimento para una aplicación efectiva, y quizás más operativa, de este principio, por lo que debe defenderse una gestión pública que tenga siempre presente la obligación de aportar la mayor visibilidad posible de los procesos y de la toma de decisiones que incumben a los responsables locales en todo lo que tenga que ver con el funcionamiento de la sociedad pública local.

3.3 Fiscalización

3.3.1 El Tribunal de Cuentas

Dentro de los sistemas de control a los que se encuentran sometidas las sociedades públicas locales hay que tener presente en nuestro estudio el papel fiscalizador que es desempeñado por el Tribunal de Cuentas (TCu). Esta función de control de las sociedades mercantiles pertenecientes al sector público local⁶⁷³ se ejercerá en el marco de la rendición de cuentas que toda Entidad Local debe realizar sobre sus operaciones y con independencia de su naturaleza desde su sometimiento al régimen de contabilidad pública (artículo 114 LRBRL).

Tal y como señala el propio Tribunal de Cuentas *“la rendición de cuentas constituye el mecanismo a través del cual los responsables de la entidad responden de la gestión económico-financiera desarrollada ante quienes les proporcionan sus recursos y atiende a las necesidades de información de los usuarios”*⁶⁷⁴. De manera particular, esta rendición se

⁶⁷² Cfr. Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas. Capítulo VI y Notas al Capítulo VI.

⁶⁷³ Vid. SOSA WAGNER, F., “Gestión mediante sociedad de capital...”, *op.cit.*, p. 7.

⁶⁷⁴ Informe sobre las actuaciones del Tribunal de Cuentas para promover en el ámbito local la rendición de cuentas. <https://www.tcu.es/repositorio/beef3ff7-afeb-4ac9-a4ef-a97b753df91f/I1074.pdf> (Consultado: 03/12/2019).

concreta en la confección de la Cuenta General por parte de las entidades locales y su posterior traslado al órgano competente de control externo, que, por lo general, será inicialmente un órgano de nivel autonómico⁶⁷⁵ (en caso de que exista) sin que a ello obste la competencia que le corresponde al TCU en su función fiscalizadora de la totalidad del sector público (artículo 201 y 223.1 TRLHL).

Debe tenerse presente que las cuentas generales de las entidades locales van a incorporar no solo las cuentas de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad de la entidad local (conforme indica el artículo 209 TRLHL y las Instrucciones de los modelos normal, simplificado y básico de contabilidad local) sino que también se acompañarán como documentación complementaria las cuentas anuales de las sociedades mercantiles en cuyo capital social tenga participación mayoritaria la entidad local o donde exista un control efectivo en los términos definidos por el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC), cuestión que ya analizamos suficientemente en el capítulo II de este trabajo.

Por lo demás, la función fiscalizadora del TCU no solo se reduce a verificar de manera externa, permanente y consuntiva los aspectos contables de las sociedades públicas locales, sino que, además tiene potestad para emitir *motu proprio* informes de verificación sobre el grado de observación de la normativa en materia de transparencia de la información pública que tenga relación con el objeto de las actuaciones fiscalizadoras⁶⁷⁶.

Es de reseñar que, en algunos momentos, desde el poder ejecutivo se instó a extender el ámbito objetivo de esta supervisión externa realizada por el TCU en el sentido de entrar a valorar también otra información económico-financiera que las sociedades públicas pudieran proporcionar y donde tendrían cabida todos los aspectos que engloban hoy día los informes de gobierno corporativo, de sostenibilidad o de gestión. Sin embargo, la legislación vigente no ha materializado esta posibilidad y se sigue ciñendo a los extremos que anteriormente hemos mencionado.

⁶⁷⁵ Vid. MORENO SERRANO, B., “Administración Local. Actividad económico-financiera. Función fiscalizadora. El control externo de las entidades locales”, *La Administración Práctica*, núm. 9/2015, parte Análisis doctrinal, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2015. p. 4, donde se critica el establecimiento legal de diferentes plazos de rendición de cuentas para las entidades locales en función de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca lo que impide que se pueda ofrecer una visión homogénea de los niveles de rendición en plazo de las referidas entidades.

⁶⁷⁶ Este fue, parcialmente, el caso del Informe N° 1.293 de fiscalización de las sociedades mercantiles del sector público local en desequilibrio financiero, aprobado por el TCU el 25 de octubre de 2018. <https://www.tcu.es/repositorio/bd176b16-9a85-45b9-b9f5-83e47bbc39cd/I1293.pdf> (Consultado: 03/12/2019).

3.3.2 Los organismos reguladores

Los organismos o entidades reguladoras⁶⁷⁷ que se integran en la denominada Administración independiente española con funciones de supervisión en materia económica han tenido un peso importante en materia de control sobre cumplimiento de las directrices de buen gobierno corporativo por parte de las sociedades a lo largo de su desarrollo en nuestro país.

Esta circunstancia es especialmente visible respecto al papel jugado por la CNMV en relación con el chequeo realizado al grado de cumplimiento de las recomendaciones que sucesivamente los Códigos Olivencia, Aldama y Conthe han ido incorporando hasta su estabilización en el CUBG y en la legislación positiva vigente. Esta situación ha puesto de manifiesto, por un lado, la tendencia de este tipo de organismos por la que, sin un respaldo legal concreto y sobre la base del *soft law* inciden de un modo decisivo en la vida de las empresas hasta tal punto que puede condicionar su credibilidad; por otro lado, también se atestigua la proclividad del legislador para ir a remolque de este tipo de prácticas, dándole una cobertura normativa posterior que en muchos casos provoca situaciones injustas⁶⁷⁸.

Así las cosas, hoy día el principal instrumento representativo de esta función supervisora encargada a los organismos reguladores viene materializado en el Informe Anual de Gobierno Corporativo (IAGC) que, como dijimos en su momento, viene expresamente requerido para las sociedades cuyo capital esté admitido a negociación en el artículo 540 LSC en concordancia con la Disposición Adicional Séptima de la LMV, entre otras Órdenes y Circulares que resultan de aplicación.

Este IAGC deberá dar cuenta detallada a la CNMV de la estructura del sistema de gobierno de la sociedad y de su funcionamiento en la práctica junto con la demás información que se recoge en el artículo mencionado *ut supra*.

Como es posible imaginar, las sociedades públicas locales se hallan al margen de este tipo de obligaciones entendiéndose ya suficientemente inspeccionadas con los sistemas de control que hemos analizado hasta el momento y en correlación a la limitada dimensión y capacidad de influencia en los mercados que intrínsecamente poseen. Sin embargo, no está de más hacer un ejercicio de reflexión valorando la bondad que ciertas prácticas, como el

⁶⁷⁷ A los efectos que a nosotros concierne mencionaremos como aquí englobadas la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) o el Banco de España, entre otras.

⁶⁷⁸ Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 171, Madrid, septiembre-diciembre, 2006, p. 174.

mencionado Informe sobre gobierno corporativo, podrían suponer en nuestro campo de estudio. De esta manera, con las debidas adaptaciones y pensando en un futuro donde la sociedad pública local se encuentre perfectamente familiarizada con la incorporación de medidas que mejoren su estructura de gobierno y procesos de actuación, no estaría de más institucionalizar, de forma paralela a la información que sí se proporciona actualmente, ciertos canales o formularios sobre los avances producidos en materia de gobierno corporativo. Ahora es claro, convendría en primer lugar asignar el papel de “supervisor” a algún tipo de autoridad externa al ente local supervisado, pues de poca utilidad resultaría establecer un sistema de información entre agente y propiedad que sencillamente representara un ejercicio de autocomplacencia.

4. EL PAPEL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO FUENTE DE INFORMACIÓN

Hasta ahora venimos desarrollando una serie de elementos o de procedimientos que van dirigidos al control o supervisión de las actuaciones que son llevadas a cabo por las sociedades públicas locales como entes pertenecientes al sector público y que, por ende, están sujetos a la constatación de que sus objetivos y decisiones redundan en el interés general. Al igual que en el resto de sociedades, esta necesidad de establecer concretos sistemas de rendición de cuentas y de suministro de la información que debe ser controlada genera una serie de costes (los conocidos como costes de agencia) que con la implantación de las nuevas tecnologías (NNTT) y fundamentalmente con la inmensa generalización de Internet han visto notoriamente facilitada esa labor, aunque en diversa medida según los casos⁶⁷⁹. Como señala ALONSO ALMEIDA “*El uso de la tecnología de Internet permite a las empresas poner un gran volumen de información a disposición de los terceros interesados en cualquier parte del mundo, con un bajo coste. Pero lo que es más importante, puede restablecer la confianza perdida en la empresa y sus órganos de gobierno*”⁶⁸⁰.

Esta posibilidad de utilizar los mecanismos que la sociedad de la información pone a disposición de las empresas ya fue defendida en su momento por el Informe Aldama en 2003 donde, con ocasión de analizar los contenidos que debe reunir la página web societaria (que luego se concretó en una Circular emitida por la CNMV), ponía de manifiesto que el

⁶⁷⁹ Vid. GALLEGO ÁLVAREZ, I., GARCÍA SÁNCHEZ, I.M. y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, L., “La eficacia del gobierno corporativo y la divulgación de información en Internet”, *Investigaciones europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, Vol. 15, Nº 1, 2009, p. 109.

⁶⁸⁰ Vid. ALONSO ALMEIDA, M. M., “*El gobierno corporativo electrónico. Análisis desde el enfoque de confianza*”, Edit. Visión Libros, Madrid, 2007.

cumplimiento del deber de información debía evolucionar progresivamente desde los medios convencionales a la comunicación a través de Internet⁶⁸¹; antes ya se habían hecho públicos algunos documentos que contenían ciertas recomendaciones para la divulgación de información en Internet⁶⁸².

Las propias instituciones de la Unión Europea eran conscientes de esta necesidad de habilitación técnica para garantizar que la información societaria alcanzaba a todos los sujetos implicados en su actividad y así se fue plasmando en los instrumentos jurídicos pertinentes. Cabe mencionar, a modo de ejemplo, lo dispuesto para las sociedades cotizadas por la Directiva 2004/109/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004 sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. Es en su artículo 17, apartados 3 y 4, donde se permite expresamente la utilización de los medios electrónicos para comunicar la información necesaria a los accionistas⁶⁸³.

A nivel nacional, también para las sociedades cotizadas, se emitió en 2004 la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, donde, en desarrollo de la Ley de Transparencia societaria (2003) se establece, junto con otras cuestiones igualmente de importancia, los requisitos y contenidos de la difusión a través de la página web que obligatoriamente deben poseer todas las sociedades anónimas cotizadas para atender el ejercicio del derecho de información de los accionistas.

Esta situación descrita se encuentra perfectamente asumida como una realidad más en los textos y recomendaciones de buen gobierno más recientes donde puede comprobarse que

⁶⁸¹ Cfr. Informe Aldama II.2.2. b). Además, *vid.* GARCÍA FERNÁNDEZ, R. y SUÁREZ ÁLVAREZ, E., “Informe Aldama: El gobierno corporativo en la web”, *Partida Doble (PD)*, núm. 167, 2005.

⁶⁸² Así, el “Código de Buenas Prácticas para la divulgación de Información financiera en Internet” de la AECA (2002), *apud* GANDÍA CABEDO, J.L. y BONSÓN PONTE, E., “El Código de Conducta de AECA”, *AECA: Revista de la Asociación española de Contabilidad y Administración de Empresas*, N° 61, 2002, pp. 3-7.

⁶⁸³ Cfr. Directiva 2004/109/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004 sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. DOUE 31.12.2004.

la información calificada como relevante deberá ser publicada por dichos medios, fundamentalmente a través de la página web de la sociedad⁶⁸⁴.

En lo que tiene que ver con las sociedades públicas, de especial trascendencia resulta la regulación contenida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre (LT), antes comentada. Como dijimos y así prevé su artículo 2, la misma es directamente aplicable a las sociedades mercantiles públicas, entre ellas las locales. Pues bien, el uso de las NNTT también son un hecho en esta norma que son utilizadas para desarrollar herramientas que, como cita su Preámbulo, resultan de “*extraordinaria utilidad para el cumplimiento de las disposiciones de la Ley cuyo uso permita que, a través de un único punto de acceso, el ciudadano pueda obtener toda la información disponible*”. Y así, las obligaciones de publicidad activa recogidas en los artículos 5 y siguientes de la Ley articulan la publicación de la información sujeta en sedes electrónicas o páginas web especialmente habilitadas para recoger la citada documentación.

A esta obligación se ha unido la creación, *ex professo*, de un medio de divulgación de toda esta información y que será dependiente de la Administración General del Estado; se trata del denominado Portal de la Transparencia regulado en el artículo 10 de la Ley y que conforme indica su artículo 11 deberá reunir las características técnicas de ser accesible, interoperable y con posibilidad de reutilizar la información publicada.

La aplicación de esta Ley y de sus complementarias a nivel autonómico han permitido observar, con excepciones, el cumplimiento de sus disposiciones por las sociedades públicas locales, contando un gran número de ellas hoy día con páginas web institucionales donde aparece localizada -usualmente en una sección o pestaña denominada “Transparencia”- toda la información relacionada con la gestión desarrollada por la sociedad y el uso que se hace de los recursos públicos correspondientes. Cuestión diferente es verificar si dicha publicidad permite reflejar de manera veraz la situación real del ente y de si se destinan los recursos y medios necesarios para que esa información mencionada se encuentre periódicamente actualizada.

⁶⁸⁴ *Cfr.* Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (CUBG 2015). Recomendaciones 4, 5, 6, 7, 9 y 18. También en Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Capítulo VI. Apartado C. Notas al Capítulo VI. Apartado C.

CAPÍTULO VI

ASPECTOS DE CONSOLIDACIÓN DE UN BUEN GOBIERNO

1. REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES. 1.1 MODELOS DE RETRIBUCIÓN: SU TRADICIONAL POLÉMICA. 1.2 REFERENCIAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN MATERIA DE RETRIBUCIONES. 1.2.1 LOS SISTEMAS DE REMUNERACIÓN A LA VISTA DEL GC. 1.2.2 LA CUESTIÓN DE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE Y LOS INCENTIVOS. 1.3 LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL ANTE EL FENÓMENO RETRIBUTIVO. 1.3.1 ESTADO DEL ASUNTO. 1.3.2 POTENCIAL ENCAJE DE LAS MEDIDAS. 2. EL OBJETIVO DE LA FINANCIACIÓN COMPETITIVA. 2.1 LOS PROBLEMAS ECONÓMICOS DE LA SOCIEDAD LOCAL: RÉGIMEN ACTUAL. 2.2 EL RETO: LA NO ASUNCIÓN DE DEUDAS POR PARTE DEL ENTE MATRIZ. 3. LOS PACTOS PARASOCIALES EN EL SECTOR PÚBLICO: POSIBILIDAD DE SU APLICACIÓN.

Aspectos de consolidación de un buen gobierno

“El cambio es la única constante” Heráclito de Éfeso.

1. REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

La cuestión relativa a la retribución de los administradores sociales ha sido, particularmente, una de las materias donde más incidencia se ha percibido con motivo de la aplicación material de las medidas que son predicadas por el movimiento del *Corporate Governance*.

Si remontamos nuestra vista atrás más allá de una década, puede observarse que la profunda crisis económica desencadenada fundamentalmente durante el año 2008 y que ha extendido sus efectos en buena medida hasta nuestros días, tuvo como principales protagonistas a agentes económicos que pertenecían a empresas de reconocida solidez y solvencia, hecho que hizo replantearse, entre otros puntos, ciertos aspectos de la gestión societaria tales como pueden ser la justicia deontológica de las remuneraciones que eran percibidas por los administradores en correspondencia con su responsabilidad personal en la gestión.

Igualmente, supuso poner en tela de juicio el nivel de transparencia de esas remuneraciones y la necesidad de que su delimitación estuviera bajo cualquier circunstancia encomendada al órgano representativo de todo el capital, o lo que es lo mismo, la Junta General de socios.

Estas y otras cuestiones hicieron reaccionar al sistema jurídico-económico de las sociedades a escala mundial en un sentido reformista que se ha visto plasmado en la legislación que actualmente resulta aplicable; no obstante, no se trata de un debate cerrado, como a continuación se pondrá de manifiesto.

Así las cosas, en este apartado nos aproximaremos a la evolución de ese sistema de retribuciones partiendo de las previsiones legales más consolidadas a las más recientes interpretaciones jurisdiccionales para terminar analizando las posibilidades de aplicación de algunas de esas medidas a la sociedad pública que es objeto de nuestro estudio, la sociedad pública local.

1.1 Modelos de retribución: su tradicional polémica

Partiendo del hecho de que la retribución de los administradores viene a ser consecuencia directa del reconocimiento constitucional del principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 CE) y que, por ello, se la va a considerar como una materia englobable en la esfera privada de las sociedades⁶⁸⁵, dicha cuestión ha venido arrastrando desde hace ya algunas décadas ciertas discusiones tanto doctrinales como jurisprudenciales en torno a la competencia, delimitación y estructuración de las remuneraciones de estos sujetos fundamentales en orden al correcto funcionamiento de la sociedad empresarial, lo cual ha justificado, junto con la tutela del interés social en general, de lo socios en particular -e incluso, llegado el caso, de los propios acreedores sociales-, una intervención legislativa para administrar adecuadamente esta materia⁶⁸⁶.

Precisemos que no es este el foro adecuado donde exponer el grueso de la extensa confrontación habida en tan compleja cuestión, que además es susceptible de no pocos matices y que ya ha sido ampliamente examinada por reconocidos expertos en la disciplina mercantil; no obstante, es nuestra voluntad intentar realizar un breve bosquejo cronológico de los aspectos fundamentales de esta polémica que nos servirán para enlazar con el objeto medular de nuestro estudio.

Dicho lo cual, podemos comenzar recordando que, con anterioridad a la aprobación del Texto refundido de la LSC en el año 2010, la ineludible cuestión de la retribución de los administradores o consejeros reposaba en una serie de presupuestos que, para el caso de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, tenían su cuerpo de regulación fundamental en el artículo 130 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y el artículo 66 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), respectivamente, en donde, simplificando mucho, venía a exigirse una previsión estatutaria que amparase dicha retribución así como una concreción posterior limitativa por parte de la Junta General de socios sin que, según la doctrina mayoritaria, cupiera ningún otro tipo de retribución adicional extra estatutaria vía contractual ni siquiera para el caso del desempeño de funciones de tipo ejecutivo que fueran delegadas o atribuidas mediante cualquier tipo de apoderamiento especial por el Consejo de administración, el cual podría fijar

⁶⁸⁵ *Cfr.* STS de 17 de julio de 2006 (RJ 2006/7697). F.D. Décimo.

⁶⁸⁶ *Vid.* NAVARRO FRÍAS, I., “Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 49/2017, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 4-7.

su remuneración discrecionalmente por dichos servicios adicionales a la mera labor de administración⁶⁸⁷.

Esta doctrina postulaba que la finalidad última de ese sistema de retribución permitía reforzar un grado máximo de información a los socios articulando un procedimiento transparente que les facilitara el control de la actuación de los administradores o consejeros sociales sobre todo tipo de remuneración o compensación económica a que tuvieran derecho.

Dicha imperatividad y globalidad estatutaria-competencial sobre las posibilidades de remuneración vino a constituir lo que se conoce como la “Teoría estándar” en palabras del profesor PAZ-ARES⁶⁸⁸ la cual fue objeto de una fuerte oposición por cierta parte de la doctrina (no mayoritaria) como fue, precisamente, el citado profesor que, sin embargo, alcanzaron posteriormente la gratificación de la razón con la confirmación legal de sus propuestas unos pocos años después.

El nervio argumental de sus planteamientos residía en que, al margen del artículo 130 LSA o 66 LSRL que indudablemente tienen un valor preferente pues “*la potestad de nombrar y la potestad de retribuir tienen que ir de la mano*”⁶⁸⁹, la práctica habitual y ampliamente extendida en el mundo societario evidenciaba la necesidad de prever un sistema adicional de retribución que otorgara al Consejo de administración un rol competencial (en este caso *ex* artículo 141 LSA para el caso de este tipo de sociedades) que permitiera, como se venía revelando, retribuir con autonomía aquellas funciones que excedían de la simple administración societaria (pues no es lo mismo deliberar que gestionar⁶⁹⁰) a través de la formalización de contratos de servicios profesionales adecuados a cada función específica⁶⁹¹,

⁶⁸⁷ Algunas de las resoluciones jurisdiccionales citadas por la doctrina para ilustrar esta cuestión serían la STS de 30 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10570) así como la resolución que recoge en sus fundamentos esa misma línea jurisprudencial y que se encuentra representada por la STS de 24 de abril de 2007 (RJ 2007/2418). Por otro lado, algunas resoluciones admitieron excepcionalmente una dualidad de regímenes retributivos (contractual y estatutario) siempre y cuando concurrieran ciertos elementos objetivos de distinción entre las actividades realizadas en un concepto u otro, así, *cfr.* STS de 5 de marzo de 2004 (RJ 2004/1807); STS de 21 de abril de 2005 (RJ 2005/4132) o STS de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008/3184).

⁶⁸⁸ *Vid.* PAZ-ARES, C., “El enigma de la retribución de los consejeros...”, *op.cit.*, p. 4.

⁶⁸⁹ *Ibid.* p. 7.

⁶⁹⁰ Y así aparece claramente delimitado en el análisis que se incorpora en el Informe Olivencia de 1998, donde el carácter colegiado y de actuación discontinua son más propias de un órgano representativo y deliberante con funciones supervisoras que de un órgano de gestión del día a día empresarial. *Cfr.* Informe Olivencia (II.1.1). La función general de supervisión.

⁶⁹¹ En la propia LSC se prevé la posible existencia de estas prestaciones de servicios paralelas a la función de administrador para las sociedades de responsabilidad limitada exigiendo acuerdo previo de la Junta General (artículo 220 LSC); respecto a esta previsión *vid.* GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La prestación de otros servicios por los administradores sociales y su remuneración”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 309/2018, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2018.

identificando unas funciones con una naturaleza más política (las del Consejo) y otras con unas atribuciones de carácter más técnico (las del consejero ejecutivo)⁶⁹².

Posteriormente, con la promulgación de la LSC en el año 2010 la situación variaba poco, señalando por principio el artículo 217 LSC que el cargo de administrador sería gratuito a menos que los estatutos sociales establecieran lo contrario determinando el sistema de retribución; por lo que, en este momento, tampoco se prestaba el texto legal a reconocer la distinción entre aquellos consejeros con funciones meramente deliberativas o de supervisión de aquellos otros que ejercían funciones de gestión ordinaria o ejecutivas en la sociedad manteniéndose jurisprudencialmente la doctrina del “tratamiento unitario” de la remuneración del administrador⁶⁹³. Sin embargo, paralelamente a la perspectiva jurisprudencial, casi como si convivieran en dos dimensiones diferentes e independientes, la realidad práctica y la influencia cada vez más palpable de la corriente del *Corporate Governance* vinieron a acuciar un reconocimiento legal de lo que, de hecho, ya estaba ocurriendo en el día a día del entramado societario.

Ante esta situación se servían al jurista, como indica RONCERO SÁNCHEZ, tres grupos de dudas interpretativas en relación con el sistema de retribución de los administradores: la relativa al órgano competente para fijar la retribución; cómo determinar el grado o nivel de concreción estatutaria del régimen de retribución y, por último, la delimitación del régimen aplicable al supuesto específico de retribuir a aquellos administradores que desempeñasen funciones ejecutivas en los casos de una organización en forma de Consejo de administración⁶⁹⁴. Interrogantes que era solventados por la doctrina y jurisprudencia a través de la denominada “teoría del vínculo” según la cual la relación jurídico-mercantil derivada del nombramiento como administrador primaba sobre cualquier otro tipo de relaciones que pudiesen regular algún tipo de atribución ejecutiva o gestora entre el interesado y la sociedad, teoría fuertemente combatida por parte de la doctrina (PAZ-ARES), tal y como dijimos un poco más arriba⁶⁹⁵.

⁶⁹² Cfr. SAP de La Coruña de 4 de abril de 2019 (JUR 2019/153685).

⁶⁹³ Cfr. Por todas, STS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013/4632).

⁶⁹⁴ Vid. RONCERO SÁNCHEZ, A., “La retribución variable de los consejeros ejecutivos tras la reforma del régimen legal sobre retribución de los administradores de las sociedades de capital”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 5, julio 2016, pp. 3-4.

⁶⁹⁵ Vid. PAZ-ARES, C., “El enigma de la retribución de los consejeros...”, *op.cit.*, pp. 12-14.

Puede decirse que la obstinada fuerza de la realidad práctica obtuvo su respaldo legal⁶⁹⁶ mediante la reforma operada en la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo⁶⁹⁷ donde, a priori, parece dar cabida a dos tipos de funciones diferentes a desempeñar por parte de los administradores; una función ya tradicional de administración “en su condición de tal” y otras funciones de tipo ejecutivo y de gestión, incluyendo la citada reforma de forma novedosa en la LSC dos nuevos apartados 3 y 4 al artículo 249 donde se va a exigir para este último supuesto la celebración de un contrato entre el consejero delegado o ejecutivo con la sociedad en cuestión donde deberá detallarse todos y cada uno de los conceptos por los que pueda obtener una retribución. Además, introdujo la reforma una serie de especialidades en la LSC en materia de retribución de administradores para el caso exclusivo de las sociedades cotizadas⁶⁹⁸.

Lamentablemente, esa aparente disociación funcional no apaciguó la discusión doctrinal⁶⁹⁹ que, tras la reforma legal aludida, comenzó a cuestionarse lo que la recién anotada sentencia de 4 de abril de 2019 de la Audiencia Provincial de La Coruña resume perfectamente en su Fundamento de Derecho Tercero: “[...] se plantea en la doctrina la discusión de si la reserva estatutaria se mantiene para toda retribución y sea cual sea la forma en que se organice el órgano de administración, incluidos los consejeros delegados, porque forman parte del consejo de administración, y por tanto también son administradores sometidos a lo dispuesto en el artículo 217 del TRLSC. O, por el contrario, debe distinguirse dos regímenes diferentes, uno para los administradores en su condición de tales, que estaría sujeto a los estatutos y al acuerdo de la junta (art. 217.2º TRLSC); y otro, que se contempla en el artículo 249.3º TRLSC para los consejeros delegados, que quedarían así al margen del sistema general del artículo 217, y, en definitiva, la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas no se sometería a las exigencias de los estatutos ni estaría condicionada a lo acordado por la junta general [...]”. Hacia este último sentido se ha inclinado la doctrina

⁶⁹⁶ Sin desmerecer algunas reformas legales intermedias en materia de transparencia de las retribuciones (en sociedades cotizadas) que, si bien era necesarias, se juzgaron insuficientes para armonizar la cuestión en debate. Cfr. apartado tres de D.F. Quinta de la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, artículo derogado por la D.D. de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

⁶⁹⁷ La cual, entre otros objetivos, estaba dirigida a materializar las diferentes iniciativas que, desde hacía años, se venían contemplando tanto por el legislador nacional como comunitario con el objeto de regularizar la materia de la retribución de los administradores con una finalidad principal, la de fomentar la transparencia y lo que se conoce como una “*gobernanza empresarial sana*”. Véanse, en este sentido, las Recomendaciones 2004/913/CE, 2005/162/CE y 2009/385/CE de la Comisión Europea.

⁶⁹⁸ Cfr. Artículos 529 sexdecies a 529 novodecies LSC.

⁶⁹⁹ Vid. RONCERO SÁNCHEZ, A., “La retribución variable de los consejeros ejecutivos...”, *ob.cit.*, p. 14 (Véase nota nº 32).

seguida por los órganos administrativos con competencias en la materia, como es el caso de la DGRN⁷⁰⁰ y la inmensa mayoría de la doctrina científica desde que se produjo la reforma de la LSC en 2014.

Sin embargo, a la vista de lo acontecido en la práctica de los tribunales, la doctrina imperante apuntó hacia el mantenimiento de la reserva estatutaria⁷⁰¹ respecto al carácter retribuido del cargo de administrador así como de la concreción de su sistema como medio fundamental para favorecer la máxima información a los socios y para asegurar el control sobre aquéllos constituyendo esa determinación estatutaria un principio básico de la disciplina de la retribución de los administradores sociales en nuestro ordenamiento jurídico⁷⁰². El punto definitivo de confrontación entre realidad práctica, doctrinal y científica frente a la interpretación jurisprudencial va a venir representado por la revolucionaria sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018⁷⁰³, donde el Alto Tribunal va a asumir la que, hasta ese momento y desde la reforma de 2014, era la tesis minoritaria.

En esta sentencia, reprobando de forma manifiesta la tesis defendida hasta el momento por la DGRN y una parte importante de la doctrina científica⁷⁰⁴, se afirma que, ante estas cuestiones relativas a la retribución de los administradores, debe realizarse una interpretación cumulativa y no alternativa de los artículos 217 y 249 LSC aplicando, en consecuencia, tanto el principio de reserva estatutaria como el de fijación del límite máximo de retribución aprobado por la Junta General a todos los administradores, incluidos los ejecutivos⁷⁰⁵.

Se puede concluir señalando a modo de recapitulación que nos encontramos ante una cuestión nada pacífica desde un punto de vista jurídico-doctrinal y jurisprudencial, más si cabe desde el radical giro a su interpretación dado por el Tribunal Supremo con motivo de la referenciada sentencia de 26 de febrero de 2018, donde se aboga por una mayor transparencia y protección a los socios, estableciendo que el sistema y la retribución de todos los administradores sociales, incluidos los consejeros delegados y administradores ejecutivos,

⁷⁰⁰ Cfr. Resoluciones de 30 de julio y 5 de noviembre de 2015 de la DGRN; también las Resoluciones de 10 de mayo y 17 de junio de 2016 de la DGRN.

⁷⁰¹ Vid. SÁNCHEZ RUS, H., “Las cláusulas estatutarias relativas a la retribución de los administradores en las sociedades de capital”, *LA LEY mercantil*, Nº 14, Sección Sociedades, Edit. Wolters Kluwer, 2015, LA LEY 3286/2015, pp. 12-29.

⁷⁰² Cfr. STS de 17 de diciembre de 2015 (RJ 2015/6189) y STS de 19 de septiembre de 2017 (RJ 2017/4012).

⁷⁰³ Cfr. STS de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018/635).

⁷⁰⁴ Vid. PAZ-ARES, C., “Perseverare diabolicum”, *Diario La Ley*, Nº 9178, Sección Tribuna, 16 de abril de 2018, Edit. Wolters Kluwer, 2018, *passim*.

⁷⁰⁵ Vid. JUSTE MENCÍA, J. y CAMPINS VARGAS, A., “Interpretación del régimen legal de retribución de administradores. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2018”, *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 53/2018 parte Praxis, Comentarios de Jurisprudencia, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.

deben figurar en los estatutos sociales de las respectivas sociedades y ser acordados por la Junta General de socios⁷⁰⁶.

Siguiendo, en nuestro caso y hasta el asentamiento de un mejor criterio, los argumentos defendidos por el Tribunal Supremo, deberá, por tanto, constar en los estatutos tanto el carácter retribuido del cargo de administrador de todos y cada uno de los administradores como el concreto sistema de remuneración que vaya a aplicarse, debiendo hacer indicación de los conceptos retributivos. Por su parte, la Junta General será el órgano que determine el límite anual máximo que percibirán el conjunto de administradores como remuneración por el desempeño de su cargo, y finalmente, el Consejo de administración podrá distribuir entre sus miembros el importe de dicha remuneración, pudiendo determinar retribuciones diversas para cada uno de los administradores en función de las tareas específicas que les sean asignadas a cada uno de ellos.

1.2 Referencias de gobierno corporativo en materia de retribuciones

1.2.1 Los sistemas de remuneración a la vista del GC

Si pudiéramos comenzar este apartado haciendo un breve esquema de aquellos aspectos ante los que más preocupación ha parecido mostrar la corriente del *Corporate Governance* en materia de retribuciones de los administradores sociales a lo largo de su trayectoria podríamos decir básicamente que el conjunto de técnicas aportadas han permitido delimitar dos grandes ámbitos en los que, por un lado, centrarán su preocupación en el sistema concreto de remuneración de los miembros integrantes del Consejo de administración y, por otro, van a establecer ciertas recomendaciones que sirvan para orientar los posibles incentivos aplicables al cumplimiento de ciertos estándares de eficiencia y de sostenibilidad del proyecto societario⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ En cualquier caso, no hay que olvidar que la notoria sentencia aducida para materializar el cambio de criterio razonado es la única publicada hasta el momento en ese sentido, no pudiendo ser considerada por sí sola, por tanto, como jurisprudencia consolidada; es más, posteriores resoluciones de la DGRN han puesto en duda, si bien con matices, los fundamentos de la referida sentencia, manteniendo en cierto modo la doctrina aplicada hasta antes de su publicación. A este respecto, *vid.* GUERRERO TREVIJANO, C., “De nuevo sobre la retribución de los consejeros ejecutivos: comentario a las resoluciones de la DGRN de 31 de octubre (RJ 2018, 4846), 8 de noviembre (RJ 2018, 4863) y 12 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5624)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 56/2019, parte Praxis, Comentarios de Jurisprudencia, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019. En sentido similar, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Un paso más en el tortuoso camino de la retribución de consejeros: a propósito de la RDGRN de 31 de octubre de 2018”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154/2019, parte Jurisprudencia, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019.

⁷⁰⁷ *Vid.* HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”. *ob.cit.* p. 49.

Dicho esto, la primera nota característica que debe ponerse de relieve a este respecto es que, en su mayoría, las medidas de gobierno corporativo relativas a la remuneración de los administradores sociales van a tener como destinatarios fundamentales a los consejeros de las sociedades cotizadas por ser en este campo donde se puso de manifiesto lo acuciante de una regulación que pusiera cierto orden en un campo tradicionalmente no regulado y dejado al albur de las decisiones internas de las sociedades.

Aunque resulta palpable que las referencias de GC a esta materia podían encontrarse desde aquellos inicios en que aparecieron los primeros textos de esta corriente en nuestro país, como es el caso del Informe Olivencia⁷⁰⁸, o el Informe Aldama⁷⁰⁹, o las propias recomendaciones del CUBG en su versión de 2006⁷¹⁰, todas ellas complementadas además de forma paralela con modificaciones legislativas de carácter especial relativas a los diferentes aspectos atinentes a la retribución de los administradores (especialmente de las entidades financieras)⁷¹¹, el detonante fundamental que justificó una reordenación del régimen retributivo de los administradores sociales –junto con los sistemas de gobierno corporativo en su conjunto– fue el estallido de las crisis financiera de 2008 que demostró ser ineficaz para evitar los riesgos y las malas prácticas hasta el punto de que “*se ha vinculado la retribución con la gestación de la crisis*”⁷¹².

A partir de ese momento, las reacciones fueron numerosas a la par que diversas, pudiendo ser testigos de no pocas revisiones en los preexistentes códigos de BG en materia de retribuciones sociales (con especial incidencia en las sociedades cotizadas), junto con una oleada de recomendaciones de buenas prácticas y declaraciones de principios aplicables que regó todo el panorama societario⁷¹³.

⁷⁰⁸ Cfr. Informe Olivencia (II.7), sobre retribución del consejero en la sociedad cotizada.

⁷⁰⁹ Cfr. Informe Aldama (II.5.3), con ocasión de la función atribuida a la Comisión de Nombramientos y Retribuciones en la sociedad cotizada.

⁷¹⁰ Cfr. CUBG 2006. Recomendación nº 35 sobre retribuciones de los consejeros en las sociedades cotizadas.

⁷¹¹ Vid. RONCERO SÁNCHEZ, A., “La retribución variable de los consejeros ejecutivos...”, *ob.cit.*, p. 3 (Véase nota nº 1).

⁷¹² Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El papel de los accionistas y los administradores en la crisis de las entidades de crédito”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año nº 28, nº 115, 2009, pp. 19-28.

⁷¹³ Algunos ejemplos de todo ello a nivel europeo serían: la Declaración del Foro europeo sobre la gobernanza empresarial de 23 de marzo de 2009 donde se recomendaba que la información sobre la política de remuneración y las remuneraciones individuales fuera obligatoria para todas las empresas que cotizan en bolsa, así como instaurar una votación vinculante o consultiva de los accionistas sobre la política de remuneración y una mayor independencia de los administradores no ejecutivos que participan en la determinación de la política de remuneración; también los Principios del FSB (*Financial Stability Board*) para unas buenas prácticas en materia de remuneración de abril de 2009 que presentó propuestas detalladas y específicas sobre reformas en el gobierno corporativo en materia de remuneraciones junto con unos estándares de aplicación publicados el 25 de septiembre de ese mismo año. En materia de revisión de códigos de GC en el ámbito europeo podemos

Esta realidad de reforma corporativa se hizo patente de igual modo en el derecho positivo español, y así, puede apreciarse cómo tras la aprobación en 2014 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, se produce en la LSC una regulación específica y separada de la remuneración de los administradores sociales en general y cuya regulación era algo parca (artículos 217 a 219 LSC) y la de los consejeros de las sociedades cotizadas (artículos 529 sexdecies a 529 novodecies LSC) que hasta ahora no existía.

Como sabemos, esta regulación parte de una distinción originaria como es la de la gratuidad del cargo de administrador (salvo previsión estatutaria en contra que deberá determinar el sistema concreto de retribución) y la condición necesariamente remunerada del cargo de consejero de las cotizadas (también salvo disposición estatutaria en sentido contrario).

En lo que a nuestro interés respecta, por su mayor proximidad con la sociedad pública local, tendremos que atender a la regulación general prevista para los administradores sociales en los artículos 217 a 219 LSC. La articulación prevista en estos artículos, en su actual redacción, encierran una finalidad muy concreta que en palabras del Tribunal Supremo se puede resumir en *“potenciar la máxima información a los accionistas, presentes y futuros, a fin de facilitar el control de la actuación de aquéllos (los administradores), dada la contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en aminorar los gastos y los de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles”*⁷¹⁴.

Tampoco debe olvidarse la introducción novedosa de dos principios que van a capitanear todo el sistema de remuneración de los administradores: los de proporcionalidad y los de orientación hacia la sostenibilidad empresarial⁷¹⁵, que pasan a incorporarse como un nuevo apartado 4 al artículo 217 LSC⁷¹⁶.

mencionar la nueva reformulación del *“The UK Corporate Governance Code”* desarrollada por el *Financial Reporting Council* y que se materializó en septiembre del año 2014.

⁷¹⁴ Cfr. STS de 9 de abril de 2015 (RJ 2015/2026) F.D. Tercero, en alusión a la STS de 19 de diciembre de 2011 (RJ 2012/4878).

⁷¹⁵ Conceptos dos, sin embargo, que dado su amplio reconocimiento como conceptos jurídicos indeterminados en nuestro Derecho de sociedades resultan difíciles de concretar, tanto en el aspecto de su concreción para la sociedad en cuestión (estatutos) como por los propios responsables de su aplicación en el marco de la gestión societaria (administradores). A este respecto, véase PEINADO GRACIA, J. I., *“La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores”*, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311/2019, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2019, pp. 15-17.

⁷¹⁶ Artículo 217.4 LSC *“La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los*

Sobre el sistema en sí, recordemos que tras la reforma operada en 2014 y de acuerdo con el destacado pronunciamiento en sentencia de 26 de febrero de 2018⁷¹⁷, antes analizado, de nuestro Tribunal Supremo, su estructura consta de tres niveles, siendo el primero de ellos la decisión que quede representada en los estatutos sociales; de este modo, en aquellos supuestos en que los estatutos sociales así lo prevean, los administradores o miembros del Consejo de administración podrán percibir retribuciones por uno o diversos conceptos que deberán incorporarse y concretarse en dicha reglamentación societaria y que, a modo exclusivamente ejemplificativo y no taxativo, se mencionan en el artículo 217.2 LSC (asignaciones fijas, dietas, participación en beneficios, sistemas de ahorro, etc.).

Un segundo nivel estaría representado por la necesidad de que la Junta General limite el importe anual máximo a percibir teniendo como parámetros de referencia el contexto real donde la sociedad actúe, la situación económica interna y la orientación del sistema hacia la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad en el largo plazo.

El tercer y último nivel vendría determinado por las decisiones de los propios administradores en materia de distribución de la retribución. El cierre del sistema lo conforman los artículos 218 y 219 LSC que se dedican a regular la remuneración mediante participación en beneficios y mediante la vinculación a acciones de la sociedad respectivamente.

De igual modo, tras la reforma operada en 2014 sobre la LSC, la CNMV actualizó el Código Unificado de Buen Gobierno para las sociedades cotizadas de 2006 (CUBG) y publicó una nueva versión con fecha de 18 de febrero de 2015. En esta nueva edición de recomendaciones, la CNMV puso el foco de la materia retributiva para los administradores en una serie de aspectos⁷¹⁸ tales como la disminución de retribuciones de carácter variable o en el largo plazo; vinculación con el rendimiento específico y no con la evolución general del mercado; diferir la remuneración hasta comprobar el cumplimiento de las condiciones de rendimiento; límites a las indemnizaciones por cese o posibilidad de reembolsos de ciertos

estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables". Abunda sobre esta cuestión NAVARRO FRÍAS, I., "Retribuciones proporcionadas y retribuciones...", op.cit., pp. 11-20.

