

Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales

[La aplicación de los principios de Buen Gobierno Corporativo a las Sociedades Mercantiles Estatales y otras Entidades Públicas]

Rafael Mateu de Ros.

Abogado del Estado excedente.

Doctor en Derecho.

Socio de Ramón y Cajal Abogados.

Vicepresidente del Centro de Gobierno Corporativo.

SUMARIO

I. INTRODUCCION

II. EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

- a. CONCEPTO Y FINALIDAD DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO
- b. CARACTERISTICAS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

- Programa de principios vs. Código de normas
- Valor axiológico, nomogenético y transnacional
- Genio expansivo
- Singularidad del Gobierno Corporativo de cada entidad
- Gobierno Corporativo y crisis financiera

III. REFERENCIA A LOS PRINCIPALES CODIGOS E INFORMES DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

- Los primeros Códigos e Informes de Buen Gobierno
- La incorporación del Buen Gobierno al Derecho Mercantil positivo
- La internacionalización y los Códigos e Informes de Gobierno Corporativo de época reciente
- La evolución reciente de los Códigos e Informes tras la crisis

IV PRINCIPIOS DEL CÓDIGO UNIFICADO DE GOBIERNO CORPORATIVO ESPAÑOL DE 2006

- Eficacia jurídica del Código Unificado
- Principales recomendaciones

V. ARGUMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO AL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL. LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA Y DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

VI. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PATRIMONIO EMPRESARIAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

VII. PRINCIPIOS REGULADORES DE LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO EMPRESARIAL DE LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO

- VIII. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS**
- IX. PRESIDENTE Y CONSEJERO DELEGADO**
- X. ALTOS DIRECTIVOS**
- XI. COMISIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION**
- XII. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES**
- XIII. RELACIONES DE TUTELA ADMINISTRATIVA**
- XIV. TRANSPARENCIA INFORMATIVA A TRAVÉS DE INTERNET**
- XV. CONCLUSIONES**
- XVI. BIBLIOGRAFÍA**

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto analizar la extensión a las sociedades y empresas públicas – fundamentalmente, a las sociedades mercantiles estatales- de los principios y reglas del llamado Buen Gobierno Corporativo, concepto que nace en el ámbito de las sociedades mercantiles cotizadas en Bolsa pero que tiene, sin duda, un valor general aplicable, en potencia, y con las especialidades que en cada caso procedan, a toda clase de sociedades, también a las sociedades mercantiles estatales, e incluso a otras modalidades de personificación jurídica, como modelo o fórmula de organización válida y adaptable a cualquier clase de ente o institución.

Será necesario, por ende, iniciar el estudio definiendo que entendemos por Buen Gobierno Corporativo, en qué consiste el mismo, donde se encuentra reflejado y en que principios y reglas concretas se traduce. A continuación, exponer y valorar las tendencias actuales y las nuevas formulaciones del Buen Gobierno Corporativo como consecuencia de la crisis financiera y económica que se ha instalado desde hace ya varios años en las economías occidentales, es decir, los principales aspectos del gobierno corporativo que se han puesto en cuestión a raíz de la crisis, pues se imputa una parte de la responsabilidad de la misma a la debilidad institucional y a la falta de coordinación de las autoridades y organismos públicos supervisores de los mercados así como a los fallos de control por parte de los consejos de administración y demás órganos de dirección de las propias empresas. Es el corazón mismo del Gobierno Corporativo el que ha sido cuestionado por la crisis, lo que hace necesaria una reflexión en profundidad sobre el futuro. Antes de propugnar que los principios de Buen Gobierno Corporativo se trasladen a otros ámbitos empresariales o institucionales diferentes del sector que los ha visto nacer, será necesario discriminar cuales de dichos principios son indiscutibles a nivel internacional y cuales otros son o han sido modas del momento o prácticas no susceptibles de generalización.

II. EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

1. CONCEPTO Y FINALIDAD DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

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 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 sino 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.

6

Surgido inicialmente, en la esfera de las sociedades cotizadas en Bolsa y en los países anglosajones, el “Corporate Governance” se expande, desde principios de la década de los años 90 del siglo XX, a lo largo de todas las economías occidentales desarrolladas, vinculado en una primera etapa a los mercados de valores. Las sociedades cotizadas o candidatas a introducir sus acciones en el mercado de valores debían superar unos requisitos mínimos o básicos que, aun no siendo todos ellos jurídicamente vinculantes, se consideraban por los organismos reguladores de los mercados altamente recomendables para autorizar la cotización de los nuevos valores y por ende la libre entrada y salida de los inversores en las empresas incorporadas a la Bolsa.

Una parte de las inicialmente formuladas como recomendaciones no vinculantes de Gobierno Corporativo pasan más adelante a ser incorporadas al ordenamiento jurídico-positivo, otras conservan indefinidamente su carácter de recomendaciones opcionales, otras aparecen “ex novo” en un momento dado, otras, en fin, llegan a desaparecer del catálogo de propuestas del Buen Gobierno Corporativo.

La finalidad del Buen Gobierno Corporativo es garantizar o preservar el interés social o interés de cada sociedad, concebido como el interés común de los socios, de todos los socios, en la estabilidad, en la continuidad y en la creación de valor económico para la empresa. Frente a las formulaciones iniciales de la misión de la empresa y/o del fin del Buen Gobierno como la “maximización del valor para los accionistas”, desde hace unos años se busca en el sistema de Buen Gobierno un objetivo situado más a medio y largo plazo (estabilidad, continuidad, sostenibilidad) y a un marco de intereses que no se limitan a los de los accionistas, aun siendo los de éstos los que merecen una atención preferente por ser

los propietarios de la sociedad, sino que se extienden a los de otras personas interesadas en la evolución y en los resultados de la empresa (“stakeholders”) tales como empleados, clientes o proveedores.

Así se aprecia en el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas [CUBGC] aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores [CNMV] en 2006, que vincula el concepto de interés social a “maximizar de forma sostenida el valor económico de la empresa”.

En concreto, la Recomendación nº 7 del CUBGC se refiere al “interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa. Y que vele asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (stakeholders) la empresa respete las leyes y reglamentos; cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos; respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad; y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente”.

Hay que mencionar asimismo la reciente Ley de Reforma Financiera de EEUU, aprobada en julio de 2010, subraya asimismo el valor corporativo de la estabilidad societaria: al conceder a la SEC facultades para garantizar el derecho de los accionistas a nombrar consejeros lo hace con la finalidad explícita de situar los objetivos de los administradores en un horizonte de largo plazo y en un criterio de estabilidad.

Al servicio de ese concepto teleológico de “interés social” como finalidad última del Buen Gobierno Corporativo, está presente un objetivo inmediato de prevención y resolución de los principales conflictos que surgen en las empresas hacia dentro y hacia fuera susceptibles de generar inestabilidad e ineficiencia para la misma:

- En primer lugar, el conflicto primordial y genuino “propiedad vs. gestión” que la literatura jurídica anglosajona reconoce como “conflicto de agencia” y que se refiere al riesgo de que los gestores de la empresa (que, en teoría, pueden ser unos accionistas alejados de la gestión social) no administran con diligencia o con lealtad los intereses de los socios. La realidad de los enfrentamientos entre accionistas y administradores con motivo de las presentaciones de resultados periódicos, la distribución de dividendos o la venta o adquisición de grandes activos, ilustran a la perfección la naturaleza e importancia de esta clase de conflictos.
- Los conflictos entre “administradores” y “accionistas”. Si en el apartado anterior, el foco de fricción estaba situado en la relación general entre la empresa y los accionistas, en este caso nos referimos en particular a los posibles conflictos entre los integrantes del órgano de administración y los grandes accionistas de la sociedad. Pueden ser conflictos de funcionamiento –cuando existen enfrentamientos o discrepancias entre consejeros en el seno del Consejo de Administración- o conflictos de representación –cuando hay accionistas que desean incorporarse al órgano de administración o plantear la modificación de los integrantes del mismo-

- Otra suerte de conflictos son los que pueden darse entre los administradores y los directivos de la empresa. El Buen Gobierno Corporativo predica, con razón, que el número de consejeros ejecutivos debe ser el “mínimo posible”, es decir, el Presidente del Consejo –de ser ejecutivo- y el Consejero Delegado, aunque en algunas sociedades otros altos directivos –como Directores Generales- acceden también a la condición de Consejeros. Es conveniente que el Consejo de Administración para ejercer las funciones que la ley y los principios de Buen Gobierno le asignan esté situado en un cierto nivel de distanciamiento respecto de la línea ejecutiva de la empresa. El Consejo ya no es una cámara de resonancia ni un órgano de ratificación de las decisiones que vienen preestablecidas desde los órganos internos de dirección de la empresa y que el Consejero Delegado presenta al Consejo de Administración. Las discrepancias aparecen, por tanto, de forma frecuente: estrategias, productos, operaciones, nombramientos, ceses, retribuciones,....
- El cuarto nivel de conflictos en la sociedad mercantil es que existe entre mayoría y minoría del capital social y que se refleja en la formación de mayorías estables (nucleadas en torno al Consejo de Administración, a pactos parasociales o ambas circunstancias) o coyunturales, creadas con ocasión de la convocatoria y celebración de la Junta General de accionistas. A su vez, la minoría puede estar concentrada en torno a uno o más accionistas significativos o tener carácter difuso o disperso como suele suceder en las grandes corporaciones de capital flotante, abierto o diluido.
- Así, pues, nos enfrentamos en la sociedad mercantil a cuatro áreas significativas de conflictividad, la tres primeras situadas en el entorno de la propia empresa [conflictos “ad intram”] y la cuarta fuera de su interior [conflictos “ad extram”]:
 - Propiedad/Gestión
 - Administración/Propiedad
 - Administración/Dirección
 - Mayoría/Minoría

2. CARACTERÍSTICAS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

1. Programa de principios vs. Código de normas

El Buen Gobierno Corporativo es un programa de principios generales y de prácticas de conducta más que un “código de normas” o un reglamento. Por eso, evitamos denominarlo “sistema” o “código” de Gobierno Corporativo, porque lo importante de estos principios no es la formulación concreta y estricta de su contenido –a diferencia de lo que sucede con la “norma” jurídica- sino el espíritu y finalidad que pretende conseguirse en la praxis si la conducta de la sociedad se inspira realmente en el principio de que se trate. De hecho, y salvo los fenómenos de transformación en normas vinculantes

a que aludimos más adelante, la mayoría de las reglas de Buen Gobierno son simples recomendaciones, no sancionadas jurídicamente en caso de incumplimiento o discrepancia por parte de la empresa. Lo relevante no es tanto que en el Consejo de Administración exista un número predeterminado de consejeros independientes cuanto que haya consejeros verdaderamente independientes y funcionen Comisiones de supervisión y control cuya mayoría de miembros esté integrada por consejeros no ejecutivos o externos. Lo importante no es que en los Consejos esté presente una cuota concreta de mujeres sino que exista un alto grado de diversidad, en todos los sentidos, dentro del órgano de administración.