⁷¹⁷ Cfr. STS de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018/635) F.D. Sexto.

⁷¹⁸ Cfr. CUBG de 2015. Principio 25 y Recomendaciones 56 a 64.

componentes variables en caso de obtención de un rendimiento inferior al proyectado, entre otras posibilidades⁷¹⁹.

Simultáneamente, como ya tuvimos ocasión de comprobar en capítulos precedentes, la OCDE lanzaba sus Directrices sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas⁷²⁰ en su edición de 2015, las cuales vieron la luz durante el año 2016, en donde dada la especial naturaleza de las empresas a las que iban destinadas se incidía en el objetivo de la transparencia en la información y dación de cuentas a la ciudadanía así como en la independencia y cualificación de los diferentes órganos de gobierno societario del sector público.

A título de ejemplo, podríamos mencionar como cuestiones más destacadas de estas Directrices las que siguen: la publicidad y transparencia de la información retributiva de los miembros del Consejo (Capítulo VI. Publicidad y transparencia); la adecuada ponderación acerca de la excesiva remuneración otorgada a ciertos consejeros especialmente capaces dentro de aquellas empresas públicas que soporten fuerte competencia económica por la posible desafectación de la opinión pública sobre el particular (Notas al Capítulo II. Punto 7); hacer extensible al conjunto de empresas públicas la divulgación de retribuciones de forma individual y no globalmente (Notas al Capítulo VI. Apartado A. punto 4); la atribución de competencias al Consejo para fijar la remuneración del consejero delegado o de ciertos directivos clave (Notas al Capítulo VII. Apartado B) o la posibilidad de constituir comités especializados con altas dosis de independencia y cualificación que asistan al Consejo de administración en materia de remuneraciones (Notas al Capítulo VII. Apartado H).

Las referencias más recientes de GC en materia de retribución de los administradores nos llevan finalmente al ámbito europeo donde con fecha de 20 de mayo de 2017 se publicaba en el DOUE la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017⁷²¹. Esta Directiva, aplicable en el ámbito de las sociedades cotizadas, introduce

⁷¹⁹ Vid. COHEN BENCHETRIT, A., “¿Nuevos cambios normativos en materia de remuneración de administradores sociales?”, *El Derecho*, Sección Doctrina, Edit. Lefebvre-El Derecho, S.A., septiembre 2017, EDC 2017/510021, pp. 11-12.

⁷²⁰ Cfr. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas. 2015. <https://www.oecd.org/daf/directrices-de-la-ocde-sobre-el-gobierno-corporativo-de-las-empresas-publicas-edicion-2015-9789264258167-es.htm> (Consultado: 29/04/2020).

⁷²¹ Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0828&from=ES> (Consultado: 29/04/2020).

novedosamente el principio denominado “*say on pay*” dentro del sistema de remuneración de los administradores.

Dicho principio va a suponer “dar voz a la remuneración”, en el sentido de que, para evitar una asunción excesiva de riesgos y contribuir a la sostenibilidad a largo plazo de las sociedades, resulta necesario aumentar la transparencia de los sistemas de remuneración, la rendición de cuentas por parte de los administradores y otorgar a los accionistas el derecho de pronunciarse sobre la relación entre rendimiento y remuneración de los administradores⁷²².

Debe afirmarse, sin embargo, que las medidas que incorpora la citada Directiva en este ámbito no van a innovar de forma sustancial la actual regulación prevista por nuestro derecho positivo, especialmente en lo relativo al régimen especial contemplado por la LSC en materia de sociedades cotizadas en el sentido de que muchas de las medidas allí contempladas ya venían en cierto modo previstas en la reforma realizada sobre nuestro texto societario en el año 2014.

1.2.2 La cuestión de la retribución variable y los incentivos

En esa estructura constituida por el sistema de remuneración de los administradores sociales que rige actualmente en nuestro ordenamiento jurídico ostentan un lugar singular aquellos conceptos retributivos que no están predeterminados anticipadamente o que se encuentran determinados con independencia del devenir societario o de la buena marcha del negocio. En este caso queremos hacer una breve alusión a las formas usuales de retribución variable y a su oponibilidad con el concepto tradicional de los incentivos. Todo este tipo de contraprestaciones pactadas como pago a la labor desarrollada por el administrador ha jugado un papel muy relevante dentro de corriente del *Corporate Governance*, como ahora veremos.

Partamos, pues, de una diferenciación conceptual entre incentivos y retribución variable ya que, con habitualidad, tienden a englobarse los primeros como una categoría más de los segundos. Con carácter general, como afirma ROSANAS MARTÍ se entiende que “*los incentivos serían unos pagos que pretenden «tirar» de la persona para obligarle a hacer lo que el principal quiere. Esto puede ser peligroso y, en cierto modo, censurable, porque significa condicionar la libertad de otra persona. En cambio, la remuneración variable se*

⁷²² Vid. GARCÍA ROLDÁN, M., “Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 48-2018, Foro de actualidad, 2018, pp. 168-169.

puede entender como una compensación, un reconocimiento de una buena labor”⁷²³, o, dicho de otro modo, incentivo sería toda aquella gratificación o premio extraordinario (normalmente de carácter pecuniario) que mueve al administrador que lo percibe a realizar una labor que no requiere necesariamente una alineación con los deberes generales que tienen legalmente asignados de acuerdo con su condición de administradores sociales; de este modo, la retribución variable quedaría reservada para todos aquellos otros supuestos de retribución que tienden a reconocer, así como a seguir fomentando, una esmerada dedicación en el puesto que se desempeña.

Bajo esta premisa, si atendemos al sistema de remuneración instaurado por la LSC tras la reforma operada por la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo, vemos como nuestro ordenamiento jurídico va a limitarse a dar carta de naturaleza legal a los distintos supuestos de retribución variable sin entrar a contemplar, al menos de manera explícita, ningún tipo de contraprestación que exceda de los parámetros objetivos o de justificación referenciada a resultados que pudieran calificarse como incentivos en el sentido expuesto.

Dicho esto, la preocupación doctrinal del *Corporate Governance* acerca de la retribución variable puede encontrarse casi desde los orígenes del movimiento. El carácter sanador o correctivo atribuido a dicha forma de retribución como recurso para conseguir alinear los intereses de la propiedad con los de aquellos sujetos encargados de la administración y dirección de la sociedad ha sido una constante desde el mismo momento de su nacimiento⁷²⁴ hasta el punto de ser considerada como una de las materias centrales de su existencia y es que, como pudo comprobarse en los capítulos introductorios de este trabajo, la evolución en el gobierno de las sociedades fue construyéndose con las continuas tensiones entre capitalistas y gestores que oscilaron entre el deseo de los socios de estimular la labor del administrador mediante su remuneración para la consecución del máximo beneficio empresarial esperable⁷²⁵ y el inevitable conflicto que paradójicamente una remuneración

⁷²³ Ap. MARQUÉS TRIAY, B., “Las acciones fantasma o phantom shares: un breve estudio jurídico sobre la social”, *LA LEY mercantil*, Nº 56, Sección Sociedades/ Opinión Legal, Edit. Wolters Kluwer, participación virtual en el capital 2019, LA LEY 4629/2019, p. 2.

⁷²⁴ Vid. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M. P., “Modelos normativos de los programas de opciones en Derecho Comparado y posición del Derecho Español”, como parte del libro “*Las opciones sobre acciones como sistema de retribución de administradores de sociedades anónimas cotizadas*”, edición nº 1, Edit. LA LEY, Madrid, 2009, LA LEY 14789/2011, p. 14, en su alusión al Derecho estadounidense y la íntima relación del gobierno corporativo con los programas de opciones sobre acciones como forma de retribución.

⁷²⁵ Vid. PONCE HUERTA, J., “Tendencias y perspectivas internacionales del Gobierno Corporativo”, Capítulo II del libro “*El Gobierno Corporativo en Iberoamérica*”, Fundación Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores (IIMV), Edit. CYAN, Proyectos Editoriales, S.A., Madrid, 2015, p. 59.

finalista o ligada a objetivos pudiera ocasionar en el distanciamiento de la gestión respecto del objeto social y, en consecuencia, de los intereses de la propiedad.

Como, a grandes rasgos, ha venido conviniendo la doctrina, para paliar eso que denominábamos el “problema de agencia” se afirma que el alineamiento entre los intereses de la propiedad y de los administradores debe lograrse mediante el establecimiento de unos sistemas de retribución variables⁷²⁶ que permitan acotar los factores de los que va a depender la retribución de estos últimos, reconduciendo la actividad de gestión hacia un determinado fin que, a su vez, va a representar una lectura de lo que en esa sociedad es considerado como interés social en cuanto pauta de actuación de dichos administradores⁷²⁷.

Del sistema aplicable en nuestro ordenamiento jurídico vigente y en su relación con las medidas de gobierno corporativo introducidas por la Ley 31/2014 quizás lo más reseñable sea la distinción orgánica de competencias que la LSC ofrece en lo que hace a los sistemas de remuneración mediante participación en beneficios donde el órgano de administración nada tiene que decir pues corresponde fijar su porcentaje máximo a la Junta General de socios conforme al artículo 218.1 LSC⁷²⁸ y aquellos casos de retribución vinculada a acciones, cuya concreción sí que corresponderá a los administradores una vez fijadas las líneas generales del plan a través de un acuerdo previo de Junta General relativo al número máximo anual, el sistema de cálculo, el plazo de duración, etc. (artículo 219.2 LSC).

1.3 La sociedad pública local ante el fenómeno retributivo

1.3.1 Estado del asunto

En la normativa de régimen local apenas pueden encontrarse referencias a esta cuestión, remitiendo en su mayor parte a las disposiciones que a este respecto prescriba el ordenamiento jurídico privado. No obstante, conviene destacar ciertos aspectos que deben ser comentados.

⁷²⁶ El sistema más popular en origen fue el consistente en las opciones sobre acciones o *stock options*, que básicamente va a consistir en la satisfacción por parte de la sociedad de una retribución variable que va a depender de los resultados de la propia sociedad y, en algunos supuestos, del específico rendimiento individual del administrador, *vid.* MARQUÉS TRIAY, B., “Las acciones fantasma o phantom shares...”, *op.cit.*, p. 2.

⁷²⁷ *Vid.* MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M. P., “Consideraciones de política jurídica”, como parte del libro “*Las opciones sobre acciones como sistema de retribución de administradores de sociedades anónimas cotizadas*”, edición nº 1, Edit. LA LEY, Madrid, 2009, LA LEY 14788/2011, p. 3.

⁷²⁸ A este respecto, SÁNCHEZ RUS considera razonable extender este mismo criterio a aquellos otros supuestos similares de retribución variable con indicadores o parámetros de referencia en el sentido previsto en el artículo 217.2 letra d) LSC, *vid.* SÁNCHEZ RUS, H., “Las cláusulas estatutarias relativas...”, *op.cit.*, p. 11.

Comenzamos poniendo de manifiesto cómo ya desde 1955 el propio Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) hacía residir la facultad de fijar la remuneración de los consejeros de las sociedades locales en la propia Corporación reunida en funciones de Junta General (artículo 92.2 letra b) RSCL). Ese mismo artículo 92, en su primer apartado, realiza una remisión genérica a la aplicación de las normas reguladoras del régimen de las Sociedades Anónimas para el resto de cuestiones sociales distintas del procedimiento y adopción de acuerdos *stricto sensu*; remisión que habrá que entender realizada hoy día a la LSC que, como hemos tenido ocasión de comprobar con anterioridad, establece un sistema general de retribución para las sociedades no cotizadas (que tienen su propia regulación en los artículos 529 sexdecies y siguientes de la LSC) donde sienta por principio que el cargo de administrador será gratuito salvo previsión estatutaria en contrario que a su vez establezca el sistema que resulte aplicable (*ex* artículo 217.1 LSC).

Por lo tanto, en las sociedades públicas locales deberán ser los respectivos estatutos sociales los que, con toda claridad, informen en su caso acerca del carácter retribuido del cargo de administrador –o de Consejero de administración dada la necesaria organización en este sentido que prescribe el RSCL-, así como de quién o quienes podrán percibir o no retribuciones por su asistencia a sesiones o el desempeño de labores específicas siempre dentro de los límites que sean fijados por la Junta General a estos efectos⁷²⁹.

La práctica cotidiana más extendida ha venido poniendo de manifiesto el establecimiento de la gratuidad de dichos cargos en todos aquellos supuestos en que sus miembros van a estar representados por cargos electivos locales cuyo régimen de dedicación al cargo sea exclusiva, quizás en previsión de la incompatibilidad retributiva⁷³⁰ que a estos efectos prescribe el artículo 75.1 párrafo segundo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)⁷³¹; incompatibilidad que, no obstante, no ha sido apreciada por nuestros tribunales, entendiéndose que a pesar de esa dedicación exclusiva los cargos públicos pertenecientes a los órganos de administración de las sociedades locales dependientes sí podrán percibir ciertas remuneraciones (*ex* artículo 8 LI)⁷³².

⁷²⁹ *Vid.* VAREA MOSQUERA, L. y HERNANZ BODERO, J., “Gestión directa (IV): sociedad mercantil, cuyo capital...”. *op.cit.* p. 29.

⁷³⁰ *Vid.* PRIETO ROMERO, C., “Las incompatibilidades de los Concejales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 2, Sección Colaboraciones, Ref. 231/2006, pág. 231, tomo 1, Edit. LA LEY, 2006, LA LEY 1761/2006, p. 3.

⁷³¹ Incompatibilidad que tiene su base legal en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LI).

⁷³² *Cfr.* STSJ de Asturias de 28 de abril de 2017 (JUR 2017/138195).

Por otra parte, parece que dicha incompatibilidad no resultaría extensible en modo alguno a aquellos miembros de las Corporaciones locales cuyo régimen de dedicación fuera parcial (en el sentido previsto en el artículo 75.2 LRBRL) o a aquellos otros que tan solo reciban asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación de la que formen parte (artículo 75.3 LRBRL), si bien, en este último supuesto, la retribución que se pudiera percibir como consejero creemos que no podría identificarse con una indemnización por asistencia⁷³³ en el sentido estricto del término – que se reserva para el personal al servicio de las Corporaciones locales-, pues los Consejos de administración no tienen la consideración de órgano colegiado de la Corporación de la que depende⁷³⁴.

En cualquiera de los casos y con independencia de la denominación finalmente empleada para retribuir a estos consejeros (miembros de la corporación con dedicación “no exclusiva” a esas labores de representación por la que fueron elegidos), es nuestra opinión la necesidad de ponderar una equitativa adecuación entre la labor desarrollada y la retribución percibida, extrapolando en cierto modo a esta materia ese principio general del Derecho público que representa el principio de proporcionalidad que rige para el establecimiento y aplicación de todo tipo de medidas restrictivas de derechos y libertades⁷³⁵, y ello, a resultas de una interpretación integradora y conjunta de los regímenes retributivos previsto en el artículo 75.2, 75.3 y 75 bis LRBRL de donde se puede concluir que aquellas retribuciones deberán ser fijadas por el Pleno de la Corporación (que será la Junta General cuando actúe como órgano societario cuyo acuerdo estatutario deberá ser adoptado al efecto de considerar retribuido el cargo de consejero de administración).

Además, esta doble previsión en sede administrativa y mercantil deberá respetar de forma “proporcional” las limitaciones a las retribuciones de los cargos públicos que prevén tanto las Leyes de Presupuestos del Estado con carácter anual (artículo 75.2 LRBRL) como el límite máximo total previsto por la legislación básica de régimen local (artículo 75 bis), pues de lo contrario podría incluso darse la incongruencia de sujetos que obtienen mayores retribuciones con cargo al presupuesto público de una forma indirecta que por una dedicación exclusiva a las funciones públicas por las que dicho sujeto por elegido. No hay que olvidar,

⁷³³ Especialmente para no confundir con las asistencias a las que sí tienen derecho el personal al servicio de las Corporaciones locales por concurrencia a reuniones de consejos de administración de empresas con capital o control públicos, conforme puede extraerse de los artículos 1.1 d); 2.1 e) y 27.1 a) del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.

⁷³⁴ *Cfr.* STS de 28 de abril de 2006. Rec. 2048/2002 (RJ 2006/3713). F.D. Séptimo.

⁷³⁵ *Cfr.* Artículos 4 o 29 de la LRJSP (Ley 40/2015, de 1 de octubre).

además, las obligaciones de transparencia que actualmente obligan a dar publicidad a todo tipo de retribución o emolumento que pueda ser percibido por los cargos públicos⁷³⁶.

Por otro lado y en directa relación con la cuestión que acabamos de examinar, podría mencionarse como esa controversia sobre la posible incompatibilidad de retribuciones en función de la dedicación también era discutida por parte de la doctrina científica que, siguiendo la línea marcada por SOSA WAGNER, consideraba que la previsión aún vigente del artículo 13.6 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), donde concluye que todos los miembros de la Corporación (con independencia del régimen de dedicación al cargo) podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de Consejos de administración de empresas con capital o control municipal; resulta una abierta ilegalidad a pesar de su mencionada validez⁷³⁷.

En conclusión y sin perjuicio de lo recién señalado acerca de las limitaciones que se imponen en función del régimen de dedicación al cargo, hemos de recordar que será competencia del Pleno Corporativo local la tarea regular el sistema de remuneración de sus miembros con carácter general y cuando actúen como consejeros de una sociedad local con derecho a retribución, con carácter particular; y ello, dado el amplio margen de libertad con el que el legislador y el titular de la potestad reglamentaria han dotado a las Corporaciones Locales para remunerar a sus miembros, libertad que no puede entenderse como absoluta sino limitada a los términos genéricos de las normas jurídicas de carácter general⁷³⁸.

En el caso de no llevar a efecto esta tarea, sí que podría entrar a valorarse una aplicación analógica de la normativa aplicable al personal al servicio de las corporaciones locales (Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio)⁷³⁹.

⁷³⁶ Véanse a este respecto los artículos 8 LT, 75.7 LRBRLO, de forma supletoria, lo previsto en el artículo 21.5 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Cuestión tratada en el Dictamen CN15-032 de la Agencia Vasca de Protección de Datos. Véase, asimismo, la Resolución RT 0553/2018 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 19 de marzo de 2019.

⁷³⁷ Vid. SOSA WAGNER, F., “Gestión mediante sociedad de capital íntegramente público” perteneciente a “*La gestión de los servicios públicos locales*”. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Edit. Aranzadi. 2007. p. 17.

⁷³⁸ Cfr. STS de 20 de diciembre de 1999. (RJ 1999/9468). F.D. Primero.

⁷³⁹ Cuestionando la aplicación analógica del RD 462/2002, vid. RODRÍGUEZ BARDAL, M., “Síntesis de las retribuciones de los corporativos locales. El fraude de ley y la autonomía local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° 5, Sección Organización, funcionamiento y régimen jurídico, pág. 90, Edit. Wolters Kluwer, 2020, LA LEY 4113/2020, pp. 5-6.

Como puede advertirse, la tradicional configuración de la empresa pública local parece chocar con la idea que para el resto de sociedades (sean cotizadas o no) prevén las tendencias del *Corporate Governance*; no se trata aquí tanto de medir rendimientos o de estimular una conducta activa y productiva por parte de los administradores a través de una justa retribución, sino, por el contrario, se maneja la idea de indemnizar, compensar o suplir el trabajo o dedicación que esta actividad les supone, en la medida en que podría dedicar ese tiempo a la obtención de algún otro tipo de ganancia o a la realización de alguna actividad particular⁷⁴⁰.

Y lo mismo podría decirse de aquellos otros sujetos que devienen consejeros y que resultan seleccionados de entre los equipos técnicos o grupos políticos con representación en la Corporación⁷⁴¹ en los que, por añadidura, la objetividad e imparcialidad en su desempeño como administradores de las sociedades puede quedar ciertamente puesta en cuestión, aunque este es un tema también discutible, pues en muchos casos precisamente de lo que se trata es de reproducir las facciones políticas al ámbito de la empresa local; posibilidad que, más allá de su posible pretensión fiscalizadora, no compartimos si entendemos la verdadera esencia de un órgano de administración.

No se da aquí, por lo tanto, esa dicotomía de la que son conscientes los autores de las teorías y recomendaciones del gobierno corporativo, en virtud de las cuales la remuneración de los administradores debe conjugar el respeto al interés social y al derecho particular de los socios a las ganancias esperadas con su inversión y, de otra parte, esa necesidad de la empresa de mantener un capital estable como garantía de solvencia para su sostenibilidad y expansión a largo plazo⁷⁴².

En el ámbito local, la perdurabilidad económica y material de sus empresas dependientes ha pasado generalmente por la aplicación de la técnica que se ha dado en llamar “*del acordeón*”, mediante la cual la administración matriz realizaba operaciones de capitalización consistentes en la reducción de capital para asumir pérdidas y simultáneamente

⁷⁴⁰ Cfr. STS de 12 de julio de 2006. Rec. 3977/2003 (RJ 2006/6006). F.D. Cuarto.

⁷⁴¹ Cuya remuneración supone otra gran controversia jurídica que no es objeto de nuestra investigación pero que apuntamos en el sentido de la limitación que a este respecto prevé la LRBRL en su artículo 73.3 respecto al destino de las dotaciones económicas que los grupos políticos podrán percibir por decisión plenaria y que explícitamente prohíbe contratar con las mismas a personal de cualquier tipo al servicio de la Corporación al no tener dichos grupos personalidad jurídica.

⁷⁴² Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “*Gobierno corporativo en sociedades...*”. *ob.cit.* pp. 50-51.

aumentarlo para no dejar este por debajo del mínimo legalmente establecido⁷⁴³, solventando así las obligaciones de disolución societaria por pérdidas que prescriben tanto el artículo 103.2 TRRL como el artículo 363.1 LSC, de un modo tal, que la sociedad en cuestión no vea peligrar su continuidad en el futuro, especialmente en aquellos casos en que estamos ante empresas cuyo objeto es la prestación de servicios públicos.

No obstante, no podemos olvidar que desde la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local la Disposición adicional novena de la LRBRL (Redimensionamiento del sector público local) establece en su apartado 1º párrafo segundo que *“Las entidades mencionadas en el párrafo anterior [entidades locales con un plan económico-financiero o plan de ajuste en vigor] durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación. Excepcionalmente las Entidades Locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad”*.

De este modo, se trata de introducir criterios de racionalidad administrativa en el sector público local y de lanzar una imagen transparente de la verdadera situación del holding empresarial dependiente de las entidades locales.

De todos modos, en el próximo apartado vamos a tratar de ver cuáles de las opciones y aportaciones encuadrables en la filosofía del denominado gobierno corporativo atinentes a la retribución de los administradores sociales son extrapolables a las peculiaridades de la sociedad pública local.

1.3.2 Potencial encaje de las medidas

Contemplar la posible aplicación de una serie de propuestas o de recomendaciones de gobierno corporativo destinadas a la sociedad pública local objeto de nuestro estudio va a revestir a la exposición, por la propia naturaleza de la materia retributiva, de un componente más dogmático que sistemático, y entendemos que ello es así pues en ese ejercicio debería

⁷⁴³ Vid. “Obligatoriedad de disolución de sociedad municipal por pérdidas”. *El Consultor de los Ayuntamientos*. Nº 2, Sección Consultas. Quincena del 30 enero al 14 febrero. 2013. Ref. 116/2013. p. 116, tomo 1. Editorial LA LEY 31/2013.

primar una visión teleológica sobre la propia existencia de la sociedad local, o al menos así debe serlo desde nuestro punto de vista -el teórico-, que debe intentar aprehender no solo la comprensión de las normas en su sentido gramatical, sino además por el espíritu o las finalidades buscadas con su aplicación, sin olvidar también las consecuencias prácticas a que las mismas van a ir dando lugar⁷⁴⁴.

Como hemos tenido ocasión de estudiar, más allá de la función económica o prestacional que realice cualquier sociedad pública local, la misma precisa conocer de manera clara cuáles son los objetivos comunitarios que se esperan lograr a través de su actuación, cuál es la respuesta social que se va a recibir por atender esa concreta finalidad y qué tipo de indicadores van a emplearse por la sociedad para evaluar los objetivos que se deben alcanzar.

Ante un panorama local que, frente a los desmanes del pasado, se halla hoy día claramente supeditado a criterios de racionalidad y sostenibilidad económica y financiera, parece más que razonable entender que la reforma operada durante 2014 en la norma que regula en nuestro derecho positivo las sociedades de capital (LSC) con ocasión de “la mejora del gobierno corporativo” va en la línea de mantener cierto control y contención en las retribuciones a satisfacer a los diferentes órganos de administración que puedan establecerse, en nuestro caso, necesariamente en Consejo de Administración. Y ello, precisamente, porque unas de las novedades introducidas en el régimen general ha sido lo que podríamos denominar como la columna vertebral que inspira el sistema retributivo de los administradores. De este modo, como veíamos, el artículo 217.4 LSC sienta que, en todo caso, el sistema por el que se opte (incluso la gratuidad⁷⁴⁵) deberá guardar la debida proporcionalidad con el contexto económico de la entidad y del mercado que resulte comparable además de establecerse orientándolo a la sostenibilidad de la sociedad en el largo plazo.

Así las cosas, parece que partir de una gratuidad de base para los consejeros de la sociedad pública local tal y como predica el artículo 217.1 LSC no resultaría algo descabellado. Evidentemente, el legislador de la LSC no estaba pensando en la sociedad pública local o en el sector público en general cuando afrontaba este tipo de innovación jurídica (de hecho, explícitamente solo aparece una mención a ella en el artículo 17), pero

⁷⁴⁴ *Vid.* Interpretación de las normas jurídicas. Guías Jurídicas, Edit. Wolters Kluwer, *passim*.

⁷⁴⁵ Entendida esta gratuidad con matices, pues no excluye la retribución por otro tipo de relaciones jurídicas con la sociedad (compensaciones por gastos, prestaciones de servicios o de obra, etc.), *cfr.* Resolución de 19 de febrero de 1998 DGRN, Ref.: BOE-A-1998-5987.

atendiendo a la naturaleza y finalidad de la sociedad local de nuestro tiempo parece encontrar en esta regla general un encaje y un sentido más adecuado⁷⁴⁶.

Por tanto, gratuidad frente a retribución y ello sin necesidad de su mención en los estatutos sociales pues existe una presunción de gratuidad⁷⁴⁷; y es que como se comentó, resulta muy extendida, casi copada, la práctica de designar a los consejeros de entre los miembros electos pertenecientes a la Corporación local, por lo que, su retribución vendrá definida por tal relación de servicio público, sin perjuicio de las especialidades analizadas sobre posibilidad de percibir ciertas indemnizaciones por concurrencia efectiva a las sesiones del órgano colegiado en función del régimen de dedicación al cargo. Esto tiene especial sentido si atendemos al particular peso que en este tipo de sociedades se suele atribuir a la figura de la Gerencia, que asume con normalidad el mayor peso de la gestión y dirección diaria de la sociedad en la medida en que así haya sido previsto tanto por los estatutos como en las delegaciones otorgadas por el propio Consejo de Administración, asumiendo un papel equivalente a los generalizados Consejeros delegados o ejecutivos, por lo que, en buena medida, los mismos deberán ser objeto de la aplicación de las medidas de gobierno corporativo hasta ahora vistas para estos últimos.

Debe considerarse fundamental la circunstancia recién mencionada y por ello creemos debe resaltarse y esto porque, aun residiendo la gestión, dirección y representación ordinaria de las sociedades públicas locales en el órgano de administración (el Consejo) hay que ser conscientes de que no pocas de las medidas aportadas para la mejora del gobierno corporativo en materia de retribuciones deberían ir dirigidas o encajarían mejor en otro órgano societario (la Dirección General o Gerencia) pues, no solo el hecho de ser con normalidad la figura sujeta a un régimen retributivo efectivo a través de una relación laboral permite la maleabilidad de su composición y regulación en el marco de la ley, sino que, como afirmamos, muchos de los baremos y estándares que modulan las percepciones retributivas van a ir ligadas al desempeño efectivo de funciones ejecutivas para alcanzar los rendimientos, objetivos o programas planteados. Otra cuestión sería el diferente estatus que ostentan una y

⁷⁴⁶ Aparenta tener un carácter más residual, sobre todo teniendo presente su fecha de entrada en vigor (1955), la previsión competencial del artículo 92.2 RSCL, donde parece dar como generalizada la remuneración de estos consejeros. En cualquier caso, desde nuestra perspectiva actual, nos inclinamos más por una interpretación restrictiva en todo lo que concierne a este particular.

⁷⁴⁷ *Cfr.* Resolución de 8 de noviembre de 2018 DGRN, Ref.: BOE-A-2018-16317; aunque es asimismo práctica muy extendida hacer referencia a la gratuidad del cargo de administrador en este tipo de sociedades, asumiendo que su mención expresa no es óbice para su debida inscripción.

otra figura, así como el alcance de los poderes y delegaciones que puedan serles atribuidos, problemática que no es objeto de nuestro estudio en estos momentos⁷⁴⁸.

No obstante, lo expuesto debe asumirse con las debidas cautelas, pues no es tampoco ajeno al sector público societario local la posible constitución de comisiones ejecutivas o la propia previsión de consejeros delegados en el seno de los Consejos de Administración⁷⁴⁹ siguiendo, de este modo, la estela de muchas de las previsiones del *Corporate Governance* en este sentido⁷⁵⁰, aunque esta circunstancia suele venir definida por la dimensión que la sociedad en cuestión ostente dentro del sector público local.

Teniendo presente lo señalado en los párrafos precedentes, no resultará extraño pensar que muchas de las técnicas de GC que promueve el CUBG de 2015 en materia de retribuciones a los consejeros sociales puedan ser homologados tanto a los consejeros de la sociedad local cuyo desempeño sea explícitamente retribuido como a los titulares de los órganos gerenciales o directivos de la sociedad correspondiente; y es aquí precisamente donde adquiere especial relevancia la conspicua fórmula de la retribución variable, tan potenciada por el GC.

Por lo pronto, sería entendible en las sociedades locales en las que, a diferencia de la norma generalizada, sus consejeros fueran sujetos ajenos a la naturaleza política de la Junta General y por contra presentaran perfiles más técnicos y de cualificación sectorial en función del objeto social respectivo, que su desempeño fuera retribuido y lo fuera de tal modo que, sin ser excesivo, fuera suficiente para atraerlos y mantenerlos con la dedicación esperada⁷⁵¹; o bien que el establecimiento de remuneraciones variables se limitaran a aquellos consejeros o gerentes que puedan ejercer funciones ejecutivas⁷⁵², cosa que actualmente resulta cada vez más extendido en la práctica local aunque, a decir verdad, todavía con una cierta suspicacia y el distanciamiento propio de planteamientos políticos tradicionales que resultan heredados y que se hallan cargados de un marcado atavismo que el propio GC trata de moldear y actualizar *hodie et nunc*.

⁷⁴⁸ Sobre el particular *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La delegación de facultades por el Consejo de Administración”, *Almacén de Derecho*, Derecho Mercantil, Lecciones, Legislación, 2018.

⁷⁴⁹ *V.gr.* Artículo 16 de los Estatutos Sociales de la Sociedad Municipal Zaragoza Vivienda, S.L.U.; artículo 24 de los Estatutos Sociales de la Empresa municipal Aguas de Málaga, S.A.; artículo 27 de los Estatutos Sociales de la Sociedad Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A. o el artículo 26 de la Sociedad Granada Eventos Globales, S.A. (Consultado: 09/05/2020).

⁷⁵⁰ *Cfr.* Índice *Spencer Stuart* de Consejos de Administración, 22ª Edición, 2018, p. 58 o las Recomendaciones a este respecto propuestas por el CUBG de 2015 (III.3.4.1; Principio 19).

⁷⁵¹ *Cfr.* CUBG de 2015. Recomendación 56.

⁷⁵² *Cfr.* CUBG de 2015. Recomendación 57.

Esas recomendaciones sobre las retribuciones variables a las que se refiere el CUBG y sus modulaciones adyacentes⁷⁵³ deben ser trasladadas al ámbito local mediante un ejercicio analógico⁷⁵⁴ de equiparación entre interés societario-interés local para que las mismas gocen de sentido y legitimación. De este modo, los beneficiarios, los sectores afectados o los rendimientos de la sociedad deberán cohererse con conceptos tales como usuarios, política local o sostenimiento financiero de la sociedad. Nociones como estas últimas serán las que calibren el contenido de la remuneración, su volumen, sus limitaciones, su condicionamiento a la obtención de objetivos sostenibles en el tiempo o el sistema concreto de retribución a percibir de los permitidos por la LSC de tal modo que se garantice un mejor aseguramiento para el cumplimiento de lo previsto en el objeto social considerado.

Las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas de 2015 también van a ser, obviamente, un sustento para la aplicación de las posibles medidas que puedan adoptarse por un ente local en relación con sus sociedades dependientes. En su conjunto, como se mencionó en el apartado correspondiente, las recomendaciones que se proponen van a pivotar de manera principal sobre la materia de la transparencia⁷⁵⁵ con unas ciertas pinceladas relativas a la más que recomendable especialización que es exigible en el desempeño de las funciones establecidas por el Consejo.

Agrupando en cierto modo lo que señalábamos en su momento, puede afirmarse que la publicidad activa de todo lo relativo a las posibles remuneraciones o, dada su generalización, de la propia gratuidad del cargo de consejero de la sociedad local⁷⁵⁶, representa una necesidad tanto de ética jurídica como de acercamiento de la gestión de lo público a la ciudadanía en su calidad de usuaria de la misma como una manifestación más del principio de la llamada buena administración⁷⁵⁷.

Y es que, en efecto, este principio de buena administración se convierte en el derecho a una buena administración desde la perspectiva del ciudadano y ofrece una oportunidad al

⁷⁵³ Cfr. CUBG de 2015. Recomendaciones 58 a 64.

⁷⁵⁴ En el sentido civilista del término (Artículo 4.1 CC).

⁷⁵⁵ Cuya legislación básica, como es sabido, incumbe a las sociedades públicas locales de conformidad con el artículo 2.1 g) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT) y, además, para el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con el artículo 3.1 i) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (LTA).

⁷⁵⁶ Con la mencionada publicidad se podrían evitar situaciones como la recogida en la reclamación a la que se refiere la Resolución R/0423/2015 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 21 de enero de 2016, en relación con la solicitud de acceso a la información sobre retribuciones que deben figurar como publicidad activa.

⁷⁵⁷ Vid. CARRILLO DONAIRE, J. A., "Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?", en el libro *"Los principios jurídicos del Derecho Administrativo"*, SANTAMARIA PASTOR, J. A. (Dir.) et al., LA LEY, Madrid, 2010, pp. 1137-1165.

gestor público para desarrollar una gestión de calidad con el auxilio de la norma jurídica. Por ello, como afirma PONCE SOLÉ, el buen gobierno y la buena administración necesitan de concreción y desarrollo técnico y un buen ejemplo de ello es esta propuesta de publicidad que aquí se realiza⁷⁵⁸. Se ha dicho en repetidas ocasiones que la transparencia repercute en la eficacia y en la confianza que se proyecta. Por tanto, unos sistemas sencillos, intuitivos y fácilmente localizables en los portales web de las sociedades locales⁷⁵⁹ sobre toda la información económica (retribuciones incluidas) resultan mucho más amables que los enrevesados laberintos de “transparencia” que actualmente es recurrente encontrar con un simple rastreo por las diferentes webs societarias.

De esta obligación de transparencia no queda desentendida la corporación local, antes al contrario, como entidad matriz debe, en consonancia con las recomendaciones de la OCDE, hacer extensible a todas las sociedades dependientes estas prácticas y la forma de proporcionar los datos económicos, de modo que puedan identificarse tanto de forma individual como en su conjunto.

Por su parte, en cuanto a las recomendaciones de la OCDE en lo todo lo que tiene que ver con la asignación de competencias al Consejo para la fijación de retribuciones a determinados directivos clave o a la constitución de comités para que actúen como asistentes especialmente cualificados en materia de retribuciones, debe reconducirse su planteamiento para adaptarlas a la dimensión de la sociedad local típica. A este respecto, ya nos inclinamos en un apartado anterior por no hipertrofiar las estructuras locales, ya sea en el ente local propietario, ya en la configuración orgánica de las sociedades mercantiles dependientes; de tal modo que debe atenderse al establecimiento de aquellas estructuras que en cada caso, y en atención a la autonomía local de cada entidad, se considere más equilibrada, más aún tras el severo correctivo racionalizador impuesto tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre (LRSAL), por lo que, para no caer en lo que suele dar en llamarse como la “ley del péndulo”⁷⁶⁰ en el Derecho español, se procurará evitar en la medida de lo posible la creación de nuevos órganos

⁷⁵⁸ Vid. PONCE SOLÉ, J. (Coord.) *et al.*, “Panorama comparado sobre la integridad y los códigos de conducta”, en *Empleo Público, Derecho a una Buena Administración e Integridad*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 104.

⁷⁵⁹ Como ejemplo de organización solvente de los datos y donde es posible encontrar información acerca de la remuneración concreta por el ejercicio del cargo de administrador, véase el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Bilbao.

<https://www.bilbao.eus/cs/Satellite/transparencia/es/inicio> (Consultado: 12/05/2020).

⁷⁶⁰ A la que alude REBOLLO PUIG, M., “Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable”, *Documentación administrativa (DA)*, Nueva Época, INAP, núm. 6, enero-diciembre, 2019, p. 75.

sin una explícita y debida justificación pero sin dejar de contemplar la posibilidad de su implantación.

En cualquier caso, sí resulta capital la cuestión de la especial capacitación en materia de retribuciones en el sentido previsto por la OCDE⁷⁶¹. De este modo, sea cual sea la opción por la que se incline la entidad propietaria de la sociedad (v.gr. y de menor a mayor conveniencia a nuestro entender: asistencia de un comité especializado *ex professo*; determinación de remuneraciones por el Consejo de administración; encomienda de tareas de asesoramiento retributivo a comités o comisiones de personal funcional con especial competencia y experiencia en el sector a que se refiera la actividad de la sociedad, etc.), en cualquier caso debe quedar colmada una concordancia entre la remuneración asignada, de haberla, y la tarea desempeñada por el consejero o directivo delegado en su relación con el fin de la sociedad, pues es ésta precisamente la incidencia que el gobierno corporativo trata de implantar en todas aquellas instituciones públicas y privadas a las que van dirigidas su recomendaciones y consejos.

Como última referencia acerca de este posible encaje de las medidas más recientes en materia de gobierno corporativo sobre remuneraciones hacíamos también alusión a la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, y pudo verse cómo la principal aportación de esta normativa comunitaria, aunque referida al ámbito de las sociedades cotizadas, hacía alusión a la meritada cuestión de la transparencia del sistema de remuneración como un mecanismo útil para la sostenibilidad en el largo plazo de las sociedades. A lo que nuestro estudio respecta, no hay mucho más que aportar más que reincidir en la necesidad de instaurar un sistema normalizado de publicidad retributiva de acuerdo con la organización societaria por la que se opte.

Debemos finalizar este apartado sopesando hasta qué punto resulta posible contemplar una previsión de incentivos o retribuciones de carácter variable destinados a los consejeros de la sociedad local o a los posibles consejeros delegados o ejecutivos que se establezcan orgánicamente.

Hay que recordar que el incentivo en sentido estricto no cabe en el sector público local por la propia naturaleza pública del ente que estamos considerando; en todo caso, cuando

⁷⁶¹ Cfr. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas (2015), en su alusión a la atribución de competencias al Consejo para fijar la remuneración del consejero delegado o de ciertos directivos clave (Notas al Capítulo VII. Apartado B). También la posibilidad de constituir comités especializados con altas dosis de independencia y cualificación que asistan al Consejo de administración en materia de remuneraciones (Notas al Capítulo VII. Apartado H).

hablamos de incentivos en la sociedad pública –o de la imposibilidad de su aplicación⁷⁶²– nos referimos a un recurso de motivación para obtener un mejor desempeño de la labor asignada, pero con carácter general entendemos que encaja mejor el concepto de retribución variable de acuerdo con el significado que fue analizado con anterioridad.

Dicho esto, debe distinguirse primeramente aquellos supuestos en que el cargo de miembro del Consejo de administración va a ser desempeñado por miembros electos de la Corporación local (concejales o diputados), donde, con independencia de que el ejercicio del cargo de consejero sea retribuido o no en las distintas modalidades examinadas, compete a todos, *ad initio*, una observación estricta de su estatuto obligacional por mor de su condición de cargo público, atribución inescindible de la propia persona en cualquier ámbito de actividad del sector público local donde actúe⁷⁶³. Además, no hay que olvidar que el consejero asume, desde la aceptación del cargo, una serie de deberes generales en su condición de administrador conforme a la legislación mercantil (artículos 225 y siguientes LSC). Conjugando ambos factores, resulta coherente comprender la notable generalización de la gratuidad del cargo de consejero cuando el mismo está integrado por miembros de la Corporación local. En este sentido, la retribución mediante variables no parece una medida especialmente operativa en este marco específico.

Cuestión diferente es el supuesto representado por aquellos Consejos de la sociedad pública local que se encuentren integrados por personal no electo, que tampoco podrá ser funcionario de la propia Administración local si atendemos a lo previsto en el artículo 213.2 LSC⁷⁶⁴. En este desempeño, a los consejeros nombrados se les debe adicionar a los generales deberes impuestos por la LSC para todo administrador, todas las reglas de conducta y deberes generales que rigen en el ámbito de lo público⁷⁶⁵, por aplicación específica de lo previsto para todo personal integrante de cualesquiera entidades dependientes de una Administración local en la D.A. Primera del EBEP. Esta especial atención al carácter público del desempeño de su actividad del que se hayan imbuidos todos los consejeros no electos no impide que, en

⁷⁶² Como apunta APARICIO GONZÁLEZ, M. L., “*Quis custodiet ipsos custodes* (Acerca de una propuesta relativa al control de los reguladores y supervisores financieros) (1)”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº 21, Sección Análisis, Edit. Wolters Kluwer, 2017, LA LEY 20254/2017, p. 2.

⁷⁶³ Y ello sin perjuicio de desempeñar el puesto de consejero en calidad individual y por propia voluntad, tal y como rige de manera generalizada en el ámbito mercantil.

⁷⁶⁴ Aunque esta prohibición parece contemplada para evitar posibles conflictos de intereses con el sector privado y no para el caso de los supuestos propios del funcionario que desempeña una función de “administración” respecto de una sociedad pública dependiente de la Administración local con la que el empleado público mantiene su relación especial de sujeción o de supremacía especial. Recordar también que el resto del personal al servicio de la sociedad pública local tampoco podrá ser funcionario, cuestión ya vista, *vid.* BALLINA DÍAZ, D., “*Las sociedades mercantiles de capital...*”, *op.cit.*, pp. 225-253.

⁷⁶⁵ Artículos 52 a 54 EBEP.

determinados casos especialmente justificados (como especiales delegaciones o atribución de funciones ejecutivas extraordinarias), puedan preverse sistemas de remuneración que contemplen elementos de compensación variable en función de determinados objetivos o de mejora de la actividad, siempre que la misma redunde en la sostenibilidad en el largo plazo del objeto económico o prestación pública que corresponda en cada caso.

Fuera ya del ámbito del Consejo de administración se hallaría la labor desarrollada por Gerentes o Directores de la sociedad pública local, donde, *prima facie*, no parecen existir tantos problemas para establecer, con la misma finalidad que la recién mencionada en el párrafo anterior, estímulos o compensaciones de carácter remuneratorio por una especial dedicación o por la obtención de una mejora del rendimiento⁷⁶⁶.

En conclusión, a lo largo de estas líneas ha sido posible comprobar como toda la cuestión relacionada con las remuneraciones de los administradores sociales en el terreno de la sociedad pública local ha de moverse entre la proporcionalidad, la transparencia y la sostenibilidad en el largo plazo de la propia entidad, siendo ésta última una razón primordial para su propia subsistencia que no va a encontrar ya en su Administración fundadora una protección subsidiaria ante cualquier tipo de derroche o exceso no justificado, para lo cual bien valen algunas de las medidas que desde el gobierno corporativo más reciente se le aportan al conjunto de operadores públicos.

2. EL OBJETIVO DE LA FINANCIACIÓN COMPETITIVA

El fenómeno del gobierno corporativo no solo aspira a que la operatividad de sus medidas mueva a un proceso de reforma de carácter cortoplacista e instantáneo a nivel orgánico dentro de las sociedades, sino que, como pudo verse al inicio de esta investigación, también las políticas a desarrollar en materia de gestión deben conducir a unos saneados resultados en el plano económico y que, por ende, redunden en el sostenimiento y consolidación de la sociedad en el largo plazo⁷⁶⁷.

A continuación, veremos cómo nuestro ordenamiento jurídico afronta el problema de la ineficiente gestión económica de la sociedad local por parte de los entes públicos para, posteriormente, examinar la posible utilización de las herramientas que el gobierno

⁷⁶⁶ Cfr. STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2017 (JUR 2018/3198).

⁷⁶⁷ Es posible apreciar esta preocupación del *Corporate Governance* desde los tiempos de los principios ALI formulados por el *American Law Institute* en 1994 y su fórmula de catalogar el derroche societario. Vid. DEL VAL TALENS, P., "Hacia una doctrina societaria del derroche", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310/2018, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2018, pp. 3-4.

corporativo nos ofrece para conseguir eliminar esa acusada dependencia que la misma mantiene respecto del presupuesto público local.

2.1 Los problemas económicos de la sociedad local: régimen actual

Por definición, la labor que desarrollan las sociedades públicas locales, al igual que cualquier otra actividad empresarial, va a estar sujeta a riesgos de diferente orden⁷⁶⁸ que van a condicionar tanto las decisiones que se adopten como las consecuencias que deban ser asumidas; y ello va a ser válido tanto para aquellas sociedades que se dediquen a ejercer una actividad puramente económica como para aquellas otras que presten servicios catalogados como de servicio público.

Pues bien, una de esas consecuencias que, podría decirse, viene a engrosar el último estadio de la gran variedad de problemas a los que puede enfrentarse una sociedad pública va a ser su falta de equilibrio presupuestario y, en particular, la situación de déficit. Y no es extraño que tal circunstancia se produzca en el ámbito público pues, al igual que en el caso de las privadas, las sociedades locales públicas pueden ser víctimas de situaciones de malgasto de recursos⁷⁶⁹ o bien de asunción de ciertas atribuciones confirme su objeto social tradicionalmente deficitarias (especialmente en materia de servicios públicos), cuestiones que ahondan la dificultad para mantener el exigido equilibrio presupuestario.

Para el malhadado supuesto en que esta situación se haga patente, el ordenamiento jurídico ha venido estableciendo una serie de prescripciones que debemos analizar para su adecuada comprensión.

Podemos partir de la hipótesis prevista por el artículo 103.2 TRRL de 1986 para las empresas privadas locales que desarrollen actividades o servicios, señalando que *“Cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social será obligatoria la disolución de la Sociedad, y la Corporación resolverá sobre la continuidad y forma de prestación del servicio”*.

En relación con esto, durante el momento álgido de esa etapa caracterizada por la *“huida del derecho administrativo”*⁷⁷⁰ venía siendo habitual la práctica de incorporar a los

⁷⁶⁸ Riesgos que van a depender de factores tanto internos (organización de activos e intangibles) como externos (que podrán ser de carácter indirecto como el entorno socio-económico o de carácter directo como clientes, proveedores o competencia). *Vid.* “Riesgos en la actividad empresarial”, Guías Jurídicas, Edit. Wolters Kluwer, *passim*.

⁷⁶⁹ El denominado *“waste”* del derecho norteamericano, *vid.* DEL VAL TALENS, P., “Hacia una doctrina societaria...”, *op.cit.*, *passim*.

⁷⁷⁰ Que también previó fórmulas privadas para aplicar limitadamente las normas en materia de financiación de los entes locales, *vid.* NIETO GARRIDO, E., “La reforma de las entidades instrumentales por la Ley de

estatutos de las sociedades locales ciertas reglas de carácter extraordinario para la corrección o regularización de la situación presupuestaria como un medio para evadir o rehuir la aplicación de la fórmula disolutiva del artículo 103.2 TRRL⁷⁷¹, cuya aplicación sistemática podría, por otra parte, suponer un grave inconveniente en la gestión local para los casos de prestación de servicios públicos de carácter esencial.

Pero, a fuer de honestos, el intento de sortear el citado artículo 103 no traía causa de una oscura intención por parte del operador local para evitar el control público, sino, como ha puesto de manifiesto nuestra jurisprudencia, de una razonable interpretación de las normas que, como en cualquier sistema jurídico, van sucediéndose en el tiempo y no siempre lo hacen de una manera coherente.

Así, la imperativa “sanción” que prescribe el artículo 103.2 TRRL, obligando a disolver la sociedad local en los casos de pérdidas que excedan de la mitad del capital social ha venido siendo desplazada -que no superada- por la legislación posterior de carácter mercantil, estableciendo como regla el mecanismo de ampliación-reducción de capital social⁷⁷² en la medida necesaria para adecuar el régimen de pérdidas a lo considerado aceptable tanto por las normas administrativas como por las mercantiles.

De este modo lo ha venido entendiendo nuestra jurisprudencia, señalando a este respecto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de marzo de 2007 que el artículo 103.2 TRRL debe interpretarse en relación con el artículo 260.1.4º TRLSA (actual artículo 363.1.e) de la LSC) pues, por una parte, el propio artículo 103 remite a la aplicación de las normas mercantiles en su apartado 1º, y en segundo lugar, y aparte de la “historia” legislativa de ambos preceptos, la aplicación prioritaria de la norma mercantil por su carácter de ley posterior es más acorde con los principios de conservación de la empresa que, en el ámbito público local, alcanza un valor superior dada la poca operatividad que supone un reintegro de fondos públicos que implique como contrapartida unos costos económicos y sociales más

racionalización y sostenibilidad de la administración local”, *Revista española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 165/2014, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2014, p. 22.

⁷⁷¹ Alguno de estos sistemas podía consistir en acordar el aumento o reducción del capital social en la medida que resultase necesario, en el sentido previsto en el artículo 260.1 4º del derogado Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA), aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (actual artículo 363.1 e) LSC); esto, siempre y cuando la disolución no hubiese sido declarada mediante decisión judicial o hubiese que solicitar la declaración de concurso. A este respecto, *cfr.* STSJ de Madrid de 16 de julio de 2004 (RJCA 2005/82). F.D. Octavo.

⁷⁷² También denominada operación acordeón; sobre esta cuestión *vid.* NIETO DELGADO, C., “Soluciones societarias ante la insolvencia: el aumento y la reducción del capital social. La operación acordeón como mecanismo de reestructuración empresarial”, *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Edit. Aranzadi, 2012, pp. 24-26.

graves, amén de la posible interrupción en la prestación de servicios públicos que pudiera producirse, en el caso de que estemos en uno de esos entes⁷⁷³.

La normativa administrativa más clásica también recoge otros supuestos en los que las dificultades económicas de la sociedad local van a derivar, teóricamente, en una obligación de extinguir la entidad. De este modo, en los casos de sociedades encargadas de prestar servicios públicos municipalizados o provincializados⁷⁷⁴, cuando se produzca la quiebra técnica⁷⁷⁵ de la empresa por ser su activo patrimonial inferior al pasivo exigible, deberá producirse el cese de la prestación y habrá que disolver la sociedad, tal y como reza el artículo 98 apartado 4º del RSCL.

A pesar de estas situaciones no deseadas, ya hemos visto como la normativa mercantil, aplicable a la sociedad local *ex* artículo 85 ter apartado 1º LRBRL, ha consolidado la opción de intentar solventar los desequilibrios económicos de la sociedad mediante el “rescate” por parte del ente público fundador, de acuerdo con lo señalado en el artículo 363.1 letra e) LSC y, como indica, siempre que no proceda solicitar la declaración de concurso. Sin embargo, respecto a este último aspecto, y aunque el artículo 1.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁷⁷⁶ extienda a *sensu contrario* su ámbito de aplicación a las sociedades mercantiles locales, en la práctica es difícil que tal declaración se produzca de manera efectiva por dos motivos principales que, como señala VÁZQUEZ LEPINETTE⁷⁷⁷, serían, por un lado, la existencia de lo que en el derecho norteamericano se ha denominado como la *implicit government guarantee* o posibilidad implícita del rescate público, aun no existiendo un deber legal de hacerlo⁷⁷⁸ y, por otro lado, el carácter privado de la solicitud de declaración de concurso que, en la práctica, hace que los acreedores no acudan a solicitar la declaración de concurso de las empresas públicas.

⁷⁷³ Cfr. STS de 9 de marzo de 2007 (RJ 2007/2230).

⁷⁷⁴ Conceptos ambos largamente superados en determinados sectores fruto de la reserva prevista en el artículo 86.2 LRBRL.

⁷⁷⁵ Hoy concurso, con las dificultades que una declaración en tal sentido encierra, especialmente en sociedades dirigidas a la gestión directa de servicios públicos. Sobre esta cuestión, *vid.* AYALA MUÑOZ, J. M., “Declaración de concurso de acreedores de una sociedad cuyo capital es en su totalidad de titularidad pública”, como parte de libro “2009. Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2008 de los grandes despachos”, edición nº 1, Edit. LA LEY, Madrid, 2009, LA LEY 3986/2011.

⁷⁷⁶ Vigente hasta el 31 de agosto de 2020, fecha a partir de la cual adquiere vigencia el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

⁷⁷⁷ *Vid.* VÁZQUEZ LEPINETTE, T., “La disciplina de las empresas públicas por el Derecho concursal: realidad y consecuencias (Breves notas sobre la diferencia entre el Derecho legislado y el Derecho aplicado en materia de declaración en concurso de las empresas públicas)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 8, Sección Comunicaciones, pág. 275, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 5283/2008, p. 2.

⁷⁷⁸ Cfr. Sentencia SIEPSA. STJUE de 16 de octubre de 2003 (TJCE 2003/329).

En relación con el generalizado “rescate” al que nos hemos referido, debemos hacer una observación a propósito de la incidencia de carácter limitativo que la publicación en 2013 de la Ley 27/2013, de 27 de noviembre (LRSAL) tuvo sobre el mismo. Como ya tuvimos la ocasión de mencionar en un momento anterior de este capítulo, la citada Ley introdujo en la LRBRL una novedosa Disposición adicional novena sobre “Redimensionamiento del sector público local” en donde en el primer apartado, segundo párrafo, impide a las entidades locales que se encuentren bajo la vigencia de un plan económico-financiero o de ajuste a realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación. No obstante, justo a renglón seguido admite dicha posibilidad, con carácter excepcional, siempre y cuando en el ejercicio presupuestario inmediato anterior se hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad⁷⁷⁹.

En otras ocasiones, el meritado “rescate” de la sociedad por parte del ente público ante las acuciantes dificultades económicas va a resultar inviable, materializándose unas pérdidas que deberá asumir en la medida de sus posibilidades la propia sociedad, avocada a deambular a través de un periodo de liquidación, y subsidiariamente, la propia Administración local, pues aquí también adquiere relevancia la ya estudiada doctrina del “levantamiento del velo”.

Efectivamente, el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración fundadora de la sociedad local pueda aparecer inicialmente limitada con base en lo dispuesto en los artículos 85 ter 2 LRBRL (dada la forma mercantil adoptada) y 105 del TRRL (que limita la responsabilidad a lo escriturado y aportado en empresas que gestionen servicios)⁷⁸⁰, no obsta a que, en determinadas ocasiones cuando la titularidad final es inequívocamente pública por pertenecer a una instancia administrativa, exista base jurisprudencial suficiente para hacer recaer las responsabilidades económicas generadas por dicha sociedad en el ente público propietario⁷⁸¹.

Ejemplo reciente de ello lo vemos en la interpretación que, a este respecto, realiza el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de junio de 2019⁷⁸² con motivo de las deudas con la Seguridad Social generadas por la sociedad instrumental de un Ayuntamiento. En este caso

⁷⁷⁹ Vid. NIETO GARRIDO, E., “La reforma de las entidades instrumentales...”, *op.cit.*, p. 25.

⁷⁸⁰ Sin olvidar que la normativa mercantil hace recaer la responsabilidad jurídica en los administradores y no en los propietarios de la sociedad de acuerdo con lo previsto en el artículo 367 LSC.

⁷⁸¹ En este sentido, *cfr.* Consulta 3/2017 de 24 de octubre de 2017 de la Audiencia de Cuentas de Canarias.

⁷⁸² *Cfr.* STS de 13 de junio de 2019 (RJ 2019/2889).

dicha sociedad, catalogada como medio propio de acuerdo con lo previsto por la legislación de contratos del sector público, y el Ayuntamiento, van a compartir solidariamente la responsabilidad sobre sus deudas al englobarse sus relaciones mutuas en el concepto de unidad empresarial a efectos laborales con los requisitos que se recogen en el fundamento de derecho décimo de la resolución citada.

El cualquier caso, por encima de la atribución de responsabilidades por un indebido funcionamiento de las sociedades públicas locales que derivan en una perpetua dependencia económica respecto de su ente fundador, hemos de estar a tratar de evitar, en la medida de nuestras posibilidades, tales situaciones a través de una auténtica independencia y saneamiento en la gestión de la actividad desarrollada por las sociedades que son objeto de nuestra atención. Veamos a continuación algunas propuestas para alcanzar este objetivo y el apoyo que a su obtención brindan algunos de los principios estudiados hasta el momento sobre el gobierno corporativo.

2.2 El reto: la no asunción de deudas por parte del ente matriz

Cualquier tipo de empresa, pública o privada, debería autofinanciarse⁷⁸³. Este podría ser el epítome de la cuestión que nos trae hasta este punto de la argumentación sobre los efectos que el gobierno corporativo puede tener en su aplicación a la sociedad pública local.

Sin embargo, la realidad dista mucho de esta aseveración. Las sociedades públicas reciben con total normalidad el auxilio económico a través de diferentes fuentes de financiación, una de las más populares son las ayudas públicas (que tendremos ocasión de analizar en el próximo capítulo de este trabajo). Estos apoyos o auxilios se hacen residir en razones de interés general o de bienestar social (creación de empleo, impulso de la economía, etc.) llegando incluso a considerarse primordial para la propia subsistencia del sector en el que la sociedad opere a pesar de que todo ello limita tangencialmente con una posible vulneración del principio de libre competencia que es especialmente defendido por nuestro derecho comunitario. De cualquier manera, la apuesta es por la independencia y a ello apuntan las más recientes recomendaciones de GC, al menos en lo que se refiere a las sociedades públicas que desarrollen actividades económicas⁷⁸⁴.

⁷⁸³ Vid. COSCULLUELA MARTÍNEZ, C., “La financiación de la empresa pública”, en *“Estudio sobre empresas públicas”*, García Rubio (Coord.), Edit. Dykinson, 2011, p. 165.

⁷⁸⁴ Cfr. Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Capítulo III. Las Empresas Públicas en el mercado. Letra F apartado 2°.

El caso de la sociedad pública local, no obstante, tiene su propia idiosincrasia, pues su tradicional dimensión media y su enfoque a la actividad económica regional o a la prestación de servicios públicos locales, hace que su régimen de financiación no se haga depender tanto de la ayuda externa supralocal y deba enfocar su acción en la necesidad de una gestión eficaz y eficiente que permita superar el habitual reguero de pérdidas por la falta de competitividad en su actividad, especialmente en materia de gestión directa de servicios públicos⁷⁸⁵.

Siendo conscientes de las dificultades que entraña una meta como la de la autofinanciación de la sociedad pública local, cuestión que no puede ser tratada de manera global, pues interaccionan en la materia multitud de variables y circunstancias no homologables entre sí⁷⁸⁶, centraremos nuestra atención en aquellas decisiones en materia de gobierno corporativo que creemos asequibles para un modelo estándar de sociedad local, con exclusión de la concreta finalidad que persiga su objeto social.

A este respecto, la primera cuestión para poner en orden el funcionamiento de una sociedad local es saber exactamente lo que está pasando internamente a nivel económico-financiero; para coadyuvar a este objetivo reconocemos que juega un papel destacado el concepto de la transparencia, sobre el cual las normas imperativas y recomendaciones del *Corporate Governance* han hecho sobrada mención⁷⁸⁷.

En relación con la transparencia y como instrumento para hacer posible la diafanidad financiera de la sociedad local los entes públicos incluidos en este ámbito van a contar con la denominada cuenta general⁷⁸⁸, que obliga anualmente a estos entes locales a justificar y responsabilizarse de la actividad económico-financiera que han realizado durante un ejercicio económico, dentro de la cual se hallan las sociedades mercantiles que pertenezcan en su

⁷⁸⁵ A cuyo objeto fue destinada la Ley 27/2013, de 27 de diciembre (LRSAL) que ya desde su preámbulo señala como uno de los criterios de racionalización y sostenibilidad que se imponen a las entidades locales va a ser el redimensionamiento de su sector público suprimiendo aquellas entidades instrumentales que resultan deficitarias y superfluas, así como exigiendo que los servicios se presten en la forma más eficiente posible. La utilización por esta Ley de los conceptos “rentabilidad económica” o “recuperación de la inversión” viene a equiparar la prestación de servicios con el ejercicio público de actividades económicas. En este sentido, *vid.* DÍAZ ARROYO, A., “La prestación de servicios y el ejercicio de actividades mediante sociedades mercantiles, tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Actualidad Administrativa*, N° 9, Sección A Fondo, tomo 1, Edit. Wolters Kluwer, 2014, LA LEY 2733/2014.

⁷⁸⁶ Compruébese el variopinto panorama de sociedades que pueden concentrarse en un mismo ente local: que podrán ir desde la gestión urbanística del suelo hasta el abastecimiento domiciliario del agua, pasando por la prestación de servicios sociales o desarrollando actividades económicas tales como las de promoción empresarial, etc., cada una de ellas con sus particulares mecanismos de financiación.

⁷⁸⁷ *Conc.* Apartado 3.2.3 del Capítulo V del presente trabajo.

⁷⁸⁸ Que encuentra su regulación en los artículos 208 a 211 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL) y en las correspondientes Instrucciones de contabilidad para la Administración local.

totalidad al ente local. En efecto, dentro de la cuenta general se van a integrar las diferentes cuentas anuales⁷⁸⁹ de las sociedades mercantiles del sector público local respectivo.

Además de ser una obligación legal, la formación, aprobación y rendición de la Cuenta General por parte de las entidades locales constituye una práctica de buen gobierno que permite conocer el funcionamiento y la gestión económico-financiera de las entidades locales durante un ejercicio determinado, y es que, *“un gobierno transparente debe fomentar y promover la rendición de cuentas de la Administración ante la ciudadanía y proporcionar información sobre lo que está realizando y sobre sus planes de actuación. La transparencia y el acceso a la información pública son conceptos que promueven y refuerzan los mecanismos de la rendición de cuentas e influyen en el sistema democrático de una sociedad, fortalece la gobernabilidad local y la confianza en las instituciones, a la legitimidad de las autoridades e incide en una mejor gestión de los recursos públicos”*⁷⁹⁰.

Por otro lado, en el compendio cronológico que ha seguido la corriente del buen gobierno corporativo en España vemos como algunas de las principales preocupaciones que interesaban a los diferentes códigos pueden servir de referente para nuestra sociedad local de cara a su propia subsistencia. Por ejemplo, el Código Olivencia⁷⁹¹ centraba su atención en la mejora de la operatividad del Consejo de administración, cuya actuación debía dirigirse a la maximización del valor de la empresa dentro de una responsable conducción de los negocios. Puede ser razonable entender que alguna de las medidas estudiadas para la especialización técnica y racionalización orgánica dentro del Consejo de administración de la sociedad local permitirá una mejor forma de afrontar posibles contingencias y aportará más estabilidad a su funcionamiento.

El Informe Aldama⁷⁹², por su parte, incidía en las obligaciones de transparencia que hemos visto poco más arriba, a lo que adicionaba especiales cautelas en relación con los deberes de los administradores, separando dos aspectos cruciales de la vida societaria: generación de beneficios/valor y distribución de ese valor. Los administradores de la sociedad

⁷⁸⁹ Las cuentas anuales de las Sociedades mercantiles y Entidades públicas empresariales dependientes, se formulan de acuerdo con la normativa mercantil y están integradas por el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, el Estado de Cambios en el Patrimonio Neto, el Estado de Flujos de Efectivo y la Memoria, ostentando la condición de cuentadante a nivel de sociedad local las personas titulares de las respectivas Presidencias de los Consejos de Administración.

⁷⁹⁰ Vid. CARPIO CARRO, M., “Transparencia en clave económica: una visión actualizada de la rendición de cuentas”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 18, Sección Opinión/Colaboraciones, Ref. 2084/2015, pág. 2084, Edit. Wolters Kluwer, 2015, LA LEY 5583/2015, pp. 5-6.

⁷⁹¹ Informe y Código Olivencia de 1998, *passim*.

⁷⁹² Informe Aldama II y III, 2003.

local han de ser conscientes de la responsabilidad que ostentan y deben procurar ejercer su actividad con la mirada puesta siempre en el sostenimiento de la actividad desarrollada en el largo plazo, más allá de su más que posible ascendencia política como razón básica para su designación como miembro del Consejo.

Situados ya en la tercera etapa clásica dentro del GC español, vemos como las diversas versiones conocidas del CUBG⁷⁹³ permiten, allende su aplicación singular a las sociedades cotizadas, entender que la obtención de la independencia financiera por parte de la sociedad local se va a residenciar en la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa para lo cual será imprescindible realizar un especial esfuerzo por aplicar las técnicas y estrategias del sector privado⁷⁹⁴, dejando en cierto modo de lado el parapeto que supone la Administración fundadora y el auxilio que ésta le proporciona.

Otro aspecto capital del gobierno corporativo ha sido, con abundantes menciones⁷⁹⁵, todo lo relativo al control financiero de la sociedad, como mecanismo fundamental dentro del sistema de control de las sociedades y que, aparte de las cuentas anuales, debe constituir una práctica sistemática habitual que favorezca a fomentar la independencia de sus resultados frente a posibles intromisiones de los órganos con funciones ejecutivas y habilite su publicidad como elemento básico de transparencia en su actuación⁷⁹⁶.

En la sociedad pública local pudimos ver que, *ope legis*, resulta necesario que la documentación de tipo financiero sea examinada a fin de comprobar que se ajuste a la legalidad vigente, esto es, la necesidad de auditarla, bien por un auditor externo en el caso de no estar exceptuados de esta obligación (*ex* artículo 263.2 LSC) o bien por el órgano interventor de la entidad local correspondiente de acuerdo con la normativa aplicable⁷⁹⁷. Desde el ámbito del GC se propone que, sin perjuicio de la obligación legal de carácter anual, la información financiera constituya un flujo de transparencia (semestral o trimestralmente) que permita comparar estados financieros de entidades pertenecientes a un mismo sector público local. De hecho, la homologación de estándares de información financiera que se

⁷⁹³ La última versión del CUBG data del año 2015.

⁷⁹⁴ *Vid.* PAZ-ARES, C., “El gobierno corporativo como estrategia...”, *ob.cit.*, p.1.

⁷⁹⁵ *V.gr.* Informe Olivencia II.11.1 en relación con la necesidad de contar con una Comisión de Auditoría. El Informe Aldama también desarrolló esta cuestión centrandose su investigación en definir las funciones de dicha comisión.

⁷⁹⁶ *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Capítulo VI. Publicidad y transparencia. Letra A apartado 2º.

⁷⁹⁷ *Conc.* Capítulo V apartado 2.2. Control mediante auditoría.

ajusten a normas de alta calidad reconocidas a nivel internacional ha sido otro de los objetivos más demandados por parte del gobierno corporativo más representativo⁷⁹⁸.

También debe tenerse en cuenta la importancia que un control de este tipo pudiera tener en el aspecto interno, pues permitiría mantener una adecuada política de control de riesgos muy útil para detectar precozmente posibles problemas en el área financiera de la sociedad.

Un último punto de vista crucial en la supervivencia de la sociedad local de manera autosuficiente va a ser el de su estrategia tributaria y ello es debido a que, en palabras de ZORNOZA PÉREZ, *“la fiscalidad es un elemento que está siempre presente en las decisiones más relevantes del gobierno de la empresa, pues el coste tributario es un factor a considerar en la definición de la estructura de capital y la financiación empresarial, en la política de retribuciones de los directivos, en la definición del retorno de la inversión realizada por los accionistas, etc.”*⁷⁹⁹.

Como señala el autor citado, el gobierno corporativo no ha prestado especial atención al aspecto tributario dentro de la gestión de las sociedades pese a su ineludible importancia, sobre todo en materia de posibles exoneraciones y su relación con el principio de igual de trato y libre competencia en el ejercicio de actividades económicas⁸⁰⁰. Como quiera que fuera, el aspecto tributario del gobierno corporativo ha tenido la necesidad de aunar las decisiones estratégicas que eran tomadas por parte de los órganos de gestión con los objetivos a largo plazo de los socios propietarios.

Este diseño adquiere en el plano de la sociedad pública local un particular encaje, pues ya pudo verse como los intereses de unos y otros se trasladan a planos distintos, pues los representantes de los órganos de administración y de los accionistas suelen ser, habitualmente, representantes de quienes, en última instancia, constituyen “propietarios” en comunidad de las sociedades locales (la ciudadanía) que además son usuarios de su actividad. En cualquier caso, la alineación de intereses adquiere, si cabe, mayor razón en la sociedad pública local por

⁷⁹⁸ Cfr. Principios de GC de la OCDE y del G20 (2016). Capítulo V. Divulgación de información y transparencia. Letra A apartado 1º.

⁷⁹⁹ Vid. ZORNOZA PÉREZ, J., “Los Códigos de buen gobierno corporativo, el control financiero y la fiscalidad de la empresa”, como parte del libro *“Ética empresarial y Códigos de Conducta”*, edición nº 1, Edit. LA LEY, Madrid, 2011, LA LEY 15105/2011, Capítulo II, apartado III.

⁸⁰⁰ Cfr. Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Capítulo III. Las empresas públicas en el mercado. Letra E.

lo que la estrategia tributaria debe diseñarse considerando fundamentalmente el interés de la comunidad local, lo que también puede traducirse en la maximización del valor de la empresa.

A estos efectos, la gestión societaria a nivel local requiere, al igual que en cualquier otra sociedad, la utilización de todos los recursos legales a su alcance para reducir la carga fiscal⁸⁰¹ manteniendo a su vez un adecuado control de los riesgos que las diferentes acciones o decisiones puedan conllevar en este sentido.

Con ánimo de recapitular en unas pocas líneas todo lo mencionado hasta ahora en este apartado, podemos afirmar que las posibilidades de autosuficiencia económica de la sociedad local respecto de su ente público fundador van a depender, en gran medida, de cuestiones ajenas a la propia sociedad, pues su rentabilidad se hará depender del mercado en el que se opera, de la configuración del servicio de que se trate que, en algunos casos, resultan por definición deficitarios, o de las vicisitudes intrínsecas de la actividad a desempeñar.

Teniendo presente esta realidad, desde el fenómeno del *Corporate Governance* se nos brindan algunos elementos que nos van a permitir adaptar ciertas prácticas o estructuras en orden a atenuar las posibles contingencias que los factores antes mencionados puedan llevar aparejadas en la gestión del día a día de la sociedad.

Hemos visto la importancia de fomentar la transparencia en múltiples vertientes de la actividad económica, la necesidad de contar con unos gestores lo suficientemente preparados y adaptados a la consecución de una máxima rentabilidad, siendo ésta última un referente al que deben inclinarse los esfuerzos de la gestión.

Del mismo modo, hemos apreciado la significación que adquieren las acciones de traslación de técnicas privadas al sector público, así como el interés de establecer una información financiera de carácter periódico procurando conjugar estrategias tributarias que permitan reducir la carga fiscal.

Todo esto, en su conjunto, creemos puede promocionar una forma de gestión de la sociedad pública local que permita, si no su autosuficiencia plena, sí una mayor sostenibilidad e independencia que sirva para justificar la subsistencia de los motivos que promovieron su creación y su mantenimiento en el largo plazo.

⁸⁰¹ Incluso respecto a aquellas decisiones tributarias que, a nivel del propio ente local del que dependa la sociedad, pudieran tomarse. En este sentido, consúltese MAGRANER MORENO, F. J., “Reserva de ley en materia tributaria local y prohibición de analogía: en especial, respecto de beneficios fiscales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° IV, Sección Opiniones, pág. 35, Edit. Wolters Kluwer, 2019, LA LEY 9538/2019.

3. LOS PACTOS PARASOCIALES EN EL SECTOR PÚBLICO LOCAL: POSIBILIDAD DE SU APLICACIÓN

Terminamos este capítulo haciendo una breve referencia a esa extendida práctica en Derecho de sociedades sobre la celebración de los denominados pactos parasociales. Es posible afirmar que la cuestión de los citados pactos parasociales y su relación con la materia de gobierno corporativo es algo que queda hoy fuera de toda duda.

Podría decirse que, en esencia, estos pactos⁸⁰² se encuentran constituidos por aquellos convenios celebrados por todos o algunos de los socios de una sociedad mercantil con el objeto de concretar, completar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias del tipo social⁸⁰³.

No es extraño que los pactos parasociales pueden tener una incidencia directa en materias habitualmente reguladas por el gobierno corporativo pues, de hecho, su clasificación más representativa suele aludir a aspectos tales como las relaciones entre socios o las retribuciones de los administradores (pactos de relación), las incompatibilidades y compromisos de no competencia (pactos de atribución) o el mismo diseño orgánico y de funcionamiento de la propia sociedad (pactos de organización), cuestiones todas, ampliamente consideradas en todo momento por el fenómeno del gobierno corporativo. En cualquier caso, aunque la definición de pacto parasocial abarque también pactos entre unos pocos socios, los que a nosotros nos interesan con la vista en la sociedad local son aquellos denominados pactos parasociales omnilaterales, pues los mismos serán, en esencia, los que recojan las reglas del gobierno corporativo de la sociedad⁸⁰⁴.

Respecto a su previsión legal, su regulación toma a día de hoy como fundamento el principio de autonomía de la voluntad reconocido para el ámbito mercantil en el artículo 28 de la LSC⁸⁰⁵ conforme al cual *“En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer,*

⁸⁰² Que para cierto sector doctrinal representa un ejemplo de “huida del Derecho mercantil” hacia el Derecho civil (parafraseando de este modo la locución utilizada por los administrativistas respecto al Derecho administrativo); así *vid.* PÉREZ RAMOS, C., “Problemas que plantean los pactos parasociales”, *Actum Mercantil & Contable*, nº 20, 2012, Introducción.

⁸⁰³ Así lo define el Consejo de Estado en su Dictamen 837/2014, de 29 de enero de 2014, del Consejo de Estado. Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, p. 64-65 sobre pactos parasociales.

⁸⁰⁴ *Vid.* SÁEZ LACAVE, M. I., “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 34/2010 1, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2010, p. 2.

⁸⁰⁵ Que, asimismo, trae causa de lo previsto sobre obligaciones contractuales y el principio de autonomía de la voluntad consagrados en el Derecho civil por los artículos 1.091 y 1255 CC.

siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”.

Los estudios dedicados al buen gobierno corporativo de las sociedades han considerado, fundamentalmente para el ámbito de las cotizadas, la importancia que adquiere en este campo el deber de transparencia⁸⁰⁶ como sistema de control externo respecto de aquellos pactos parasociales que se pudieran concluir, instando a que los mismos sean publicados y comunicados tanto al común de la estructura societaria como a los organismos reguladores respectivos (en las sociedades cotizadas) so pena de su ineficacia⁸⁰⁷.

El reconocimiento de la capacidad para concluir unos pactos de esta naturaleza para el caso de las sociedades públicas de ámbito local ha tenido hasta el momento limitado predicamento dentro de nuestro ordenamiento jurídico; a pesar de ello, sí se advierten algunas referencias de su admisión en el Derecho comparado⁸⁰⁸, que asumen de manera implícita su normal celebración junto con el resto de normas que resulten aplicables a la sociedad de control público considerada.

Pero cabría preguntarse sobre cuál sería la utilidad última de unos pactos de esta naturaleza en el marco de las sociedades públicas locales objeto de nuestro estudio.

Sabemos que el instrumento del pacto parasocial va a contener acuerdos que tratan de regular particulares tipos de relaciones o actividades internas que, por no estar imperativamente reguladas por el régimen legal societario o estatutario, pretenden sustraerse a su influencia en beneficio de la propia sociedad tratando de escapar de los estrechos límites que marca la regulación vigente⁸⁰⁹.

En nuestro caso, la dependencia indirecta de un ente público local hace que la libre disposición que los mismos pueden implicar se encuentre constreñida en mayor grado que para el común de las sociedades, pues, si bien algunos observan en la creación de sociedades

⁸⁰⁶ Pues precisamente esa transparencia es lo que proporciona a los que lo pactan la seguridad que trata de asegurar el cuerpo de normas legales que, por el pacto, pueden quedar desplazadas, siendo por tanto un requisito imprescindible para su conclusión. Respecto a esta cuestión, *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La retribución de los administradores ha de constar en los estatutos y no cabe la extraestatutaria pero se aplica la doctrina de los actos propios”, *Almacén de Derecho*, 2013, en su comentario a la STS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013/4632). <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2013/07/la-retribucion-de-los-administradores.html> (Consultado: 21/05/2020).

⁸⁰⁷ *Vid.* GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno...”, *op.cit.*, pp. 10-11.

⁸⁰⁸ *Vid.* FALCONE, G., “El régimen jurídico de la sociedad pública en Italia en el contexto del código de la crisis empresarial y de la insolvencia”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 31, Sección Reseña legislativa española y comparada/Reseña legislativa comparada, Edit. Wolters Kluwer, 2019, LA LEY 8300/2019, p. 3.

⁸⁰⁹ *Vid.* SÁEZ LACAVE, M. I., “Los pactos parasociales de todos...”, *op.cit.*, p. 5.

mercantiles por parte del sector público una forma de “huir del Derecho administrativo”, la celebración de pactos parasociales por la propia sociedad local podría llegar a calificarse como de “huida encadenada de regulaciones”, tratando de obviar no solo los controles del Derecho público, primero, sino también los establecidos con carácter general en el Derecho privado para todo el conjunto de entidades que adquieren la forma de sociedad de capital.

Del mismo modo, tampoco parece coherente con la naturaleza pública de esta entidad regida en su mayor parte por el Derecho privado la aplicación de estos pactos en su modalidad reservada (*ex* artículo 29 LSC), precisamente por las especiales exigencias en materia de transparencia que venimos examinando a lo largo de esta investigación y fundamentalmente por la tamaña incoherencia que un pacto reservado pudiera encerrar ya que, no hay socios diferenciados⁸¹⁰ y especialmente, tampoco parece razonable un desdoblamiento entre socio único, por un lado, y sociedad a la que oponer –o no, según el artículo citado- dicho pacto, por otro.

Por otro lado, la estrecha relación entre lo que conocemos como órganos de control y órganos de gestión dentro del ámbito local tampoco parece justificarlos en la medida en que no resulta necesario establecer acuerdos extra estatutarios de cara a la protección de determinados socios, pues socio como tal solo hay uno pese a la variedad de confluencias ideológicas que se reúnan en los órganos de gobierno local y que suelen participar en los órganos de gobierno de la sociedad dependiente.

La única cabida que, a nuestro juicio, puede entreverse para la admisión de pactos parasociales en el ámbito de la sociedad pública local tiene que ver precisamente con su función de instrumento regulador del gobierno corporativo a aplicar sobre la misma, pues, a pesar de que lo relevante para distinguir un pacto social de uno parasocial va a ser el objeto de dicho pacto (esto es, será social si concierne a toda la sociedad y parasocial si afecta al interés individual de algún socio⁸¹¹), la principal utilidad que ofrece es la posibilidad de concretar determinados tratamientos y relaciones que por la rigidez formal de la norma legal y la limitación estatutaria no pueden tener acceso a estos últimos.

Sin embargo, dejémoslo claro, esta posibilidad no da patente de corso a una aplicación ablatoria de la normativa reguladora de la sociedad pública local, ya sea esta

⁸¹⁰ Recuérdese que hablamos en todo momento de sociedades públicas locales cuyo capital ha sido íntegramente aportado por una sola Administración.

⁸¹¹ Conforme a la clásica doctrina italiana, *ap.* MORALES BARCELÓ, J., “Pactos parasociales vs estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 42/2014, parte Varia, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2014, p. 3.

normativa la mercantil por su condición de sociedad de las de capital, ya sea la administrativa para el caso del régimen de funcionamiento y adopción de acuerdos por parte del máximo órgano de gobierno de la misma (Junta General)⁸¹² pues precisamente el carácter público de la sociedad local demanda, *a fortiori*, un especial seguimiento de las estipulaciones normativas que le atañen.

Entendemos, por tanto, que los plausibles pactos parasociales que pudiera concluir una sociedad pública en el ámbito local deberían ir dirigidos estrictamente a reforzar puntuales elementos de las relaciones establecidas (no ya por socios) sino por los diferentes órganos implicados en el gobierno de la misma. Cuestión ésta la de ordenar las relaciones internas que, no obstante, viene a ser uno de los principales objetivos que desde la corriente del gobierno corporativo se vienen potenciando y que, por ello, constituye uno de los propósitos que tratamos de equiparar dentro del ámbito público con la presente investigación.

En definitiva, cabe concluir que las utilidades que pueda aportar una aplicación “blanda” -al estilo del *soft law*- de la figura mercantil de los pactos parasociales en el marco de la sociedad pública local van a ser perfectamente subsumibles en una aplicación “pública” de las diversas medidas de buen gobierno corporativo que se han ido postulando a lo largo de este trabajo como encuadrables dentro de su marco de aplicación.

⁸¹² Artículo 92.1 RSCL.