Como “programa de principios”, el Gobierno Corporativo es dinámico y está abierto a nuevas tendencias constantemente. Hay un proceso, nacional e internacional, de revisión y actualización permanente de las principales recomendaciones de organización y de funcionamiento y también en eso el GC se diferencia de una ley o de un grupo de normas que, por su propia naturaleza, tienden a la vigencia general e indefinida y ofrecen en ocasiones gran resistencia al cambio.

2. Valor axiológico, nomogenético y transnacional

El Buen Gobierno Corporativo no pretende únicamente, ni diría que es su valor fundamental, mejorar los mecanismos de funcionamiento y transparencia de las sociedades ni garantizar un saludable equilibrio de poderes en el seno de la misma –por más que estos valores trasciendan ya el marco limitado del tradicional Derecho mercantil de sociedades- sino que postula, desde su propia noción de “Buen” Gobierno, un contenido o componente ético de primer orden. No se trata sólo de hacer bien las cosas, de evitar abusos y concentraciones de poder, de garantizar que todos los intereses encuentren protección, de conseguir que los mercados conozcan la realidad de los resultados y de las principales operaciones de las sociedades, se trata también de que la gestión social, empezando por el Consejo de Administración, sea leal al interés social y cumpla rigurosamente la legislación vigente. Ahí radica el “valor axiológico” del Buen Gobierno, en su capacidad para ensamblar los valores de la ética empresarial con la realidad de la gestión societaria de manera que los gestores no sólo conozcan, interioricen y asuman esos valores sino que se conviertan en guías de actuación preceptivas para todos los empleados y también para las relaciones “ad extram” con los “stakeholders”.

El Derecho positivo encuentra una fuente constante de inspiración y mejora en las formulaciones de Buen Gobierno Corporativo. Es normal, por tanto, que con el paso del tiempo, algunas propuestas nacidas en el entorno lábil y elástico de las recomendaciones y los estándares de conducta sean captadas por el legislador y pasen a constituirse en contenido de leyes, reglamentos, órdenes y circulares. No es objeto del presente estudio analizar con detalle el desarrollo de ese proceso de incorporación o importación normativa. Será suficiente recordar algunos ejemplos de recomendaciones convertidas actualmente en normas jurídicas obligatorias, situadas en la Ley del Mercado de Valores y en la Ley de Sociedades Anónimas [hoy, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio] fundamentalmente para las sociedades cotizadas:

- La existencia de un Reglamento de Consejo de Administración, aprobado por el Consejo e informado a la Junta General.
- La existencia de un Reglamento de Junta General, aprobado por la misma.
- La Comisión o Comité de Auditoría, integrado por una mayoría de consejeros externos [modificado por la reciente Ley 12/2010, de 30 de junio].
- Los sistemas de voto y representación a distancia en forma telemática para las Juntas Generales de accionistas.
- El foro electrónico de los accionistas [introducido por la citada Ley 12/2010].
- Los complementos del orden del día de la Junta General y la posibilidad de Juntas Generales virtuales.
- Las reglas especiales aplicables a determinados sistemas de retribución de los administradores (materia sobre la que el Proyecto de Ley de Economía Sostenible plantea la conversión en normas obligatorias de la votación consultiva por la Junta General del informe anual de remuneraciones de los consejeros y directivos y del desglose individual en el mismo de las retribuciones de cada consejero por todos los conceptos).
- El Informe Anual de Gobierno Corporativo y la existencia de una página web corporativa de la sociedad.

El valor axiológico y la capacidad nomogénica de los principios de Buen Gobierno se completan y se refuerzan con la marcada condición transnacional que caracteriza a los mismos. Son principios que surgen de forma más o menos espontánea en diferentes países a iniciativa de autoridades y organismos diversos –aunque usualmente vinculados a la gestión de las Bolsas de Valores- y también a impulso de los propios sectores y corporaciones a través de diferentes fórmulas de autorregulación. Ha habido, no obstante, en los últimos años dos núcleos principales de impulso y difusión de recomendaciones de “Corporate Governance”, como veremos en el apartado III siguiente: la Unión Europea y los organismos interbancarios internacionales.

3. Genio expansivo

Aunque desarrollado al calor de los requisitos de transparencia inherentes a las sociedades cotizadas en Bolsa respecto de las cuales los inversores actuales y potenciales necesitan tener un grado elevado de conocimiento sobre la forma en que esas sociedades se organizan y funcionan, empezando por identificar su estructura de capital, su estructura de administración y las relaciones entre accionistas, administradores y la propia sociedad (operaciones vinculadas), pronto se revela que las prácticas de Buen Gobierno son de utilidad más allá del entorno de la transparencia de los mercados de valores: en la medida en que esas reglas incorporan soluciones organizativas innovadoras y eficaces y sirven para resolver conflictos entre las partes interesadas en el buen funcionamiento de la empresa, tienen un cierto carácter universal y pueden ser extrapoladas a otras modalidades de organización empresarial distintas de la sociedad mercantil cotizada: a sociedades mercantiles no cotizadas, a empresas familiares, a otros tipos de sociedades, a personas jurídicas distintas de la sociedad como la fundación o la mutualidad, y, en general a cualquier clase de organización desarrollada. Naturalmente también,

a las entidades públicas y a las sociedades privadas constituidas y/o controladas por la Administración General del Estado o por otras Administraciones Públicas, máxime cuando la ley establece de forma expresa que esas entidades se registrarán, como norma general, por el Derecho privado.

Por ejemplo, la idea de que el primer nivel ejecutivo de la empresa (Presidente, Consejero Delegado) no esté concentrado en una misma persona o, de estarlo, tenga unos contrapesos eficaces.

La de que dentro del Consejo existan Comisiones específicas referidas a la auditoría, el control y el cumplimiento normativo o al nombramiento y a la fijación de las retribuciones de los consejeros.

El criterio de que las empresas creen una página web en Internet a través de la cual publiquen información de interés para los grupos de interés.

La política de que formen parte del Consejo personas externas a los socios o entidades de referencia (accionistas principales, fundadores, organismos públicos..) que actúen como profesionales independientes para mejorar la eficacia del órgano y atender a los intereses de interesados minoritarios y de terceros.

La de que cada entidad formalice y haga públicos sus compromisos con un sistema de gobierno responsable.

Todas ellas, y muchas otras, son propuestas que valen igual para una gran corporación cotizada en Bolsa que para una sociedad mercantil pequeña o mediana, para una sociedad de servicios, para una organización “non profit” o para una asociación de empresas o de profesionales.

4. Singularidad del Gobierno Corporativo de cada entidad

Hemos destacado ya dos rasgos característicos del Buen Gobierno Corporativo: la falta de eficacia vinculante de sus recomendaciones –salvo aquellas de las que se apropia el legislador en un momento dado- y la “universalidad” de sus principios respecto de toda clase de modelos de organización dotados de personalidad jurídica, en especial aquellas organizaciones que desarrollan actividades económicas y/o actúan en el ámbito de los mercados.

Íntima relación con los expresados atributos posee la “singularidad” o condición de particularidad del Gobierno Corporativo de cada entidad. A diferencia de las leyes positivas –la Ley de Sociedades de Capital, la Ley del Mercado de Valores o la Ley de Auditoría-, el Gobierno Corporativo no pretende imponer, ni siquiera por la vía “suave” de las recomendaciones no vinculante, un esquema rígido de reglas de conducta.

El desarrollo de la ley en una materia típica del Derecho privado y regida por tanto por el principio de libertad de autoorganización de la empresa., corresponde a cada entidad que es la que, si lo desea,

debe hacerse su “traje a la medida”, flexible, abierto y adaptable. Es, desde luego, aconsejable que lo haga. Además de los Estatutos sociales, en las sociedades cotizadas son obligatorios, como sabemos, el Reglamento de la Junta General y el Reglamento del Consejo de Administración, así como el Reglamento interno de conducta en el Mercado de Valores. Son voluntarios, pero muy frecuentes, el Código de Ética Empresarial, los Procedimientos sobre conflictos de interés y operaciones vinculadas y las políticas corporativas sobre control, riesgos, recursos humanos, proveedores, fraude....

De este modo, el nuevo Gobierno Corporativo no solo no restringe sino que da pie y alas a la autonomía del Derecho privada y a la capacidad normativa interna de las sociedades en todo lo que no esté cubierto por el Derecho imperativo.

Las grandes corporaciones tienden, en ese sentido, a configurar un “sistema” propio de Gobierno Corporativo que, dentro del marco de la ley y de los estatutos sociales, permita desarrollar las mejores prácticas de administración y gestión y establecer procedimientos internos de actuación objetivos, claros y eficaces. Además de su valor formativo y ejemplificativo interno, esas reglas internas despliegan una eficacia indudable frente a terceros y pueden resultar decisivas a la hora de dirimir un conflicto entre la sociedad y un accionista, un proveedor, un cliente o un competidor.

Pensemos un momento en las relaciones sociedad-socio. La sociedad no es, en nuestro ordenamiento jurídico, una institución orgánica sino un contrato que se rige por la voluntad de las partes. Ese contrato se traduce en una relación jurídica-bilateral que genera derechos y obligaciones para ambas partes. Es una relación abierta, continuada en el tiempo y de duración indefinida. Como contrato normativo y relación destinada a perdurar en el tiempo, el contenido obligacional del contrato de sociedad se debe ir renovando y actualizando periódicamente. Las normas internas de Gobierno Corporativo representan esa actualización que, desde un punto de vista jurídico, aprueban los órganos de la compañía competentes en cada caso –Junta General y Consejo de Administración- y publican en la página web corporativa no sólo con la finalidad de informar a todos los intereses sino también con el concreto fin jurídico-contractual de poner a disposición de todos los accionistas la nueva oferta pública –una oferta transparente y permanente- de condiciones de contrato cuya consentimiento se produce a través de la adhesión permanente implícita al mantenimiento o incremento de la participación accionarial del socio. No es este el lugar de profundizar en la eficacia vinculante de las reglas de Gobierno Corporativo singulares de cada sociedad. respecto de terceros, en particular respecto de los accionistas. Lo que no cabe de duda es de ese principio de vinculación existe y que el inversor en acciones, por el hecho de serlo, se ve inmerso en una esfera de regulación corporativa que le afecta y en la que al lado de derechos de participación, información y reacción legal está sujeto a deberes de fidelidad, igualdad de trato y buena fe. En este sentido, los accionistas, aunque no estén presentes o representados en el Consejo de Administración, no son, en sentido estricto, “terceros” respecto de la sociedad sino “partes” de una relación obligatoria bilateral que establece un vínculo formal y material con la misma. Si esta afirmación resulta válida respecto de todos los accionistas, aun adquiere mayor importancia cuando se predica de los accionistas significativos, es decir, aquellos que son titulares de acciones o de derechos políticos por encima de un determinado porcentaje que la legislación del mercado de valores española sitúa actualmente en el 3%.

6. Gobierno Corporativo y crisis financiera

Aunque todavía disponemos de una corta perspectiva histórica para analizar las causas no estrictamente económica de la crisis financiera de la primera década del siglo XXI, es lo cierto que los modelos de gestión de las grandes corporaciones han fallado y que los fraudes contables, la comercialización de productos financieros supervalorados, la distribución de garantías falsas o incompletas y otras tantas disfunciones aparecidas en el mercado financiero en los últimos años ponen de manifiesto, entre otras muchas debilidades del sistema, un funcionamiento inadecuado de los métodos de gobierno y administración de las sociedades.

Las reacciones normativas a las causas de la crisis no se han hecho esperar sobre todo en la forma de regulaciones exógenas: mayor concentración y capacidad de actuación de las autoridades supervisoras de los mercados (sobre todo, una coordinación eficaz de las mismas a nivel internacional), creación de nuevos organismos públicos de control, segmentación de actividades dentro del sistema bancario y financiero (como establece la nueva legislación norteamericana sobre el sistema financiero), refuerzo de los mecanismos de auditoría y control de las empresas, con especial énfasis en el control macro de los riesgos de toda clase, tipificación de nuevas figuras delictivas (como la estafa de inversores incorporada a nuestro Derecho penal por la Ley Orgánica 5/2010).

Pero lo que ahora nos interesa destacar son las medidas de orden interno, es decir, aquellas que intentan profundizar –o, en su caso, enmendar– los principios de Buen Gobierno Corporativo que se habían venido formulando desde los primeros códigos de los años 90 hasta el comienzo de la crisis en 2007-2008 aproximadamente.

Entre esas medidas reactivas, destacan las siguientes:

- **El reforzamiento del control de riesgos y la definición de esta función como competencia propia del Consejo de Administración**, es decir, indelegable o delegable solo en una Comisión de consejeros (sea la propia Comisión de Auditoría o una nueva Comisión de Riesgos independiente). El cambio de tendencia es importante: frente a la idea que los Consejos deben ser órganos de fiscalización (supervisión y control) que normalmente no ejercen funciones gerenciales directas (al modo del Comité supervisor del modelo dualista germánico de administración de las sociedades anónimas), la crisis recupera el concepto del Consejo ejecutivo, del Consejo gestor, idea que realmente no se había abandonado nunca al menos en nuestro país.
- **La representatividad de los Consejos de Administración**

Se ha detectado como una posible causa de la desinformación de los Consejos de Administración sobre la actividad y los productos de la empresa, la escasa representatividad de sus miembros en relación con la estructura accionarial de la compañía e, incluso, en un sentido

más amplio, respecto del sector empresarial de que se trate y de la sociedad en general. El peso concedido, a raíz del movimiento pro Gobierno Corporativo, a los consejeros independientes ha producido, en muchos casos, consejos plagados de personas de reciente incorporación, sin experiencia ni peso específico en la sociedad, que aunque sean mayoría en el Consejo y aunque controlen la Comisión de Auditoría y la Comisión de Nombramientos y Retribuciones están muchas veces a merced de los consejeros ejecutivos y de los directivos de la empresa (a pesar de que el número de consejeros ejecutivos sea muy reducido, lo que no siempre ocurre). Para evitar este fenómeno, origen sin duda de las “lagunas de información” de los órganos de administración, es necesario actuar en dos órdenes diferentes:

- (i) Reforzar el número y, sobre todo, la independencia efectiva, real, de los consejeros profesionales.
- (ii) Incorporar al Consejo a accionistas o a representantes de accionistas significativos que, independientes también de la sociedad y de sus ejecutivos, puede actuar eficazmente como consejeros externos en las Comisiones de supervisión, en la Comisión Ejecutiva cuando exista y en el pleno del Consejo de Administración.
- (iii) Si en un mercado de control corporativo tan concentrado como el español, la figura de los consejeros dominicales resulta básica y es uno de los pivotes sobre los que gira un buen sistema de Gobierno Corporativo, se puede sostener, con carácter general incluso para las sociedades de capital atomizado, que una presencia cualificada en el Consejo de los inversores institucionales y de los grandes accionistas significativos resulta más que saludable para que ese sistema se consolide y para prevenir fugas y lagunas de información como las que pueden esconderse detrás de la crisis financiera y económica.

- La credibilidad de los Consejos de Administración

Los Consejos de Administración no sólo deben ser transparentes en cuanto a la información que hacen pública al mercado, equilibrados en su estructura y composición con un componente mayoritario de consejeros externos o no ejecutivos, responsables tanto en términos de diligencia como de fidelidad a la ley y al interés social, sino que además deben seguir unas pautas de conducta fiables y creíbles por la comunidad. La imagen de fiabilidad y confianza de los Consejos de Administración, que tanto tiene que ver con la reputación corporativa de la entidad como hemos examinado en otro estudio reciente, se ve sometida a una especial “prueba de stress” con motivo de la celebración de las Juntas Generales de accionistas. Como es notorio, un porcentaje cualificado del quórum de constitución de las Juntas General, así como del quórum de votación de cada una de las propuestas de acuerdo, viene constituido por los votos a distancia y, sobre todo, por las delegaciones de voto que los accionistas otorgan usualmente al Presidente del Consejo de Administración en virtud del procedimiento de solicitud pública de representación.

Siendo todos los procedimientos indicados legítimos, necesarios y habituales en las grandes corporaciones de todos los países, el Presidente y demás administradores deben extremar el rigor

en la aceptación, cómputo y ejercicio de las instrucciones de voto recibidas de los accionistas y de las entidades depositarias de las acciones o gestoras de los derechos de voto correspondientes, sobre todo en casos de conflicto de interés.

Una práctica altamente recomendable a este respecto- aunque ausente en los códigos e informes al uso de buen gobierno-es la verificación de los procedimientos de la Junta General por parte de un auditor externo, que puede ser o no el auditor de cuentas de la sociedad; dentro de esos procedimientos, la revisión externa deberá ocuparse sobre todo de los sistemas de votación y delegación a distancia, incluido el voto y la representación electrónicas, así como del desarrollo de las votaciones en el seno de la Junta General, el escrutinio de las votaciones y el respeto de los derechos de los accionistas minoritarios.

- La transparencia de las retribuciones de los consejeros

Aunque las recomendaciones sobre transparencia de las retribuciones de los administradores existen desde los albores del movimiento del Buen Gobierno Corporativo, el CUBGC dio en 2006 un notable impulso hacia la concienciación de la trascendencia de esta clase de recomendaciones, que figuran entre las que han cosechado hasta ahora una menor repercusión social.

El CUBGC se basa en el principio de que la plena transparencia de las retribuciones de los miembros del Consejo –incluida la totalidad de las retribuciones de los consejeros ejecutivos- puede ser una medida eficaz frente al riesgo de remuneraciones excesivas. Según el CUBGC, la transparencia debe alcanzar a todos los componentes y conceptos retributivos, incluidas las indemnizaciones pactadas para caso de cese.

Y “aunque en materia de retribuciones este Código parte del principio fundamental de autonomía privada y pone especial énfasis en su régimen de transparencia y aprobación por los órganos sociales competentes, también formula algunas recomendaciones complementarias sobre el contenido de dicho régimen retributivo”, como son las contenidas en las Recomendaciones nº 36 a nº 39.

Pero las dos Recomendaciones más relevantes en la cuestión son las nº 40 y 41 que, en síntesis, indican lo siguiente:

40. Que el Consejo someta a votación de la Junta General de Accionistas, como punto separado del orden del día, y con carácter consultivo, un informe sobre la política de retribuciones de los consejeros. Y que dicho informe se ponga a disposición de los accionistas (...)

41. Que la Memoria detalle las retribuciones individuales de los consejeros durante el ejercicio (...)-

El Proyecto de Ley de Economía Sostenible, pendiente a esta fecha de tramitación parlamentaria, aborda la transformación en normas vinculantes de dos medidas importantes:

- La votación consultiva por la Junta General del informe anual de retribuciones de los administradores que debe ser aprobado previamente por el Consejo de Administración y que el Proyecto de Ley extiende a los altos directivos (el CUBGC sólo se refiere a los administradores), criterio que coincide con el establecido por la Ley de Reforma Financiera de EEUU, aprobada en julio de 2010.
- La individualización de las retribuciones que cada consejero percibe de la sociedad por todos los conceptos: remuneraciones de consejeros, retribuciones por contratos de servicios o laborales, derechos pasivos e indemnizaciones para el caso de cese.

El mismo Proyecto pretende también elevar el concepto y los requisitos definitorios del “consejero independiente” de simples recomendaciones del CUBGC a normas legales imperativas. Sería, a nuestro juicio, un error hacerlo, por las razones que explicamos en otra investigación pendiente de ser publicada. La “sanción” a una sociedad que califique como independiente a un consejero que de forma notoria no revista la cualidad de tal debe venir impuesta por el mercado: accionistas, analistas, inversores, competidores...no por la CNMV, por más que este organismo tenga facultades para instar la modificación del contenido de los informes anuales de gobierno corporativo en caso de error u omisión. La decisión, en cambio, en los casos dudosos que los hay, debe ser asumida bajo su propia responsabilidad por el Consejo de Administración de la sociedad. Si la CNMV ya concede efectos vinculantes a la definición de consejero independiente del CUBGC, no hace falta regular más: una cadena de delegaciones, amparada en la futura ley, podría dar lugar finalmente a una definición de consejero independiente aun más estricta que la prevista en el CUBGC y, por ende, a ocasionar un perjuicio comparativo a las sociedades cotizadas españolas en relación con las de otros muchos países que aplican estos conceptos con mayor flexibilidad.

III. REFERENCIA A LOS PRINCIPALES CODIGOS E INFORMES DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Podemos establecer, convencionalmente, cuatro fases o etapas en el desarrollo del “Corporate Governance” contemporáneo:

1. Los primeros Códigos e Informes de Buen Gobierno

La primera oleada de códigos e informes de recomendaciones no vinculantes, vinculadas estrechamente a la expansión de los mercados de valores a finales del siglo XX: El proceso se inicia en el Reino Unido con el Informe Cadbury (1992) y el Informe Greenbury (1996) y se prolonga con los

códigos de buen gobierno aprobados en diferentes países, como el Código de Buen Gobierno italiano (1999), el Código de Buenas Prácticas alemán de 2000, los dos Informes Viénot en Francia de 1995 y 1999, el Informe británico Hampel (1998) y el Combined Code británico (1998), entre otros muchos.