CAPÍTULO VII

DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y GOBIERNO CORPORATIVO

1. GESTIÓN CORPORATIVA PÚBLICA RESPETUOSA CON LA NORMATIVA *ANTITRUST*. 1.1 BREVE APUNTE SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 1.2 LA SOCIEDAD PÚBLICA OBJETO DE ESTE DERECHO. 1.3 REFERENCIAS DE GOBIERNO CORPORATIVO SOBRE LA COMPETENCIA Y SU CONEXIÓN CON LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL. 2. LA IMPORTANCIA DEL OBJETO SOCIAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Defensa de la competencia y gobierno corporativo

“El que está satisfecho con su parte es rico” Lao Tsé.

1. GESTIÓN CORPORATIVA PÚBLICA RESPETUOSA CON LA NORMATIVA ANTITRUST

Venimos razonando a lo largo de todo este trabajo las aplicaciones que pudieran tener las diversas medidas aportadas por la corriente del *Corporate Governance* para aquellos supuestos en que se estimara viable su acomodación al sector público local. Pues bien, entre la numerosa producción doctrinal y normativa que trata la cuestión del gobierno corporativo también ha tenido cierto encaje la materia de la libre competencia y su defensa. Veamos sucintamente a qué responde esta situación.

1.1 Breve apunte sobre el Derecho de defensa de la competencia

Afirmaba Adam Smith apoyándose en su “teoría de la mano invisible”⁸¹³ que la economía de mercado o, dicho de otro modo, la libre competencia, era el mejor instrumento para alcanzar tanto el bienestar propio como el del conjunto de los operadores económicos, dado que dicho mercado posee una capacidad de autorregulación tal que permitirá solucionar por sí mismo y sin la intervención legislativa los posibles problemas o contradicciones que se vayan presentando.

Sin embargo, la aplicación práctica de esta teoría fue poniendo de manifiesto que la simple iniciativa privada no siempre había conducido a una competencia justa y suficiente en términos de mercado, siendo necesario que el Estado asumiera como función pública⁸¹⁴ la innovación del ordenamiento jurídico de tal modo que protegiera el desarrollo efectivo de esa libre iniciativa económica junto con otros derechos de contenido económico como son el derecho a la propiedad privada o a la herencia.

Es a partir de esta realidad desde donde entendemos queda justificada la razón de la existencia de un derecho de defensa de la competencia, entendido como *“aquella parte del derecho mercantil que determina prohibiciones relacionadas con conductas empresariales frente a competidores, en orden a mantener un equilibrio en el mercado conjugando la*

⁸¹³ Vid. SMITH, A., *“La riqueza de las naciones”* (Traducción), Edit. Alianza editorial S.A., Madrid, 2011.

⁸¹⁴ Vid. ARANA GARCÍA, E., *“Las sociedades municipales de gestión...”*, *op.cit.*, p. 249.

libertad de empresa, la libre competencia, el interés colectivo de los consumidores y el interés público”⁸¹⁵. Se trata, en definitiva, de una normativa que va a ejercer una función o un rol de agente dinamizador del sistema económico⁸¹⁶ flexibilizando y canalizando el acceso igualitario a las relaciones económicas entre los distintos operadores jurídicos al tiempo que limita los posibles abusos o situaciones de secuestro de la libre competencia que pudieran darse en ese mismo marco económico.

Dicho esto, debe recordarse que el primer cimiento jurídico al máximo nivel normativo que se destina, aunque sin una mención expresa, a la libre competencia es el que aparece recogido en nuestra Carta Magna dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos, concretamente en su artículo 38 (Sección 2ª del Capítulo II del Título I), donde se prescribe que: *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*. Además, téngase en cuenta que es éste uno de los artículos integrantes de lo que se ha dado en llamar “Constitución Económica”⁸¹⁷, entendida como el conjunto de reglas fundamentales que estructuran y ordenan el estatuto-funciones del sistema económico español⁸¹⁸.

Teniendo presente esta realidad, hay que poner el acento en que la política de competencia no es algo que incumbe de forma exclusiva a los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados soberanos de manera independiente; el hecho de que desde el nacimiento de la Unión Europea⁸¹⁹ se apostara de forma decidida por la conformación de un gran mercado interior libre y dinámico cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 1993, ha desembocado en un desarrollo normativo comunitario de indudable importancia. Y esto es

⁸¹⁵ Cfr. “Defensa de la competencia”. Guías jurídicas. Edit. Wolters Kluwer.

⁸¹⁶ Vid. ARANA GARCÍA, E., *“Las sociedades municipales de gestión...”*, op.cit., p. 246.

⁸¹⁷ Vid. FONT GALÁN, J. I. y OLIVENCIA, M. (Dir.), *“Constitución económica y Derecho de la competencia”*, Edit. Tecnos, Madrid, 1987, p. 171.

⁸¹⁸ El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia de la libre competencia al interpretar este artículo 38 de la CE, y así, en su STC de 1 de julio de 1986 (RTC 1986/88), afirma en el F.J. 4º que: *“Como ha tenido, en efecto, ocasión de señalar este Tribunal, la defensa de la competencia, en un aspecto normativo «comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado», siendo su objetivo la «defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencias» (S. 71/1982) [RTC 1982/71]. No debe, sin embargo, entenderse esta actuación como tendente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre Empresas, lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de competir en el mercado, sino, más bien, la de prevenir y, en su caso, corregir situaciones que afecten a la estructura del mismo”*.

⁸¹⁹ Aunque ya desde el comienzo de las Comunidades Europeas se había discutido la creación de un mercado común. (Tratado de Roma de 1957).

así hasta tal punto que ha venido condicionando la regulación legal a nivel nacional que, sobre estos ámbitos, impulsan los diferentes Estados miembros⁸²⁰.

Podrá colegirse de este estado de cosas, por tanto, la importancia que en el mundo jurídico y principalmente en el económico ostenta la defensa de la competencia. Tal y como corrobora el propio Preámbulo de la LDC *“la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.”*

De igual manera, todas esas políticas de defensa de la competencia van a tener una notable repercusión en el sector público, pues si bien se trata de una disciplina fundamentalmente pensada para el sector empresarial privado, el hecho de que en ese mercado competitivo se haya introducido, desde hace ya bastante tiempo, la figura de la sociedad pública como instrumento utilizado por la Administración para prestar servicios públicos o realizar actividades económicas que redunden en el interés general, obliga a someter a esas mismas Administraciones a idénticas reglas de juego que el resto de los agentes económicos implicados; aunque, la verdad sea dicha, este presupuesto no siempre se ha podido llevar a la práctica de una manera satisfactoria, debido frecuentemente a la propia naturaleza pública del ente personificado y el halo de privilegios y prerrogativas que tradicionalmente acompañan a este tipo de figuras.

Veamos a continuación con más detalle esta última circunstancia.

1.2 La sociedad pública objeto de este Derecho

En línea con lo que acabamos de afirmar, la actuación de las sociedades públicas en el mercado económico se encuentra actualmente constreñida por una serie de disposiciones normativas que van a controlar los posibles excesos que se produzcan en materia de competencia, vigilando los potenciales monopolios o concentraciones ilegales que pudieran

⁸²⁰ Sin ánimo de exhaustividad mencionaremos como bloque normativo fundamental, a estos efectos, los artículos 14, 37, 59, 93, 101 a 109, 114 y 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002; Reglamento (CE) n° 773/2004 de 7 de abril de 2003; Reglamento (CE) n° 139/2004 de 20 de enero de 2004. A nivel nacional puede destacarse la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

producirse. De hecho, se afirma que otra de las funciones que cumple el conjunto normativo que constituye la institución de la libre competencia es su utilización como técnica de control de las decisiones de los poderes públicos en materia de intervención o concurso en las relaciones económicas⁸²¹.

Dentro de este gran mercado interior que nos hemos dado en Europa, va a ser precisamente el Derecho comunitario el que va a encargarse de controlar que las actividades económicas desempeñadas por el sector público no vulneran los fundamentos de la competencia. Para esto, como ha manifestado ARENAS ALEGRÍA, la normativa comunitaria se va a apoyar fundamentalmente en dos principios: el principio de paridad de trato de las empresas públicas y privadas y el principio de control de concentración de empresas y monopolios comerciales⁸²².

Por su parte, en lo tocante estrictamente al juego de la competencia de las sociedades públicas en nuestro ámbito nacional debemos resaltar que las mismas estarán evidentemente y como hemos venido viendo sometidas a la normativa comunitaria (Tratados, Reglamentos) y a la observación de las conductas que aparecen recogidas en la LDC. De hecho, la propia Ley en su artículo 4.2 ya contempla expresamente que *“las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”*. En cualquier caso, debemos tener presente que la observancia o adecuación a las normas de competencia va a estar tutelada a nivel nacional tanto por los organismos públicos reguladores (CNMC) como por parte de la Administración de justicia en caso de producirse controversia litigiosa⁸²³.

Volviendo al artículo 4 LDC, de la lectura del primero de sus apartados conforme al cual *“sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley”*, las posibilidades que ostentan las sociedades públicas en materia de potenciales conductas anticompetitivas no han quedado tan

⁸²¹ Vid. ARANA GARCÍA, E., *“Las sociedades municipales de gestión...”*, *op.cit.*, p. 246.

⁸²² Vid. ARENAS ALEGRÍA, C., *“Las Sociedades Públicas, régimen jurídico...”*, *op.cit.*, pp. 85-92, en su referencia al artículo 106.1 TFUE donde se insta a los Estados miembros a abstenerse de favorecer o de facilitar la posición de competencia en el mercado de las empresas públicas a través de medidas que puedan contravenir los Tratados y las normas de competencia previstas en los artículos 101 y siguientes del Tratado [A modo de ejemplo, STJUE de 11 de noviembre de 2010 (TJCE 2010/336)]; también los apartados 2 y 3 del mismo artículo 106 y el artículo 107 TFUE. Sobre el segundo principio, en su referencia al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

⁸²³ Cfr. STS de 5 de febrero de 2018 (RJ 2018/281).

delimitadas como aparentemente pudiera parecer, pues la aplicación de las normas de competencia han posibilitado que puedan valorarse diversas interpretaciones. Siguiendo el esquema de GONZÁLEZ TORROBA⁸²⁴, podría hablarse de:

1º. Exclusión de la aplicación de las normas de competencia por una genérica habilitación legal.

Según esta primera interpretación, cualquier conducta o actividad de una empresa o sociedad pública que pudiera entrar en conflicto con las normas de competencia quedaría exenta siempre que la prestación o la actividad económica desarrollada pueda englobarse en el ámbito competencial del ente público en virtud de una ley. Por ejemplo, si ponemos el foco de atención en el ámbito local, cualquier actividad que se derivara del círculo de competencias constituido por los artículos 25, 26 o 36 de la LRBRL⁸²⁵ podría, en principio, quedar liberada de la aplicación de las normas de competencia precisamente por esta habilitación legal genérica.

El Tribunal Supremo vino a matizar esta exégesis tan generalista y elaboró una doctrina donde se aclaraba que no resultaba suficiente con la existencia de una habilitación genérica, sino que la propia Ley debería especificar las conductas concretas que quedarán fuera de las previsiones del artículo 1 LDC⁸²⁶. Esta necesaria especificación de las actividades realizada por la sociedad pública nos condujo a un segundo tipo de evaluación de su acción.

2º. Levantamiento del velo de la actividad desempeñada por el ente público.

En esta ocasión, el velo que debe ser levantado es el de la propia actividad de la sociedad pública dependiente de la Administración, pues bajo la apariencia de actuaciones que pudieran responder a la potestad de imperio de la Administración pueden encontrarse actividades económicas que deben someterse a las reglas de la competencia⁸²⁷. A este respecto, lo fundamental reside en la posibilidad de exceptuar de las normas de competencia a los servicios prestados por empresas siempre que dichos servicios sean considerados de responsabilidad pública y dicha excepcionalidad sea lo que permita el cumplimiento de la

⁸²⁴ Vid. GONZÁLEZ TORROBA, P., "Derecho de la competencia y servicio público local", *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio 2009, pp. 163-170.

⁸²⁵ Artículos que recogen las competencias propias y mínimas de municipios y provincias respectivamente.

⁸²⁶ Cfr. STS de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2009/338), donde en su F.D. Quinto indica que "Ni el ejercicio de funciones públicas exige a un Colegio Profesional -ni a la Administración Pública en general- de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia" [Referencia realizada a la Ley de Defensa de la Competencia de 1989].

⁸²⁷ Cfr. SAN de 7 de abril de 2004 (JUR 2004/283781).

misión específica a ellas confiadas. Se trata, en definitiva, de la previsión que aparece recogida en el artículo 106.2 TFUE⁸²⁸.

No obstante, como puede verse, en dicho precepto se alude solamente a los servicios de interés económico general o a los monopolios fiscales que puedan instaurarse. Esta restricción también ha sido matizada en diversas resoluciones⁸²⁹ señalando que “*lo determinante para que una actividad pueda quedar excluida de las reglas de la competencia no es tanto si es una actividad económica o un servicio público como que la exclusión de dichas reglas sea necesaria para la propia subsistencia del sistema*”⁸³⁰.

3º. Reducción drástica de las actividades exentas y enjuiciamiento mínimo de la actividad.

En este último nivel de interpretación, cualquier actividad administrativa puede ser susceptible de ser sometida a las normas de defensa de la competencia, incluso las potencialmente exentas, dado que se impone siempre un enjuiciamiento mínimo de la actividad administrativa aun concluyendo que la misma se encuentra entre alguno de los casos exentos.

Ante este tipo de análisis, ni la consideración o no de actividad económica o servicio público de la prestación ni la posible finalidad social o de interés general que la actividad administrativa desempeñe va a significar de forma automática la excepción a la aplicación de las normas de defensa de la competencia ni tampoco va a implicar que no puedan producirse abusos en el sentido recogido en la LDC y en el Derecho comunitario.

En definitiva y tras esta evolución expuesta en el sentido de tratar de discernir cuándo la Administración en su papel de empresario público va a rebasar la línea de la libre competencia para entrar de forma decidida en el abuso de posición, interviniendo en sectores o ámbitos de forma que se restrinja la libertad de acceso por los particulares, vemos como la tendencia más consolidada apunta a la necesidad de evaluar caso por caso la concreta actividad realizada por la sociedad pública, pues los supuestos son tan variados como los

⁸²⁸ Artículo 106.2 TFUE: “*Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.*”

⁸²⁹ Cfr. STJCE de 16 de marzo de 2004 (TJCE 2004/65). En el plano interno, véase la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (ya extinto) de fecha 7 de noviembre de 2006 (AC 2006/1981), F.D. Séptimo.

⁸³⁰ Vid. GONZÁLEZ TORROBA, P., “Derecho de la competencia y servicio...”, *op.cit.*, p. 165.

ámbitos de intervención o actividad que la propia Administración tiene atribuidos⁸³¹, lo que deberá ponderarse suficientemente en relación con los fines públicos a los que se dirijan las mencionadas actividades.

1.3 Referencias de gobierno corporativo sobre la competencia y su conexión con la sociedad pública local

Es posible entrever, desde los primeros documentos sobre gobierno corporativo societario que se elaboraron en el ámbito nacional español, cómo se asumía como certeza el hecho de que la actividad de unas empresas con una estructura de gobierno fuerte debía desenvolverse en un clima de libertad y de igualdad de condiciones⁸³² como un elemento más de la progresiva apertura de los mercados.

La competencia aplicada al gobierno corporativo de las sociedades supone trasladar la responsabilidad de la acción del ámbito legislativo y regulatorio entre Estados y dentro de los propios Estados a un espacio de responsabilidad individual y concreta de cada una de estas sociedades implicadas; de este modo, se nos representa como un ejercicio de autocrítica y de modelo de gobierno que engarce en un mercado donde puedan competir numerosas personalidades jurídicas con las mismas oportunidades. En estrecha relación con este apunte, huelga señalar que la teoría de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC)⁸³³ va a desempeñar un papel fundamental como nexo de unión o pilar de carga entre ese “examen de conciencia” en materia de competencia y las medidas concretas de mejora del gobierno corporativo que resulten aplicables en cada caso, pues *“la competencia no supone desregulación sino oposición a prácticas fraudulentas y privilegios indeseados, lo que implica aumentar la remuneración real, favorecer la aplicación de mecanismos de solidaridad y la creación de empleo, e impulsar el desarrollo tecnológico en beneficio de los clientes y de toda la sociedad, contribuyendo al sostenimiento del gasto público y social”*⁸³⁴.

Manteniéndonos en esa vertiente interna de la aplicación de la teoría de la libre competencia a las sociedades debe aludirse igualmente al papel que en ello juegan los

⁸³¹ Vid. CUBERO MARCOS, J. I., “Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 184, Madrid, enero-abril 2011, pp. 127-130.

⁸³² Informe Olivencia. Introducción, apartado 5º *in fine*.

⁸³³ Que será objeto de estudio particularizado en el siguiente capítulo.

⁸³⁴ Vid. TEJEDO ROMERO, F., MANZANEQUE LIZANO, M. y BANEGAS OCHOVO, R., “La corresponsabilidad social como factor impulsor de la responsabilidad social corporativa”, *Revista Contable*, Nº 19, Sección Gestión de empresas, Edit. Wolters Kluwer España, febrero 2014, LA LEY 11198/2013, p. 11 (Nota 10).

programas de *Compliance*. Como pudimos ver en el capítulo V de esta investigación, las autorregulaciones y los programas de cumplimiento pueden albergar diferentes instrumentos que garanticen la transparencia y el respeto de todos los agentes implicados en el gobierno corporativo de una sociedad con la legalidad, la ética y el sentido de la responsabilidad de su actuación. Uno de esos instrumentos a los que hacemos alusión son los propios Códigos de conducta o éticos que pueden establecer las organizaciones; en ellos, entre las diferentes cuestiones que describen su alcance tiene un lugar destacado las posibles repercusiones que las actuaciones propias pudieran tener en el ámbito del Derecho de la competencia⁸³⁵.

De otro lado y en lo que hace al sector público, la defensa de la competencia en el marco de las sociedades mercantiles dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, entre ellas la local, también impregna las diversas potencialidades de las que pueden ser investidas por su particular naturaleza instrumental. Además, como acabamos de señalar, la apuesta decidida por una RSC de calado ha tenido el respaldo legislativo necesario para que estas sociedades tengan presente que un buen gobierno corporativo no solo debe tener una efectividad aplicativa hacia el interior de la organización, sino que, por contra, se convierte en un principio rector de las relaciones que tienen lugar con otros agentes económicos y sociales de carácter externo.

Como prueba de ello, véase sin ir más lejos, la apuesta que realiza el primer artículo de la LCSP, donde se plasma como objetivo de la Ley el servir de instrumento para el cumplimiento de todas aquellas directrices que engloban los aspectos propios de una RSC (materia social, medioambiental, innovación, desarrollo) incluyendo expresamente la salvaguarda de la libre competencia entre ellos. Pero no solo los estatuye esta Ley con ocasión de la RSC; además los contratos que celebren las sociedades públicas y, por ende, la organización de su gobierno corporativo deberá tener en cuenta de forma permanente que al celebrarlos se deberán respetar las medidas incluidas en el texto legal tendentes a la defensa de la libre competencia⁸³⁶.

⁸³⁵ Vid. LLEDÓ BENITO, I., “*Corporate Compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*”, Edit. Dykinson, Madrid, 2018, p. 100.

⁸³⁶ En palabras de la propia LCSP (Preámbulo V): “no pueden dejar de mencionarse las medidas incorporadas en la Ley en materia de defensa de la competencia, pretendiendo que se produzca un avance significativo en este ámbito, con medidas que persiguen su realización efectiva. Así, por ejemplo, se contempla la obligación de poner a disposición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una mayor información en materia de contratación pública (por ejemplo, se remitirá a la misma copia del informe de supervisión que en la materia ha de enviarse cada tres años a la Comisión Europea). Especialmente destacable resulta, además, la regulación que realiza el artículo 150.1 de la Ley al prever que las mesas de contratación puedan trasladar, con carácter previo a la adjudicación del contrato, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en

En materia de recursos humanos también se han observado ciertas repercusiones sobre la competencia. En estos casos, las estructuras de gobierno y los instrumentos reguladores de las relaciones de trabajo en el campo de las sociedades públicas (como los convenios colectivos) deberán ponderar los posibles efectos que pudieran recaer sobre los operadores económicos del mercado. Esta ponderación ha sido definida especialmente para tener lugar entre esos operadores económicos frente a la autonomía colectiva otorgando un especial protagonismo a los agentes sociales considerando la doctrina y jurisprudencia que los intereses en juego deberán ser sopesados caso por caso dada la imposibilidad de realizar una abstracción genérica de los posibles supuestos de hecho⁸³⁷.

Deberán replantearse, de este modo, aquellas medidas que se juzguen eficaces en materia de personal con sus posibles ecos en materia de competencia para evitar falseamientos, restricciones o impedimentos no permitidos. De forma particular, en la sociedad pública local, las posibilidades de gobierno corporativo en este sentido se encuentran cada vez más mediatizadas por la presencia de la representación sindical en la empresa. Como hemos dicho anteriormente, los agentes sociales representan un papel fundamental en la garantía de los derechos de los trabajadores, si bien es verdad que los mismos deben dejar de actuar como epígonos de sus antecesores y despojarse de aquellas cargas inveteradas y desacreditadas que acompañan a este tipo de figuras desde hace largo tiempo. El cambio de mentalidad en la sociedad pública local debe realizarse transversalmente y no de una manera asimétrica, pues de lo contrario la efectividad de las medidas de gobierno corporativo dormirán en el sueño de un buenismo basado en simples declaraciones de intenciones sin la mayor trascendencia.

Por otra parte, ese interés del gobierno corporativo por la defensa de la competencia en aquellas empresas que pertenecen al sector público ha tenido también su reflejo en alguno de los textos admonitorios que ya hemos tenido ocasión de examinar a lo largo de esta investigación. Así ocurre, por ejemplo, en las Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015), donde ciertamente se recoge la tradición acumulada en las anteriores ediciones de este mismo documento y en los textos que lo precedieron.

su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación.”

⁸³⁷ Vid. MARTÍNEZ FONS, D., “La prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia y sus efectos sobre el objeto de la negociación colectiva”, *“Libre competencia y derecho del trabajo. Efectos del Derecho económico comunitario en las relaciones laborales”*, edición nº 1, Edit. LA LEY, Madrid, diciembre 2006, LA LEY 11471/2009, pp. 10-11. De interés particular para las sociedades públicas locales resulta la sentencia referenciada por este autor sobre la efectividad de los convenios colectivos en dos empresas municipales, a este respecto, *cfr.* STSJ de Cantabria de 19 de diciembre de 2000 (AS 2000/4516).

De una lectura de su contenido es posible resaltar los siguientes aspectos: que uno de los objetivos de las Directrices es velar por que la competencia entre las empresas públicas y las privadas se desarrolle en igualdad de condiciones⁸³⁸; que el marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas debe garantizar la igualdad de condiciones y la competencia leal en los mercados en los que las empresas del sector público desarrollan actividades económicas⁸³⁹; también relacionado con esto y a colación de la mención realizada sobre la contratación pública se defiende que cuando las empresas públicas intervengan en contrataciones públicas, ya sea como licitadoras o como contratantes, los procedimientos aplicables deben estar abiertos a la competencia, no ser discriminatorios y contar con la protección de normas de transparencia adecuadas⁸⁴⁰; que la actuación en régimen de competencia de las empresas públicas en actividades económicas debe tender al largo plazo y a generar un rendimiento sostenido como mejor forma para servir a los ciudadanos⁸⁴¹; debe existir una clara delimitación o separación entre el carácter de actor en el mercado del ente público y su posible función como regulador del mismo o como prestador de ayudas o privilegios a la empresa pública, especialmente para evitar que se produzca un falseamiento de la competencia⁸⁴².

Estas medidas que han sido destacadas podrán tener plena eficacia en el ámbito de la sociedad pública local en cuyo ámbito, como sabemos, se prestan tantos servicios públicos de la competencia local (artículo 85 LRBRL) como actividades económicas en base a su legal reconocimiento (artículo 86 LRBRL). Fue el propio legislador también consciente de la situación de competencia en la que se introducía a la sociedad mercantil de ámbito local y, de este modo, contempló de manera expresa que para aquellas actividades económicas que no fueran catalogables como servicio público la entidad local debería analizar, con carácter previo al inicio de su prestación y como requisito de legalidad, tanto la situación del mercado en lo relativo a la oferta y a la demanda existente, como la rentabilidad y los posibles efectos que dicha actividad local pudiera producir sobre la concurrencia empresarial⁸⁴³.

⁸³⁸ *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Acerca de las Directrices.

⁸³⁹ *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Capítulo III. Las empresas públicas en el mercado.

⁸⁴⁰ *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Capítulo III. Las empresas públicas en el mercado. Letra G.

⁸⁴¹ *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Notas al Capítulo I: Razones que justifican la propiedad pública.

⁸⁴² *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015). Notas al Capítulo III: Las empresas públicas en el mercado.

⁸⁴³ *Cfr.* Artículo 86.1 LRBRL.

Y decimos que las medidas que se adopten en materia de gobierno corporativo “público-local” deberán tener presentes la normativa de competencia porque resulta que no es ésta una materia que sea competencia constitucionalmente exclusiva del Estado⁸⁴⁴, por lo que producirá sus efectos en todos los niveles políticos⁸⁴⁵. Habrá que estar, en cualquier caso, a la concreta actividad desarrollada por la sociedad pública local para analizar el alcance de sus efectos en materia de competencia⁸⁴⁶.

Entre esos efectos, deberán examinarse aquellos que deriven de la aplicación de las excepciones previstas por la normativa, entre ella la comunitaria (como el artículo 106.2 TFUE), que han tratado de justificarse tradicionalmente haciendo alusión al problema de la financiación puesto que muchos de los servicios o prestaciones que obligatoriamente deben suministrar los entes locales van a resultar irremediabilmente deficitarios y deben ser compensados por otras vías para su supervivencia. A esto debemos unir más que nunca la fiscalización, cada vez más estrecha, a la que se ven sometidas las entidades locales en relación con el coste efectivo de sus servicios⁸⁴⁷, debiendo informar puntualmente a otras instancias estatales sobre la eficacia y la eficiencia en la asignación de los recursos disponibles y en su prestación en forma de servicios básicos poniendo de manifiesto así la posibilidad de alterar el órgano competente para su prestación o la capacidad de su sostenibilidad financiera.

⁸⁴⁴ Cfr. STC de 11 de noviembre de 1999 (RTC 1999/208).

⁸⁴⁵ A nivel autonómico, aquellas Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía competencias en materia de defensa de la competencia legislarán adecuando estas funciones a sus particularidades territoriales y creando sus propios órganos de defensa de la competencia. *V gr.*, en Andalucía despunta la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía que crea la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía como organismo autónomo encargado del ejercicio de estas competencias en el ámbito autonómico andaluz.

⁸⁴⁶ En la “histórica” sentencia *Altmark* de 24 de julio de 2003 (TJCE 2003/218), conocida como paquete *Altmark* o *Monti-Kroes*, el TJCE, en el marco del enjuiciamiento de unas ayudas de Estado, concluye que el carácter local de unos servicios no impide que le puedan ser aplicadas las normas de competencia previstas en los Tratados comunitarios, sin que puedan excepcionarse precisamente por tener el ente prestador ese carácter local o regional; en este sentido, *vid.* CARLÓN RUIZ, M., “¿Crisis del servicio público en tiempos de crisis? Algunas acotaciones a la luz de las novedades en el régimen europeo de control de las ayudas de Estado dirigidas a su financiación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, Madrid, septiembre-diciembre, 2012, pp. 75-103. En sentido contrario, sobre la limitación de los efectos de la actividad de prestación de servicios al ámbito local, *cfr.* STS de 29 de junio de 2009 (RJ 2009/4424).

⁸⁴⁷ Magnitud cuyo origen procede de la modificación que en 2013 la LRSAL introdujo en la LRBRL, en concreto, incorporando un artículo 116 ter a la misma donde se establece la obligación, según su primer apartado, de que: “Todas las Entidades Locales calcularán antes del día 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior.

Son esas alternativas a la financiación, vía ayudas públicas, subvenciones a fondo perdido o mediante la técnica de las subvenciones cruzadas⁸⁴⁸, las que quedan puestas en cuestión al pasarlas por el tamiz de la libre competencia, pues si bien la naturaleza pública y, por ende, informada de interés general de la actividad o prestación justifica que el Poder público vele por su mantenimiento, esto no debe hacernos olvidar que el punto del que parten las sociedades públicas es destacadamente más favorable que las del sector privado y esa circunstancia ya debería ser suficientemente considerada como para, al menos, cuestionarse la conveniencia de seguir inclinando la balanza a su favor en perjuicio de los operadores privados.

En cualquier caso, como pudimos ver en el anterior apartado de este capítulo, las sociedades públicas locales deberán ser objeto de un enjuiciamiento mínimo de la actividad que presten para ver su adecuación, o no, a la normativa *antitrust*⁸⁴⁹ con independencia de la naturaleza del servicio o la prestación; examen que tendrá en consideración tanto los factores jurídicos más imponderables como pueden ser los conceptos de interés general, interés público, necesidad imperiosa, objetivos socialmente necesarios, etc., así como otros elementos más objetivos de mercado como puede ser el mercado de referencia donde se actúa, los usuarios o clientela o el poder de mercado que ostente la Administración local sobre ese sector concreto⁸⁵⁰; todo ello con visos a dilucidar si a la actividad de la sociedad pública local le es objeto de aplicación la legislación de competencia como cualquier otro operador privado, o bien queda suficientemente acreditada la excepcionalidad prevista legalmente para su no aplicación.

Aglutinando en cierto modo lo examinado en este apartado, pensamos que una adecuada política de gobierno corporativo para las sociedades públicas locales observada desde el prisma de la defensa de la competencia deberá atender a factores diversos, que a nuestro parecer serán:

⁸⁴⁸ Vid. ARANA GARCÍA, E., “*Las sociedades municipales de gestión...*”, *op.cit.*, p. 329, que define las “subvenciones cruzadas” como aquella técnica consistente en el traspaso de beneficios procedente de prestaciones rentables a otros ámbitos deficitarios dentro de una misma actividad.

⁸⁴⁹ Ese enjuiciamiento nada impide su extensión al ente local matriz que haya creado la sociedad para una potencial exigencia de responsabilidades, pues tal y como decíamos en otro capítulo, la Administración local no puede beneficiarse del Derecho público para justificar ciertas actuaciones ilícitas de intervención o abuso de posición (en base a la utilización de potestades administrativas vía ley, potestad de imperio...) y escudarse posteriormente en la independencia de un ente instrumental jurídicamente personificado y regido por el Derecho privado en un mercado donde debe competir en condiciones de igualdad con el resto de operadores económicos privados. A estos efectos, resulta clarificadora la jurisprudencia recogida en la STS de 14 de junio de 2013 (RJ 2013/5619).

⁸⁵⁰ Vid. CUBERO MARCOS, J. I., “Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia...”, *op.cit.*, p. 142.

- El examen previo de la necesidad de la prestación (servicio público o actividad económica), así como su sostenibilidad en el largo plazo, su conveniencia y su posible afectación en el mercado de la competencia tanto a nivel local como extralocal. (Fase previa a la creación del ente).
- Superada esta fase, procede realizar una delimitación perfilada y concreta del objeto social, sin ambages ni generalidades. (Fase de creación y justificación técnica del ente societario).
- Una vez puesta en marcha la sociedad pública local, toda medida de mejora del gobierno corporativo deberá ser respetuosa con los demás agentes implicados y calificar los posibles efectos adversos que pudieran producirse en el mercado de la competencia. (Fase de análisis y posible concertación de las medidas a adoptar).
- Un último aspecto a destacar y que quizás implique una especial concienciación y un ejercicio propio de responsabilidad local es el destinado a comprobar el cúmulo de privilegios, prerrogativas y estímulos de los que la sociedad local puede estar viéndose beneficiada, de forma que se examine si resultan admitidas por las normas que protegen la competencia (Fase de comprobación)⁸⁵¹.

2. LA IMPORTANCIA DEL OBJETO SOCIAL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La cuestión relativa a si las sociedades públicas locales deben -o pueden- ampliar o bien limitar su objeto social en función de si la actividad a desarrollar implique cubrir necesidades o servicios públicos de interés general, o por el contrario, se pretenda iniciar una actividad específica que lleve inherentes unos ingresos catalogables en el concepto de lucro empresarial y que, precisamente, esa delimitación supusiera considerar al ente público como actor económico o un simple prestador de servicios a efectos del Derecho de la competencia ha sido una discusión sobradamente argüida por la doctrina y la jurisprudencia.

⁸⁵¹ Este tema de las ayudas, privilegios o estímulos a las empresas públicas representa una cuestión que ha sido largamente discutida y analizada por la jurisprudencia comunitaria durante las últimas décadas, ofreciendo múltiples ejemplos y desgranando la casuística de aquellos supuestos en que el apoyo estatal podrá ser considerado lícito como ayuda pública acorde con los Tratados comunitarios y aquellos otros en los que estaremos ante una actuación considerada prohibida. Por mencionar algunos de esos ejemplos, *cfr.* STJUE de 8 de septiembre de 2011 (TJCE 2011/256); STJUE de 19 de diciembre de 2013 (TJCE 2013/442); STJUE de 19 de marzo de 2015 (TJCE 2015/128); STJUE de 27 de junio de 2017 (TJCE 2017/129) o la STJUE de 5 de marzo de 2019 (TJCE 2019/50). En relación con el estudio detallado de la figura de las ayudas de Estado a las sociedades públicas *vid.* ARANA GARCÍA, E., “*Las sociedades municipales de gestión...*”, *op.cit.*, pp. 259-294.

Con esto venimos a considerar el siguiente interrogante, ¿se convierte el objeto social de las sociedades públicas locales en el termómetro de lo que puede afectar o no a la libre concurrencia y a las normas de competencia? Las interpretaciones manifestadas a este respecto no han sido unánimes y, por lo pronto, creemos que un asunto debería ser el justificar de forma suficiente la creación y existencia de un ente instrumental basado en razones que se encuentren previstas y permitidas por el ordenamiento jurídico y otro tema muy distinto el hecho de utilizar un instrumento de naturaleza principalmente constitutiva en materia mercantil como magnitud o sustituto de una adecuada disciplina normativa como debe ser el Derecho de la competencia.

Para comenzar el análisis de estas cuestiones, hay que dejar meridianamente claro que, en lo que al Derecho administrativo respecta, la iniciativa de creación de sociedades mercantiles locales va a requerir, al margen de su amplitud o concisión, una adecuada y clara determinación de su objeto social de manera que permita conocer de forma transparente la actividad o el servicio que se va a desarrollar. Es esta una cuestión que el Tribunal Supremo viene demandando desde largo tiempo, de modo que en todo caso se exige una suficiente y razonable determinación del objeto social que evite inconcreciones, ambigüedades, vaguedades o generalidades que permitan que la sociedad en cuestión tenga a la mano cualquier tipo de negocio jurídico o actividad sin ningún tipo de límite o cortapisa. Como resulta conocido, el principio de especialidad de las empresas públicas exige determinar con rigor su objeto y la actividad o negocio a desarrollar⁸⁵².

Además, refrenda esta teoría la vigente normativa del Régimen local y, de esta forma, vemos como tanto la LRBRL como el TRRL ahondan en esa dirección.

En efecto, los artículos 85.2 y 86.1 LRBRL contienen una exigencia de limitación del objeto social que es posible entrever de una manera indirecta pero incontestable, pues tanto uno como otro condiciona la existencia misma de la sociedad mercantil local, para prestar servicios públicos o bien para ejercer actividades económicas respectivamente, a la debida justificación de la actividad en términos de sostenibilidad, eficiencia, rentabilidad económica, recuperación de la inversión, coste del servicio, estabilidad presupuestaria, análisis de mercado, análisis de oferta y demanda, efectos sobre la concurrencia y demás aspectos que deberán recogerse en la memoria justificativa y que, evidentemente, van a incidir en la configuración del objeto social de tal modo que el mismo deberá atenerse a los límites que estos factores le impongan.

⁸⁵² Cfr. STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989/7352).

Por su parte, el TRRL, en sus artículos 96 y 97 destinados a regular el ejercicio de actividades económicas por las entidades locales, exigen que la actividad sea de utilidad pública y que la memoria justificativa de la misma se pronuncie sobre los aspectos social, jurídico, técnico y financiero; por lo que, en consecuencia, no cabe indeterminación del objeto social, ni ambigüedades, pues de lo contrario sería imposible justificar (con rigor) que estamos ante prestaciones útiles para la ciudadanía.

Además, no podemos olvidar que el interés público -o los intereses generales- deben conducir siempre la actuación de la Administración local en cualquiera de sus manifestaciones e intervenciones en la vida de los administrados pues así lo vienen imponiendo los artículos 103.1 CE y 6.1 LRBRL.

Continuando con el análisis, un aspecto crucial para el propósito de nuestro estudio es la cuestión de si el objeto social debe responder, en todo caso, a las necesidades públicas de la colectividad o si es posible sostener la existencia de una sociedad pública (local) que actúe exclusivamente como un empresario privado en búsqueda de una rentabilidad económica. La respuesta a esta cuestión creemos que ya ha sido resuelta un poco más arriba al tratar el ámbito local del Derecho de la competencia y con fundamento en la doctrina de la también comentada STS de 10 de octubre de 1989, a la que nos adherimos. En pocas palabras, no cabe actividad pública sin justificación, independientemente de que la actividad prestada sea englobable en la categoría de servicio público o resulte ser una simple y pura actividad económica.

En este último caso, como dijimos, cualquier actividad pública que ejercite actividades como un exclusivo agente económico tiene que reconducirse al cumplimiento, directo o indirecto, de los intereses generales sin olvidar que, como reza el artículo 31.2 CE *“el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”*⁸⁵³. Además, de acuerdo con el objeto de estudio principal de este capítulo debemos adicionar a lo expuesto que la meritada sentencia de 1989 también previene que *“la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica*

⁸⁵³ Sobre esta cuestión se pronunció el TJCE en su sentencia de 16 de octubre de 2003 (TJCE 2003/329), en ella, el Tribunal de Justicia reconoció compatible la obtención de lucro de una empresa pública (la española SIEPSA), con la satisfacción de diversos fines de interés general, y ello con independencia de que la actividad y el diseño social en principio encajaran perfectamente en una general actividad de carácter industrial o mercantil en búsqueda de beneficios y sometida al Derecho privado.

empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado”.

En definitiva, como señalaba RIVERO YSERN “*si la obtención de lucro no es contraria a la finalidad de interés general podemos afirmar que la empresa pública puede satisfacer diversos fines, pero todos ellos se han de reconducir a la satisfacción de las necesidades de la colectividad*”⁸⁵⁴. Haciendo una interpretación en el sentido opuesto de esta premisa, también debe ser desechada la normalización de la idea relativa a que las sociedades públicas en general y de un modo especial en la prestación de servicios públicos serán irremisiblemente deficitarias puesto que normalmente tendrán que compensar el elevado coste social de ciertas actividades que las hacen poco atractivas para la iniciativa privada.

Así que, como primer corolario, puede afirmarse que el objeto social de cualquier sociedad pública, incluida la local, deberá ser concreto, claro, entendible y que propenda sin mayores trabas a una finalidad de interés colectivo. La realidad de nuestro entramado societario nacional es, sin embargo, contumaz y no son pocos los ejemplos que pueden encontrarse acerca de la utilización fraudulenta de la figura empresarial por parte del poder público, valiéndose para ello de las más arteras e imaginativas justificaciones a la hora de presentar un objeto social imposible de encasillar en categoría alguna.

Nuestro estudio del objeto social, no obstante, debe ir más allá y una vez asumido ese objeto que responda a los intereses generales, debemos preguntarnos si, por ello, por esa persecución de la finalidad pública, el objeto social de las empresas públicas puede ser modificado en el sentido de abrir las posibilidades de actuación hasta situarse en paralelo con la actividad privada. Es aquí, precisamente, donde debemos comprobar si el respeto a las normas del Derecho de la competencia entra en juego o bien si ese revestimiento de legitimidad pública justifica socavar “legalmente” el desarrollo de una actividad económica en libre concurrencia.

La cuestión va a depender, como tantas otras discusiones en Derecho, del supuesto ante el que nos enfrentemos.

Como señala ARENAS ALEGRÍA⁸⁵⁵, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado -especialmente en materia urbanística- sobre esta cuestión. Así, en las SSTs de 17 de junio de 1998 o de 2 de octubre de 2000⁸⁵⁶, el Alto tribunal vio ajustado a la Ley la ampliación del

⁸⁵⁴ Ap. ARENAS ALEGRÍA, C., “Las Sociedades Públicas, régimen jurídico...”, *op.cit.*, p. 95.

⁸⁵⁵ *Ibid.* pp. 96-99.

⁸⁵⁶ *Cfr.* STS de 17 de junio de 1998 (RJ 1998/4770) y STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/8853).

objeto social de una empresa pública (municipal y autonómica respectivamente) que incluyera otro tipo de actividades las cuales, si bien teniendo también repercusiones o finalidades de tipo social, escapan de la actividad originaria inicial e implican el ejercicio de una actividad económica que entra en el juego de la libre competencia. Procedería, por tanto y según estos supuestos, a admitirse una ampliación del objeto social, aunque inmediatamente correspondería analizar si dicha ampliación es respetuosa con las normas de la libre competencia.

En sentido contrario, sin embargo, se pronunció el mismo Tribunal en su Sentencia de 22 de abril de 2005⁸⁵⁷. En la misma, se entendía contraria a los principios de libertad de competencia y transparencia la modificación de un objeto social cuya actividad principal (el abastecimiento de agua) se encontraba por definición limitado al término municipal objeto de la competencia local y que, mediante una adición en el texto de su objeto, permitió la asociación con otros municipios para que la empresa cuestionada prestara el servicio fuera del término municipal acotado. Como decimos, en este caso, dicha modificación no entraba en los márgenes de laxitud que admiten las normas de la libre competencia a juicio del Tribunal.

De otro lado, la importancia de la determinación del objeto social en las sociedades públicas juega asimismo un papel fundamental en materia de contratación pública y su relación con las normas de la libre competencia. Este punto ha sido debatido especialmente con ocasión de los encargos que la Administración pública podrá realizar a sus medios propios (fundamentalmente sociedades mercantiles) para la ejecución de determinadas operaciones de interés público; éstas son las llamadas operaciones de contratación domésticas o *in house providing* que actualmente vienen reguladas en el prolijo artículo 32 de la LCSP al tratar los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados⁸⁵⁸; sistema que, sin embargo, fue objeto de una valoración especialmente restrictiva en su utilización por parte de la CNMC en su Informe sobre el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público al tratar las que denomina vías de cooperación horizontal⁸⁵⁹.

⁸⁵⁷ Cfr. STS de 22 de abril de 2005 (RJ 2005/4716).

⁸⁵⁸ Vid. LLIDÓ SILVESTRE, J., “Un ámbito de exclusión de la legislación de contratos públicos: las operaciones *in house*. Su regulación en la LCSP”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 19, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 octubre 2008, Ref. 3224/2008, pág. 3224, tomo 3, Edit. LA LEY, LA LEY 40156/2008. En sentido similar, vid. SANZ CERESO, R. y MARTÍN GALLEGO, A., “La regulación de los medios propios en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 1, Sección Contratación del sector público, enero 2018, Ref. 111/2018, pág. 111, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 20519/2017, *passim*.

⁸⁵⁹ Cfr. Informe de la CNMC de 16 de julio de 2015, cuando señala que “*este APL viene a ampliar la vía de la cooperación (horizontal y vertical) a través de figuras afines a la contratación pública. Ambas figuras deben*

Pues bien, en estos casos, la delimitación del objeto social deberá ser especialmente cuidadosa para cumplir con todas las condiciones previstas en dicho artículo 32 LCSP y poder así tener el amparo legal suficiente que impida desarrollar prácticas contrarias a la libre competencia⁸⁶⁰. De cualquier manera, ya decíamos antes que habrá que estar al supuesto concreto en cada caso pues ni siquiera en materia de doctrina comunitaria o jurisprudencial española ha existido una línea precisa que permita delimitar cuándo las empresas públicas recogen en su objeto exclusivamente sus actividades de servicio o prestación competencialmente atribuidas o cuándo estaremos ante una redacción ciertamente abstrusa que abriría el campo a interpretaciones amplias, desdeñando de esta manera el régimen abierto y transparente que debe caracterizar al mercado en competencia⁸⁶¹.

En conclusión, creemos que las circunstancias expuestas nos hacen defender la argumentación de que el objeto social de las empresas públicas en general y las locales en particular no constituye un instrumento férreo e inamovible de limitación preventiva en la actuación social. Se admite su variación, se admite igualmente que se puedan compaginar actividades de servicio público con actividades complementarias que supongan actividad económica siempre que se respeten las normas de la libre competencia.

Lo que resultaría inadmisibles, desde nuestro punto de vista, es que a la hora de realizar el examen de un objeto social se mantenga una visión acotada, distante, sectorial o de visión limitada. Un verdadero análisis no solo valora la actividad, sino que, siguiendo en cierto modo la senda de la interpretación de las normas que proclama nuestro Código Civil en su artículo 3º, sopesa las circunstancias de la sociedad pública en un contexto, con sus posibles prerrogativas y privilegios, con sus actuaciones materiales concretas y con su relación con los demás agentes económicos implicados en el ejercicio de actividades asimiladas.

interpretarse restrictivamente por cuanto suponen mecanismos de escape a la exigencia de salvaguarda de la libre competencia (con la pérdida de eficiencia que ello conlleva).”, p. 21.

<https://www.cnmec.es/expedientes/ipncnmc01015> (Consultado: 15/04/2020).

⁸⁶⁰ Véase, a este respecto, lo acontecido con la estatal TRAGSA en la STJCE de 19 de abril de 2007 (TJCE 2007/85).

⁸⁶¹ Vid. BACHES OPI, S., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de derecho de defensa de la competencia desde la entrada en vigor de la ley 15/2007”, *“La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación”*, edición nº 1, Edit. LA LEY, Madrid, noviembre 2010.

CAPÍTULO VIII

RESPONSABILIDAD EN LA GOBERNANZA DE LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL

1. PREMISA. 2. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. 2.1 ANTECEDENTES Y VIGENCIA. 2.2 PAPEL DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN SU IMPULSO. 2.3 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE LA RSC. 2.4 EXIGIBILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: POSIBILIDADES DE APLICACIÓN A LA SOCIEDAD PÚBLICA LOCAL. 3. OTRAS RESPONSABILIDADES. 3.1 EXTERNA. 3.2 INTERNA. 3.3 INDIRECTA. 3.4 EL USO RESTRINGIDO DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO Y SU APLICACIÓN A LA SOCIEDAD LOCAL.

Responsabilidad en la gobernanza de la sociedad pública local

“Toma 20 años construir una reputación y 5 minutos arruinarla. Si pensaras en eso, harías las cosas de forma distinta” Winston Churchill.

1. PREMISA

Cuando se habla de la responsabilidad en el ámbito de la sociedad pública, el primer impulso nos lleva indefectiblemente a trasladar nuestro pensamiento al campo del resarcimiento al modo civilista⁸⁶², por el que, ante cualquier acción u omisión de la Administración (o de un ente dependiente de la misma) que causara daños o perjuicios a un tercero nacería la obligación de indemnizar.

Sin embargo, este tipo de responsabilidad, que por su evidente importancia ha sido objeto de tratamiento normativo en el ordenamiento jurídico español desde el más alto nivel (artículo 106.2 Constitución Española), no debe hacernos olvidar que además de esa capital acepción tendente a obligar la reparación de un daño y la satisfacción de una deuda, existe otro significado con un trazado más moralista que aparece representado como aquella carga u obligación de carácter ético que surge en relación con ciertas cosas o asuntos determinados.

Puesto que no resulta equiparable el “ser responsable de/por” que el “ser responsable con”, en este capítulo vamos a tratar de analizar fundamentalmente esta última entrada con ocasión del fenómeno cada vez más implantado en el núcleo del Derecho público de la Responsabilidad Social Corporativa (en adelante, RSC), a cuyo fin repasaremos sus orígenes y estado actual así como sus relaciones con la corriente del *Corporate Governance*, para finalizar escrutando los modos de recepción de este tipo de gestión o actividad en el funcionamiento de la Administración Pública y en el objeto de este trabajo, esto es, en la sociedad pública local.

No obstante, dado que la gobernanza de las sociedades locales impone ponderar adecuadamente tanto la implementación de las medidas de gobierno corporativo que hemos venido recogiendo a lo largo de nuestro trabajo con un juicio apriorístico como, por otra parte, considerar los resultados así como los posibles éxitos o fracasos de dichas formulaciones, se dedica la última sección del capítulo a hacer un somero repaso por los distintos tipos de

⁸⁶² Conforme al artículo 1902 del Código Civil “*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

responsabilidad en un sentido teórico-administrativo donde se podrán advertir actitudes que actualmente nos resultan recurrentes en el panorama societario público.

2. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

2.1 Antecedentes y vigencia

Afirma HIERRO ANIBARRO que la responsabilidad social corporativa de una sociedad supone que, más allá del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, en el gobierno y la gestión de las políticas de empresa deben tenerse en cuenta no solo los intereses legítimos de los socios e inversores sino también el de los llamados *stakeholders*⁸⁶³, denominación dentro de la cual deben incluirse a los propios empleados, a los clientes y proveedores e incluso a las propias colectividades donde esa sociedad desempeñe su labor más característica⁸⁶⁴.

Esta inicial delimitación de la RSC viene a recoger, de algún modo, todo el compendio de elementos o prácticas que, desde aproximadamente mediados del siglo XX, se han ido incorporando a este fenómeno social⁸⁶⁵ y a su concepción primigenia como punto de partida evolutivo para llegar hasta el momento actual donde elementos como la globalización, el desarrollo medioambiental sostenible, la acusada polarización de la sociedad debida al desarrollo o la aparición de los códigos de buenas prácticas constituyen influencias determinantes para su concreción⁸⁶⁶.

⁸⁶³ Como define la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA, 2004), los grupos de interés, partes interesadas, interesados o *stakeholders*, hacen referencia a aquellos grupos sociales o individuos afectados de una u otra forma por la existencia y acción de la empresa, con un interés legítimo, directo o indirecto, por la marcha de ésta, que influyen a su vez en la consecución de los objetivos marcados y su supervivencia. Para más información acerca del concepto de *stakeholders* y sus tipos, véase NAVARRO GARCÍA, F., “*Responsabilidad social corporativa: teoría y práctica*”, ESIC Editorial, 2ª Edición, Madrid, 2012, pp. 83-87.

⁸⁶⁴ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “*Gobierno corporativo en sociedades...*”, *op.cit.*, p. 60.

⁸⁶⁵ Vid. EMBID IRUJO, J. M. y DEL VAL TALENS, P., “*La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*”, Colección Derecho Privado, Edit. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, p. 23. Además, este fenómeno social se manifiesta, según los autores, en tres escenarios perfectamente delimitados, a saber: en el de la estrategia integral de gestión, en el del llamado sobrecumplimiento normativo y, finalmente, como un conjunto de actividades de naturaleza filantrópica, p. 30.

⁸⁶⁶ La RSC inicialmente aparecía relacionaba con el voluntarismo y la filantropía empresarial o corporativa, si bien, es a partir de los años 50 (Siglo XX) cuando, superando la concepción de Friedman acerca de obtener exclusivamente beneficios económicos, se incorporan de manera clara los intereses sociales a los objetivos y metas empresariales. Desde ese momento, la permanente evolución de la sociedad en materia de igualdad, derechos civiles y una conciencia ecológica creciente van a impulsar la institucionalización de la RSC como responsabilidad pública de los gobiernos. Para mayor conocimiento, *vid.* CUETO CEDILLO, C., y DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M., “*La Administración Pública de la Responsabilidad Social Corporativa*”, Edit. Área de Innovación y Desarrollo, S.L./ UNED, marzo 2007. También relacionado con esta cuestión *vid.* PEINADO GRACIA, J. I., “*La sostenibilidad y el deber de diligencia de...*”, *op.cit.*, p. 9.

Durante ese transcurso temporal hemos podido conocer diversas caracterizaciones⁸⁶⁷ de la RSC de las cuales queremos recordar algunas de las más cercanas en el tiempo.

Como primera representación, el Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible (WBCSD) celebrado en el año 2000 consideró que la RSC “*es el compromiso que asume la empresa para contribuir al desarrollo sostenible, trabajando con sus empleados, sus familias y la comunidad local, así como con la sociedad en su conjunto, para mejorar su calidad de vida*”⁸⁶⁸.

En segundo lugar, cabe mencionar la definición que la Unión Europea elaboró acerca de la RSC o, más técnicamente, sobre la responsabilidad social de la empresa (RSE) que de este modo quedan equiparadas⁸⁶⁹; y lo hizo a través del Libro Verde de la Comisión denominado “*Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*” (2001), donde ya desde la introducción este órgano califica la responsabilidad social de las empresas como “*un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio*”⁸⁷⁰.

Como acertadamente destaca GÓMEZ PUERTO⁸⁷¹ a la hora de analizar este documento, la Comisión concreta esa definición un poco más adelante y afirma que “*ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo más en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores*”⁸⁷², y culmina sentando que la RSC no será en ningún momento sustitutiva de la normativa sectorial que en todo caso corresponda aplicar. En definitiva, define la Comisión europea la RSC como “*la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores*”⁸⁷³.

⁸⁶⁷ Las diferentes caracterizaciones vendrán a ser, *lato sensu*, modulaciones de un concepto original que se verá inclinado hacia ciertos elementos (sociales, laborales, medioambientales) con más intensidad en función de la naturaleza de la asociación, organización o grupo de interés de la que dimana.

⁸⁶⁸ Cfr. *World Business Council for Sustainable Development*, 2000.

⁸⁶⁹ Consúltese a este respecto la Resolución N° 972/2018 de 26 de octubre del TACRC. Rec. 811/2018. F.D. Sexto *in fine*.

⁸⁷⁰ Cfr. LIBRO VERDE. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. Bruselas, 18.7.2001 COM (2001) 366 final. 1. Introducción. 8.

⁸⁷¹ Vid. GÓMEZ PUERTO, Á. B., “La responsabilidad social de la empresa”, *Actualidad Administrativa*, N° 14, Sección A Fondo, julio 2004, tomo 2, Edit. LA LEY, p. 1.

⁸⁷² Cfr. LIBRO VERDE. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. Bruselas, 18.7.2001 COM (2001) 366 final. 2. ¿Qué es la responsabilidad social de las empresas? 21 y 22.

⁸⁷³ Cfr. LIBRO VERDE. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. Bruselas, 18.7.2001 COM (2001) 366 final. 2. ¿Qué es la responsabilidad social de las empresas? 20.

El Libro Verde valora como principales factores que han contribuido a avanzar en materia de RSC aquellos relacionados con las expectativas e inquietudes que la industrialización a gran escala genera en ciudadanos, inversores, consumidores o poderes públicos; la atención a los criterios sociales ínsitos en las decisiones de inversión; la preocupación por el deterioro medioambiental que provoca la actividad económica o la transparencia en toda actividad empresarial con motivo del avance de las TICs⁸⁷⁴. Asimismo, merece la pena destacar la importancia que el Libro Verde otorga a la dimensión externa de la RSC, donde precisamente son las comunidades locales las que tienen un papel destacado como base territorial donde las empresas (incluidas las públicas) desarrollan actividades creadoras de puestos de trabajo, prestaciones, ingresos o mejoras medioambientales.

La propia Comisión Europea, un año más tarde de la publicación del Libro Verde recién mencionado hizo pública la *“Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de la empresa: una contribución empresarial al desarrollo sostenible”*⁸⁷⁵, de 2 de julio de 2002, como documento que recoge las conclusiones a las respuestas recibidas por la Comisión en relación al Libro Verde remitidas por diversos agentes económicos (organizaciones patronales, empresas, sindicatos, sociedad civil, organizaciones locales, regionales, nacionales e internacionales). Lo más destacable de estas respuestas, además del consenso sobre la utilidad de la RSC, es la divergencia de posiciones en función del actor considerado, englobando desde la deseada voluntariedad de la RSC expresada por el grupo empresarial hasta la petición de un marco reglamentario concreto y definido solicitado por sociedad civil y sindicatos. Posteriormente, en marzo de 2006, de nuevo la Comisión publicó su Comunicación *“Hacer de Europa un polo de excelencia de la Responsabilidad Social de la Empresa”*⁸⁷⁶ que renovaba y fortalecía los argumentos afirmados en las dos anteriores.

Volviendo a la cuestión de las definiciones ofrecidas acerca de la RSC, se ha dicho también que la RSE o RSC está constituida por *“el conjunto de obligaciones y compromisos, legales y éticos, nacionales e internacionales, con los grupos de interés, que se derivan de los impactos que la actividad y operaciones de las organizaciones producen en el ámbito social,*

⁸⁷⁴ Cfr. LIBRO VERDE. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. Bruselas, 18.7.2001 COM (2001) 366 final. 1. Introducción. 10.

⁸⁷⁵ Cfr. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a la responsabilidad social de la empresa: una contribución empresarial al desarrollo sostenible. Bruselas, 2.7.2002 COM (2002) 347 final.

⁸⁷⁶ Cfr. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: Hacer de Europa un polo de excelencia de la Responsabilidad Social de las Empresas. Bruselas, 22.3.2006 COM (2006) 136 final.

laboral, medioambiental y de los derechos humanos”⁸⁷⁷, internacionalizando, de esta manera, el ámbito de la RSC que, como puede verse, no es un asunto exclusivo de los estados soberanos sino que adquiere aquí una dimensión que trasciende la organización política territorial⁸⁷⁸. En un sentido similar se pronunciaba la certificadora AENOR en 2002⁸⁷⁹, para quien la promoción de la RSC es especialmente importante ya que se corresponde en gran medida con su objetivo fundacional amén de complementar los sistemas de gestión más extendidos que pueden ser objeto de certificación (medio ambiente y calidad).

Una conceptualización del término responsabilidad social más liberal enfocado a la dación de cuentas *ex post* ante los grupos especialmente afectados es aquella que la concibe como *“la capacidad existente en toda organización para reconocer las consecuencias de un hecho realizado libremente, respondiendo del mismo ante la sociedad en general y ante otras partes implicadas como pudieran ser socios, compañeros, compañía o aliados”*⁸⁸⁰.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión Europea COM (2011) 681 final, ofrecía, como señala textualmente en su apartado 3.1, una nueva interpretación más moderna de la responsabilidad social de las empresas valorando dicha responsabilidad por su impacto en la sociedad. A estos efectos, afirma que *“para asumir plenamente su responsabilidad social, las empresas deben aplicar, en estrecha colaboración con las partes interesadas, un proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica, a fin de maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio; así como para identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas”*⁸⁸¹.

⁸⁷⁷ Vid. DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M. y VALOR MARTÍNEZ, C., “Responsabilidad social de la empresa. Concepto, medición y desarrollo en España”, *Boletín económico del ICE* N° 2755, del 20 al 26 de enero 2003, Información Comercial española, p. 7.

<http://www.revistasice.com/index.php/BICE/article/view/3122/3122> (Consultado: 23/09/2019).

⁸⁷⁸ En este sentido, igualmente, la Guía de Responsabilidad Social (ISO 26000:2010).

⁸⁷⁹ AENOR (2002), sobre la RSC: *“Conjunto de conjunto de obligaciones y compromisos, legales y éticos, nacionales e internacionales, con los grupos de interés, que se derivan de los impactos que la existencia, actividad y operación de las organizaciones producen en el ámbito social, laboral, medioambiental y de los derechos humanos”*.

⁸⁸⁰ Vid. LIZCANO ÁLVAREZ, J. L., “Buen gobierno y responsabilidad social corporativa”, *Partida Doble*, N° 182, Sección artículos, noviembre 2006, Edit. Especial directivos, LA LEY 7677/2008, p. 2. Véase también del mismo autor, *“Gobierno de las sociedades. Un enfoque desde la responsabilidad social”*, X Conferencia Anual de Ética, Economía y Dirección (EBEN-ESPAÑA), 2002.

⁸⁸¹ Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. COM (2011) 681 final. Apartado 3.1.

De esta nueva noción es posible destacar una serie de elementos que contribuyen a conformar la idea de una RSC útil para las organizaciones; de este modo, debe resaltarse el carácter voluntario de esta reorganización que va más allá del cumplimiento estricto de la normativa o de la reparación de un daño⁸⁸²; también el carácter integrado de este tipo de políticas que se unen a la operativa ordinaria del ente sin representar acciones esporádicas que vayan al margen de su funcionamiento corriente; otro elemento es la dimensión externa que encierran los criterios de sostenibilidad y razonabilidad aplicables, que supera los inicios en que la sensibilidad social era algo a lo que había que prestar atención exclusivamente *ad intra*; destaca además la importancia que asumen los grupos de interés destinatarios de las actividades, como sujetos prioritarios del diálogo a mantener; por último, resaltar que en el proceso de continua mejora que se le presume a la RSC la transparencia en la información y la publicidad de las iniciativas cumple un lugar destacado⁸⁸³.

Como concepto más evolucionado de RSC debe aludirse igualmente a la integración en su fuero interno de los llamados criterios ASG (factores ambientales, sociales y de gobierno corporativo) introducidos por primera vez en 2004 por la Naciones Unidas con ocasión del Pacto Mundial de las Naciones Unidas que actualmente constituyen un factor clave inserto –y no contrapuesto– a las estrategias empresariales de inversión que buscan la rentabilidad vinculada a criterios de sostenibilidad corporativa.

Fruto de este sucinto catálogo de conceptos sobre la RSC podemos llegar a algunas conclusiones que arrojan luz sobre la naturaleza de esta materia⁸⁸⁴:

- La variabilidad. La RSC no es un concepto estático, sino que va evolucionando y adaptándose en función de su contexto social, económico o de actividad empresarial: es un proceso.
- Ampliación del concepto de empresa. La empresa actual debe considerar no solo sus aspectos internos de gestión y funcionamiento sino todo lo que tiene que ver con el efecto

⁸⁸² Como señala SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “*la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) no apunta al reconocimiento de un deber empresarial de reparar o satisfacer un concreto daño, sino la asunción voluntaria de una determinada forma de actuar. Las empresas son responsables socialmente porque así lo deciden y al hacerlo parten de que sus efectos positivos alcanzarán de manera notable a quien practica su RSE como una política basada en la voluntariedad*”, apud BELTRÁN CASTELLANOS, J. M., “La Responsabilidad Social en las Administraciones Públicas, con especial referencia a la Comunidad Valenciana”. *Revista General de Derecho Administrativo (RGDA)*, N° 52, 2019, p. 3.

⁸⁸³ Vid. CÁNOVAS GARCÍA, J. D. y MATEOS GARCÍA, J., “Responsabilidad Social Corporativa...”, *ob.cit.*, pp. 13-14.

⁸⁸⁴ Vid. CUETO CEDILLO, C. y DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M., “*La Administración Pública de la Responsabilidad...*”, *op.cit.*, p. 6.

de su actividad y las posibles repercusiones que la misma puede provocar en la sociedad, el medio ambiente o la protección de derechos subjetivos esenciales.

- Cambio de mentalidad en el modo de gestionar el negocio. La dimensión externa de la RSC obliga a tener una visión global e integral de todos los aspectos de la gestión de la empresa que afecten a su negocio.
- *Ámbito material de mínimos –numerus apertus-* conformado por un triple balance (*triple botton line*): económico-financiero, social y medioambiental.
- Cumplimiento normativo y transparencia en la aplicación de las políticas de RSC.

Conclusiones que, en buena medida, vienen a coincidir con lo que la doctrina ha venido calificando como postulados o principios esenciales de la RSC y que pueden quedar concretados en: una especial atención a los grupos de interés; una gestión sostenible que busca la rentabilidad en el largo plazo y un ejercicio de la actividad empresarial transparente en todos sus procesos de gobierno⁸⁸⁵.

Algún sector doctrinal ha hecho un esfuerzo por delimitar aquellos elementos que caracterizarían a la RSC como un concepto jurídico propiamente dicho. En este sentido, por ejemplo, BATALER GRAU resalta inicialmente que la dimensión jurídica de la RSC está impregnada de una necesaria nota de coercibilidad como cualquier norma jurídica⁸⁸⁶, a continuación destaca también que la potencial coerción se desarrolle en el marco de una relación jurídica, esto es, entre personas, orgánicamente protegida por el Derecho, que desarrolle una función social digna de tutela jurídica, que surja como consecuencia de hechos, actos o negocios jurídicos y cuyo contenido implique un conjunto de posiciones de poder y deber⁸⁸⁷. La propuesta de definición jurídica de RSC o RSE queda concretada de la siguiente manera: *“La Responsabilidad Social de la Empresa es un deber jurídico –y por ende coercible– que asume libremente el empresario frente a los grupos de interés y que más allá del mero cumplimiento normativo abarca cualquier acuerdo tendente a mejorar su balance*

⁸⁸⁵ Vid. EMBID IRUJO, J. M. y DEL VAL TALENS, P., *“La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades...”*, op.cit., p. 49. Para mayor conocimiento en relación con las principales conductas de responsabilidad social que una empresa puede asumir con los *stakeholders* vid. MARTÍN ROJO, I., *“La Responsabilidad Social Corporativa de Empresas Privadas y de la Administración Pública. Especial referencia al turismo residencial”*, *Responsabilidad Social Empresarial (TEC Empresarial)*, Vol.3, Ed. 1-2, 2009, p. 57.

⁸⁸⁶ Coercibilidad que compatibiliza con el carácter voluntario que califica a la RSC señalando que el concepto jurídico debe ser coercible pero su asunción voluntaria. Dicho de otra manera, su nota de voluntariedad surge en el momento de su incorporación. Una vez adoptada se convierte en coercible.

⁸⁸⁷ Vid. BATALER GRAU, J., *“Un concepto de Responsabilidad Social de la Empresa desde el Derecho Mercantil”*, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310/2018, parte Estudios, Edit. Civitas, SA., Pamplona, 2018, pp. 5-10.

social en una triple perspectiva económico-financiera, social o medioambiental y cuyo contenido pueda ser incardinado dentro de las relaciones jurídicas propias del Derecho mercantil”⁸⁸⁸.

Sin necesidad de transcribir todas referencias y textos que han aludido a esta RSC, se puede aseverar que las existentes son numerosas y van a responder a diferentes niveles de regulación siendo palpable en este campo la ausencia de una sistemática que permita evitar la percepción de dispersión y falta de concreción que impiden unificar todo este tipo de manifestaciones. En cualquier caso, a título meramente ejemplificativo e incluyendo algunas de las ya tratadas, pueden mencionarse las siguientes directrices generales:

- A nivel **internacional**: la normativa sobre Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) de 2003; los criterios GRI de 1997 elaborados por el Programa de Medio Ambiente de la ONU; los Principios Universales del Pacto Mundial de la ONU para la responsabilidad social (Global Compact) de 2004 en materia de derechos humanos, trabajo y medio ambiente; la Declaración OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de Ginebra en junio de 1998; la Declaración Tripartita de la OIT de 2006 sobre las empresas multinacionales y la política social, las Normas de Naciones Unidas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos o las Líneas Directrices (*Guidelines*) de la OCDE de 1976 para empresas multinacionales junto con su actualización y revisión plasmada en las *Guidelines* del año 2011.

- A nivel **europeo**: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01); el Libro Verde “*Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*” (COM/2001/0366) de 2001 elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas; la Agenda Social Europea aprobada por el Consejo Europeo de Niza de 7, 8 y 9 de diciembre de 2000 (2001/C 157/02); la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2007, sobre la responsabilidad social de las empresas: una nueva asociación o la Comunicación de la Comisión Europea sobre “*Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la Responsabilidad social de las empresas*” de 25 de octubre de 2011. Mencionar también dos importantes Directivas que han tenido como objetivo principal la identificación de riesgos para mejorar la sostenibilidad incrementando la divulgación de información no financiera como pueden ser los factores sociales y medioambientales y que ha tenido reflejo asimismo en la normativa española mediante su transposición; hablamos de la Directiva

⁸⁸⁸ *Ibid.* p. 22.

2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 y su modificación por la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014. Por último, citar la norma de empresa SGE 21, que constituye la primera norma europea que permite implantar, auditar y certificar un sistema de gestión ética y socialmente responsable.

- A nivel **nacional**: la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, de información no financiera y diversidad que transpone la última directiva mencionada; el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, en materia de información financiera y diversidad el cual modifica diversos textos normativos; la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, el Real Decreto 221/2008, 15 de febrero, de creación y regulación del Consejo Estatal de Responsabilidad Social Empresarial, la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que establece obligaciones especiales de transparencia para las sociedades mercantiles públicas o la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

A mayor abundamiento, la RSC es parte consustancial de numerosos informes y normas de carácter técnico tales como: la Norma ISO 14001 sobre normas para asegurar la calidad de los procesos de producción y el control de sus efectos sobre el medio ambiente; la Norma ISO 26000 “Guía de Responsabilidad Social” (2010) que establece una serie de principios de responsabilidad social en las organizaciones; la Norma AENOR IQNet SR10, que recoge las mejores prácticas y recomendaciones a nivel internacional en materia de responsabilidad social.

Por último, destacar el “*Informe sobre la Responsabilidad Social de la Empresa en España. Una propuesta para Europa*”⁸⁸⁹ de junio de 2013 donde se pone en valor el desarrollo de la RSC de las empresas en nuestro país que, como reconoce el propio informe ha sido posible a través tanto de la normativa europea y española como por medio de las recomendaciones de la UE.

⁸⁸⁹ “Informe sobre la Responsabilidad Social de la Empresa en España. Una propuesta para Europa”. Junio de 2013. Director Coordinador: Aldo Olcese. Comisión Europea. Representación en España. pp. 1-118. <http://www.conr.es/sites/default/files/archivos/Informe%20sobre%20la%20responsabilidad%20social%20de%20la%20empresa%20en%20Espa%C3%B1a.pdf> (Consultado: 11/07/2019).

Sin obviar sus antecedentes, puede asumirse que el protagonismo a nivel global de la RSC tuvo lugar en los años 90 gracias al impulso de organismos internacionales y los diferentes grupos sectoriales que han impulsado la elaboración de códigos de conducta, directrices y normas para su implementación⁸⁹⁰, tal y como ha podido comprobarse.

Esta realidad dispositiva pone de manifiesto cómo la RSC, con sus luces y sombras en cuanto a su justificación en el ámbito de la empresa -si tenemos en cuenta la finalidad última del objetivo empresarial en origen centrada en la obtención del máximo beneficio posible⁸⁹¹-, se encuentra hoy día instaurada de forma normalizada en las políticas empresariales de cualquier sociedad con independencia de su categoría y dimensión.

2.2 Papel del gobierno corporativo en su impulso

A lo largo de los capítulos precedentes hemos podido ir observando como la base del gobierno corporativo de las sociedades se encuentra integrada por ese conjunto de mecanismos, estructuras, procesos, instrumentos, recomendaciones y principios que sirven para canalizar las relaciones de dirección, gestión, organización y control entre la propiedad o accionista y el agente o directivo.

Por este motivo, la corriente originaria y principal del gobierno corporativo había centrado sus esfuerzos en obtener la máxima eficiencia en el modelo de gestión que permitiera a esos propietarios o accionistas rentabilizar al máximo su participación en la empresa. Esta es la denominada teoría de enfoque *shareholder*⁸⁹².

Sin embargo, desde el momento en que salen a la luz los grandes escándalos financieros de principios del siglo XXI (v. gr. Enron o WorldCom) la incorporación de la RSC dentro de las políticas de empresa comenzó a estar justificada. Esta adición ha influenciado de una manera decisiva el concepto de gobierno corporativo que ahora contempla ya en su entramado de relaciones a aquellos otros grupos que, sin ostentar la condición de propietarios, también están interesados en la buena marcha de la empresa⁸⁹³. Adoptaríamos en este caso la teoría de enfoque *stakeholder*.

⁸⁹⁰ Vid. CÁNOVAS GARCÍA, J. D. y MATEOS GARCÍA, J., “Responsabilidad Social Corporativa...”, *op.cit.*, p. 15.

⁸⁹¹ Cabe recordar cómo, en sus primeros pasos sobre mediados del siglo XX, la RSC convivía en las grandes corporaciones americanas junto con las teorías liberales de obtención de la máxima rentabilidad y beneficio.

⁸⁹² De hecho, para algún autor este es el enfoque que debe mantenerse en todo momento, con independencia de que la relación con los *stakeholders* pueda ser precisa o conveniente para coadyuvar el objetivo empresarial. Así, PEINADO GRACIA, J. I., “La sostenibilidad y el deber de diligencia de...”, *op.cit.*, p. 11.

⁸⁹³ Es la denominada teoría de los interesados, *stakeholders* o enfoque pluralista de la actividad de la empresa.

Este cambio en el enfoque de la corriente del *Corporate Governance* viene a coincidir con dos fundamentales concepciones u orientaciones existentes en el Derecho de sociedades donde, por una parte, la importancia del interés social de la sociedad traducido en lograr la maximización del valor del accionista condujo a sus defensores a articular instrumentos o sistemas que acercaran o abrieran cualitativamente la participación de dicho accionista a la vida social, lo que a su vez se manifestaba en una ampliación de hecho del ámbito competencial de la Junta General que igualmente debía ostentar la máxima responsabilidad en materia de RSC.

Por otra parte, y en sentido opuesto, otra concepción defiende que, con fundamento en los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad, debe ser el órgano de administración el máximo responsable de gestionar eficazmente la sociedad y de preocuparse por que todos los intereses de los grupos de interés se vean satisfactoriamente colmados. Como acertadamente observan EMBID IRUJO y DEL VAL TALENS “*es fácilmente constatable que la reflexión sobre la función social de la empresa y el papel de la RSC se desplazan de su sede tradicional (la cláusula del interés social) al plano de los mecanismos de gobernanza de la empresa*”⁸⁹⁴.

A colación de la mutua imbricación de los dos conceptos apuntados, podría decirse, con LIZCANO ÁLVAREZ, que la RSC y el buen gobierno corporativo son términos relacionados entre sí de modo que “*el buen gobierno entra dentro de la responsabilidad social de las organizaciones, o, dicho de otra forma, se es socialmente responsable aplicando un buen gobierno*”⁸⁹⁵. Según este autor, los dos términos muestran implicaciones recíprocas para las organizaciones ya que el buen gobierno generará responsabilidad social siempre que se oriente al objetivo de proteger el interés de la empresa en su conjunto respondiendo ante ella y ante las demás partes afectadas por su acción. De la misma manera, la responsabilidad social genera buen gobierno por cuanto la dación de cuentas y la asunción de responsabilidad ante la totalidad de las partes interesadas en la empresa constituyen la esencia del buen gobierno corporativo⁸⁹⁶.

Esta relación bilateral también fue apreciada por la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA) cuando afirmaba que “*el gobierno corporativo socialmente responsable busca la satisfacción no sólo de los accionistas, sino de los grupos de interés, asegurando el diálogo y el establecimiento de relaciones con todas las*

⁸⁹⁴ Vid. EMBID IRUJO, J. M. y DEL VAL TALENS, P., “*La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades...*”, *op.cit.*, pp. 57-59.

⁸⁹⁵ Vid. LIZCANO ÁLVAREZ, J. L., “*Buen gobierno y responsabilidad...*”, *op.cit.*, p. 1.

⁸⁹⁶ *Ibid.* p. 2.

partes. Su objetivo es asociar la creación de valor económico con el compromiso social de la actividad empresarial”⁸⁹⁷.

Las organizaciones se nos presentan de este modo no solo como entidades económicas con lícitos objetivos comerciales sino también como entidades sociales que cumplen funciones específicas en beneficio de la comunidad donde actúa. Para alcanzar este objetivo, el papel de los administradores debe redefinirse dando cabida a otros grupos de interés tanto en la toma de decisiones como en el reparto de responsabilidades a cuyo fin las nuevas propuestas de gobierno corporativo tendrían mucho que decir; y esto es así hasta tal punto que actualmente puede afirmarse que la sostenibilidad y las relaciones con los stakeholders constituyen un estándar de diligencia de carácter autónomo que puede llegar incluso a generar responsabilidad patrimonial en aquellos⁸⁹⁸.

En el campo de esta reestructuración del órgano encargado de la gestión y administración societaria encontraríamos la propuesta, ya analizada en el capítulo correspondiente de este trabajo⁸⁹⁹, de acomodar en el órgano de administración la figura del consejero (externo) independiente. Esta propuesta, profusamente tratada en la panoplia de documentos y textos elaborados en materia de gobierno corporativo, encuentra un encaje limitado si la razón de su incorporación al órgano que administra la sociedad reside exclusivamente en defender los postulados de la RSC. En efecto, si realizamos un examen de esta cuestión desde el punto de vista del derecho positivo actual, las responsabilidades del consejero independiente en materia de RSC no pasarían de presidir la comisión especializada existente en este sentido ex artículo 529 terdecies LSC, que, como miembro de una comisión especial cuya responsabilidad última recae en el órgano de administración por completo, relega o desnaturaliza el desempeño de este consejero a una actuación meramente institucional⁹⁰⁰. No obstante, no debemos desdeñar la influencia que, a través de la introducción de propuestas en materia de RSC, pueda ejercer este consejero en el seno del debate propositivo que tenga lugar en dicha comisión destinada específicamente a la RSC.

Del mismo modo, podría decirse que el legislador español también pensaba en orientar las políticas y responsabilidades sociales hacia el campo de la RSC cuando, a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, dio una nueva redacción al artículo 217 LSC dedicado a la

⁸⁹⁷ Véase en “Marco conceptual de la RSC”. AECA. Comisión de Responsabilidad Social corporativa. Diciembre 2003. p. 23.

⁸⁹⁸ Vid. PEINADO GRACIA, J. I., “La sostenibilidad y el deber de diligencia de...”, *op.cit.*, p. 1.

⁸⁹⁹ Cfr. Capítulo IV. Apartado 3.4.

⁹⁰⁰ Vid. EMBID IRUJO, J. M. y DEL VAL TALENS, P., “La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades...”, *op.cit.*, pp. 147-148.

remuneración de los administradores. El apartado cuarto de este artículo señala que “*la remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables*”. De su lectura puede apreciarse que principios como la proporcionalidad, la rentabilidad y la sostenibilidad a largo plazo funcionan como criterios que deben impregnar las motivaciones conducentes a establecer un sistema de retribuciones determinado que condicionen un desempeño que pueda ser considerado como socialmente responsable⁹⁰¹.

Como decimos, la interrelación de la RSC con el gobierno corporativo implica readaptar la estrategia empresarial de forma que la gestión por parte de todos los grupos de interés o *stakeholders* sobre los ámbitos sociales, económicos o medioambientales se realice con plena aceptación de las responsabilidades mutuas y bajo criterios rígidos de transparencia informativa⁹⁰². Siendo, por tanto, palpable la relación intrínseca existente entre la RSC y un mejor gobierno corporativo, cabe a continuación efectuar una mención escueta acerca del tratamiento que los principales códigos reguladores de gobierno corporativo realizan sobre esta materia de modo que pueda ponerse de manifiesto la evolución vivida en el objeto de atención de cada uno de ellos y donde la RSC va a ir adquiriendo un protagonismo creciente.

Comenzando por el conocido Código Olivencia de 1998, es posible afirmar que el enfoque asumido por este código -el primero en materia de gobierno corporativo impulsado por las instituciones públicas en España- es esencialmente accionarial, poniendo el foco de atención en el interés social⁹⁰³ traducido como la creación de valor para el accionista constituyendo éste el fin primordial que debe perseguir la administración societaria⁹⁰⁴. No obstante, una vez sentado este objetivo fundamental, el propio código reconoce que la consecución de esta meta no puede desconocer los intereses de otros grupos implicados en la empresa y los de la propia comunidad en que ésta se ubica⁹⁰⁵.

⁹⁰¹ *Ibid.* pp. 157-163.

⁹⁰² *Vid.* FERNÁNDEZ IZQUIERDO, M. A. *et al.*, “*El gobierno corporativo como motor...*”, *op.cit.*, pp. 27-28.

⁹⁰³ *Cfr.* Informe Olivencia. III. Consideraciones Generales. 4.

⁹⁰⁴ Respondería la posición defendida por el Código Olivencia a la denominada Teoría del valor del accionista o Teoría *Shareholder* que ya fue defendida por Friedman durante la década de los sesenta.

⁹⁰⁵ *Cfr.* Informe Olivencia. II.1.3.

En segundo lugar, destacaremos el tratamiento que de la responsabilidad social realizaban los Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades que fueron publicados en 1999. En este caso, a pesar del voluntarioso reconocimiento que realiza este órgano en sus expositivos poniendo en valor factores como la ética empresarial y la concienciación corporativa respecto a intereses de tipo medioambiental, social o local⁹⁰⁶, lo cierto es que tan solo sirven de vehículo o instrumento para derivar nuevamente en una regulación de la gestión dirigida a la protección accionarial y la potenciación de su beneficio. La mención en ciertos momentos del texto a los “grupos de interés social” que se encuentren estipulados legalmente no implica más que *“un cumplimiento de mínimos legales en cuanto al comportamiento social para alcanzar los verdaderos objetivos de rentabilidad para el accionista”*⁹⁰⁷.

Ya en 2003, el denominado Informe Aldama compartía con los principios de la OCDE ese tratamiento bifronte del cumplimiento prioritario de la misión legal de empresa, por un lado, y el reconocimiento de otras responsabilidades sociales de una manera más vaga y con carácter voluntario. Así, señala en relación con esto último que *“en el contexto de la denominada responsabilidad social de la empresa en la gestión de sus negocios y en su relación con sus interlocutores, cada empresa podrá asumir libremente aquellas obligaciones o compromisos adicionales que desee de carácter ético o social dentro de un marco general de desarrollo sostenible”*⁹⁰⁸.