En España, se sitúan en esta etapa los dos primeros Códigos de Buen Gobierno Corporativo: los llamados “Código Olivencia” (1998) y “Código Aldama” (2003).

2. La incorporación del Buen Gobierno al Derecho Mercantil positivo

La 2ª fase de incorporación al Derecho mercantil positivo, a través de la reforma de la legislación de mercado y de las leyes sustantivas sobre sociedades de capital en muchos países

En Alemania y en Italia se promulgan reformas ambiciosas de sus respectivas legislaciones mercantiles.

En EEUU se aprueba una ley decisiva, la Sarbanes-Oxley Act, de 2002 y en el Reino Unido la Company Law Reform (2000).

En España, se sucedieron varias reformas, en poco tiempo, de la LSA y de la LMV: Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la LMV, Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, Ley de Transparencia –Ley 26/2003, de 17 de julio-, Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea, Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y Ley 5/2009, de 29 de julio, sobre participaciones significativas, entre otras.

3. La internacionalización y los Códigos e Informes de Gobierno Corporativo de época reciente

La 3ª etapa vendría constituida por la sedimentación de las propuestas e iniciativas emanadas desde el origen del movimiento, una vez contrastadas con la experiencia de la legislación y de la praxis de los diferentes países y mercados: Pueden mencionarse la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005 (2005/162/EC) sobre consejeros externos y comisiones del Consejo y la de 14 de diciembre de 2004 (2004/913/EC) sobre retribuciones de consejeros de sociedades cotizadas, así como la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006 relativa a la auditoría legal de cuentas anuales y de las cuentas consolidadas (incorporada al Derecho español por la Ley 12/2010, de 30 de junio).

Esta es la época en que se publican las Recomendaciones de la NYSE, 2002, el Informe europeo Winter, 2002 y los Principios de Corporate Governance de la OCDE, de 2004. El Gobierno

Corporativo comienza a abrirse a otros horizontes (“stakeholders”, grupos de empresas...), a primar la transparencia como valor nuclear del sistema por encima de la estructura de los órganos de administración y a valorar las relaciones con los accionistas, el voto transfronterizo, la posición de los inversores institucionales y la eficacia de las Juntas Generales. La OCDE hace pública, en 2005, su Guía sobre Gobierno Corporativo de las empresas estatales, a que nos referiremos más adelante.

El Código “Conthe” (Código Unificado de Buen Gobierno de la sociedades cotizadas –CUBGC-) (2006), responde también a ese momento histórico, que siendo bien reciente aparece ya desfasado en parte como consecuencia de los efectos devastadores de la crisis en términos de confianza social sobre la vigencia de unas propuestas institucionales que no sirvieron para evitar ni siquiera para detectar o anunciar la llegada de la crisis.

4. La evolución reciente de los Códigos e Informes tras la crisis

Una 4ª fase, post-crisis, en la que, sin perjuicio de la consolidación de los principios elaborados y difundidos en etapas anteriores, el foco de atención se sitúa sobre aspectos determinados, algunos de ellos descuidados en las fases previas: control de riesgos, representatividad y credibilidad de los Consejos de Administración, transparencia y control de los procesos de constitución y votación en las Juntas Generales.

18

Una de las iniciativas normativas que sin duda va a tener más proyección internacional es la nueva Ley de Reforma Financiera de EEUU (la “Wall Street Reform”), aprobada en julio de 2010, que, entre otros muchos aspectos, regula el “shareholders non-binding vote on executive pay and golden parachutes” y concede a la SEC facultades para garantizar el derecho de los accionistas a nombrar consejeros con el propósito de situar los objetivos de los administradores en un horizonte de largo plazo y en un criterio de estabilidad.

En el Reino Unido, debe hacerse mención del Informe Walker de Gobierno Corporativo, cuya versión definitiva se publicó el 26 de noviembre de 2009, y que se completa con el documento presentado en enero de 2010 por la “Financial Services Authority” (FSA) británica, titulado “Effective corporate governance”, así como del “Stewardship Code for Institutional Investors” de 2010. También surgen nuevos Códigos de Gobierno Corporativo, o modificaciones de los publicados con anterioridad, en Suecia (2006), Italia (2008), Suiza (2008), Holanda (2008), Alemania (2009), Bélgica (2009), Austria (2009), Australia (2010), Portugal (2010) y Francia (2010), entre otros países.

A nivel comunitario europeo, se puede citar una serie de nuevas Directivas en la esfera del Derecho del Mercado de Valores:

- Directiva 2008/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2006/49/CE sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito

- Directiva 2008/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2004/109/CE 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.
- Directiva 2008/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.
- Directiva 2008/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores.
- Directiva 2008/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros.

Y en el ámbito del Derecho societario sustantivo, la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre ejercicio de determinados derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas.

En nuestro país, hay que hacer mención de la reciente Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifican la Ley de Auditoria de Cuentas (1988), la Ley del Mercado de Valores (1988) y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (1989), el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, ya mencionada, que dedica un capítulo a Gobierno Corporativo referido fundamentalmente a la transparencia de las retribuciones de administradores y directivos y, desde un punto de vista exclusivamente técnico, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, T.R. 2010) aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2010. Se debe recordar, asimismo, la reciente reforma del Código Penal (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el Código Penal), reforma que tipifica el delito de estafa o fraude de inversores, consistente en el falseamiento de la información económico-financiera de sociedades emisoras con fines de captación de inversores/clientes, colocación de activos financieros u obtención de financiación (art. 282 bis); modifica además los diferentes tipos delictivos contemplados en el art. 284: alteración de precios y difusión de indicios engañosos, noticias y rumores falsos con finalidad de alteración de precios. Otros delitos relacionados con la administración societaria y con el gobierno corporativo son los delitos societarios consistentes en la imposición de acuerdos lesivos por una mayoría ficticia a través del abuso de la firma en blanco o la atribución indebida de los derechos de voto o en la negación o impedimento sin causa legal de derechos de socio como los de información, participación en la gestión y suscripción preferente (arts. 292 y 293), entre otros.

Por otra parte, es lógico que en esta fase actual, que alcanza hasta nuestros días, uno de los motores más potentes de las nuevas propuestas provenga de los foros y organismos de supervisión bancaria y financiera internacionales y nacionales. Merece destacarse entre ellos, las recomendaciones sobre buen gobierno de las entidades de crédito aprobadas por el Comité de Supervisores Bancarios de Basilea.

- Recomendación de la Comisión Europea 2009/3159/CE, de 30 de abril, sobre políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros.
- Recomendación de la Comisión Europea 2009/3177/CE, de 30 de abril, que complementa las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE en lo que atañe al sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa.
- Principios para buenas prácticas en materia de remuneraciones [Principles for Sound Compensation Practices] del Financial Stability Board (FSB) [antes, Financial Stability Forum], abril 2009 y los complementarios “Implementation Standards” [FSB Standards], septiembre 2009.
- Principios de Remuneración y Criterios de Metodología de Valoración [Compensation Principles and Standards Assessment Methodology], del Basel Committee on Banking Supervision, enero 2010.
- Las conclusiones de foros económicos internacionales como el G-20 (expresamente mencionadas en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, aunque sin concretar su contenido, fecha, eficacia ni documento formal de aprobación)
- Cartas circulares del Banco de España de 31 julio 2009 y 12 noviembre 2009, que se remiten a los Principios del Foro de Estabilidad Financiera (FSF) y del Comité Europeo de Supervisores Bancarios (CEBS) y a las Recomendaciones europeas indicadas.

Digamos que es también la hora de la prudencia para evitar el riesgo de la sobre-regulación, de la invasión del Derecho imperativo, de la conversión indiscriminada de las recomendaciones de Buen Gobierno en normas imperativas de Derecho de sociedades. Es también el momento de discernir el grano de la paja: de subrayar los principios realmente importantes para la adecuada organización de las sociedades mercantiles frente a las “modas”, los estereotipos y los clichés.

Es fundamental prevenir que el primer ejecutivo de la empresa pueda acumular un poder omnímodo, que los consejeros independientes se perpetúen en su cargo y acaben perdiendo la neutralidad que debe presidir sus decisiones o que el número de consejeros externos resulte simbólico. Pero no lo es que al lado del Presidente del Consejo tenga que coexistir un Consejero Delegado, que el plazo de mandato de los consejeros sea necesariamente breve, que los consejeros independientes alcancen un número o una cuota de plazas de consejero predeterminada, que un consejero independiente pierda de forma automática su condición de tal por el mero transcurso de un período de tiempo, que se exijan unos criterios rígidos de ponderación entre consejeros externos dominicales y consejeros externos independientes o que la diversidad de género se imponga en el Consejo de manera forzosa. Es recomendable que el Consejo autoevalúe su funcionamiento cada año, pero no resulta crítico el procedimiento a través del cual se realice la evaluación si se consigue un resultado objetivo, eficaz y transparente.

Los Códigos e Informes de Buen Gobierno nacionales e internacionales nos dan unas pautas de actuación de gran interés a la hora de diseñar el sistema de gobierno corporativo de cada entidad. Pero es la entidad en sí misma, y esto vale para una sociedad estatal igual que para una gran corporación cotizada

perteneciente al Ibex-35, quien tiene que aprobar sus reglas internas de administración y gestión a través de los Estatutos sociales y de otros dos instrumentos que, aun siendo voluntarios, son de recomendable adopción: el Reglamento de Consejo de Administración y el Código de Conducta o de Ética.

IV. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO UNIFICADO DE GOBIERNO CORPORATIVO DE 2006

1. Eficacia jurídica del Código Unificado

El CUBGC proclama las siguientes características básicas del mismo:

- *Voluntariedad, con sujeción al principio de “cumplir o explicar”.*

El artículo 116 de la Ley del Mercado de Valores, fiel al principio conocido internacionalmente como “cumplir o explicar” (*comply or explain*), obliga a las sociedades cotizadas españolas a consignar en su Informe Anual de Gobierno Corporativo “*el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones*”. El CUBGC formula las recomendaciones que deben considerar las sociedades cotizadas para cumplimentar la obligación de información impuesta por ese precepto.

De este modo, la legislación española deja a la libre autonomía de cada sociedad la decisión de seguir o no las recomendaciones de gobierno corporativo, pero les exige que, cuando no lo hagan, revelen los motivos que justifican su proceder, al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos.