Con los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, en su versión de 2004, cambia el enfoque para volverse más integrador y desde el mismo Preámbulo se aprecia un reconocimiento en igualdad de status entre los diversos agentes implicados (dirección, accionistas, grupos de interés u otras partes interesadas)⁹⁰⁹. Se adopta así de manera oficial el denominado enfoque *stakeholder* o pluralista y se procede a contemplar de forma expresa unas recomendaciones dirigidas específicamente a esas otras partes interesadas. A este respecto, el Principio IV del documento que se destina a “El papel de las Partes Interesadas en el Ámbito del gobierno Corporativo” destaca que *“El marco para el gobierno corporativo deberá reconocer los derechos de las partes interesadas establecidos por ley o a través de acuerdos mutuos, y fomentar la cooperación activa entre sociedades y las partes interesadas”*.

⁹⁰⁶ Cfr. Principios de la OCDE para el gobierno de las Sociedades. 1999. Prefacio.

⁹⁰⁷ Vid. LIZCANO ÁLVAREZ, J. L., “Buen gobierno y responsabilidad...”, *op.cit.*, p. 8.

⁹⁰⁸ Una visión de la RSC que podríamos identificar con otra de las principales teorías existentes sobre la RSC: la Teoría normativa de Stakeholders o de enfoque ético.

⁹⁰⁹ Cfr. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE. 2004. Preámbulo.

con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a facilitar la sostenibilidad de empresas sanas desde el punto de vista financiero”⁹¹⁰.

Respecto al Código Conthe o Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (CUBG) en su versión original de 2005, aparte del mérito fundamental de introducir definitivamente en nuestro derecho el principio de “cumplir o explicar”, en lo que hace a la RSC vuelve en cierto modo a una etapa precedente donde la verdadera preocupación va a ser el interés de los accionistas y lo hace escudándose en cierto modo en la imposibilidad de encajar ese enfoque pluralista dentro de la estructura de la sociedad cotizada, razón que como veremos, no constituyó impedimento para las versiones posteriores del mismo texto.

En efecto, respecto a estas sociedades cotizadas, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (CBGSC) en su versión de 2015 dedica a la RSC varias de sus recomendaciones⁹¹¹, concretamente el apartado III.3.1 que incluye el Principio N° 9 y la Recomendación N° 12 cuyo último párrafo insta a conciliar el interés social con los legítimos intereses del resto de grupos de interés (empleados, proveedores, clientes, etc.); también el apartado III.3.5, que incluyen el Principio N° 24 y las Recomendaciones N° 54 y N° 55 las cuales recogen esa inquietud no solo por el buen hacer de la sociedad en el ámbito interno organizativo sino también en su preocupación por el entorno más sensible a su actividad empresarial. Así, prescriben que la política de RSC de la cotizada incluya aquellos principios y compromisos que la sociedad asuma voluntariamente en su relación con los distintos grupos de interés y que informe al respecto en el informe de gestión o en un documento específico destinado a tal fin⁹¹². Es lo que se ha dado en llamar como la “autorregulación inducida” como objetivo para que las sociedades cotizadas propendan sus programas y políticas de RSC en línea con los criterios y orientaciones del CBGSC⁹¹³.

También en materia de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas es reseñable la normativa comunitaria más reciente, entre la que encontramos la Directiva 2017/828 que viene a establecer una equiparación de deberes que afectan tanto a administradores como a los

⁹¹⁰ Cfr. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE. 2004. IV.

⁹¹¹ Lo que, para algunos autores, permite considerarlo, *lato sensu*, como fuente de la RSC. Vid. EMBID IRUJO, J. M. y DEL VAL TALENS, P., “La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades...”, *op.cit.*, p. 25. Nota a pie de página N° 8.

⁹¹² Cfr. Código de buen Gobierno de las sociedades cotizadas. 2015. III.3.1 Principio 9 y Recomendación 12, así como apartado III.3.5 Principio 24 y Recomendaciones 54 y 55.

⁹¹³ Vid. EMBID IRUJO, J. M. y DEL VAL TALENS, P., “La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades...”, *op.cit.*, pp. 89-90.

accionistas en el sentido de implicar más en la gestión de la sociedad a este importante grupo de interés⁹¹⁴.

En cuanto al resto de sociedades que no participan de la negociación de su capital en los mercados de valores, hay que decir que también han sido progresivamente destinatarias de las exigencias implementadas en materia de RSC relacionadas con el buen gobierno.

Como hemos podido comprobar en el apartado anterior, existe una recua de disposiciones, principios o declaraciones dirigidas a la incorporación de estos requerimientos a las políticas de empresa.

De entre los códigos de buen gobierno que dedican un espacio a estas cuestiones pueden citarse los Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas de la IC-A (2006) cuyo apartado 1.4.3 “Responder ante accionistas y terceros” encomienda al Consejo de administración la responsabilidad de asegurar el pleno respeto a los derechos e intereses legítimos de aquéllas personas o colectivos que, sin ser accionistas, se ven afectados directa o indirectamente por la conducta de la sociedad (clientes, proveedores, socios de negocio, empleados, autoridades, competidores y público en general) en temas como el medioambiente, la salud o la seguridad⁹¹⁵.

Debemos destacar que, en el mismo apartado recién señalado, justo a continuación, se introduce un factor de gran importancia de cara a la implantación de las políticas de buen gobierno en el marco de la responsabilidad social corporativa; este factor hace alusión a la necesidad de que el Consejo asegure tanto políticas específicas para relacionarse con los *stakeholders* como el mantenimiento de una comunicación activa y adaptada a las necesidades de cada uno de los grupos o de las personas individuales de que se trate. Este tema ha sido especialmente destacado por la doctrina como un primer paso que lleve a la implementación de los principios fundamentales de gobierno corporativo, como mecanismo efectivo que favorezca la continuidad y el crecimiento de la empresa⁹¹⁶.

También en materia de gobierno corporativo y estrechamente ligada con la transparencia en el cumplimiento de los estándares de RSC encontramos la anteriormente citada Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y

⁹¹⁴ Cfr. Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas. (DOUE 20.5.2017).

⁹¹⁵ Cfr. Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas. IC-A. 2006. 1.4. Anexo.

⁹¹⁶ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”, *op.cit.*, pp. 63-64.

diversidad⁹¹⁷. La misma, además de servir a la transposición de la Directiva 2014/95/UE, tiene como objetivo prioritario identificar riesgos para mejorar la sostenibilidad y aumentar la confianza de los inversores, los consumidores y la sociedad en general y para ello incrementa la divulgación de información no financiera, como pueden ser los factores sociales y medioambientales⁹¹⁸.

Las medidas de gobierno corporativo deberán asegurar que la empresa es socialmente responsable a través de una serie de indicadores⁹¹⁹ que puedan ser objetivamente valorados incluso externamente⁹²⁰. A este respecto la OCDE ha aportado diversas razones que justifican la formalización de objetivos e indicadores de rendimiento: desde un punto de vista externo los indicadores hacen que la organización sea más transparente en la medida en que rinde sus cuentas de una manera más limpia y ágil; desde la perspectiva interna, los estándares de rendimiento sirven de estímulo para coherente los objetivos individuales con las metas de la organización y poder valorar de este modo el progreso acumulado u obtenido⁹²¹.

Como hemos podido comprobar, en la relación mutua entre RSC y GC se ha avanzado desde la voluntariedad hacia la obligatoriedad a través de un camino que, como acertadamente describe PEINADO GRACIA, ha transcurrido desde la declaración política, pasando por la obligación de informar por qué no se sigue la directriz política hasta llegar a la formulación de mandatos imperativos⁹²².

2.3 La Administración Pública ante la RSC

En la búsqueda de un modelo de gobierno corporativo que nos permita hablar de una buena Administración pública es posible distinguir como objetivos ideales aquellas funciones que verdaderamente puedan ser útiles a la ciudadanía, que se orienten siempre al interés

⁹¹⁷ Cfr. Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. (BOE 29/12/2018).

⁹¹⁸ Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M., “Hacia un gobierno corporativo sostenible...”, *op.cit.*, *passim*.

⁹¹⁹ V. gr. los indicadores desarrollados por los índices bursátiles DJSI o FTSE4Good que no solo miden los estados financieros de las sociedades de mayor capitalización bursátil, sino que también recogen factores sociales y ambientales catalogando así a las sociedades en función de su mejor desempeño en materia de sostenibilidad.

⁹²⁰ Véase por ejemplo a nivel internacional la labor desarrollada por el instituto británico *AccountAbility* y en España la actividad ejercida por FORÉTICA, como entidad independiente para certificar la gestión socialmente responsable de las empresas. Su misión principal consiste en integrar los aspectos sociales, ambientales y de buen gobierno en la estrategia y gestión de empresas y organizaciones con el objetivo de alcanzar un futuro sostenible.

<https://foretica.org/> (Consultado: 23/09/2019).

⁹²¹ Vid. CUETO CEDILLO, C., y DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M., “La Administración Pública de la Responsabilidad...”, *op.cit.*, p. 74.

⁹²² Vid. PEINADO GRACIA, J. I., “La sostenibilidad y el deber de diligencia de...”, *op.cit.*, p. 13.

general de una manera racional y transparente y con un alto grado de sensibilidad social. Factores como la limitación de recursos públicos procurando la eficiencia, la creciente exigencia de calidad en los servicios prestados, el redimensionamiento administrativo o el acercamiento de la gestión pública al ciudadano van a servir para coadyuvar a que aquellos objetivos estén un poco más próximos de ser una realidad generalizada.

Una de las principales herramientas con las que cuenta esta peculiar organización de naturaleza pública es la responsabilidad social, entendida como el compromiso de dicha entidad para contribuir al desarrollo sostenible, trabajando con los empleados, familias, comunidad y sociedad con el fin de mejorar la calidad de vida de modo que se obtengan beneficios recíprocos⁹²³.

Para esta misión, la Administración pública debe reorientar su posición desde su tradicional prerrogativa o situación de poder hacia una actividad impulsora y como modelo de referencia en el campo de la RSC⁹²⁴. Se ha dicho que son cuatro las categorías principales de roles que debe desempeñar la Administración en el campo de la acción pública responsable, a saber: como regulador del marco normativo adecuado, como apoyo institucional acercando o formando redes de actores, como colaborador o facilitador de la puesta en común o difusión activa y, por último, como promotor de las iniciativas mediante acciones concretas⁹²⁵. Desde un punto de vista más práctico, es asumido que organizaciones tales como la propia Administración pública utiliza tres instrumentos para implementar su política de RSC: a través de códigos éticos para sus empleados⁹²⁶; mediante elaboración interna de memorias sobre sostenibilidad y a través de la obtención de acreditaciones externas de RSC por las auditoras formalmente reconocidas⁹²⁷.

En el estado actual de las cosas, se puede comprobar como el legislador español ha optado fundamentalmente por dirigir sus esfuerzos –normativos- en materia de RSC hacia las empresas o sociedades de perfil abierto (cotizadas), lo cual no debe llevarnos a concluir que

⁹²³ Vid. CÁNOVAS GARCÍA, J. D. y MATEOS GARCÍA, J., “Responsabilidad Social Corporativa...”, *op.cit.*, pp. 5-8.

⁹²⁴ Vid. MARTÍN ROJO, I., “La Responsabilidad Social Corporativa de Empresas Privadas...”, *op.cit.*, pp. 58-59. En una línea similar, BELTRÁN CASTELLANOS, J. M., “La Responsabilidad Social en las Administraciones Públicas...”, *op.cit.*, p. 30.

⁹²⁵ Verbigracia, mediante el establecimiento de incentivos fiscales a las sociedades para potenciar determinadas políticas o medidas; también incluyendo la RSC como criterio ponderable en materia de contratación pública o mediante la actividad administrativa de fomento (subvenciones).

⁹²⁶ En este sentido, véase el Código de Conducta que hoy día recoge para los empleados públicos el artículo 52 del EBEP.

⁹²⁷ Vid. CÁNOVAS GARCÍA, J. D. y MATEOS GARCÍA, J., “Responsabilidad Social Corporativa...”, *op.cit.*, pp. 34 y 78.

esta materia queda vedada para el resto de tipologías societarias, entre ellas, las consideradas públicas.

Resulta evidente que, en el marco de una sociedad mercantil, el equilibrio socio-económico no va a depender exclusivamente de los actores privados, de la comunidad social que es objeto de la acción empresarial o de los grupos de interés sin responsabilidades de gobierno, sino que el papel del sector público constituye también un factor esencial destinado a compensar los posibles desequilibrios que esa acción pudiera provocar en las relaciones de mercado.

La legitimidad en la aplicación del principio de autoridad por parte de los poderes públicos va a tener un fundamento ético que constituye la esencia de la democracia y de la protección de lo colectivo; esa autoridad aplicada a la RSC se traduce en una actividad normativa o regulatoria dirigida a fomentar, promocionar y sensibilizar a la sociedad en aquellas cuestiones que afectan a todos; no en vano, se afirma que las actividades relativas a la RSC pueden ser insertadas, de forma más o menos flexible, en el marco del interés general⁹²⁸.

Pero dijimos *ut supra* que la acción pública en materia de RSC no solo se va a traducir en el intervencionismo administrativo, antes al contrario, el rol de los poderes públicos respecto al propio funcionamiento interno de las organizaciones debe ser ejemplarizante mediante una aplicación de los criterios de RSC que tenga en cuenta todos los factores económicos, sociales y ambientales de su contexto más inmediato.

Centrándonos en el aparato ejecutivo por excelencia del poder público, la Administración Pública, se dice que para ésta la RSC *“es un compromiso voluntario que va más allá del cumplimiento de la legislación propia de nivel competencial y que gira en torno a la atención directa y/o indirecta de necesidades de los grupos de interés a través de un gobierno y Administración Pública transparente y responsable que contribuya a multiplicar la sostenibilidad colectiva; tanto económica, como social y ambiental”*⁹²⁹.

Dice MELLE HERNÁNDEZ, que este compromiso aplicado a las sociedades públicas engloba dos enfoques distintos en relación con la función que deben realizar las Administraciones Públicas sobre este tipo de entes dependientes; por un lado, se propone

⁹²⁸ Vid. EMBID IRUJO, J. M. y DEL VAL TALENS, P., *“La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades...”*, *ob.cit.*, p. 37.

⁹²⁹ En ALFONSO SÁNCHEZ, R., *“Responsabilidad social y Administración Pública”*, *Diario La Ley*, N° 7917, Sección tribuna, 2012, Ref. D-307, Edit. LA LEY, p. 1.

incentivar prácticas voluntarias de RSC; por otro, se sugiere la incorporación de regulación normativa. Como aclara esta autora, respecto al primer aspecto la actividad pública debe limitarse a difundir y promocionar la RSC en las sociedades del sector público dependiente pues cualquier otro tipo de intromisión en las políticas de empresa supondría exceder del ámbito propio de la RSC. Respecto al segundo extremo, hay consenso en la necesidad de establecer un marco básico de referencia para potenciar y proteger este nuevo formato de empresa pública⁹³⁰; otorgándole un cierto grado institucionalización al fenómeno de la RSC.

En cualquier caso, estos enfoques sobre la RSC deben incorporarse como uno más de los elementos que, tal y como hemos podido comprobar en el apartado anterior, conforman el buen gobierno corporativo de la Administración considerada de una manera amplia⁹³¹.

Avanzando en nuestro análisis, conviene resaltar cómo desde el “*King Committee on Corporate Governance*”⁹³² publicado en 2002 por el *Institute of Directors* en Sudáfrica, se propuso la sistematización de unos principios generales de responsabilidad social que serían aplicables a la Administración Pública de forma global; de este modo se recogía⁹³³:

- La incorporación de la RSC a la propia organización involucrando y comprometiendo a todas las partes interesadas.
- Identificación objetiva de las partes interesadas.
- Que los *stakeholders* participen en la organización, dirección y gestión.
- Transparencia y rendición de cuentas.
- Compromiso ético, respeto hacia la diversidad e igualdad de oportunidades.
- La adopción de códigos formales de RSC.

Esta progresiva necesidad de incorporar a las políticas de gestión pública los principios de responsabilidad social corporativa fue observada por el legislador español que plasmó en textos de rango legal aquellos principios, especialmente para su implementación por el sector público institucional.

⁹³⁰ Vid. MELLE HERNÁNDEZ, M., “La responsabilidad social dentro del sector público”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, Nº 65, 2007, p. 3.

⁹³¹ En este sentido, la RSC se adiccionaría a los objetivos de disciplina, transparencia, independencia, imparcialidad, rendición de cuentas o de lealtad, constituyendo todos ellos el arquetipo básico de un buen gobierno por parte de la Administración Pública.

⁹³² Cfr. *King Committee on Corporate Governance. Institute of Directors*, Sudáfrica, marzo 2002, pp. 1-44.

⁹³³ Vid. MELLE HERNÁNDEZ, M., “La responsabilidad social dentro del sector...”, *ob.cit.*, p. 7.

Ejemplo de ello es la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁹³⁴ (muchos de cuyos artículos se encuentran a día de hoy derogados), que ha sido calificada por la doctrina como la primera norma donde el legislador español ha tipificado el fenómeno de la RSC como una institución poliédrica, pero con sustantividad propia⁹³⁵. En la misma es posible encontrar una serie de obligaciones aplicables al sector público empresarial del estado en materia de gobierno corporativo y de RSC tales como: la publicación del informe anual de remuneraciones; la adaptación de los planes estratégicos para presentar de manera anual informes de gobierno corporativo, así como memorias de sostenibilidad; la aplicación a los procesos de producción de criterios de gestión medioambiental; favorecer la adopción de principios y prácticas de responsabilidad social por parte de sus proveedores; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales; establecer, en el marco de la negociación colectiva, mecanismos que faciliten la movilidad de los trabajadores en el ámbito del sector público empresarial o sistemas de formación de trabajadores para cualificar y adaptarlos a las nuevas tecnologías y a la cultura de la sostenibilidad⁹³⁶.

De igual modo, la Ley 2/2011 encomienda a las Administraciones Públicas y al Gobierno la tarea de incentivar a las empresas, entre otras las públicas, mediante políticas de promoción de la responsabilidad social, difundiendo su conocimiento y las mejores prácticas existentes y estimulando el estudio y análisis sobre los efectos en materia de competitividad empresarial de las políticas de responsabilidad social. Para ello, se pondrá a disposición de estas empresas un conjunto de características e indicadores para su autoevaluación en materia de responsabilidad social, así como modelos o referencias de reporte.

Estas características, indicadores y modelos de referencia mencionados deberán atender especialmente a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medioambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del consumo sostenible⁹³⁷.

⁹³⁴ Aunque bien es verdad que ya con anterioridad a esta Ley existían algunos ejemplos de carácter más sectorial y limitado pero que indudablemente contribuyeron a la inserción en la empresa de las políticas de RSC. Este sería el caso de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que se ocupaba de promover condiciones de igualdad en el seno de la empresa y su entorno social entre ambos sexos.

⁹³⁵ *Vid.* BATALLER GRAU, J., “Un concepto de Responsabilidad Social de la Empresa...”, *op.cit.*, p. 3.

⁹³⁶ *Cfr.* Artículo 35 Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible.

⁹³⁷ *Cfr.* Artículo 39 Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible.

La norma encarga para ello al Consejo Estatal de la Responsabilidad Social Empresarial (CERSE), constituido por el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, que elabore unas recomendaciones al respecto que se vieron reflejadas en el Informe del Grupo 2 relativo a la “Transparencia, Comunicación y Standards de los Informes y Memorias de Sostenibilidad”⁹³⁸ de 3 de mayo de 2011, donde, de manera resumida, se viene a concluir que las Administraciones Públicas deben desarrollar un papel impulsor, difusor, orientador y facilitador de directrices en materia de RSC a la par que representen un modelo de organización ejemplar en esta misma materia que se traduzca en la elaboración de informes de responsabilidad social que incluyan, entre otras cuestiones, la relación de la Administración o ente público con sus proveedores, la transparencia de los procedimientos y la ponderación de criterios sostenibles en el marco de la contratación pública.

Debe tenerse en cuenta que este tipo de políticas en materia de RSC no son monopolio exclusivo de Estado, sino que es posible comprobar un gran número de iniciativas que son fruto de los otros entes políticos territoriales (Comunidades Autónomas⁹³⁹ y Entidades Locales) que conforman la comunidad política española, estableciendo sus propios marcos y estrategias de responsabilidad social empresarial⁹⁴⁰. De hecho, la Administración Local se nos representa como el marco ideal donde poner en práctica iniciativas de promoción para este tipo de responsabilidad social dada su mayor proximidad y conocimiento del territorio, su capacidad para hacer confluír la multiplicidad de voluntades de los actores locales en un ejercicio de corresponsabilidad y, en definitiva, por el propio fin de la administración local como órgano de gobierno autárquico que gestiona los intereses propios de las correspondientes colectividades (artículo 1 LRBRL)⁹⁴¹.

⁹³⁸ Cfr. Transparencia, Comunicación y *Standards* de los Informes y Memorias de Sostenibilidad. 3 de mayo de 2011. CERSE.

http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/RespoSocEmpresas/docs/110503_GRUPO_DE_TRABAJO_DE_TRANSPARENCIA_COMUNICACION_Y_STANDARDS_DE_LOS_INFORMES_Y_M.DE_SOSTENIBILIDAD1.pdf (Consultado: 24/09/2019).

⁹³⁹ Vid. BELTRÁN CASTELLANOS, J. M., “La Responsabilidad Social en las Administraciones Públicas...”, *op.cit.*, pp. 8-29, en su especial referencia a la Comunidad Valenciana.

⁹⁴⁰ A título ilustrativo mencionaremos el Plan de Responsabilidad Social de Aragón (Plan RSA); la Ley 15/2010, de 9 de diciembre, de responsabilidad social empresarial en Extremadura o la Ley 18/2018, de 13 de julio, para el fomento de la responsabilidad social de la Comunidad Valenciana a nivel autonómico y a nivel local, por ejemplo, la Red de Entidades para el Desarrollo Local (REDEL), la Desde de Redes de Desarrollo Local Sostenible (RDR/RLS) o numerosas estrategias en materia de RSC por parte de los Ayuntamientos españoles (Planes de mejora, guías, marcos estratégicos, etc.).

⁹⁴¹ Vid. CÁNOVAS GARCÍA, J. D. y MATEOS GARCÍA, J., “Responsabilidad Social Corporativa...”, *op.cit.*, p. 35.

En cualquier caso, de los últimos análisis acerca del estado de la RSC en el ámbito público realizado por los propios gobiernos o por entidades como FORETICA⁹⁴² se ha concluido que, a pesar de la progresiva implantación de este enfoque en las políticas públicas, siguen existiendo barreras para su desarrollo como: la falta de estrategia continuada, falta de recursos económicos o la falta de concienciación de los trabajadores implicados.

2.4 Exigibilidad en el derecho administrativo: posibilidades de aplicación a la sociedad pública local

Si partimos del primer asidero normativo de carácter específico que posee la sociedad pública local -los estatutos sociales- es posible corroborar cómo conforme a los artículos 4.1 a) LRBRL (potestad de autoorganización), 97 TRRL (proceso administrativo donde se redactarán inicialmente los estatutos sociales), 92.2 c) RSCL (posibilidad de modificar dichos estatutos) y 28 LSC (autonomía de la voluntad del socio fundador) el ente local es soberano para organizar y configurar, dentro de los límites legales, los estatutos de sus sociedades dependientes. En este sentido, creemos que dicha entidad local va a tener un margen amplio para determinar *ab initio* o, al menos, *ex nunc* una determinada política social en materia de RSC.

Además, el hecho de que la naturaleza jurídica de los estatutos sociales no permita su oponibilidad a terceros o que su inscripción no lleve aparejada una eficacia *erga omnes* no debe llevarnos al sinsentido de concluir que los terceros ajenos a los socios, especialmente en el caso de las sociedades públicas locales, no se vayan a ver envueltos en las repercusiones que unas determinadas políticas sociales fueran susceptibles de producir en la comunidad ciudadana que es objeto de las citadas políticas. Es por ello que un planteamiento adecuado acerca de la RSC resulta fundamental en el momento de acometer la tarea de elaborar los estatutos sociales de una sociedad pública local, tanto o más como en el momento de modificarlos⁹⁴³.

Algunas de las posibilidades que se pueden plantear reciben su inspiración del tratamiento actual que la LSC dedica a las sociedades cotizadas en materia de RSC. Revisando, en primer lugar, lo señalado en el artículo 529 ter 1º a) LSC es posible comprobar

⁹⁴² Es el caso del “Estudio sobre el estado de la Responsabilidad Social en las empresas públicas” publicado por FORETICA en 2016 o el “Análisis del nivel de RSC de los Ayuntamientos de la Región de Murcia” de 2017.

⁹⁴³ Conviene recordar, dada la mención a las posibilidades estatutarias que se proponen dentro de este apartado dedicado las iniciativas que desde el Derecho administrativo pudieran promoverse en materia de RSC, que el proceso de elaboración de estatutos sociales en el caso de las sociedades públicas locales consta de una tramitación administrativa que corresponde exclusivamente al ente local, a lo que debe adicionarse de manera cumulativa la tramitación mercantil preceptiva que resulta ordinaria para cualquier sociedad de capital.

como la Ley confiere al Consejo de administración las facultades exclusivas y suficientes para impulsar una política de RSC. Estas facultades suelen materializarse en decisiones concretas como la priorización de unas actividades frente a otras “menos” sostenibles o incluso pueden traducirse en una selectiva opción por recursos patrimoniales tendentes al impulso de esas políticas más éticas con el contexto socio-económico que rodea su ámbito de acción.

En el caso de nuestra sociedad local, no consideramos descabellado optar por aquella cláusula o *pactum adiectum* que, incluida en los estatutos sociales, atribuya al Consejo de administración un poder de decisión, o al menos, el margen de maniobra suficiente que posibilite impulsar políticas o acciones concretas que se destinen a las finalidades previstas en materia de RSC.

Sin embargo y a colación de lo señalado, hay que reconocer que esta labor teórica consistente en lanzar propuestas en barbecho sin consideración alguna a los demás aspectos jurídicos que el supuesto pudiera llevar anidados puede resultar tachada de algo imprudente. Por lo pronto, sí queremos dejar apuntado que resultan comprensibles los conflictos que en materia de un cumplimiento estricto del objeto social pudieran generarse. En compensación con esta situación y dada la peculiar configuración con que tradicionalmente se organiza el Consejo de administración a nivel de sociedad pública local, convenimos que una adecuada proporcionalidad en su configuración, a imagen del ente local, ofrecerá una dizque paz social a esta cuestión o, incluso en el supuesto de no contemplarse este equitativo reparto de consejeros, no debe obviar el hecho de que, en última instancia, será la Junta General quien deberá censurar la gestión social aprobando o denegando la misma con una periodicidad anual (artículo 160 LSC).

Pero no acaban aquí las oportunidades estatutarias que en materia de RSC cabe promover en las sociedades públicas locales. Así, se habla también de la situación por la que la sociedad local dispondría de la posibilidad estatutaria de reservar directamente parte de los resultados sociales a actividades de RSC⁹⁴⁴, lo que se halla en clara contraposición con aquellas empresas o sociedades que contienen las comprensibles limitaciones destinadas a proteger los intereses accionariales y unos objetivos sociales perfectamente definidos.

De cualquier modo, sea cual fuere el objeto social hay que ser conscientes de la doble repercusión que tiene para la comunidad local la acción de la sociedad pública que desarrolle políticas de RSC, ya que, como sabemos, este tipo de sociedades tiene -o debería tener- de

⁹⁴⁴ Debe inferirse que esta reserva podrá tener lugar cuando el resultado del ejercicio reflejado en el balance fuese positivo y siempre una vez que se hayan cubierto debidamente las atenciones previstas en la ley.

propio el interés general como postulado último que da causa a su misma existencia, pero es que, además, la citada comunidad se vería beneficiada asimismo por la implantación o desarrollo de aquellas políticas en materia de protección medioambiental, de empleabilidad laboral, de reducción del gasto público o de mejora administrativa que fueran objeto de implementación por la sociedad considerada.

Los estatutos sociales de la sociedad local aparecen, por tanto, como una primera posibilidad real de intervención administrativa en materia de RSC, actividad de mediación normativa que como veremos a continuación, no termina con este supuesto.

Y es que, en efecto, dentro de las variadas aplicaciones que de la RSC cabe hacer en la disciplina del Derecho administrativo, la potestad normativa constituye una de las más importantes, sobre todo si tenemos en cuenta todas aquellas medidas y comportamientos que pueda adoptar o realizar la Administración en el marco del procedimiento administrativo.

De este modo se puede apreciar como las ya moderadamente novedosas leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, también de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, han constituido un nuevo sistema de evaluación *ex ante* y *ex post* de la idoneidad, justificación y eficacia de las iniciativas legislativas o reglamentarias que se impulsen lo cual se encuentra estrechamente relacionado con la RSC, pues, como señala LÓPEZ DONARIE, aunque la RSC suele aludir más a compromisos voluntarios de cumplimiento en los ámbitos social, económico o medioambiental por parte de la Administración que suelen exceder del estricto seguimiento normativo, si estos sujetos de derecho no cumplieren las previsiones legales mínimas establecidas por estas leyes respecto a su responsabilidad en el ejercicio de su facultad normativa, si no justificaran esa actividad en función de un coste/beneficio, si no fueran conscientes de las limitaciones y sus posibles implicaciones en el contexto socioeconómico en que deben aplicarse, dichos poderes públicos aparecerían ante la opinión pública como unos auténticos incumplidores, con lo que esperar acciones de RSC de forma espontánea supondría un redoblado esfuerzo de fe por parte de la sociedad que es administrada por esos mismos poderes⁹⁴⁵.

Otro ejemplo palpable de la inserción que en el Derecho administrativo ha tenido la nueva corriente de RSC lo encontramos en la materia de contratación pública con la

⁹⁴⁵ Vid. LÓPEZ DONAIRE, B., “Análisis sobre las novedades introducidas en las leyes 39/2015 y 40/2015 para mejorar la calidad de las normas. ¿Quién lleva a cabo la evaluación? Reflexiones sobre formas posibles de evaluación”, *Actualidad Administrativa*, Nº 5, Sección Actualidad, mayo 2017, Edit. Wolters Kluwer, pp. 1 y 4.

denominada Contratación Pública Socialmente Responsable (CPSR)⁹⁴⁶. Efectivamente, la actual LCSP de 2017 confiesa de manera expresa en su Preámbulo la voluntad de utilizar la contratación pública como *“instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia”*. Y añade que *“todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”*⁹⁴⁷.

Tras esta declaración, la LCSP positiviza estos objetivos en dos artículos referidos a la ejecución de los contratos. El primero de ellos, el artículo 201 LCSP, insta a los órganos de contratación a adoptar las medidas necesarias para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado, remitiendo asimismo para ello al Anexo V⁹⁴⁸ de la ley donde se recoge el listado de convenios internacionales en el ámbito social y medioambiental que establecen obligaciones de estricto cumplimiento dentro del territorio español.

El segundo artículo que dedica la LCSP a las materias que son objeto de la RSC, artículo 202 LCSP, compele a los órganos de contratación a establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rijan los contratos que celebren al menos una condición especial de ejecución relacionada con la innovación, la economía, o de tipo medioambiental o social⁹⁴⁹; desarrollando a continuación a lo largo del apartado segundo una relación demostrativa de condiciones que podrá ser utilizada por los órganos de contratación en cada uno de esos ámbitos⁹⁵⁰.

⁹⁴⁶ Cfr. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión (Considerando 55) y Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (Considerando 37).

⁹⁴⁷ Cfr. LCSP. Preámbulo III.

⁹⁴⁸ Convenios de la OIT en materia de empleo y no discriminación; Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes; Convenio de Basilea sobre residuos, entre otros.

⁹⁴⁹ Este último ámbito se ha visto especialmente desarrollado en el marco de la denominada “Compra pública socialmente responsable” (CPSR), introduciendo cláusulas sociales en los procedimientos de adjudicación persiguiendo establecer un estado equilibrado entre las necesidades del mercado interior en política social y la eficiencia en la adjudicación. Vid. BELTRÁN CASTELLANOS, J. M., “La Responsabilidad Social en las Administraciones Públicas...”, *op.cit.*, p. 34.

⁹⁵⁰ Reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contratación de personas con un grado determinado de discapacidad, medidas para garantizar la seguridad y la protección de la salud en el trabajo, entre otras posibilidades.

Aunque resulte previsible, debemos constatar que todas estas condiciones especiales de ejecución reseñadas anteriormente deberán ser aplicadas asimismo en los contratos que celebre toda sociedad pública local la cual, dada su condición -en la inmensa mayoría de los casos- de poder adjudicador no administración pública⁹⁵¹, se va a regir en materia contractual por el Título I del Libro Tercero de la LCSP, donde se encuentra el artículo 319 que, referido a los efectos y extinción de los contratos celebrados por estos entes, hace referencia de manera expresa a la aplicación de estas condiciones; así, señala en su apartado primero que *“los efectos y extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de derecho privado. No obstante lo anterior, le será aplicable lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución [...]”*.

En otro orden de cosas, la incidencia de la RSC en el Derecho público también ha influido de manera decisiva en la normativa aprobada en materia de transparencia, así como en el fomento de unas políticas de buen gobierno por parte de las distintas Administraciones Públicas. A este respecto, si observamos lo contemplado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno es posible vislumbrar cómo desde su exposición de motivos aquellos elementos que dan nombre a la ley se erigen como los ejes fundamentales de toda acción política, sin olvidar la existencia de una alusión específica (en su Disposición adicional séptima) a la obligación de la Administración General del Estado de incluir al sector público estatal en el denominado Plan Nacional de Responsabilidad Social Corporativa. Esa influencia normativa se ha visto igualmente reflejada a nivel local, donde por la FEMP fue promovido en 2014 un Código de Buen Gobierno (Local) que a día de hoy se ha visto ratificado por un gran número de municipios⁹⁵².

Sobre esta última cuestión, conviene recordar que el Consejo de Ministros, en su reunión de 24 de octubre de 2014, aprobó la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas 2014-2020; un documento que, como afirma la Memoria-Informe sobre prácticas socialmente responsables elaborada en 2013 por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se elaboró en cumplimiento de la citada disposición adicional y que compromete no sólo a las empresas sino también a las Administraciones Públicas y al resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva,

⁹⁵¹ *Vid.* al respecto GIMENO FELIU, J. M., “Ser o no ser poder adjudicador...”, *op.cit.*, p. 1.

⁹⁵² http://femp.femp.es/Microsites/Front/PaginasLayout2/Layout2_Personalizables/MS_Maestra_2/_k6sjJ7QfK2Z5a0ypjGDF7hVCHy14AjBJqzzGBaprI61UXG91P195HSkFd8QIM5YD (Consultado: 23/10/2019).

productiva, sostenible e integradora. Añade además la memoria que estamos ante un documento que dotará a nuestro país de un marco común de referencia y permitirá armonizar las distintas actuaciones que, en relación con la Responsabilidad Social, se están desarrollando, tanto en el ámbito público, como en el privado. Afirma finalmente este documento del gobierno estatal que la Estrategia Española de Responsabilidad Social responde así a las recomendaciones plasmadas en la Estrategia Renovada de la Unión Europea sobre Responsabilidad Social de las Empresas (RSE), que insta a los países miembros a impulsar políticas nacionales en materia de RSE⁹⁵³.

Pasando a continuación al terreno organizativo interno de la sociedad pública local, no podemos dejar en el tintero un recurso que, pese a su poca notoriedad fuera del ámbito de las propias empresas, ha sido de gran utilidad para la organización de sus servicios y, ahora también, resulta provechoso para impulsar una planificación estratégica u operativa a nivel interno; nos estamos refiriendo a las circulares o instrucciones⁹⁵⁴.

La utilización de instrucciones o circulares en materia de RSC local va a permitir definir a la sociedad pública un plan de RSC interna, entendida como aquella parte de la RSC que gestiona de manera social sostenible, ética, humanista y solidaria los recursos humanos de una organización⁹⁵⁵. Este plan interno deberá integrar un desarrollo del trabajo más sostenible que sea compatible con las circunstancias personales y familiares del empleado de manera que le resulte conciliable; también programas de ayudas en materia de personas dependientes del personal; introducción de la carrera profesional, entre otras posibilidades. En todo caso, la sociedad durante este proceso deberá tener en consideración como elementos nucleares de la RSC interna la propia organización de la empresa, su contexto ambiental, el grupo de personas que se encuentra bajo su mando y el flujo de relaciones que emanan de su interacción laboral.

En cuanto a las posibilidades que pueden plantearse en materia de estructuración orgánica interna, creemos que es posible sostener, con base en la meritada potestad local de

⁹⁵³ “La Responsabilidad Social en la Administración General del Estado”. Memoria-Informe sobre prácticas socialmente responsables. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. 2013.

⁹⁵⁴ Las tradicionales circulares, instrucciones o también llamadas “medidas de orden interior” sin valor reglamentario externo, constituyen un instrumento jurídico no catalogado por la mayor parte de la doctrina como fuente del Derecho administrativo sino como manifestación de un poder jerárquico que faculta al ente público emisor para reorganizar e instruir al personal subordinado. Evidentemente, es conocida la existencia de “otras” circulares e instrucciones con valor reglamentario que sí ostentarán, indudablemente, ese carácter de fuente del derecho. En este sentido, *vid.* BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho administrativo”, *Revista de administración Pública (RAP)*, N° 48, septiembre-diciembre 1965.

⁹⁵⁵ *Vid.* CÁNOVAS GARCÍA, J. D. y MATEOS GARCÍA, J., “Responsabilidad Social Corporativa...”, *op.cit.*, pp. 55-56.

autoorganización señalada al inicio de este apartado, que las sociedades locales puedan contar con comisiones o secciones específicas dependientes del Consejo de administración destinadas a gestionar toda la materia relacionada con la RSC, al estilo de lo que la LSC prevé actualmente para las sociedades cotizadas en su artículo 529 terdecies (que otorga al Consejo autonomía para crear sedes de trabajo adecuado) y que asimismo venía propuesto en la Recomendación número 53 del CBGSC⁹⁵⁶.

Esta “desconcentración” de funciones a través de comisiones o secciones de carácter singular no debe entenderse como un mero engrosamiento descontrolado e imaginativo del aparato orgánico perteneciente a la sociedad local, sino que, sobre la base de los recursos humanos preexistentes en su plantilla resultaría conveniente atribuir a algunos de ellos, con carácter exclusivo, la tarea de desarrollar estos trabajos tendentes a formalizar una sólida política de RSC en la entidad, de manera que esta misión no quede diluida entre el cúmulo de funciones diversas sobre las que ordinariamente debe hacer frente dicha empresa.

Este órgano ancilar del Consejo de administración debería contar al menos con un consejero⁹⁵⁷ que presidiera sus trabajos y reuniones, entendiendo que de poco serviría una composición íntegramente directiva pues estaríamos meramente ante una disgregación material y personal sobre asuntos que igualmente deberán ser tratados con posterioridad en el seno del Consejo.

3. OTRAS RESPONSABILIDADES

Una vez que hemos analizado la RSC en el sentido expuesto, conviene recordar que, conforme decíamos al comienzo de este capítulo, el concepto de responsabilidad acoge varias acepciones tanto en el campo jurídico como legislativo. A esas otras acepciones de responsabilidad puede que también tengan que hacer frente las sociedades locales, ya sean aquéllas que generan la obligación de indemnizar o de responder por los daños ocasionados a otro sujeto de derecho, ya sea la responsabilidad patrimonial nacida de las deudas contraídas fruto de un funcionamiento anormal por parte de la empresa.

⁹⁵⁶ Recordar que este tipo de comisiones no tienen la consideración de órgano propiamente dicho, es decir, no tienen una virtualidad orgánica, sino que conforman estructuras funcionales de apoyo que descargan de funciones al Consejo de administración, del cual dependen. Así, *vid.* EMBID IRUJO, J. M. y DEL VAL TALENS, P., “*La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades...*”, *ob.cit.*, p. 116.

⁹⁵⁷ La LSC, en cambio, sí prevé una composición íntegramente directiva para algunas de las comisiones de obligatoria constitución en las sociedades cotizadas, como es el caso de la Comisión de auditoría (artículo 529 quaterdecies).

A pesar de ello, no cabe duda de que el objetivo fundamental planteado a lo largo de este trabajo procura consolidar un modelo de gobierno corporativo que permita a las sociedades públicas locales desarrollar sus cometidos sin derivar en ninguno de estos supuestos de responsabilidad. En cualquier caso, la realidad actual dicta las cuestiones a las que se debe hacer frente y dado que en el propio seno de la sociedad pública local pueden darse situaciones de responsabilidad o negligencia imputables de manera personal a alguno de los sujetos que se integran en el esquema orgánico de esa empresa, creemos que resulta más pedagógico catalogar a continuación esas “otras” responsabilidades en función del ámbito donde se puedan apreciar sus principales efectos.

Finalizaremos este apartado con un breve apunte sobre una de las cuestiones que, a pesar de su ya dilatado debate, sigue estando de actualidad y que aparece estrechamente ligada con el tema de la responsabilidad; hablamos de la denominada doctrina del levantamiento del velo y su aplicabilidad a la figura de la sociedad pública local.

3.1 Externa

Con carácter general, la responsabilidad de la sociedad local en sus relaciones con terceros deberá atenerse a las reglas de la responsabilidad contractual y extracontractual propias del Derecho privado si tenemos en cuenta la concepción subjetiva imperante que concibe la misma en función de la personalidad jurídica del sujeto. Así se deduce de lo previsto en el artículo 85 ter 1º LRBRL.