- *Definiciones vinculantes.*

Las sociedades cotizadas son libres para seguir o no las recomendaciones de buen gobierno, pero al informar sobre si las cumplen o no deberán respetar el significado que este Código atribuye a los conceptos que emplea para formularlas, en particular en la calificación de los consejeros como independientes o en cualquiera de las demás categorías de consejeros que el CUBG contempla. Así, por citar el mismo ejemplo al que el CUBGC acude, las sociedades podrán optar libremente por seguir o no la Recomendación número 13 sobre consejeros independientes, pero no podrán calificar como “independiente” -a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de información - a un consejero que no reúna las condiciones mínimas establecidas en el epígrafe 5 del apartado III de definiciones del CUBGC.

- *Evaluación por el Mercado.*

Corresponderá a los accionistas, a los inversores y, en general, a los mercados valorar las explicaciones que las sociedades cotizadas den sobre el grado de cumplimiento de las

recomendaciones. En consecuencia, el grado de cumplimiento o la calidad de las explicaciones no deben servir de base para eventuales resoluciones de la CNMV, pues otra cosa desvirtuaría el carácter voluntario de las recomendaciones de este Código.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de las competencias y facultades de seguimiento atribuidas a la CNMV, en relación con el Informe anual de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, por el artículo 116 de la Ley del Mercado de Valores y la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, a cuyo tenor la CNMV podrá exigir que se corrijan las omisiones o datos engañosos o erróneos.

Hay que señalar finalmente la “generalidad” o “universalidad” de ámbito del CUBGC: en efecto, como indica el Preámbulo del Código el mismo “está dirigido a la generalidad de las sociedades cotizadas, con independencia de su tamaño y nivel de capitalización”; no obstante, añade, “no cabe descartar... que algunas de sus Recomendaciones puedan acaso resultar poco apropiadas o excesivamente onerosas para las empresas de menor escala”, en cuyo caso “basta con que las sociedades afectadas expliquen debidamente las razones y las opciones elegidas: su libertad y autonomía de organización quedan plenamente salvaguardadas”.

2. Principales recomendaciones

22

Nos referimos a continuación a algunas de las recomendaciones más destacadas del CUBGC, sobre todo a aquellas recomendaciones que aun mantienen vigencia y futuro y que pueden proyectarse, con determinadas salvedades, sobre las empresas que integran el sector público [no se mantiene la numeración original de las Recomendaciones según el CUBGC]:

1. Que el Consejo desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas y se guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa. Y que vele asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (stakeholders) la empresa respete las leyes y reglamentos; cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos; respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad; y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente.
2. Que el Consejo asuma, como núcleo de su misión, aprobar la estrategia de la compañía y la organización precisa para su puesta en práctica, así como supervisar y controlar que la Dirección cumple los objetivos marcados y respeta el objeto e interés social de la compañía. Y que, a tal fin, el Consejo en pleno se reserve la competencia de aprobar las políticas y estrategias generales de la sociedad y decisiones como el nombramiento y eventual cese de los altos directivos, la retribución de los consejeros, la información económica-financiera pública, las inversiones u operaciones de todo tipo que, por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico, salvo que su aprobación corresponda a la Junta General y a las operaciones que la sociedad realice con

consejeros, con accionistas significativos o representados en el Consejo, o con personas a ellos vinculados (“operaciones vinculadas”), entre otras.

3. Que el Consejo tenga la dimensión precisa para lograr un funcionamiento eficaz y participativo, lo que hace aconsejable que su tamaño no sea inferior a cinco ni superior a quince miembros.
4. Que los consejeros externos dominicales e independientes constituyan una amplia mayoría del Consejo y que el número de consejeros ejecutivos sea el mínimo necesario.
5. Que dentro de los consejeros externos, la relación entre el número de consejeros dominicales y el de independientes refleje la proporción existente entre el capital de la sociedad representado por los consejeros dominicales y el resto del capital.
6. Que el número de consejeros independientes represente al menos un tercio del total de consejeros.
7. Que el Presidente, como responsable del eficaz funcionamiento del Consejo, se asegure de que los consejeros reciban con carácter previo información suficiente; estimule el debate y la participación activa de los consejeros durante las sesiones del Consejo, salvaguardando su libre toma de posición y expresión de opinión; y organice y coordine con los presidentes de las Comisiones relevantes la evaluación periódica del Consejo, así como, en su caso, la del Consejero Delegado o primer ejecutivo.
8. Que, cuando el Presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día; para coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos; y para dirigir la evaluación por el Consejo de su Presidente.
9. Que el Consejo se reúna con la frecuencia precisa para desempeñar con eficacia sus funciones, siguiendo el programa de fechas y asuntos que establezca al inicio del ejercicio, pudiendo cada Consejero proponer otros puntos del orden del día inicialmente no previstos.
10. Que cuando los consejeros o el Secretario manifiesten preocupaciones sobre alguna propuesta o, en el caso de los consejeros, sobre la marcha de la compañía y tales preocupaciones no queden resueltas en el Consejo, a petición de quien las hubiera manifestado se deje constancia de ellas en el acta.
11. Que el Consejo en pleno evalúe una vez al año la calidad y eficiencia del funcionamiento del Consejo.

12. Que todos los consejeros puedan hacer efectivo el derecho a recabar la información adicional que juzguen precisa sobre asuntos de la competencia del Consejo.
13. Que las sociedades establezcan un programa de orientación que proporcione a los nuevos consejeros un conocimiento rápido y suficiente de la empresa, así como de sus reglas de gobierno corporativo.
14. Que las sociedades exijan que los consejeros dediquen a su función el tiempo y esfuerzo necesarios para desempeñarla con eficacia y, en consecuencia.
15. Que los consejeros informen de sus restantes obligaciones profesionales, por si pudieran interferir con la dedicación exigida.
16. Que las sociedades establezcan reglas sobre el número de consejos de los que puedan formar parte sus consejeros.
17. Que la propuesta de nombramiento o reelección de consejeros que se eleven por el Consejo a la Junta General de Accionistas, así como su nombramiento provisional por cooptación, se aprueben por el Consejo a propuesta de la Comisión de Nombramientos, en el caso de consejeros independientes o previo informe de la Comisión de Nombramientos, en el caso de los restantes consejeros.
18. Que los consejeros independientes no permanezcan como tales durante un período continuado superior a 12 años.
19. Que el Consejo de administración no proponga el cese de ningún consejero independiente antes del cumplimiento del período estatutario para el que hubiera sido nombrado, salvo cuando concurra justa causa.
20. Que las sociedades establezcan reglas que obliguen a los consejeros a informar y, en su caso, dimitir en aquellos supuestos que puedan perjudicar al crédito y reputación de la sociedad y, en particular, les obliguen a informar al Consejo de las causas penales en las que aparezcan como imputados, así como de sus posteriores vicisitudes procesales.
21. Que todos los consejeros expresen claramente su oposición cuando consideren que alguna propuesta de decisión sometida al Consejo puede ser contraria al interés social.
22. Que cuando exista Comisión Delegada o Ejecutiva (en adelante, “Comisión Delegada”), la estructura de participación de las diferentes categorías de consejeros sea similar a la del propio Consejo y su secretario sea el del Consejo.

23. Que el Consejo tenga siempre conocimiento de los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas por la Comisión Delegada y que todos los miembros del Consejo reciban copia de las actas de las sesiones de la Comisión Delegada.
24. Que el Consejo de Administración constituya en su seno, además del Comité de Auditoría exigido por la Ley del Mercado de Valores, una Comisión, o dos comisiones separadas, de Nombramientos y Retribuciones.
25. Que el Consejo designe los miembros de estas Comisiones, teniendo presentes los conocimientos, aptitudes y experiencia de los consejeros y los cometidos de cada Comisión; delibere sobre sus propuestas e informes; y ante él hayan de dar cuenta, en el primer pleno del Consejo posterior a sus reuniones, de su actividad y responder del trabajo realizado.
26. Que dichas Comisiones estén compuestas exclusivamente por consejeros externos, con un mínimo de tres, y sus Presidentes sean consejeros independientes.
27. Que la supervisión del cumplimiento de los códigos internos de conducta y de las reglas de gobierno corporativo se atribuya a la Comisión de Auditoría, a la de Nombramientos, o, si existieran de forma separada, a las de Cumplimiento o Gobierno Corporativo.

El reverso de este panel de recomendaciones de buen gobierno serían las “malas prácticas corporativas”, las cuales, evidentemente, también pueden aparecer en las empresas públicas:

- Inexistencia de unas reglas propias de buen gobierno de la sociedad, debidamente aprobadas y publicadas en una página web corporativa.
- Falta de transparencia en las relaciones de la sociedad con el o los accionistas.
- Concentración y abuso de poder del Presidente, del Consejero Delegado y/o de determinados consejeros en perjuicio del interés social.
- Abuso de confianza de los directivos, adoptando decisiones que son de la competencia del Consejo de Administración.
- Falta de formación, experiencia, capacidad y criterio de los consejeros.
- Ausencia de independencia efectiva por parte de los consejeros independientes.
- Escasez e inutilidad de las reuniones.
- Inexistencia de Comisiones independientes de supervisión y control.

- Falta de información de los consejeros.
- Gestión incorrecta de la agenda de los consejeros.
- Ocultación de información al mercado.

V. ARGUMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO AL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL. LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA Y DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

Nos hemos referido con anterioridad al “genio expansivo” del Buen Gobierno Corporativo, a su capacidad de extensión y extrapolación a instituciones diferentes de la sociedad mercantil cotizada y de las sociedades mercantiles en general.

Es, sin duda, el caso de las diferentes entidades con personalidad jurídica propia que componen el sector público empresarial.

Hay, para ello, varios argumentos fundamentales.

26

En primer lugar, estas entidades se rigen de manera preferente por el Derecho privado, de forma que todo el bloque de la legalidad civil y mercantil les resulta de aplicación y como parte del mismo los principios, reglas y recomendaciones que constituyen el Buen Gobierno Corporativo.

La Disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, lo señala de manera muy precisa:

“Las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.”

En el mismo sentido, el artículo 166 de la Ley 3/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece que *“las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se registrarán por el presente título y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación”*.

También las llamadas entidades públicas empresariales, a que nos referiremos en el siguiente capítulo, se rigen por el ordenamiento privado sin perjuicio de la aplicación del Derecho administrativo en

materia de gestión de los bienes de dominio público y en algunos otros aspectos puntuales. Así lo señala el artículo 167 de la Ley 3/2003:

“1. Las entidades a que se refieren los párrafos a y b del apartado 1 del artículo anterior ajustarán la gestión de su patrimonio a esta ley. En lo no previsto en ella, se ajustarán al Derecho privado, salvo en materia de bienes de dominio público en que les serán de aplicación las disposiciones reguladoras de estos bienes.

2. Las entidades a que se refieren los párrafos c y d del apartado 1 del artículo anterior ajustarán la gestión de su patrimonio al Derecho privado sin perjuicio de las disposiciones de esta ley que les resulten expresamente de aplicación”.

El segundo argumento, es que las sociedades mercantiles estatales se rigen por los Estatutos sociales como cualquier sociedad mercantil y disponen de una potestad de organización interna que les faculta para desarrollar su sistema propio de reglas de Gobierno Corporativo a través de un Reglamento de Consejo de Administración, un Reglamento de Junta General, un Código de Ética y cuantas disposiciones consideren convenientes. La facultad de libre organización interna de las sociedades mercantiles, dentro de los límites legales, está ampliamente reconocida en la ley de sociedades de capitales: arts. 23, 28, 210, 211 y 249, entre otros, del Texto Refundido de 2010. Debe anotarse como el art. 28, *“Autonomía de la voluntad”*, del Texto Refundido, establece que *“en la escritura y en los estatutos se podrán incluir... todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”*.

Los Estatutos sociales y las demás normas internas de Gobierno Corporativo serán las reglas básicas que regirán la administración y la gestión de la sociedad estatal, salvo en los puntos que, como ahora veremos, son relativamente accesorios en que exista una norma expresa de Derecho público que por excepción se aplique a un aspecto determinado de la gestión social.

De esas normas internas, consideramos especialmente oportuna la existencia de un Reglamento de Consejo de Administración que regule el nombramiento, separación, los derechos, deberes y responsabilidades de los administradores, las relaciones con el o los accionistas y las Comisiones del Consejo de Administración. El Reglamento puede ser aprobado y actualizado por el propio Consejo de Administración, sin la rigidez formal que tienen los Estatutos sociales. Nos parece también muy conveniente que las sociedades estatales se doten de un Código interno de Ética Profesional que, sin perjuicio de las materias reguladas por la ley mercantil, la administrativa o la laboral, aborde cuestiones tan sensibles como la información reservada, los conflictos de interés o las operaciones vinculadas, así como la prevención de fraudes y delitos, incluidas las nuevas modalidades de corrupción incorporadas al Código Penal en la revisión de la Ley Orgánica 5/2010. Los contenidos típicos de un Reglamento de Consejo de Administración de sociedad mercantil cotizada y de un Código de Ética Profesional pueden quedar incorporados a un mismo documento con el nombre indistinto de Código de Conducta o de Guía de Buenas Prácticas, por utilizar la nomenclatura que aparece en los arts. 138 y

143 del RD 3173/2009, de 28 de agosto. No obstante, consideramos más aconsejable diferenciar en dos documentos separados, ambos aprobados por el Consejo de Administración:

- Las reglas de organización, funcionamiento, derechos y deberes de los consejeros: Reglamento del Consejo de Administración
- El Código de Conducta de los directivos y empleados de la sociedad: capacitación, formación, vinculaciones y conflictos de intereses, dedicación, incompatibilidades, relaciones con proveedores, relaciones con medios de comunicación, relaciones con competidores, política de privacidad, obsequios..

Por último, si hay sociedades mercantiles, que, coticen o no coticen en Bolsa, tengan o no tengan accionistas minoritarios significativos o no, “deben” poseer y dar ejemplo de un Gobierno Corporativo transparente y limpio son aquellas sociedades cuyo accionista de referencia es la Administración General del Estado u otras Administraciones Públicas. Por ello, el Preámbulo del Reglamento General de Patrimonio de 2009, al que nos referimos más adelante, hace expresa mención no sólo a los “principios constitucionales de eficiencia y economía en su gestión”, sino también a la necesidad de un “marco transparente” de organización –un “nuevo esquema de gestión”-, considerando como tal aquel “que no proyecte distorsiones sobre los mercados”.

28

Poco sentido tendría el decidido impulso que tanto el legislador, a través de las sucesivas modificaciones recientes de la legislación de mercado de valores y de las sociedades de capitales como el Gobierno a través de la CNMV y de otros organismos reguladores, han dado al Buen Gobierno Corporativo si luego las empresas públicas albergasen prácticas oscurantistas de abuso de poder, influencias o dependencias ajenas a las buenas prácticas mercantiles. La decisión de constituir una sociedad estatal no tiene implicaciones sólo en el terreno de la eficacia operativa, la flexibilidad de actuación o la autonomía presupuestaria. Antes y por encima de esas “ventajas” que otorga la forma societaria privada, la creación de una sociedad mercantil supone para el accionista la asunción de una serie de principios, propios del Derecho privado, que no pueden ser desconocidos ni siquiera por el accionista único:

(i) Principio de autonomía

Las sociedades mercantiles estatales se rigen, de forma preferente y cuasi-exclusiva por el Derecho privado general. De ahí, la importancia de que estén provistas, en lo que sea necesario y en función de la dimensión y complejidad de la administración y de la actividad social, de un sistema individual de gobierno corporativo. Las normas de Derecho administrativo que analizamos en el epígrafe siguiente establecen algunas pautas de administración de estas entidades, pero sólo sobre aspectos específicos de las mismas. No existe, ni debería de existir, una normativa reglamentaria, un “Estatuto jurídico de la empresa pública” o norma análoga, que podría distorsionar ese principio de libre opción y plena sujeción al Derecho privado y por ende a la libertad de organización y a la de contratación que el

legislador ha dejado en las manos de las Administraciones Públicas que, como cualquier accionista o inversor privado, han decidido operar en el mercado a través de sociedades dotadas de personalidad propia y de responsabilidad separada.

La remisión que el propio Derecho Administrativa hace, como enseguida veremos, a los “estándares de buenas prácticas y códigos de conducta”, refuerza el principio de autonomía de las sociedades mercantiles estatales pues nada hay más contrario a la libertad de la sociedad mercantil que una instrumentalizada convertida en sujeción absoluta y sistemática a las decisiones del accionista, lo que es tanto como negar los propios atributos de personalidad y de responsabilidad separadas típicos de la sociedad mercantil; de ahí que el Texto Refundido de 2010 niegue esa separación a la sociedad unipersonal que no consigne de forma expresa su naturaleza de tal transcurrido un determinado plazo de tiempo (art. 14).

El principio de autonomía privada de las sociedades mercantiles estatales no rige para las entidades públicas empresariales puesto que las mismas son “organismos públicos” a los que se aplica el Derecho privado en su régimen de contratación y operativa de mercado pero no “en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria” (art. 53 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.). Por tanto, las entidades públicas empresariales se sujetan al régimen estatutario de Derecho público que resulte aplicable en cada caso y no disponen de autonomía organizativa en los términos del Derecho mercantil de sociedades.

(ii) Principio de intervención mínima

La autonomía de origen y funcionamiento de la sociedad mercantil estatal quedaría anulada si los administradores y directivos de la misma actuaran al dictado de las instrucciones y órdenes provenientes de la Administración Pública.

Por tanto, la autonomía de la sociedad mercantil estatal se traduce en una política de intervención mínima o de “no interferencia”, en virtud de la cual las relaciones de tutela administrativa sobre los órganos de la sociedad –a las que nos referimos en el apartado VII posterior- deben ser:

- (i) las mínimas indispensables
- (ii) no romper la libertad de actuación y gestión ordinaria de los órganos de gobierno y administración de la sociedad y
- (iii) han de ser objeto de interpretación restrictiva, por lo que en caso de duda o conflicto deberá aplicarse el principio de “favor libertatis” en beneficio de la decisión o solución más acorde con la libertad de organización y funcionamiento de la sociedad.

(iii) Régimen de unipersonalidad

A las sociedades mercantiles estatales de carácter unipersonal les será de aplicación el régimen previsto en el Capítulo III del Título I del Texto Refundido de 2010, si bien el artículo 17 del mismo establece las siguientes “*especialidades de las sociedades unipersonales públicas*”:

“A las sociedades de responsabilidad limitada o anónimas unipersonales cuyo capital sea propiedad del Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones locales, o de organismos o entidades de ellos dependientes, no serán de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo 13, el artículo 14 y los apartados 2 y 3 del artículo 16”.

VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PATRIMONIO EMPRESARIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, es la norma de referencia, podríamos decir que la disposición “fundacional” de la traslación al ámbito de las empresas públicas de los principios del Buen Gobierno Corporativo, si bien la propia Ley 33/2003 brinda algunos criterios normativos concretos que igualmente analizaremos a continuación.

En principio, el RD 1373/2009 se aplica al “régimen jurídico patrimonial de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos”, pero como establece su art. 2 “serán de aplicación a las comunidades autónomas, entidades que integran la administración local, y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas, los artículos o parte de los mismos enumerados en la disposición final única”.

Ninguno de los preceptos del Reglamento estatal de Patrimonio mencionados en la Disposición final única (*Títulos competenciales.*) del mismo se refieren a las materias de organización y gobernalidad de las empresas públicas que examinaremos a continuación. Al no existir en este caso una atribución de competencia al Estado en materia de legislación civil ni tener el carácter de normas básicas del régimen jurídico de las Administraciones Públicas a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución, los artículos del Reglamento que vamos a analizar en el presente estudio sólo son de aplicación en el ámbito del régimen jurídico patrimonial de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos. Ello no resta importancia al valor paradigmático de tales preceptos en el contexto de la regulación del gobierno y administración de las empresas públicas en la esfera de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales donde existe un vasto “sector público” no estatal, cuya regulación no ha alcanzado el grado de desarrollo y actualización de la de ámbito estatal.

El patrimonio empresarial de la Administración General del Estado comprende, conforme al art. 166, incluido en el Título VII de la Ley 3/2003, de 13 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, las siguientes entidades:

- a. Las entidades públicas empresariales, a las que se refiere el capítulo III del título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
- b. Las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 %, de operaciones realizadas en el mercado.
- c. Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 %. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.
- d. Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos.

Las entidades señaladas forman lo que podemos denominar “patrimonio corporativo” de la Administración del Estado y de sus organismos públicos, que a su vez se integra en un concepto más amplio o genérico de “patrimonio empresarial” de la misma. del que también forman parte, según el propio art. 166 Ley 3/2003:

- Las acciones, títulos, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, derechos de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos para la Administración General del Estado o sus organismos públicos, aunque su emisor no esté incluido entre las personas jurídicas enunciadas en el apartado 1 del art. 166.
- Los fondos propios, expresivos de la aportación de capital del Estado, de las entidades públicas empresariales, que se registrarán en la contabilidad patrimonial del Estado como el capital aportado para la constitución de estos organismos. Estos fondos generan a favor del Estado derechos de participación en el reparto de las ganancias de la entidad y en el patrimonio resultante de su liquidación.