Esta circunstancia es contemplada, asimismo, el ROF en su artículo 224 donde en primer lugar establece la aplicación de las normas del Código Civil sobre responsabilidad por daños y perjuicios al ente local que actúe a través de una empresa de Derecho privado para, en segundo lugar, establecer una asunción de responsabilidad por parte del ente respecto de aquellos actos ilícitos que pudieran ser causados por los empleados de la empresa.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que como señala ALONSO UREBA, los apartados 1 y 2 de este artículo 224 adolecen de una técnica jurídica ciertamente abstrusa pues, pareciera que el ente local (el socio) asumiera el rol de patrono, que en todo caso siempre va a corresponder a la empresa local como sujeto de derecho con personalidad jurídica independiente. Haciendo uso de una cierta hermenéutica jurídica este autor trata de cohonestar lo señalado en estos preceptos con las posibles responsabilidades causadas por

quienes, siguiendo directrices o instrucciones procedentes del ente matriz, produzcan daños o perjuicios resarcibles conforme al Derecho civil⁹⁵⁸.

En cualquier caso, es comprensible la confusión en la que incurre la ya clásica normativa local, sobre todo si tenemos en cuenta que en el caso de las sociedades locales objeto de nuestro estudio el ente matriz va a representar al socio único, y lo que es más relevante, va a constituir la Junta General de socios (salvo previsión estatutaria en otro sentido), por lo que no creemos tan desafortunada esa correspondencia de responsabilidades entre la entidad local (socio) con la sociedad local dependiente de la misma, con independencia de que los efectos jurídicos de sus actos sean soportados por uno u otro ente, cuestión ésta que no queda solventada con la regulación vigente. Volveremos sobre esta cuestión cuando tratemos la responsabilidad que calificamos como indirecta y a la hora de tratar la doctrina del levantamiento del velo societario.

Sin embargo y a pesar de lo indicado, señala BALLINA DIAZ que existen ciertos sectores doctrinales que defienden una concepción material de la responsabilidad que llevaría a someter al régimen de responsabilidad patrimonial objetiva ciertas actuaciones enmarcadas en el concepto de servicio o actividad pública⁹⁵⁹; tesis que, según el autor, ha sido descartada tanto por la literalidad de la legislación de responsabilidad patrimonial al referirse exclusivamente a las Administraciones Públicas como por pronunciamientos judiciales que defienden la naturaleza privada de las sociedades públicas; en este sentido, se cita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2005⁹⁶⁰.

No obstante lo cual, desde nuestro punto de vista, no podemos estar de acuerdo con esta tajante conclusión, especialmente al constatar la existencia de numerosos pronunciamientos judiciales en los que, con independencia de encontrarse la entidad afectada regida por el Derecho privado en sus relaciones con terceros, se afirma que no es posible desconocer el alcance general y unitario del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública⁹⁶¹, por lo que, es observable un cierto reconocimiento en la *praxis* jurisprudencial de la responsabilidad vicaria⁹⁶² de la Administración Pública respecto de entes instrumentales.

⁹⁵⁸ Vid. ALONSO UREBA, A., “*La Sociedad Mercantil de Capital como forma...*”, *op. cit.*, pp. 168-170.

⁹⁵⁹ Vid. BALLINA DÍAZ, D., “*Las sociedades mercantiles de capital...*”, *ob.cit.*, p. 139.

⁹⁶⁰ Cfr. STSJ Madrid 693/2005, de 26 de mayo. Rec. 1070/2003 (JUR 2005/162474).

⁹⁶¹ Cfr. Por todas, la STSJ Madrid 18693/2012, de 27 de diciembre. Rec. 433/2010. F.D. Sexto (JUR 2013/125880).

⁹⁶² Vid. SALVADOR CODERCH, P. *et al.*, “*Respondeat Superior I*”, *InDret*, 02/2002, Barcelona, 2002, p. 5, donde se define la responsabilidad vicaria como aquella en cuya virtud una persona, el principal, responde por

De otra parte, también puede ser calificada como de orden externo ese otro régimen de responsabilidad por daños que se ha dado en calificar como responsabilidad contable, tratándose sencillamente de una categoría especial dentro de la responsabilidad civil⁹⁶³ que surge del menoscabo o daño en el patrimonio público y en el cual puede incurrirse con ocasión del manejo de fondos, caudales o efectos públicos. Así puede deducirse de lo previsto en los artículos 2, 15 y 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas, que viene a establecer la responsabilidad y consecuente obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por quienes teniendo a su cargo el manejo de los caudales públicos originen su menoscabo, por acción o por omisión contraria a la Ley.

Como sabemos, la legislación reguladora del régimen local señala que las sociedades mercantiles locales se registrarán, en lo que al régimen contable se refiere, por la normativa pública aplicable a las entidades de derecho público⁹⁶⁴. De este modo, la responsabilidad contable de los administradores locales podrá ser enjuiciada por el único organismo con exclusividad jurisdiccional en este sentido, el citado Tribunal de Cuentas⁹⁶⁵. Esta atribución competencial que parte de la normativa local ha tenido también su respaldo jurisprudencial; tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2014⁹⁶⁶ donde partiendo de la catalogación como públicos de los fondos de las sociedades mercantiles “públicas”, el Tribunal señala expresamente en su Fundamento de Derecho décimo cuarto que: *“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.”*

Y sí, podrán ser estos administradores societarios de ámbito local responsables contablemente con independencia del carácter de público, privado, institucional o carácter meramente formal del cargo que haya originado su nombramiento como administrador de la sociedad pública, pues el elemento subjetivo relevante solo requiere que la persona en cuestión que comete el menoscabo tenga encargada la recaudación, custodia, manejo o

los daños causados por otra, el agente, si media entre ellos una relación que legitima al primero para controlar los actos del segundo y si el daño se ha causado en el curso y desarrollo de la actividad encomendada por el primero al segundo o con ocasión de ella.

⁹⁶³ Una subespecie de la responsabilidad civil, en palabras de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencia 29/2009, de 14 de diciembre. Rec. 9/09. F.D. 5º.

⁹⁶⁴ Cfr. Artículo 85 ter 1º LRBRL.

⁹⁶⁵ Vid. BALLINA DÍAZ, D., *“Las sociedades mercantiles de capital...”*, ob.cit., p. 143.

⁹⁶⁶ Cfr. STS 166/2014, de 28 de febrero. Rec. 748/2013 (RJ 2014/2103).

utilización de los caudales o efectos públicos⁹⁶⁷. Esta responsabilidad podrá ser tanto directa cuando se trate de un acto lesivo achacable al Consejo (lo serán todos) o a algún administrador en particular, y también podrá ser subsidiaria en caso de no actuación directa o bien una actuación negligente del administrador obligado a controlar y vigilar al resto de los administradores⁹⁶⁸.

El menoscabo al que hacemos referencia y que será generador de la responsabilidad contable señalada tiene que suponer siempre una infracción de las normas presupuestarias y contables reguladoras del sector público local, lo cual deberá ser objeto de análisis pormenorizado en cada caso⁹⁶⁹.

3.2 Interna

De carácter predominantemente interno y fundamentada en la normativa societaria se puede hacer también referencia a otro tipo de responsabilidades en las que pueden incurrir los administradores sociales. Se trata de una responsabilidad que se encuentra estrechamente ligada con los deberes que les atañen y cuyo régimen se encuentra recogido actualmente en los artículos 225 a 232 LSC, haciendo expresa alusión a deberes tales como el general de diligencia, el de protección de la discrecionalidad empresarial, el de lealtad o el de evitación de conflictos de interés. Pues bien, el incumplimiento de tales deberes legitimará a los interesados para ejercer las acciones correspondientes de responsabilidad que se recogen los artículos 236 y siguientes LSC.

Es en este ámbito donde, precisamente, la adopción de las disposiciones de buen gobierno corporativo para la sociedad pública local debe redundar en la consecución, no solo de una mejora de eficiencia y gestión, sino que, además debe minorar la posible litigiosidad derivada tanto por la infracción de ciertos deberes atribuidos a los administradores como por la denuncia de comportamientos contrarios al deber de fidelidad que le corresponde al socio propietario⁹⁷⁰.

Como decimos, pese a ser un instrumento de depuración de responsabilidades cuyo ejercicio fundamentalmente se mantiene en el ámbito interno de la sociedad, debemos decir

⁹⁶⁷ Cfr. STS de 21 de julio de 2011. Rec. 1018/2008. F.D. Séptimo (RJ 2011/6751).

⁹⁶⁸ Cfr. Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 20 de enero de 2014. Rec. 23/13.

⁹⁶⁹ Para mayor conocimiento sobre la cuestión, véase SÁNCHEZ LERMA, G. A., “Responsabilidad contable y gestión...”, *op.cit.*, pp. 105-122.

⁹⁷⁰ Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, “Gobierno corporativo en sociedades...”, *op.cit.*, Capítulo “Responsabilidad Civil y Gobierno Corporativo de la sociedad no cotizada”, GÓMEZ LIGÜERRE, C., pp. 240-241.

que posee subsidiariamente una variante externa pues, como prevé el artículo 240 LSC, también los acreedores de la sociedad podrán ejercer la acción social de responsabilidad cuando la misma no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios y siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Por lo demás, podemos decir que estas acciones podrán tener tanto un componente plural como individual en función de que las mismas sean ejercidas por la propia sociedad mediante la acción social de responsabilidad (previo acuerdo de la Junta General) o por los socios (como minoría legitimada para convocar Junta General o bien como reclamación individual de indemnización cuando sus intereses directos se vean lesionados).

En el Derecho público es posible encontrar también algunos ejemplos donde se depuran responsabilidades de orden interno aplicables a los miembros de los Consejos de administración de las sociedades públicas. Este sería el caso del artículo 115 de la LRJSP respecto de las sociedades mercantiles estatales, cuyo primer apartado establece que *“la responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro del consejo de administración será directamente asumida por la Administración General del Estado que lo designó”*.

Por su parte, el número segundo de este mismo artículo 115 LRJSP recoge el derecho -no la obligación- de la Administración de repetir contra el causante del daño o perjuicio cuando éste hubiera sido designado como miembro del Consejo de administración de la sociedad mercantil estatal y con este fin prescribe que *“la Administración General del Estado podrá exigir de oficio al empleado público que designó como miembro del consejo de administración la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial”*.

Es esta exigencia de responsabilidad un supuesto peculiar pues, a diferencia de las responsabilidades recogidas en la LRJSP en sus artículos 36 y siguientes donde podrá dirigirse la exigencia de responsabilidad directamente contra el patrimonio de la persona jurídica (sociedad pública) por las acciones del personal a su servicio, la del artículo 115

permite “puentear” a la persona jurídica para dirigir la reclamación directamente ante el propio socio público que hay detrás del ente societario⁹⁷¹.

3.3 Indirecta

Denominados como responsabilidad indirecta a aquella obligación de resarcir o responder que incumbe al ente local como consecuencia de los actos producidos por alguna de sus sociedades dependientes, rompiendo de este modo con la estricta separación entre socio (ente local) y sociedad dependiente con motivo de la personificación jurídica propia de ésta última. Como sabemos, el hecho de que el artículo 85 ter 2º LRBRL inste, cuando la Administración Local quiera crear una sociedad mercantil local, a adoptar una de las formas previstas en la LSC, implica que, con carácter general, la responsabilidad patrimonial de las Administración que las crea va a quedar limitada exclusivamente al capital aportado por ésta a dicha sociedad. Así lo confirma de igual modo el literal del artículo 105 TRRL.

Pero ya vimos anteriormente cómo la posibilidad de conectar ciertas responsabilidades era contemplada de forma incipiente en algunos supuestos previstos por la normativa reglamentaria (artículo 224 ROF), aunque dejando ciertas lagunas en relación a cómo articular su exigencia. Sobre esta cuestión veremos en el último apartado cómo ha ido configurándose en el Derecho de sociedades la denominada doctrina del levantamiento del velo para indagar más allá de la persona jurídica instrumental interpuesta y cómo afecta actualmente a la sociedad pública local.

Pues bien, en esta ocasión, lo que nos planteamos va a consistir en conocer hasta qué punto podría exigirse responsabilidad de tipo civil, administrativa o penal a aquellos miembros (no consejeros) que en el ejercicio de sus cargos públicos y como miembros de la Junta General de la sociedad pública -dada su correspondencia con el órgano plenario como así ocurre en la mayoría de las sociedades públicas locales- pudieran generar por actos o acuerdos perjudiciales para dicha sociedad.

En este sentido, sabemos que en el ámbito local la exigencia de responsabilidad jurídica viene reconocida en el artículo 78 LRBRL señalando a este respecto que *“los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario*

⁹⁷¹ Vid. NAVARRO FRÍAS, I., “Sociedades públicas: derecho mercantil “vs”. Derecho administrativo...”, *op.cit.*, pp. 17-19.

aplicable”. Especifica a continuación que “*son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente*” y aclara en su apartado tercero que “*las Corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla*”.

La cuestión es, ¿cabe establecer una conexión entre los acuerdos tomados en funciones de Junta General y la responsabilidad personal del cargo público que es miembro de la corporación en el supuesto de que fuera exigible como consecuencia de sus votos o acuerdos? La respuesta a este interrogante parece no ser pacífica teniendo en cuenta el afán de equidistancia que ha suscitado precisamente la proliferación del recurso a la empresa pública como personificación jurídica independiente del ente local, separando patrimonio y responsabilidades. Sin embargo, es obvio que en estos casos no estamos ante supuestos de empresas privadas que nada tienen que ver con el ente local y que permiten desentenderse de aquellos actos o decisiones tomados precisamente en virtud de un cargo público electivo. Esta forzada publicación de la sociedad aparece justificada en que los efectos de aquellos actos o decisiones tienen lugar en la dimensión externa de la sociedad y, por tanto, el objetivo prioritario tiene que ser la protección de los derechos de los ciudadanos⁹⁷².

Esta reflexión parece ser compartida por el Tribunal Supremo cuya Sentencia de 15 de junio de 2009 enjuició la negación de un derecho a la información pública a un Concejal por parte del equipo de gobierno escudándose en que dicha información se encontraba en el ámbito de una sociedad municipal y, por tanto, fuera del ámbito administrativo local. Resulta interesante la reflexión que hace el tribunal en el fundamento de derecho sexto, así reconoce que “*una sociedad mercantil de capital íntegramente público como [...] no puede concebirse al margen del Ayuntamiento que la ha constituido, pues su creación no responde a otra cosa que a la mejor satisfacción de los intereses generales que tiene confiados la corporación local mediante la prestación en régimen de gestión directa de diversos servicios del municipio. Además, el Ayuntamiento la gobierna a través de la Junta General, integrada por el alcalde y todos los concejales, y la controla mediante los instrumentos que la legislación de régimen y de haciendas locales le atribuye. En otras palabras, esta sociedad no es equiparable desde el punto de vista de su posición y de los fines que persigue a una entidad*

⁹⁷² *Ibid.* pp. 5-6, donde la autora pone un ejemplo sobre la construcción germánica en relación con las sociedades, distinguiendo un Derecho civil administrativo para las relaciones externas del ente que desplazaría al Derecho común y un Derecho societario administrativo enfocado a la dimensión interna de la sociedad y que desplazaría al Derecho de sociedades.

privada cualquiera: es un instrumento creado para la realización de los intereses municipales y, por tanto, subordinado a ellos y a la corporación que los tiene encomendados". Y remarca en su fundamento de derecho séptimo, en el sentido antes comentado *"Por otro lado, la distinta personalidad jurídica ni separa a [...] del sector público local, ni elimina su carácter instrumental para el Ayuntamiento"*⁹⁷³.

Pensamos que la conclusión sobre esta cuestión dependerá de las circunstancias específicas que desencadenen la generación de responsabilidad en cada uno de los supuestos, empero, no cabe duda de que la conexión existente entre la acción originaria de dicha responsabilidad y sus efectos es estrecha por lo que cualquier tipo normativo que aporte mecanismos de exigencia de responsabilidad para aquellos ámbitos más oscuros o indefinidos de la actuación local deben ser bienvenidos.

Terminando con los diferentes tipos de responsabilidades, merece destacarse que puede ser calificada también como indirecta aquella responsabilidad en la que incurre una sociedad pública cuando debido a su funcionamiento ineficiente deriva en una situación de quiebra técnica generando deudas desmedidas a la Seguridad Social. Este supuesto ha sido también objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Supremo con ocasión de una sociedad municipal declarada en concurso⁹⁷⁴ que actuaba como medio propio de un Ayuntamiento. Así, el Alto Tribunal, en su Sentencia de 13 de junio de 2019 ha apreciado una serie de rasgos que asimilan la relación del ente local-sociedad con las que se desarrollan los denominados "grupos de empresas", desembocando en una declaración de responsabilidad solidaria del Ayuntamiento sobre las deudas generadas por su ente instrumental⁹⁷⁵.

3.4 El uso restringido del levantamiento del velo y su aplicación a la sociedad local

Lo primero que debemos señalar acerca de la denominada doctrina del levantamiento del velo es que es fruto de una creación exclusivamente jurisprudencial. El tercer poder, consciente de los abusos de la personalidad jurídica que, cada vez con mayor asiduidad, se percibían respecto de las actuaciones de ciertos entes mercantiles, resolvió construir su propio mecanismo para poder afrontarlos.

⁹⁷³ Cfr. STS de 15 de junio de 2009. Rec. 9584/2003 (RJ 2009/6589).

⁹⁷⁴ A pesar de las reticencias existentes en la doctrina sobre calificar como concursables a aquellas sociedades mercantiles cuyo objeto fundamental consista en la prestación de un servicio público; así, NAVARRO FRÍAS, I., "Sociedades públicas: derecho mercantil "vs". Derecho administrativo...", *ob.cit.*, p. 12.

⁹⁷⁵ Cfr. STS 824/2019 de 13 de junio. Rec. 6701/2017 (RJ 2019/2889).

Este sistema, cuyo origen puede situarse en la Norteamérica de principios del XX, fue utilizado en España por vez primera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984⁹⁷⁶ (cuyos protagonistas eran precisamente una empresa municipal de aguas y alcantarillado y el Ayuntamiento que la crea) como forma de evitar la utilización de la personalidad jurídica de una sociedad como medio o instrumento defraudatorio, o bien con un fin fraudulento. Esto puede ocurrir cuando esa sociedad, en lugar de dedicarse a ejercer la actividad mercantil que le es propia, se convierte exclusivamente en un instrumento para la mera elusión de responsabilidades personales prevaliéndose de la separación existente entre el ente social y los miembros que la componen⁹⁷⁷.

Veamos, a continuación, algunas de las sentencias que han tratado esta cuestión⁹⁷⁸:

- Sentencia 271/2011 de 21 de junio de la Audiencia Provincial de Barcelona⁹⁷⁹.

En el Fundamento de Derecho duodécimo de esta sentencia se recoge lo siguiente: *“La jurisprudencia se ha hecho eco de la llamada teoría del levantamiento del velo. Así, en la STS de 9 de noviembre de 1998, se recuerda la consolidada doctrina de esta Sala acerca de la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica, con arreglo a la cual, en cierto casos, y circunstancias es permisible penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto,- se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude. Y la STS de 17 de octubre de 2000 insiste en que la doctrina del levantamiento de velo se aplica, " cuando consta probado que la sociedad, en cuestión, carece de funcionamiento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad, ni personalidad propia", reiterando la sentencia que " la citada doctrina jurisprudencial tiene aplicación limitada, pues lo normal es el obligado respeto a la forma legal, aunque excepcionalmente, cuando se evidencia que la forma esconde una ficción, quepa penetrar en sustrato personal de dichas entidades o sociedades, para evitar el perjuicio a terceros y su utilización como*

⁹⁷⁶ Cfr. STS de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984/2800), especialmente Considerandos N° 4 y N° 5.

⁹⁷⁷ Separación que, en palabras de BOLDÓ RODA ejemplifica el *“dogma del hermetismo de la persona jurídica”* que se convierte en caldo de cultivo idóneo para la realización de actos al margen de la ley, o bien para menoscabar derechos o intereses de terceros. A este respecto, *vid.* BOLDÓ RODA, C., *“Levantamiento del velo de la persona jurídica en un caso de responsabilidad extracontractual”*, *Revista de Derecho de sociedades*, N° 6/1996 I, parte Comentarios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 1996, p. 246.

⁹⁷⁸ Fuente: iberley (Colex). <https://www.iberley.es/temas/levantamiento-velo-societario-43161> (Consultado: 08/07/2019).

⁹⁷⁹ Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 271/2011, de 21 de junio (JUR 2011/320756).

vehículo de fraude". En similares términos, entre otras, se han pronunciado las STS de 12 y 22 de febrero de 1999, 25 de marzo de 1999, 31 de enero, 28 y 30 de marzo, 26 de abril de 2000."

- STS 83/2011 (Sala de lo Civil) de 1 de marzo de 2011⁹⁸⁰.

En esta sentencia, el alto tribunal enumera una serie de requisitos para apreciar el ánimo fraudulento, necesario para poder aplicar esta doctrina. Así, el Fundamento de Derecho octavo menciona que: "[...] concurren en el caso todos los requisitos para aplicar la referida doctrina ya que: a) Existe una sola persona -el demandado Sr. Gumersindo - que domina absolutamente dos sociedades; b) Entre dichas sociedades se producen operaciones vinculadas; y c) Dichas operaciones carecen de toda justificación económica y jurídica. Ya en el párrafo cuarto del mismo fundamento jurídico segundo se decía que tales negocios de transmisión se producen sin ningún género de justificación económica ni jurídica y no se alcanza -ni las partes explican- los motivos o causas en virtud de las cuales unos bienes que se encuentran titulados en una sociedad pasan a formar parte de otra, con el consiguiente desembolso fiscal y gastos de gestión que ello comporta. Además, el artículo 6.3 del Código Civil dispone que son nulos de pleno derecho los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, y los artículos 1377 y 1378 del mismo Código prohíben a uno solo de los cónyuges realizar actos de disposición sobre los bienes gananciales.

Siendo incontestable la realidad de los datos expresados, lógico es concluir que la doctrina del levantamiento del velo ha sido correctamente aplicada por la Audiencia en el caso presente por cuanto tal doctrina trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los derechos de los demás (sentencias, entre otras, 17 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10751) , 22 y 25 de abril de 2003 , 6 de abril de 2005 y 10 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2812)), evitando que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento (sentencias 17 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8046); 3 de junio y 19 de septiembre de 2004 ; 16 de marzo y 30 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4244))."

- STS 326/2013 (Sala de lo Civil) de 16 de mayo de 2013⁹⁸¹.

⁹⁸⁰ Cfr. STS 83/2011, de 1 de marzo de 2011. Rec. 1802/2006 (RJ 2011/456).

⁹⁸¹ Cfr. STS 326/2013 de 16 de mayo. Rec. 1892/2010 (RJ 2013/3701).

En este caso, la sentencia el Tribunal Supremo recuerda la ficción en la que consiste esa confusión de responsabilidades que es buscada por el sujeto infractor instrumentalizando el ente societario con ánimo fraudulento. En este sentido, el Fundamento de Derecho tercero manifiesta lo siguiente: “[...] *La doctrina del levantamiento del velo es, como recuerda la STS de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5347) , y reiteran las de 28 de febrero de 2008 (RJ 2008, 4034) y 14 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7458) , un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían "terceros" -los socios o la sociedad- en parte responsable a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales, y entre ellas el pago de deudas (STS 29 de junio de 2006 (RJ 2006, 3976), y las que en ella se citan). Como dice la sentencia de 28 de enero de 2005 (RJ 2005, 1829), supone, en definitiva, un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso.*”

- STS 665/2006 (Sala de lo Civil) de 29 de junio de 2006⁹⁸².

Donde se vuelve a enumerar aquellos elementos que conforman la doctrina del levantamiento del velo societario. Así, el Fundamento de Derecho segundo expresa: “[...] *La solución expuesta coincide plenamente con la doctrina jurisprudencial en la materia, la cual cabe resumir, en lo que hace referencia al caso, en los apartados siguientes: 1º. La doctrina del levantamiento del velo trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los derechos de los demás (SS., entre otras, 17 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10751], 22 [RJ 2003, 3865] y 25 de abril de 2003 [RJ 2003, 3534], 6 de abril de 2005 [RJ 2005, 2704], 10 de febrero de 2006); 2º. Se trata, en todo caso, de evitar que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento (SS. 17 de octubre de 2000 [RJ 2000, 8046]; 3 de junio y 19 de septiembre de 2004; 16 de marzo y 30 de mayo de*

⁹⁸² Cfr. STS 665/2006 de 29 de junio (RJ 2006/3976).

2005); 3°. *Se produce dicho fin fraudulento, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales (SS. 28 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1783], 14 de abril de 2004 [RJ 2004, 2624], 20 de junio de 2005 [RJ 2005, 6426], 24 de mayo de 2006), y entre ellas el pago de deudas (SS. 19 de mayo de 2003 [RJ 2003, 5213], 27 de octubre de 2004 [RJ 2004, 7042]); habiéndose aplicado la doctrina en casos similares al del proceso que se enjuicia en Sentencias, entre otras, de 24 de junio de 2002 (RJ 2002, 8059) y 11 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 412); y, 4°. Sin embargo, siempre habrá de tenerse en cuenta que la doctrina del levantamiento del velo es de aplicación excepcional (SS. 4 de octubre 2002 y 11 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 6067]), por lo que debe ser objeto de un uso ponderado y restringido.”*

Por tanto, como puede comprobarse de esta lectura jurisprudencial, debe tenerse presente el hecho de que, aun siendo de evidente utilidad la doctrina del levantamiento del velo, su uso va a estar siempre sometido a criterios de cautela, proporcionalidad y subsidiariedad; criterios de corte restrictivo que quedan plenamente justificados en la propia excepcionalidad que representa la aplicación de esta doctrina al Derecho de sociedades; y esto es así dado que su puesta en práctica va a suponer la quiebra temporal de algunas de las normas más básicas de este derecho societario, cuales son la limitación de la responsabilidad de los socios y la plena autonomía patrimonial de las personas jurídicas.

Aplicación excepcional de la que tampoco escapan las sociedades públicas, sobre todo si tenemos en cuenta que, en este marco, es la propia normativa administrativa la que mantiene en la órbita del Derecho privado el sistema de responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas⁹⁸³. En cualquier caso, hemos tenido ocasión de comprobar en los apartados precedentes ciertas posibilidades de exigencia de responsabilidad en el ámbito del Derecho público que parecen corroborar la justificación de la citada excepcionalidad.

La situación actual a este respecto parece confirmar el carácter restrictivo de la aplicación de esta doctrina a la sociedad pública local donde la exigencia de un especial y acusado ánimo de fraude, ocultación y abuso de la personalidad societaria impide en muchos casos colocar al ente local en la posición de responsable “subsidiario” de su entidad instrumental. Así se desprende de lo argumentado por el Tribunal Supremo en su Sentencia 667/2017 de 14 de diciembre⁹⁸⁴, donde desestima la exigencia de resarcimiento por entender que no concurren los requisitos exigidos para la aplicación de la doctrina del levantamiento

⁹⁸³ Artículo 85 ter 1º LRBRL, para el caso de la sociedad pública local.

⁹⁸⁴ Cfr. STS 667/2017 de 14 de diciembre. Rec. 515/2015 (RJ 2017/5811).

del velo por abuso de la personalidad societaria. Señala la sentencia que el ente *local* “*no constituyó una sociedad para ocultar su identidad, su patrimonio o su propia responsabilidad abusando de la personalidad jurídica, sino que las personas que estaban al frente de la sociedad, -algunas coincidentes con el Ayuntamiento- abusaron de su poder y del carácter instrumental de la sociedad sirviéndose de la garantía que por su sola presencia -sin respetar la formación de la voluntad y los procedimientos establecidos- implica una Administración Local*”.

Como vemos, la sentencia reconoce que algunos de los dirigentes coincidían entre ambos entes, sin embargo, para el Tribunal Supremo la doctrina del levantamiento del velo se debe aplicar restrictivamente, añadiendo en estos casos que la Administración va a gozar de la presunción de que actúa con buena fe y para satisfacer los intereses generales (artículo 103 CE) y que los actos de la Administración gozan de la presunción de validez y legalidad, lo que supone imponer una mayor carga de la prueba del abuso o fraude, que es el presupuesto previo para que pueda aplicarse el levantamiento del velo a cargo de quien reclame la aplicación de dicha doctrina al no poder obviarse que la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo se fundamenta en la equidad y en el principio de buena fe.

En resumidas cuentas, la exigencia de responsabilidad a los entes locales por los actos de sus sociedades públicas dependientes o bien la reclamada a los miembros que forman parte indisoluble de sus órganos de gobierno se encuentra actualmente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico de una manera un tanto limitada, por no decir que de forma excepcional. Es, sin duda, otro campo donde las recetas del *Corporate Governance* pueden servir para establecer esa sintonía deseada entre los diferentes órganos de gobierno societario y que resulta especialmente exigible para cualquier entidad pública en el ámbito de la Administración Local.

Conclusiones

Resulta procedente dedicar un breve apartado dentro de esta investigación a intentar explicitar ciertas conclusiones a las que la misma ha dado lugar en función del análisis realizado para cada uno de sus bloques proyectados.

Sin embargo, en relación con el conjunto de su desarrollo, la investigación dedicada al examen de todas aquellas posibilidades que la teoría del gobierno corporativo ofrece al mundo societario público local nos ha permitido configurar una imagen particular y más clara del sitio que este tipo de entidades ocupan en el marco del inventario jurídico-institucional español.

A este respecto, el resultado del trabajo nos ha permitido percibir a un ente perteneciente al sector público y regido en su mayor parte por el Derecho privado, que guarda casi tantas similitudes como disparidades con otros entes societarios públicos de distinto nivel territorial (sociedades autonómicas, estatales, etc.) y que, pese a tener en común un régimen jurídico homologable para sus principales cuestiones, van a encontrar particularidades tan acusadas que han justificado sobradamente su estudio de manera particularizada.

De igual modo, también de un modo general, hemos podido comprobar cómo la materia del gobierno corporativo tiene aún un amplio recorrido en el sector público local, pues no solo se advierte que el encaje de muchas de las medidas propugnadas desde la corriente del *Corporate Governance* tienen una difícil implantación (pues de hecho no están pensadas para ellas en su origen), sino que además los problemas que plantea la gestión pública local tanto en materia de prestación de servicios como en el ejercicio de actividades económicas tienen su propia manera de desenvolverse en ese contexto tan cercano y particular.

La realidad de la Administración Local, como Administración más próxima al ciudadano y subsidiaria ante cualquier contingencia ciudadana requiere de un pensamiento específico y un desarrollo exclusivo en materia de buen gobierno para todas sus sociedades dependientes.

Pasando a continuación a valorar de forma más particularizada los resultados obtenidos para las diferentes hipótesis que han sido planteadas a lo largo de este proyecto de investigación, podemos señalar, de manera esquemática, que:

- 1) La corriente del gobierno corporativo, pese a no ser un concepto unívoco y haber sido objeto de desarrollo por una multiplicidad de agentes económicos, jurídicos, políticos, etc., recoge la característica común de ser un medio o herramienta útil para alcanzar la mejora del buen gobierno societario.
- 2) El sujeto destinatario de tal herramienta va a englobar no solo a las sociedades mercantiles, sino que incumbe también a todo operador con capacidad de influencia en el funcionamiento de las sociedades, ya sea desde su aspecto normativo como de gestión.
- 3) La implantación del gobierno corporativo a nivel español se nos muestra con un cierto déficit en su desarrollo específico para el sector público, el cual viene haciendo uso de aquellas técnicas y recomendaciones más generales que son dictadas desde instancias supranacionales y que sí han prestado cierta atención a esta importante parte dentro del sistema económico general.
- 4) La sociedad pública local como objeto del gobierno corporativo requiere de una cierta normalización respecto a cuestiones clave como la concreción pacífica de la condición de propietario de la misma, de una diferenciación orgánica y funcional meridiana y, fundamentalmente, como estímulo con mayor poder de coactividad, una redefinición normativa de todos los aspectos relacionados con el gobierno de este tipo de sociedades. Las medidas que se demandan van en la dirección de obtener la adecuada independencia de funciones y de establecer unos mecanismos de control de nombramientos y de publicidad mucho más estrictos que no puedan verse afectados por la estructura orgánica que legislación actual impone.
- 5) El actual sistema de toma de decisiones en la sociedad local reclama un mayor protagonismo y exteriorización de los diferentes modos de sentir en el espacio local y que actualmente quedan limitados al campo de la arena política, dejando orillados los diversos intereses ciudadanos que, en última instancia, son representados en los órganos de gobierno de la Administración propietaria mediante unos procedimientos que, si bien son democráticos, no permiten acercar la gestión a sus verdaderos destinatarios.

- 6) Debe caminarse a una búsqueda de la excelencia profesional y aparcarse progresivamente la influencia política que tradicionalmente han caracterizado al gobierno de las sociedades locales.
- 7) La actual configuración de los sistemas de gobierno societario en el ámbito local determina un plus de responsabilidad en sus respectivos gestores: tanto en su papel de gestor societario como en el marco de responsabilidad política.
- 8) Es necesario que se implementen medidas que permitan acompañar un discurrir societario local con total independencia y normalidad respecto de las alteraciones y vaivenes de corte político que tanto la limitación de mandatos como las contingencias propias de esta faceta llevan como parte inherente a su desempeño.
- 9) Hay que ser conscientes de que, en la actual situación, muchas de las medidas que se implementan desde las instancias autorizadas para recomendar o imponer medidas de buen gobierno no son aplicables a la sociedad pública local, ora por su especial organización, ora por su dimensión, ora por su finalidad.
- 10) El control es un elemento fundamental en el gobierno de las sociedades, el mismo va a permitir mejorar la gestión, por un lado, y verificar el cumplimiento de los objetivos propuestos, por otro. Estos controles podrán ser de distinta índole (externos, internos) pero tienen como objetivo final un equilibrio que constituye uno de los objetivos principales del *Corporate Governance*. Destacan en este sentido, la implementación de los sistemas de cumplimiento normativo que resultan perfectamente homologables al sector público local.
- 11) En el centro del control citado se halla la información, pieza clave en el arraigo de la confianza como soporte de la reciprocidad que las actividades societarias a nivel local van desarrollando. A su vez, en esta capital información va a jugar un papel prominente la gestión de la transparencia, a la cual el gobierno corporativo ha dedicado múltiples esfuerzos (en materia de nombramientos, retribuciones, acreditaciones).
- 12) La compleja cuestión de la retribución de los administradores adquiere en el espacio societario local una dimensión diferente a la generalmente considerada. Aquellos casos de sociedades en que una adecuada sostenibilidad financiera y una saneada contabilidad ofrezcan la posibilidad de remunerar a sus administradores, deberán centrar sus esfuerzos

en captar a personas especialmente capacitadas, dejando poco a poco de lado la habitual composición política de los órganos de administración.

- 13) Por otro lado, las posibilidades de autosuficiencia económica de la sociedad local y su rentabilidad de forma independiente a la Administración fundadora dependerán de diferentes factores tales como el mercado en el que se opera, la configuración del servicio de que se trate o de las vicisitudes intrínsecas de la actividad a desempeñar. A estos efectos, el fenómeno del *Corporate Governance* se nos brindan algunos elementos que nos van a permitir adaptar ciertas prácticas o estructuras en orden a atenuar las posibles contingencias que los factores antes mencionados puedan llevar aparejadas en la gestión del día a día de la sociedad: transparencia, información periódica y especialización son algunos de ellos.
- 14) El respeto a la competencia atañe con especial rigor a los entes públicos locales. La creación de sociedades a este respecto deberá tener en cuenta tanto razones de necesidad y sostenibilidad, como la obligación de concretar objetivos sociales analizando continuamente el efecto de su acción y repercusión en el sistema económico local y extra local, comprobando que el uso de las prerrogativas legalmente habilitadas no suponga un ejercicio de preeminencia en el mercado que pueda ser tachado de abusivo o injusto.
- 15) La Responsabilidad Social Corporativa incide de manera decisiva en la sociedad pública local, y así lo ha contemplado el gobierno corporativo. El interés por algo más que el cumplimiento estricto de las normas con total despreocupación por los efectos que las acciones propias pueden provocar en los diferentes agentes implicados ha terminado formando parte decisiva de las medidas de gobierno corporativo, y esa preocupación resulta especialmente demandada para el sector público, cuyo objetivo del interés general debe presidir cualquier tipo de decisión a este respecto.

Estas son, a grandes rasgos, algunas de las conclusiones que es posible vislumbrar una vez realizado el recorrido exhaustivo por todos aquellos aspectos que hemos reconocido en calificar como relevantes para el estudio de un gobierno corporativo aplicado a la sociedad pública local.

Queda, no obstante, un vasto campo que permita recorrer ese tránsito de lo dogmático a lo práctico. Muchas de las propuestas no pasarán de ser un desiderátum cuya eficacia queda postergada a su potencial puesta en práctica.

En cualquier caso, en esto consiste la práctica jurídica: proponer, anticipar, implementar y en caso de ineficacia, modificar y solventar. Las regulaciones venideras permitirán juzgar con mejor criterio el mayor o menor acierto de las propuestas formuladas.

Bibliografía

- ACOSTA GALLO, P., “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 41, 2016.
- ALBI CHOLVI, F., “*Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*”, Aguilar, Madrid, 1960.
- ALCALÁ DÍAZ, M.A., “El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada”, *La Ley*, Madrid, enero 2006.
- ALDAMA Y MIÑÓN, E., “Algunas reflexiones sobre el Gobierno Corporativo en España”, *Diario La Ley*, Nº 1, Sección Temas de hoy, Segundo trimestre de 2005, Ref. D-146, LA LEY 812/2005.
- ALFARO AGUILA-REAL, J., “Los deberes de los administradores”, “*Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*”, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015.
- “Posición orgánica, contrato de administración y mandato colectivo”, *Almacén de Derecho*, Derecho Mercantil, Lecciones, 2018.
 - “La delegación de facultades por el Consejo de Administración”, *Almacén de Derecho*, Derecho Mercantil, Lecciones, Legislación, 2018.
 - “La retribución de los administradores ha de constar en los estatutos y no cabe la extraestatutaria pero se aplica la doctrina de los actos propios”, *Almacén de Derecho*, 2013.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Responsabilidad social y Administración Pública”, *Diario La Ley*, Nº 7917, Sección tribuna, Ref. D-307, Edit. LA LEY, 2012.
- ALMONACID LAMELAS, V., “Sociedades mercantiles municipales: regreso al derecho”, *Revista Derecho Local*, diciembre 2013.
- ALONSO ALMEIDA, M. M., “*El gobierno corporativo electrónico. Análisis desde el enfoque de confianza*”, Edit. Visión Libros, Madrid, 2007.
- ALONSO UREBA, A., “*La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*”, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985.
- “*La Sociedad Mercantil de Capital como forma de la Empresa Pública Local*”, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1988.
 - “La Sociedad Mercantil de capital como forma de gestión de los servicios locales”, *Tratado de Derecho Municipal*, Volumen III, Edit. Civitas, Madrid, 1988.
 - “El modelo de administración de la SA cotizada en el código unificado de buen gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 27/2006 2, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2006.
- APARICIO GONZÁLEZ, M. L., “*Quis custodiet ipsos custodes* (Acerca de una propuesta relativa al control de los reguladores y supervisores financieros) (1)”, *Revista de*

- Derecho del Mercado de Valores*, Nº 21, Sección Análisis, Edit. Wolters Kluwer, 2017, LA LEY 20254/2017.
- ARAGÓN ROMÁN, A., “Guía práctica para la implantación de un sistema de prevención de riesgos jurídicos y administrativos en el sector público local “*Local Public Compliance*”, *Revista digital CEMCI*, Nº 42, abril-junio 2019.
- ARANA GARCÍA, E., “*Las sociedades municipales de gestión urbanística*”, Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997.
- “El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local”, *Revista de Estudios de la Administración Local (REAL)*, Nº 291, 2001-2003.
- ARENAS ALEGRÍA, C., “Las Sociedades Públicas, régimen jurídico y replanteamiento actual”, VVAA, “*El sector público económico de ámbito estatal: su régimen jurídico y realidad actual*”, Edit. Dykinson, Madrid, 2013.
- ARGIMÓN, I., ARTOLA, C., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., “Empresa Pública y Empresa Privada: Titularidad y eficiencia relativa”, *Banco de España-Servicio de Estudios*, Madrid, 1997.
- AYALA MUÑOZ, J. M., “Declaración de concurso de acreedores de una sociedad cuyo capital es en su totalidad de titularidad pública”, como parte de libro “*2009. Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2008 de los grandes despachos*”, edición nº 1, Edit. LA LEY, Madrid, 2009, LA LEY 3986/2011.
- AZOFRA VEGAS, F., “El Informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, Nº 4/2003.
- BACHES OPI, S., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de derecho de defensa de la competencia desde la entrada en vigor de la ley 15/2007”, “*La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*”, edición nº 1, Edit. LA LEY, Madrid, noviembre 2010.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, Nº 48, septiembre-diciembre 1965.
- BALLINA DÍAZ, D., “*Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.
- BATALLER GRAU, J., “Un concepto de Responsabilidad Social de la Empresa desde el Derecho Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310/2018, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2018.
- BELTRÁN CASTELLANOS, J. M., “La Responsabilidad Social en las Administraciones Públicas, con especial referencia a la Comunidad Valenciana”, *Revista General de Derecho Administrativo (RGDA)*, Nº 52, 2019.
- BERLE, A. and MEANS, G., “*The modern corporation and private property*”, New York: Macmillan, 1933, Reproducción de William S. Hein, 1982.
- BOLDÓ RODA, C. “Levantamiento del velo de la persona jurídica en un caso de responsabilidad extracontractual”, *Revista de Derecho de sociedades*, Nº 6/1996 1, parte Comentarios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 1996.