El “patrimonio corporativo” de la Administración del Estado está compuesto, por tanto, por entidades de dos distintas clases, atendiendo a la naturaleza de su personalidad jurídica:

- (i) Entidades públicas que actúan en el mercado (empresas) dotadas de personalidad jurídico-pública: Son las entidades que tienen la condición de “entidades públicas empresarial”

conforme a la categoría tipificada al efecto por el Derecho administrativo y también otras entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 %, de operaciones realizadas en el mercado (y no sean entidades públicas empresariales).

Según el art. 43 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, los Organismos públicos se clasifican en:

- a. Organismos autónomos.
- b. Entidades públicas empresariales.
- c. Agencias Estatales, que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por esta Ley.

El art. 53 de la misma Ley 6/1997, establece que “las entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación” y que “ las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria”.

32

- (ii) Entidades con personalidad jurídica privada, esto es, sociedades mercantiles y, fundamentalmente, sociedades de capital (sociedades anónimas, puesto que esta es la forma a tal efecto elegida por el legislador): Son las sociedades mercantiles estatales, es decir, las sociedades de naturaleza mercantil cuyo capital social se encuentra participado de forma mayoritaria, directa o indirectamente, por el sector público empresarial o forman parte de un grupo sujeto al control del mismo por causa distinta de la existencia de una participación de control directo o indirecto o de varias participaciones cuya agregación genere el vínculo de control.

Todas las entidades, públicas y privadas, enunciadas revestirían la condición de “empresa pública”, en la medida en que todas ellas desarrollan una actividad económica en el mercado y están sujetas, al menos, en parte, al Derecho privado patrimonial.

Dentro de ese amplio concepto, y sin perder de vista los principios y reglas de buen gobierno susceptibles de aplicación a todas las entidades expresadas, nuestro análisis se va a focalizar en las sociedades mercantiles estatales, a las que, evidentemente, resultan de más fácil, directa y natural aplicación los principios del Buen Gobierno Corporativo.

Señala el mismo art. 166 Ley 3/2003, como hemos adelantado, que “Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por el

presente título y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación”.

La invocación general del Derecho privado de sociedades y del ordenamiento jurídico privado en general, implica una necesaria llamada a los principios del Buen Gobierno Corporativo predicables de las sociedades cotizadas y de las sociedades mercantiles en general.

El propio Reglamento de Patrimonio de 2009 lo va a recordar y a reiterar de manera expresa, como veremos en seguida. La invocación ha de entenderse hoy hecha, de manera fundamental, y en lo que al Derecho positivo se refiere, al nuevo Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio [en adelante, TR 2010] que entra en vigor el 1 de septiembre de 2010. Respecto de las recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo, la remisión del art. 166 Ley 3/2003 se extiende al Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas [en adelante, CUBGC] aprobado por la CNMV en 2006, con los matices que indicaremos más adelante.

Como ya hemos indicado antes respecto de los sectores públicos autonómicos y locales, las consideraciones aplicables al buen gobierno de las sociedades mercantiles estatales tienen un valor paradigmático que se proyecta sobre entidades públicas empresariales y otras modalidades de empresas públicas diferentes de la sociedad mercantil. Sobre ello volveremos más adelante.

VII. PRINCIPIOS REGULADORES DE LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO EMPRESARIAL DE LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO

El Preámbulo del RD 1373/2009, de 28 de agosto, se refiere a las innovaciones en la materia objeto de estudio, al indicar:

“Por lo que se refiere a la regulación del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado se cumplimenta la previsión del artículo 170.2 de la ley, explicitando la vinculación de las entidades públicas de carácter empresarial a los principios constitucionales de eficiencia y economía en su gestión, y definiendo un marco transparente para el cumplimiento de las obligaciones asociadas a la prestación de servicios de interés general que no proyecte distorsiones sobre los mercados. La efectividad funcional del nuevo esquema de gestión de estas entidades requiere introducir algunas precisiones en su modelo organizativo, de forma que, coherentemente con las previsiones esbozadas en la ley, adapten sus estructuras para satisfacer los principios de buenas prácticas en el gobierno de empresas y en particular, las recomendaciones de la OCDE plasmadas en las «Directrices sobre Gobierno Corporativo de las empresas públicas» publicadas en el año 2005” [los subrayados son nuestros].

Las “OCDE Guidelines on Corporate Governance of the State-Owned Enterprises”, de 2005, establecen, en los capítulos II y III que son los que más nos interesan a los efectos del presente estudio:

II. The State Acting as an Owner

The state should act as an informed and active owner and establish a clear and consistent ownership policy, ensuring that the governance of state-owned enterprises is carried out in a transparent and accountable manner, with the necessary degree of professionalism and effectiveness.

- The government should develop and issue an ownership policy that defines the overall objectives of state ownership, the state's role in the corporate governance of SOEs, and how it will implement its ownership policy.
- The government should not be involved in the day-to-day management of SOEs and allow them full operational autonomy to achieve their defined objectives.
- The state should let SOE boards exercise their responsibilities and respect their independence.
- The state as an active owner should exercise its ownership rights according to the legal structure of each company. Its prime responsibilities include:
 1. Being represented at the general shareholders meetings and voting the state shares.
 2. Establishing well structured and transparent board nomination processes in fully or majority owned SOEs, and actively participating in the nomination of all SOEs' boards.
 3. Setting up reporting systems allowing regular monitoring and assessment of SOE performance.
 4. When permitted by the legal system and the state's level of ownership, maintaining continuous dialogue with external auditors and specific state control organs.
 5. Ensuring that remuneration schemes for SOE board members foster the long term interest of the company and can attract and motivate qualified professionals.

34

VI. The Responsibilities of the Boards of State-Owned Enterprises

The boards of state-owned enterprises should have the necessary authority, competencies and objectivity to carry out their function of strategic guidance and monitoring of management. They should act with integrity and be held accountable for their actions.

- A. The boards of SOEs should be assigned a clear mandate and ultimate responsibility for the company's performance. The board should be fully accountable to the owners, act in the best interest of the company and treat all shareholders equitably.
- B. SOE boards should carry out their functions of monitoring of management and strategic guidance, subject to the objectives set by the government and the ownership entity. They should have the power to appoint and remove the CEO.
- C. The boards of SOEs should be composed so that they can exercise objective and independent judgement. Good practice calls for the Chair to be separate from the CEO.
- D. If employee representation on the board is mandated, mechanisms should be developed to guarantee that this representation is exercised effectively and contributes to the enhancement of the board skills, information and independence.

- E. When necessary, SOE boards should set up specialised committees to support the full board in performing its functions, particularly in respect to audit, risk management and remuneration.
- F. SOE boards should carry out an annual evaluation to appraise their Performance.

A un planteamiento distinto responden los códigos éticos de altos cargos existentes en diversos países y lo mismo cabe decir de los códigos de conducta sectorial muy frecuentes. En España, la ORDEN APU/516/2005, de 3 de marzo, publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el se aprobó el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado. En dicho Código se articulan una serie de principios básicos (los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado actuarán, en el desempeño de sus funciones, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, y ajustarán sus actuaciones a los siguientes principios éticos y de conducta que se desarrollan en este Código: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, y promoción del entorno cultural y medioambiental y de la igualdad entre hombres y mujeres”, así como determinados principios éticos.

Es importante anotar la existencia de estos códigos éticos, en la medida en que las sociedades mercantiles estatales deben aprobar un Código de Conducta –la norma no lo exige de manera imperativa pero lo plantea de forma clara- que se inspirará en principios como los expresados, máxime cuando existiendo un catálogo de reglas de conducta para los Ministros y los altos cargos de la Administración General del Estado parece lógico que los administradores y altos directivos de las empresas públicas se rijan por principios de conducta análogos.

De conformidad con el art.138 del RD 1373/2009, la Administración General del Estado y sus organismos públicos, en cuanto titulares del capital social o de los fondos propios de las entidades a las que se refiere el artículo 166 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, perseguirán en sus actuaciones los siguientes fines:

- a) Promover la eficiencia y economía en la gestión de las sociedades o entidades.
- b) Identificar e informar a los ciudadanos y al mercado de las obligaciones vinculadas a los servicios de interés general que las leyes u otras disposiciones impongan a las empresas públicas, así como de los costes asociados a estas obligaciones.
- c) No falsear la competencia, evitando distorsiones en el mercado derivadas de la actividad empresarial con las especificidades aplicables a las obligaciones de servicio público.
- d) Promover la fijación de estándares de buenas prácticas y códigos de conducta adecuados a la naturaleza de cada entidad.

El último apartado del precepto nos sitúa ya, plenamente, en la esfera del Buen Gobierno Corporativo. Ya no se trata sólo de lograr objetivos de eficiencia económica (apartado a), de publicidad y transparencia hacia los ciudadanos y el mercado (apartado b), incluida la eficacia en el control de

costes (apartado b), ni de cumplir las leyes aplicables a la actividad de la sociedad (como las de competencia, apartado c)), sino de algo adicional y cualitativamente distinto: la fijación y aplicación de “estándares de buenas prácticas y códigos de conducta” adecuados a la naturaleza de cada entidad.

Aunque el precepto no se refiera de forma expresa al buen gobierno corporativo, es evidente que esas son las “buenas prácticas” a que, con el alcance que más adelante comentaremos, menciona el precepto que, por otro lado, cubre tanto el aspecto dinámico o subjetivo del buen gobierno (“estándares de buenas prácticas”) como la dimensión jurídico-formal (“códigos de conducta”), que, como es lógico, tendrán que ser traducidos a la naturaleza concreta de cada entidad, distinguiendo en particular según se trate de una entidad pública empresarial o de una sociedad mercantil (anónima) estatal.

Por lo demás, el art. 138 citado se sitúa en la perspectiva de la Administración Pública: solo nos dice, por el momento, que la Administración “perseguirá ese fin”, es decir, que uno de los objetivos de la función de tutela sobre las empresas públicas es conseguir la implantación (no otro sentido puede tener la “fijación”) de las buenas prácticas de gobierno tanto en las entidades públicas empresariales como en las sociedades mercantiles estatales.

El sentido del art. 138 queda de inmediato aclarado si acudimos al Preámbulo del propio Reglamento de Patrimonio:

36

“Por lo que se refiere a la regulación del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado se cumplimenta la previsión del artículo 170.2 de la ley, explicitando la vinculación de las entidades públicas de carácter empresarial a los principios constitucionales de eficiencia y economía en su gestión, y definiendo un marco transparente para el cumplimiento de las obligaciones asociadas a la prestación de servicios de interés general que no proyecte distorsiones sobre los mercados. La efectividad funcional del nuevo esquema de gestión de estas entidades requiere introducir algunas precisiones en su modelo organizativo, de forma que, coherentemente con las previsiones esbozadas en la ley, adapten sus estructuras para satisfacer los principios de buenas prácticas en el gobierno de empresas y en particular, las recomendaciones de la OCDE plasmadas en las «Directrices sobre Gobierno Corporativo de las empresas públicas» publicadas en el año 2005” [los subrayados son nuestros].