- BROSETA PONT, M., *“Manual de derecho mercantil. 1, Introducción y estatuto de empresario. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial. Derecho de sociedades”*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2018.
- “Las empresas públicas en forma de sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 100/1966, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 1966.
- CADBURY, Sir A., prólogo a *“Corporate Governance and Development”*, Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo, Focus 1, 2003.
- “The Financial Aspects of Corporate Governance”, Informe con código de buenas prácticas, *The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd.*, Londres, Diciembre 1992.
- CALLEJA CORUJEDO, L. M., *“Gobierno institucional. La dirección colegiada”*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Pamplona, 2015.
- CAMPOS ACUÑA, C., *“Compliance en la LCSP, de la teoría a la práctica: una ventaja competitiva”*, *Actualidad Administrativa*, Nº 12, Sección Actualidad, Edit. Wolters Kluwer, diciembre 2019.
- “Funcionarios de Habilitación Nacional y *Compliance* en el empleo público local. ¿Una oportunidad de colaboración o una contradicción legal?”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº V, Sección A Fondo, Edit. Wolters Kluwer, noviembre 2019.
 - “Posibilidades del *Compliance* en la contratación pública: elementos clave para su utilización”, CASTILLO BLANCO, F. A. (Coord.), *“Compliance e integridad en el sector público”*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- CÁNOVAS GARCÍA, J. D. y MATEOS GARCÍA, J., “Responsabilidad Social Corporativa: más que un modelo de gestión, un reto para las Administraciones Públicas”, *Escuela de Formación e Innovación*, 14/INT/2176, Murcia, 2014.
- CARBONELL PORRAS, E., “La cooperación intermunicipal en la realización de las obras y los servicios locales (reflexiones a propósito de algunos mecanismos distintos de la creación de entidades supramunicipales)”, *Anuario de Derecho Municipal 2010*, Nº 4, Madrid, 2011.
- CARLÓN RUIZ, M., “¿Crisis del servicio público en tiempos de crisis? Algunas acotaciones a la luz de las novedades en el régimen europeo de control de las ayudas de Estado dirigidas a su financiación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, Madrid, septiembre-diciembre, 2012.
- CARPIO CARRO, M., “Transparencia en clave económica: una visión actualizada de la rendición de cuentas”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 18, Sección Opinión/Colaboraciones, Ref. 2084/2015, pág. 2084, Edit. Wolters Kluwer, 2015, LA LEY 5583/2015.
- CARRETERO PÉREZ, A., “La teoría de los actos separables”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, Nº 61, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1970.
- CARRILLO DONAIRE, J. A., “Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”, en el libro *“Los principios jurídicos del Derecho Administrativo”*, SANTAMARIA PASTOR, J. A. (Dir.) *et al.*, LA LEY, Madrid, 2010.
- CASTILLO BLANCO, F.A., *“La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho”*, Cap. II “La teoría del abuso del

- derecho y su aplicabilidad a la actuación abusiva de la administración pública”, INAP, Madrid, 2007.
- (Coord.) “*Compliance e integridad en el sector público*”, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 203, 2017.
- CHIVITE, S. y RODRÍGUEZ MONROY, C., “*Análisis de los diez años de gobierno corporativo en España y cumplimiento del Código Unificado o Código Conthe*”, *II International Conference on Industrial Engineering and Industrial Management*, XII Congreso de Ingeniería de Organización, Burgos, septiembre 2008.
- COCA VILA, I., “La *Business Judgment Rule* ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal”, *Diario La Ley*, Nº 9371, Sección tribuna, Edit. Wolters Kluwer, 6 de marzo de 2019, LA LEY 2223/2019.
- COHEN BENCHETRIT, A., “¿Nuevos cambios normativos en materia de remuneración de administradores sociales?”, *El Derecho*, Sección Doctrina, Edit. Lefebvre-El Derecho, S.A., septiembre 2017, EDC 2017/510021.
- CORELLA MONEDERO, M., “Mandato y constitución de las Corporaciones Locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 13, Sección Colaboraciones, Ref. 2162/1999, Tomo 2, Quincena del 15 al 29 de julio de 1999.
- COSCULLUELA MARTÍNEZ, C., “La financiación de la empresa pública”, en “*Estudio sobre empresas públicas*”, García Rubio (Coord.), Edit. Dykinson, 2011.
- COTINO HUESO, L., “Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa”, <http://www.cotino.net/publicaciones/>. 2003.
- CUBERO MARCOS, J. I., “Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 184, Madrid, enero-abril 2011.
- CUETO CEDILLO, C. y DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M., “*La Administración Pública de la Responsabilidad Social Corporativa*”, Edit. Área de Innovación y Desarrollo, S.L., UNED, marzo 2007.
- DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M. y VALOR MARTÍNEZ, C., “Responsabilidad social de la empresa. Concepto, medición y desarrollo en España”, *Boletín económico del ICE*, Nº 2755, 20 al 26 de enero de 2003, Información Comercial española.
- DEL VAL TALENS, P., “Los consejeros independientes ante el activismo accionarial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 136/2014, parte crónica, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- “Hacia una doctrina societaria del derroche”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310/2018, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2018.
- DÍAZ ARROYO, A., “La prestación de servicios y el ejercicio de actividades mediante sociedades mercantiles, tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Actualidad Administrativa*, Nº 9, Sección A Fondo, tomo 1, Edit. Wolters Kluwer, 2014, LA LEY 2733/2014.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., “Concepto, régimen jurídico y estructura organizativa de las sociedades mercantiles locales (con

- especial referencia a las sociedades urbanísticas)”, *“Régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales”*, Edit. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 2014.
- EICHHORN, P., “¿Qué pueden aprender recíprocamente las empresas privadas y las Administraciones públicas? Consideraciones de economía empresarial”, *Documentación Administrativa*, Nº 218-219, abril-septiembre 1989, INAP.
- EISENBERG, M.A., *“Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors, and Accountants”*, Volume 63, Issue 2, Article 3, California Law Review, 1975.
- EMBID IRUJO, J.M. y DEL VAL TALENS, P., *“La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law”*, Colección Derecho Privado, Edit. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.
- FALCONE, G., “El régimen jurídico de la sociedad pública en Italia en el contexto del código de la crisis empresarial y de la insolvencia”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 31, Sección Reseña legislativa española y comparada/Reseña legislativa comparada, Edit. Wolters Kluwer, 2019, LA LEY 8300/2019.
- FERNÁNDEZ IZQUIERDO, M. A. *et al.*, *“El gobierno corporativo como motor de la responsabilidad social corporativa”*, Colección Economía y Gestión, Núm. 8, Edit. Publicaciones de la Universidad Jaime I, 2010.
- FERRUZ, L. *et al.*, “Códigos de Buen Gobierno: Un análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español”, *Revista Aposta*, Nº 46, julio, agosto y septiembre 2010.
- FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., “La Junta General en las sociedades mercantiles locales. Comentario a la Sentencia del TC 137/2018, de 13 de diciembre (BOE 15 de enero de 2019)”, *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, Nº 219, marzo 2019.
- FONT GALÁN, J. I., “La empresa en el Derecho Mercantil”, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (Coord.), *Derecho Mercantil*, Edit. Ariel, Barcelona, 2004.
- *“Constitución económica y Derecho de la competencia”*, Edit. Tecnos, Madrid, 1987.
- GALINDO SERRANO, A. B., “El delito de prevaricación a través de las sociedades municipales. Breve estudio de dos elementos del tipo delictivo”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 14, Sección Opinión/Actualidad, Edit. Wolters Kluwer, Quincena 30 julio al 14 de agosto 2015.
- GALLEGO ÁLVAREZ, I., GARCÍA SÁNCHEZ, I. M. y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, L., “La eficacia del gobierno corporativo y la divulgación de información en Internet”, *Investigaciones europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, Vol. 15, Nº 1, 2009.
- GANDÍA CABEDO, J. L. y BONSON PONTE, E., “El Código de Conducta de AECA”, *AECA: Revista de la Asociación española de Contabilidad y Administración de Empresas*, Nº 61, 2002.
- GARNACHO CABANILLAS, L., “Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 52/2018, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.

- “El gobierno corporativo de las sociedades cotizadas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154/2019, parte Artículos, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019.
 - “Principios de gobierno corporativo para sociedades no cotizadas en el ordenamiento jurídico británico”, *Legal Today*, Blog Affectio Societatis, junio 2018.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 171, Madrid, septiembre-diciembre 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “*Curso de Derecho Administrativo I*”, Edit. Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., “El reglamento del Consejo”, *Diario La Ley*, Nº 6348, Sección Doctrina, Edit. LA LEY, 2005, LA LEY 5023/2005.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, R. y SUÁREZ ÁLVAREZ, E., “Informe Aldama: El gobierno corporativo en la web”, *Partida Doble (PD)*, núm. 167, 2005.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La prestación de otros servicios por los administradores sociales y su remuneración”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 309/2018, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2018.
- GARCÍA MANDALONIZ, M., “Hacia un gobierno corporativo sostenible con implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero a largo plazo y con divulgación de la información no financiera”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 54/2018, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.
- GARCÍA ROLDÁN, M., “Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 48-2018, Foro de actualidad, 2018.
- GARCÍA RUBIO, F., “¿Pueden las empresas de capital público gestionar mediante encomienda de gestión de servicios públicos?”, *Administración Local. Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, Edición nº 1, Edit. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.
- GARCÍA RUÍZ, E., “Peculiaridades del régimen jurídico de las sociedades anónimas públicas”, *Tesis Doctorales (Edición Electrónica)*, Edit. Universidad de Almería, 2004.
- “Insolvencia y concurso de las sociedades mercantiles de control público”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 18, Sección Cuestiones prácticas, Edit. Wolters Kluwer, Primer semestre 2013, LA LEY 260/2013.
- GARRIDO FALLA, F., “La empresa pública en el Derecho español”, *“La Empresa Pública”*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Tomo I, 1970.
- GARRIGUES DÍEZ-CAÑABATE, J., “Teoría General de las Sociedades Mercantiles”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 132/1974133/1974 parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 1974.
- “*Curso de Derecho Mercantil*”, Edición nº 7, Edit. Porrúa, S.A., México, 1977.
- GARRIGUES WALKER, A. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El gobierno de las sociedades: un punto de vista jurídico”, *Círculo de empresarios*, Boletín 62, “*Los Consejos de Administración españoles en una economía globalizada*”, Madrid, 1997.

- GIMENO FELIU, J. M., “Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!”, *Observatorio de Contratación Pública*, Sector Opinión, 21 de mayo de 2018.
- GÓMEZ PUERTO, Á. B., “La responsabilidad social de la empresa”, *Actualidad Administrativa*, Nº 14, Sección A Fondo, julio 2004, tomo 2, Edit. LA LEY.
- GONZÁLEZ TORROBA, P., “Derecho de la competencia y servicio público local”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio 2009.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español de gobierno corporativo”, *Diario La Ley*, Nº 1, Sección Temas de hoy, 2º trimestre 2005, LA LEY 846/2005.
- GUERRERO TREVIJANO, C., “De nuevo sobre la retribución de los consejeros ejecutivos: comentario a las resoluciones de la DGRN de 31 de octubre (RJ 2018, 4846), 8 de noviembre (RJ 2018, 4863) y 12 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5624)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 56/2019, parte Praxis, Comentarios de Jurisprudencia, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019.
- GUICHOT REINA, E., “*Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*”, Edit. Tecnos, Madrid, 2014.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V., “La sociedad mercantil local como instrumento doméstico para la gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios Locales (CUNAL). Nº Extraordinario “Los Servicios Públicos Locales”*, julio 2007.
- HANSMANN H., “Ownership of the Firm”, *Journal of law, Economics, and Organization*, Vol. 4, Nº 2, Yale University, 1998.
- HERNÁNDEZ CUADRA, E., “Los tres retos de la empresa pública con el *compliance*”, *Revista Compromiso Empresarial*, junio 2017.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., “*El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital*”, Edit. Bosch, S.A., Barcelona, 2013.
- HIERRO ANIBARRO, S., “Gobierno corporativo en sistemas multilaterales de negociación”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 135, LEX NOVA, 2014.
- (Dir.) *et al.*, “*Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*”, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “El gobierno corporativo en las empresas del mercado alternativo bursátil”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 139/2015, parte Crónicas, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2015.
- JIMÉNEZ FRANCO, E., “Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”, *Actualidad Administrativa*, Nº 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 marzo 2012, tomo 1, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 1944/2012.
- JUSTE MENCÍA, J. y CAMPINS VARGAS, A., “Interpretación del régimen legal de retribución de administradores. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2018”, *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 53/2018 parte Praxis, Comentarios de Jurisprudencia, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.
- KERSHAW, D., “*Corporate Law in context. Text and Materials*”, Oxford University Press, 2009.

- LEFORT, F., “Gobierno corporativo: ¿Qué es? y ¿Cómo andamos por casa?”, *Cuadernos de economía*, Año 40, Nº 120, Santiago de Chile, 2003.
- LIZANDA CUEVAS, J. M. y ABAB LLAVORI, C., “Diferencias mercantiles, contables y fiscales entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada. Clases de sociedades mercantiles. La sociedad civil”, *Contabilidad y fiscalidad de las combinaciones de negocios y otras operaciones societarias*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2012.
- LIZCANO ÁLVAREZ, J. L., “Buen gobierno y responsabilidad social corporativa”, *Partida Doble*, Nº 182, Sección artículos, noviembre 2006. Edit. Especial directivos, LA LEY 7677/2008.
- “Gobierno de las sociedades. Un enfoque desde la responsabilidad social”, X Conferencia Anual de Ética, Economía y Dirección (EBEN-ESPAÑA), 2002.
- LLEDÓ BENITO, I., “Corporate Compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables”, Edit. Dykinson, Madrid, 2018.
- LLIDÓ SILVESTRE, J., “Un ámbito de exclusión de la legislación de contratos públicos: las operaciones *in house*. Su regulación en la LCSP”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 19, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 octubre 2008, Ref. 3224/2008, pág. 3224, tomo 3, Edit. LA LEY, LA LEY 40156/2008.
- LOIS ESTÉVEZ, J., “Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica”, *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 4, 1956.
- LOMO CASANUEVA, T., “El personal al servicio de las Sociedades Públicas Locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 12, Sección Colaboraciones, Tomo 2, Ref.: 1507/2011, Edit. LA LEY, julio 2011.
- LÓPEZ CALERA, N. M., “El interés público: entre la ideología y el derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 44, Edit. UGR, Granada, 2010.
- LÓPEZ DONAIRE, B., “Análisis sobre las novedades introducidas en las leyes 39/2015 y 40/2015 para mejorar la calidad de las normas. ¿Quién lleva a cabo la evaluación? Reflexiones sobre formas posibles de evaluación”, *Actualidad Administrativa*, Nº 5, Sección Actualidad, Edit. Wolters Kluwer, mayo 2017.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, A. M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, D., “El control de la gestión económico-financiera de las administraciones públicas”, *La ciencia de la contabilidad. Dr. Mario Pifarré Riera*, Edit. Universidad de Barcelona, 2005.
- LÓPEZ OLIVARES, F., “La responsabilidad política en el ámbito municipal”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 13, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Julio 1997, Ref. 1932/1997, pág. 1932, tomo 2, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, LA LEY 2159/2003.
- LÓPEZ-QUESADA MARTÍN, E. y CAMACHO MIÑANO, M. M., “Códigos de Gobierno Corporativo ¿suficientes para afrontar las crisis?”, *Partida Doble*, Nº 237, Sección Artículos/Contabilidad, 11 octubre 2011, Edit. Wolters Kluwer España, LA LEY 17658/2011.
- MACERA TIRAGALLO, B-F., “La sujeción a control contencioso-administrativo del fieri de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima”, *Revista de Administración Pública*, Nº 155, 2001.

- MAGRANER MORENO, F. J., “Reserva de ley en materia tributaria local y prohibición de analogía: en especial, respecto de beneficios fiscales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº IV, Sección Opiniones, pág. 35, Edit. Wolters Kluwer, 2019, LA LEY 9538/2019.
- MARÍ FARINÓS, J., “Del Gobierno de las personas al buen gobierno: caminando hacia el nuevo contrato social”, *Diario La Ley*, Nº 8977, Sección Tribuna, mayo 2017, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 4730/2017.
- MARQUÉS TRIAY, B., “Las acciones fantasma o phantom shares: un breve estudio jurídico sobre la participación virtual en el capital social”, *LA LEY mercantil*, Nº 56, Sección Sociedades/ Opinión Legal, Edit. Wolters Kluwer, 2019, LA LEY 4629/2019.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Las empresas públicas: reflexiones del momento presente”, ponencia del Congreso “*Entes instrumentales de las Administraciones Públicas*”, Sevilla, septiembre 1991.
- MARTÍN GONZÁLEZ, J. T., “La gestión directa de servicios por empresas de capital enteramente público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 21, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 noviembre 2005, Ref. 3493/2005, pág. 3493, tomo 3, Edit. El Consultor de los Ayuntamientos, LA LEY 10633/2005.
- MARTÍN GONZÁLEZ, M., “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, Nº 54, 1967.
- MARTÍN ROJO, I., “La Responsabilidad Social Corporativa de Empresas Privadas y de la Administración Pública. Especial referencia al turismo residencial”, *Responsabilidad Social Empresarial (TEC Empresarial)*, Vol. 3, Edición 1-2, 2009.
- MARTÍNEZ FONS, D., “La prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia y sus efectos sobre el objeto de la negociación colectiva”, “*Libre competencia y derecho del trabajo. Efectos del Derecho económico comunitario en las relaciones laborales*”, edición nº 1, Edit. LA LEY, Madrid, diciembre 2006.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Derecho de información del accionista e instrumentos y obligaciones de información de la sociedad”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 24/2005, parte Estudio, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2005.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., “Algunas cuestiones sobre el derecho de información del socio tras las reformas introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 47, Estudios, julio-diciembre 2016.
- MATEU DE ROS, R., “Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales. La aplicación de los principios de Buen Gobierno Corporativo a las Sociedades Mercantiles Estatales y otras Entidades Públicas”, *Investigaciones y publicaciones del Centro de Gobierno Corporativo*, 2010.
- “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación”, *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 303/2017 parte Estudios, Edit. Civitas, Pamplona, 2017.
- MELLADO RUIZ, L., “Las sociedades mercantiles públicas: Marco europeo y constitucional de su actividad”, *Jornada sobre el concepto, actividad y futuro de las empresas públicas*, Universidad Rey Juan Carlos, 13 de abril de 2011.
- MELLE HERNÁNDEZ, M., “La responsabilidad social dentro del sector público”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, Nº 65, 2007.

- MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., “Sociedad mercantil local: el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, Nº 35, junio 2014.
- MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M. P., “Modelos normativos de los programas de opciones en Derecho Comparado y posición del Derecho Español”, como parte del libro *“Las opciones sobre acciones como sistema de retribución de administradores de sociedades anónimas cotizadas”*, edición nº 1, Edit. LA LEY, Madrid, 2009, LA LEY 14789/2011.
- “Consideraciones de política jurídica”, como parte del libro *“Las opciones sobre acciones como sistema de retribución de administradores de sociedades anónimas cotizadas”*, edición nº 1, Edit. LA LEY, Madrid, 2009, LA LEY 14788/2011.
- MONTOYA MARTÍN, E., *“Las empresas públicas sometidas al derecho privado”*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- “Los servicios locales de interés general y la iniciativa económica local en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía”, “La Administración Local renovada de Andalucía”, *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Estudios, Nº 6, 2010.
 - “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista General del Derecho Administrativo*, Nº 36, Iustel, 2014.
- MORALES BARCELÓ, J., “Pactos parasociales vs estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 42/2014, parte Varia, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2014.
- MORENO SERRANO, B., “Administración Local. Actividad económico-financiera. Función fiscalizadora. El control externo de las entidades locales”, *La Administración Práctica*, núm. 9/2015, parte Análisis doctrinal, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2015.
- MORETÓN TOQUERO, A., “Los Límites del derecho de acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 33, mayo 2014.
- MUÑOZ GIL, C., “Responsabilidad de los administradores de derecho y de hecho de las sociedades públicas (1)”, *Diario La Ley*, Nº 8371, Sección Doctrina, 2014, LA LEY 4974/2014.
- NAVARRO FRÍAS, I., “Sociedades públicas: derecho mercantil “vs”. Derecho administrativo. En particular, deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades públicas estatales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 56/2019, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019.
- “Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 49/2017, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017.
- NAVARRO GARCÍA, F., *“Responsabilidad social corporativa: teoría y práctica”*, ESIC Editorial, 2ª Edición, Madrid, 2012.
- NIETO DELGADO, C., “Soluciones societarias ante la insolvencia: el aumento y la reducción del capital social. La operación acordeón como mecanismo de

- reestructuración empresarial”, *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Edit. Aranzadi, 2012.
- NIETO GARRIDO, E., “La reforma de las entidades instrumentales por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local”, *Revista española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 165/2014, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2014.
- NIETO GUTIÉRREZ, P. y CATALÁN BLASCO, M. A., “La colaboración con firmas privadas de auditoría en el control interno de las entidades locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº II, Sección Crónica, julio 2018, pág. 142, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 7389/2018.
- OLCESE SANTONJA, A., “Situación del Gobierno Corporativo en España”, *Diario La Ley*, Nº 1, Sección Temas de hoy, Segundo trimestre de 2005, LA LEY 811/2005.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., “A vueltas con el concepto de empresa: la empresa comunitaria y la empresa pública”, *Estado y Derecho: Nuevos roles en la economía*, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2013.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno corporativo como instrumento al servicio del accionista minoritario”, *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, Nº 10, La Ley.
- “El sistema de Gobierno Corporativo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Diario La Ley*, Nº 1, Sección Temas de hoy, Segundo trimestre 2005, Ref. D-145, LA LEY 813/2005.
- ORTIZ HERBENER, A., “Análisis del buen gobierno corporativo: su necesaria implementación en el Derecho Societario Ecuatoriano”, Conferencia Magistral de incorporación a la Academia ecuatoriana de Derecho Societario, Ecuador, octubre 2005.
- ORTUÑO PÉREZ, M.E., “La empresa pública en forma privada: Antecedentes romanos y un apunte histórico en la legislación de régimen local preconstitucional en España”, Edit. Dykinson, Madrid, 2017.
- OSCA FUERTES, B., “La selección del director gerente en las sociedades mercantiles de capital íntegramente local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 18, Sección Opinión/Colaboraciones, Quincena del 30 de septiembre al 14 de octubre 2016, Ref. 2042/2016, Página 2042, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 6770/2016.
- PAREJO ALFONSO, L., “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº 7, 2004.
- PARÍS MAÑAS, G., TEJADA FERNÁNDEZ, J. y COIDURAS RODRÍGUEZ, J., “La profesionalización de los profesionales de la formación para el empleo en constante (in)definición en Europa”, *Revista de currículum y formación del profesorado*, Vol. 18, Nº 2, mayo-agosto 2014.
- PASTOR LÓPEZ, M., “Transparencia y buen gobierno corporativo en el ámbito mercantil”, *Jornadas de la Abogacía del Estado en www.mjusticia.gob.es*.
- PAZ-ARES, C., “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, *Revista InDret*, 1/2004, enero 2004.
- “Deber de lealtad y gobierno corporativo”, “*Gobierno corporativo y derecho penal*”, Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009.

- “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº 2, Sección Estudios, 2008, pág. 15, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 23154/2008.
 - “Perseverare diabolicum”, *Diario La Ley*, Nº 9178, Sección Tribuna, 16 de abril de 2018, Edit. Wolters Kluwer, 2018.
- PEINADO GRACIA, J. I., “La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311/2019, parte Estudios, Edit. Civitas, S.A., Pamplona, 2019.
- PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., “El gobierno corporativo en España”, *“Ética empresarial y Códigos de Conducta”*, Edición 1ª, Edit. LA LEY, Madrid, 2011, LA LEY 15104/2011.
- PÉREZ MORENO, A., *“La forma jurídica de las empresas públicas”*, Edit. Universidad de Sevilla, Colección: Derecho, Instituto García Oviedo, Núm. 17, correspondiente a la primera edición impresa de 1969, Sevilla, 2016.
- PÉREZ MORIONES, A., “Gobierno corporativo y junta general: del Código Olivencia al Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 147/2017, parte Crónicas, Edit. Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2017.
- PÉREZ PUEYO, A., “¿Ética o legalidad en el gobierno de las grandes empresas?”, *Diario La Ley*, Nº 5898, Sección Doctrina, 21 noviembre 2003, Año XXIV, LA LEY 1731/2003.
- PÉREZ RAMOS, C., “Problemas que plantean los pactos parasociales”, *Actum Mercantil & Contable*, nº 20, 2012, Introducción.
- PERRAMON, J., “La transparencia: concepto, evolución y retos actuales”, *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol. 16, 2013.
- PONCE HUERTA, J., “Tendencias y perspectivas internacionales del Gobierno Corporativo”, Capítulo II del libro *“El Gobierno Corporativo en Iberoamérica”*, Fundación Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores (IIMV), Edit. CYAN, Proyectos Editoriales, S.A., Madrid, 2015.
- PONCE SOLÉ, J. (Coord.) *et al.*, “Panorama comparado sobre la integridad y los códigos de conducta”, en *“Empleo Público, Derecho a una Buena Administración e Integridad”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PRIETO ROMERO, C., “Las incompatibilidades de los Concejales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 2, Sección Colaboraciones, Ref. 231/2006, pág. 231, tomo 1, Edit. LA LEY, 2006, LA LEY 1761/2006.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Un paso más en el tortuoso camino de la retribución de consejeros: a propósito de la RDGRN de 31 de octubre de 2018”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154/2019, parte Jurisprudencia, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019.
- REBOLLO PUIG, M., “Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable”, *Documentación administrativa (DA) Nueva Época*, INAP, núm. 6, enero-diciembre, 2019.
- RODRÍGUEZ BARDAL, M., “Síntesis de las retribuciones de los corporativos locales. El fraude de ley y la autonomía local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 5, Sección Organización, funcionamiento y régimen jurídico, pág. 90, Edit. Wolters Kluwer, 2020, LA LEY 4113/2020.

- RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, D., “La STC 137/2018, de 13 de diciembre: un recordatorio sobre la constitución de sociedades mercantiles locales y una oportunidad para reflexionar sobre su gobierno”, *REALA. Nueva Época*, Nº 12, 2019.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., “El futuro de los consejeros independientes”, *Los consejeros independientes en las sociedades de capital españolas*, Madrid, 2008, LA LEY 1784/2010.
- ROJÍ BUQUERAS, J. M., “El secretario del Consejo de Administración: sus funciones y el buen gobierno de las sociedades no cotizadas”, *Diario La Ley*, Nº 9213, Sección Tribuna, Edit. Wolters Kluwer, 2018.
- ROLLNERT LIERN, G., “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la Ley de Transparencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Nº 34, 2014.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., “La retribución variable de los consejeros ejecutivos tras la reforma del régimen legal sobre retribución de los administradores de las sociedades de capital”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 5, julio 2016.
- RUIZ GARCÍA, E., “El control de las entidades exentas de la función interventora como modalidad del control interno”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº II, Sección Crónica, Julio 2018, pág. 127, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 7387/2018.
- SAÉNZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO, O., “Origen y evolución de la necesidad de crear entes del Sector Público bajo formas no integradas plenamente en la estructura de la Administración General del Estado”, Capítulo I del libro *“El sector público económico de ámbito estatal: su régimen jurídico y realidad actual”*, Edit. Dykinson, S.L., 2013.
- SÁEZ LACAVE, M. I., “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 34/2010 1, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2010.
- SALVADOR CODERCH, P. *et al.*, “*Respondeat Superior I*”, *InDret*, 02/2002, Barcelona, 2002.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *“Instituciones de Derecho Mercantil”*, Edit. Thomson-Aranzadi, Edición núm. 29, Navarra, 2006.
- SANCHEZ CALERO, F. y OLIVENCIA RUIZ, M., “Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades cooperativas”, AAVV, *“El cooperativismo en la coyuntura económica actual”*, Anales de Moral Social y Económica, vol. 6, Madrid, 1964.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La propuesta de generalización del voto divergente”, *“Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo”*, Edición nº1, Editorial LA LEY, Madrid, 2015.
- “El papel de los accionistas y los administradores en la crisis de las entidades de crédito”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año nº 28, nº 115, 2009.
- SÁNCHEZ LERMA, G. A., “Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas”, *Auditoría Pública*, Nº 64, 2014.

- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Legalidad y sometimiento a la ley y al Derecho”, en el libro “*Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*”, SANTAMARIA PASTOR, J. A. (Dir.) *et al.*, LA LEY, Madrid, 2010.
- SÁNCHEZ RUS, H., “Las cláusulas estatutarias relativas a la retribución de los administradores en las sociedades de capital”, *LA LEY mercantil*, Nº 14, Sección Sociedades, Edit. Wolters Kluwer, 2015, LA LEY 3286/2015.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “*Principios de Derecho Administrativo General I*”, Iustel, Madrid, 2016.
- “*Principios de Derecho Administrativo General II*”, Iustel, Madrid, 2016.
- SANZ CERESO, R. y MARTÍN GALLEGO, A., “La regulación de los medios propios en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 1, Sección Contratación del sector público, enero 2018, Ref. 111/2018, pág. 111, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 20519/2017.
- SEBASTIÁN QUETGLAS, R., “El proyecto de ley para la mejora del gobierno corporativo de las empresas”, *LA LEY mercantil*, Nº 3, Sección Editorial, junio 2014, Edit. LA LEY, LA LEY 4450/2014.
- SMITH, A., “*La riqueza de las naciones*” (Traducción), Edit. Alianza editorial S.A., Madrid, 2011.
- SOSA WAGNER, F., “Gestión mediante sociedad de capital íntegramente público”, “*La gestión de los servicios públicos locales*”, Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas), Edit. Aranzadi, 2007.
- SUAN RODRÍGUEZ, C., “La empresa pública bajo forma societaria. ¿Supone su régimen jurídico una derogación del derecho común de sociedades? El problema de su control”, *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo VII.
- TABRA OCHOA, E. P., “*Solidaridad y Gobierno Corporativo de la Empresa. Una mirada a los organismos internacionales*”, Edit. Bosch, Madrid, 2015.
- TEJEDO ROMERO, F., MANZANEQUE LIZANO, M. y BANEGAS OCHOVO, R., “La corresponsabilidad social como factor impulsor de la responsabilidad social corporativa”, *Revista Contable*, Nº 19, Sección Gestión de empresas, Edit. Wolters Kluwer España, febrero 2014.
- TORRES MORALES, C., “La contratación administrativa y sus límites en relación con el derecho privado. Especial referencia a la idoneidad de los medios propios”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 12, Sección Organización, funcionamiento y régimen jurídico, diciembre 2018, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 13723/2018.
- URÍA, R., “*Derecho Mercantil*”, Edición nº 24, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- “*Derecho Mercantil*”, Edición nº 28, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- VALLECILLO MORENO, F., “Retrato de una empresa pública que no huye del derecho administrativo”, *Instituto Superior de Economía Local (ISEL)*, 2014.
- “Control financiero sobre sociedades públicas locales. Especial referencia a su control a posteriori por la intervención municipal y la obligatoriedad de presentación de sus cuentas anuales a la Cámara de Cuentas de Andalucía”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 3, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 27 febrero de 2009, Ref. 426/2009, pág. 426, tomo 1, Edit. LA LEY, LA LEY 289/2009.

- VAREA MOSQUERA, L. y HERNANZ BODERO, J., “Gestión directa (IV): sociedad mercantil, cuyo capital social sea de titularidad pública”, *“Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales”*, Edición N°1, Edit. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, enero 2010.
- VVAA, “Conclusiones del estudio –IBERPLAN- sobre las empresas públicas en España”, *Instituto de Estudios Fiscales*, 1972.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., “Calificación concursal subordinada del administrador de hecho. Especial referencia a las Administraciones Públicas (Comentario a la SAP Vizcaya de 17 de septiembre de 2013)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 20, Sección Comentarios y reseñas de Jurisprudencia, Edit. Wolters Kluwer, 2014, LA LEY 97/2014.
- “La disciplina de las empresas públicas por el Derecho concursal: posibilidad, realidad y consecuencias (Breves notas sobre la diferencia entre el Derecho legislado y el Derecho aplicado en materia de declaración en concurso de las empresas públicas)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 8, Sección Comunicaciones, pág. 275, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 5283/2008.
- VICENT CHULIÁ, F., “La Sociedad en constitución”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Centro de Estudios Registrales)*, Revista N° 518, enero-febrero 1977.
- VIVES, X., “El buen Gobierno de las empresas públicas”, *Occasional Paper*, OP n° 07/12, IESE Business School – Universidad de Navarra, febrero 2007.
- ZABALETA DÍAZ, M., “La experiencia comparada de gobierno corporativo en sociedad no cotizada”, HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, *“Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas”*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- ZORNOZA PÉREZ, J., “Los Códigos de buen gobierno corporativo, el control financiero y la fiscalidad de la empresa”, como parte del libro *“Ética empresarial y Códigos de Conducta”*, edición n° 1, Edit. LA LEY, Madrid, 2011, LA LEY 15105/2011.

Jurisprudencia citada

- STS de 28 de septiembre de 1978 (RJ 1978/2887).
- STC de 30 de noviembre de 1982 (RTC 1982/71).
- STC 35/1983 de 11 de mayo de 1983 (RTC 1983/35).
- STS de 10 de noviembre de 1983 (RJ 1983/5396).
- STS de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984/2800).
- STS de 27 de febrero de 1985 (La Ley 9739-JF/0000).
- STS de 20 de junio de 1986 (RJ 1986/4743).
- STC de 1 de julio de 1986 (RTC 1986/88).
- STS de 22 de julio de 1986 (RJ 1986/5549).
- STJCE de 16 de junio de 1987 (TJCE 1987/95).
- STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989/7352).
- STS de 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4781).
- STS de 29 de noviembre de 1990 (RJ 1990/10569).
- STS de 5 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9895).
- STS de 30 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10570).
- STS de 21 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8692).
- STSJ de Cataluña de 22 de abril de 1997 (RJCA 1997/861).
- STS de 23 de mayo de 1997 (RJ 1997/4065).
- STS de 14 de julio de 1997 (RJ 1997/5470).
- STSJ de las Islas Canarias de 18 de julio de 1997 (RJCA 1997/1579).
- STJCE de 15 de enero de 1998 (TJCE 1998/3).
- STS de 17 de junio de 1998 (RJ 1998/4770).
- STS de 18 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6545).
- STJCE de 10 de noviembre de 1998 (TJCE 1998/268).
- STS de 6 de febrero de 1999 (RJ 1999/642).
- STSJ de Andalucía de 11 de junio de 1999 (RJCA 1999/4667).
- STS de 20 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9468).
- STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/8853).
- STJCE de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000/228).
- STSJ de Cantabria de 19 de diciembre de 2000 (AS 2000/4516).
- STS de 1 de febrero de 2001 (RJ 2001/1002).
- STJCE de 1 de febrero de 2001 (TJCE 2001/24).

- STJCE de 1 de febrero de 2001 (TJCE 2001/25).
- STS de 26 de junio de 2001 (RJ 2001/6398).
- STC 159/2001 de 5 de julio de 2001 (RTC 2001/159).
- STS de 1 de febrero 2002 (RJ 2002/1590).
- STS de 26 de febrero de 2002 (RJ 2002/2625).
- STS de 3 de junio de 2002 (RJ 2002/9016).
- STS de 28 de octubre de 2002 (RJ 2002/9642).
- STJCE de 27 de febrero de 2003 (TJCE 2003/51).
- STJCE de 15 de mayo de 2003 (TJCE 2003/138).
- STJCE de 22 de mayo de 2003 (TJCE 2003/152).
- STJCE de 24 de julio de 2003 (TJCE 2003/218).
- STJUE de 16 de octubre de 2003 (TJCE 2003/329).
- STS de 5 de marzo de 2004 (RJ 2004/1807).
- STJCE de 16 de marzo de 2004 (TJCE 2004/65).
- SAN de 7 de abril de 2004 (JUR 2004/283781).
- STSJ de Madrid de 16 de julio de 2004 (RJCA 2005/82).
- STS de 7 de abril de 2005 (RJ 2005/3887).
- STS de 21 de abril de 2005 (RJ 2005/4132).
- STS de 22 de abril de 2005 (RJ 2005/4716).
- STSJ de Madrid de 26 de mayo de 2005 (JUR 2005/162474).
- STS de 26 de septiembre de 2005 (RJ 2005/8884).
- SAP de Madrid de 9 de marzo de 2006 (JUR 2006/264370).
- STS de 29 de junio de 2006 (RJ 2006/3976).
- STS de 17 de julio de 2006 (RJ 2006/7697).
- STC 240/2006 de 20 de julio de 2006 (RTC 2006/240).
- SAP de Asturias de 24 de julio de 2006 (JUR 2006/224700).
- SAP de Valencia de 24 de octubre de 2006 (JUR 2007/76308).
- STS de 8 de febrero de 2007 (RJ 2007/959).
- STS de 9 de marzo de 2007 (RJ 2007/2230).
- STJCE de 19 de abril de 2007 (TJCE 2007/85).
- STS de 24 de abril de 2007 (RJ 2007/2418).
- SAP de La Coruña de 24 de mayo de 2007 (JUR 2007/295344).
- STJCE de 13 de diciembre de 2007 (TJCE 2007/365).
- STJCE de 13 de diciembre de 2007 (TJCE 2007/366).
- SAP de Pontevedra de 21 de febrero de 2008 (JUR 2008/154467).

- STS de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008/3184).
- STJCE de 17 de julio de 2008 (TJCE 2008/177).
- STS de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2009/338).
- STS de 15 de junio de 2009 (RJ 2009/6589).
- STS de 29 de junio de 2009 (RJ 2009/4424).
- STS de 23 de octubre de 2009 (RJ 2009/7272).
- STS de 25 de enero de 2010 (RJ 2010/1459).
- STS de 22 de octubre de 2010 (RJ 2010/7546).
- STJUE de 11 de noviembre de 2010 (TJCE 2010/336).
- STS de 3 de enero de 2011 (RJ 2011/1069).
- STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/456).
- SAP de Barcelona de 21 de junio de 2011 (JUR 2011/320756).
- STS de 21 de julio de 2011 (RJ 2011/6751).
- STJUE de 8 de septiembre de 2011 (TJCE 2011/256).
- STS de 19 de diciembre de 2011 (RJ 2012/4878).
- STS de 23 de febrero de 2012 (RJ 2012/5288).
- STS de 17 de mayo de 2012 (RJ 2012/6821).
- STS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/2405).
- STSJ de Madrid de 27 de diciembre de 2012 (JUR 2013/125880).
- STS de 16 de mayo de 2013 (RJ 2013/3701).
- STS de 14 de junio de 2013 (RJ 2013/5619).
- STS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013/4632).
- STS de 19 de septiembre de 2013 (RJ 2013/6401).
- STJUE de 19 de diciembre de 2013 (TJCE 2013/442).
- SAP de las Islas Baleares de 27 de diciembre de 2013 (JUR 2013/40984).
- STS de 28 de febrero de 2014 (RJ 2014/2103).
- STS de 3 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4575).
- STS de 3 de noviembre de 2014 (RJ 2014/5870).
- STJUE de 19 de marzo de 2015 (TJCE 2015/128).
- STS de 9 de abril de 2015 (RJ 2015/2026).
- STS de 17 de diciembre de 2015 (RJ 2015/6189).
- STS de 8 de abril de 2016 (RJ 2016/1232).
- STSJ de Asturias de 28 de abril de 2017 (JUR 2017/138195).
- STJUE de 27 de junio de 2017 (TJCE 2017/129).
- STJUE de 7 de septiembre de 2017 (JUR 2017/228073).

- STS de 19 de septiembre de 2017 (RJ 2017/4012).
- STJUE de 5 de octubre de 2017 (JUR 2017/246213).
- STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2017 (JUR 2018/3198).
- STS de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017/5811).
- STS de 5 de febrero de 2018 (RJ 2018/281).
- STS de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018/635).
- STC 137/2018 de 13 de diciembre de 2018 (RTC 2018/137).
- STJUE de 5 de marzo de 2019 (TJCE 2019/50).
- SAP de La Coruña de 4 de abril de 2019 (JUR 2019/153685).
- STS de 13 de junio de 2019 (RJ 2019/2889).