Y, por si hubiera alguna duda, en el caso de las sociedades mercantiles estatales el art. 140 de la misma disposición señala:

“La Junta General de Accionistas velará por cumplimiento de los principios recogidos en este título, e impulsará la implantación de buenas prácticas y normas de buen gobierno en la gestión de las sociedades mercantiles estatales” [los subrayados son nuestros].

La remisión no está hecha a un determinado código de buen gobierno, como el Código “Conthe” de 2006, a pesar de estar sancionado por la CNMV a través de un acuerdo del Consejo de este organismo. Nos parece un acierto que la remisión sea abierta o material y no cerrada o formal. Las “normas de

buen gobierno” son, como hemos apuntado antes, dinámicas, flexibles y dotadas de un elevado grado de internacionalidad. El modo en que los arts. 138 y 140 del RD 1373/2009 se refieren a las mismas permite interpretar que se trata de una fórmula de remisión dinámica que se puede y debe integrar a lo largo del tiempo con los estándares de buen gobierno no sólo oficiales ni sólo españoles sino también con los surgidos en otros foros nacionales e internacionales.

VIII. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

El artículo 139 del Reglamento de 2009 establece normas de organización comunes a todas las entidades a que nos estamos refiriendo, entrando ya en los criterios internos de gobernabilidad de dichas entidades.

- La estructura organizativa de las entidades comprendidas en el artículo 166 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas garantizará:

- a) *La supervisión efectiva de los órganos ejecutivos a los que se les haya atribuido la gestión de la entidad, por los órganos colegiados a los que corresponda directamente su administración y representación.*
- b) *La responsabilidad de los órganos de administración, dirección y gestión sobre los resultados de dichas entidades, sin perjuicio de la que resulte exigible de acuerdo con la normativa societaria aplicable.*
- c) *El reconocimiento en su caso de los derechos de los accionistas minoritarios distintos de la Administración General del Estado o sus organismos públicos, facilitando su ejercicio.*

De acuerdo con el precepto transcrito:

- (i) El órgano colegiado de administración y representación de la entidad (el Consejo de Administración en las sociedades mercantiles estatales) tiene la función expresa de supervisar de manera efectiva a los órganos ejecutivos encargados de la gestión de la entidad. Sin perjuicio de las funciones gerenciales que también corresponden, como antes vimos, a los Consejos de Administración de las sociedades estatales, los administradores tienen este deber cualificado de controlar a los ejecutivos de la entidad. Lejos de la idea de un órgano de administración simbólico o formal, el Reglamento apunta, correctamente, a unos administradores implicados en la gestión de la sociedad, tal como recomiendan los códigos de buen gobierno.
- (ii) Se enfatiza la responsabilidad no sólo de los administradores sino también de los directivos que no son miembros del órgano de administración (órganos de dirección y gestión) sobre los “resultados” de la entidad, es decir, sobre la cuenta de explotación de la misma, con independencia de la responsabilidad civil del consejero (a que nos referimos más adelante) y de su eventual responsabilidad administrativa.

- (iii) Los derechos de los accionistas minoritarios, ajenos al sector público estatal, deben ser expresamente reconocidos y “facilitado”. El reconocimiento viene por imperio de la ley, pero sin duda el deber de facilitar el ejercicio de tales derechos comporta un deber adicional para los administradores de la entidad, que analizaremos en un capítulo posterior.

Tras el precepto dedicado a la organización interna y al órgano de administración, el Reglamento (art-140), dedicado ya a las sociedades mercantiles estatales de modo exclusivo, se refiere a las competencias de la Junta General aunque el objetivo principal del precepto es garantizar la adecuada composición del Consejo de Administración.

Establece, en primer lugar, el art. 140 que *“la Junta General de Accionistas velará por cumplimiento de los principios recogidos en este título, e impulsará la implantación de buenas prácticas y normas de buen gobierno en la gestión de las sociedades mercantiles estatales”*.

En el ámbito de las sociedades mercantiles estatales, además del deber de la Administración del Estado de “promover la fijación de estándares de buenas prácticas y códigos de conducta” (art. 138 Reglamento), la Junta General de cada sociedad debe “impulsar la implantación” de “buenas prácticas y normas de buen gobierno”, aquí ya invocadas por su nombre y de modo inequívoco.

A continuación, el mismo art. 140 desarrolla ese deber de las Juntas Generales de las sociedades mercantiles estatales (es decir, de las personas que actúen en las mismas en representación de los intereses de las Administraciones públicas accionistas), en varios aspectos:

- (i) La Junta procurará que el Consejo de Administración de la sociedad esté integrado por profesionales cualificados en las materias relacionadas con su objeto y con la gestión económico-financiera, y que se configure de forma eficiente, con la adecuada distribución de cometidos entre sus integrantes para el cumplimiento de sus funciones en atención a la estrategia prevista, garantizando el seguimiento y vigilancia de la gestión de la sociedad.

Este primer punto alude a tres cuestiones distintas:

- Los consejeros deben ser personas cualificadas tanto en las actividades y asuntos propios del objeto social de la empresa como en gestión económico-financiera, o al menos unos administradores en uno y otros en otro de los aspectos mencionados. No basta la experiencia administrativa general ni la posición jerárquica de la persona en la organización administrativa. Se considera necesario un cierto grado de especialización que no se presume por el hecho de ser autoridad o funcionario. ¿Quién aprecia y evalúa esa capacidad y esa experiencia? Puede hacerlo la Junta General o el Consejo de Administración en pleno, pero aunque el precepto lo indique está invocando de forma implícita la conveniencia de que las sociedades estatales de dimensión relevante se doten de una Comisión de Nombramientos y Retribuciones con competencia en las materias que estamos indicando.

La estructura (configuración) del órgano de administración debe ser eficiente, es decir, operativa y efectiva, racional, equilibrada y generadora de resultados de gestión válidos y tangibles. Para ello es necesario que las “funciones” y los “cometidos” de los administradores se “distribuyan” de forma adecuada y en atención a la “estrategia prevista”. La Junta General y, por delegación de la misma en su caso, el Consejo de Administración definirán y aprobarán la estrategia de la sociedad y, en función de la misma, el modelo de organización del Consejo de Administración y las relaciones entre el mismo y la dirección de la empresa (comité de dirección, directores generales/altos directivos...). La norma no da por buena cualquier clase de organización: debe ser “eficiente” y estar “distribuida”, es decir, ha de ser una estructura equilibrada, con un sistema de reparto de funciones y de contrapesos destinados a prevenir situaciones de concentración excesiva y riesgo de abuso de poder. Aquí la norma apunta, sin decirlo, al reparto de las funciones del órgano de administración entre un Consejo pleno y unas Comisiones del Consejo, tal como recomiendan las normas de buen gobierno corporativo, de las que el art. 180.3 de la Ley 3/2003 alude de forma expresa a la Comisión de Auditoría (preceptiva para las sociedades cotizadas), al señalar que *“las sociedades que, de acuerdo con la normativa aplicable estén obligadas a someter sus cuentas a auditoría, deberán constituir una Comisión de Auditoría y Control, dependiente del Consejo, con la composición y funciones que se determinen”*.

- En tercer lugar, la norma subraya que la función de supervisión y control del Consejo consiste fundamentalmente en el “seguimiento y vigilancia de la gestión de la sociedad”, reiterando lo que ya señalaba el art. 139 del mismo Reglamento al asignar a los administradores la competencia para *“la supervisión efectiva de los órganos ejecutivos a los que se les haya atribuido la gestión de la entidad”*.
- (ii) La Junta General de Accionistas procurará atender al principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en vla composición de los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles estatales.

Esta recomendación (*“La Junta General...procurará”*) se sitúa en línea con la Recomendación nº 15 del CUBGC, que reza del siguiente modo:

“Que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación; y que, en particular, la Comisión de nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes:

- a) Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras;*
- b) La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado”*.

Y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres, cuyo art. 75 (Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles) prevé que:

“Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley”.

(iii) La Junta General de Accionistas promoverá la inclusión de, al menos, un cincuenta por ciento de consejeros independientes en el órgano de administración de la sociedad.

A estos efectos, tendrán la consideración de consejeros independientes aquellos administradores que no presten servicios o que no se encuentren vinculados laboral o profesionalmente a la Dirección General del Patrimonio del Estado o al organismo público que fuera accionista de la sociedad; al órgano con funciones reguladoras sobre el objeto de la actividad de la sociedad; o al Ministerio que tenga atribuida la tutela de la sociedad.

Esta es, desde luego, la indicación más precisa y de más recorrido de los principios de buen gobierno que el Reglamento de 2009 impone a las sociedades mercantiles estatales. Tradicionalmente, los Consejos de Administración de las empresas públicas, en España como en otros países, están compuestos por autoridades y funcionarios o ex funcionarios de la Administración, sobre todo cuando el accionista único de la sociedad es una Administración Pública. La aparición de un número creciente de sociedades mercantiles estatales con accionistas privados minoritarios y el impulso de los principios del “Corporate Governnce”, están modificando el escenario descrito. Realmente, de poco sirve que una sociedad estatal respete las “formas” del Buen Gobierno Corporativo si todos o la mayoría de los administradores tienen la condición de ejecutivos de la propia sociedad o de dominicales nombrados por o a propuesta del o de los accionistas que controlan el capital social.

En el caso de las sociedades dominadas –como sucederá con frecuencia en las sociedades mercantiles estatales- y, en general, en los grupos de sociedades la existencia de un núcleo fuerte de consejeros independientes es crítica para que pueda hablarse de la implantación de un sistema de Buen Gobierno Corporativo. Sólo el contrapeso de esos consejeros independientes, inmunes al mecanismo de “instrucciones administrativas” que más adelante examinamos, supone un freno al riesgo de concentración absoluta de poder en los consejeros nombrados de forma directa o indirecta por la propiedad. De existir accionistas minoritarios, los consejeros independientes –y, en su caso, los consejeros dominicales representantes de otros accionistas minoritarios.- son la garantía de transparencia y equilibrio. De no haber minoritarios, el Consejo podría ser monocolor pero, sin duda, si la sociedad aspira a tener una calificación positiva en su gobernanza o a captar a nuevos accionistas ajenos al sector público, “debe” tener su cuota de administradores independientes. Incluso en el supuesto de que la sociedad se vaya a mantener de forma indefinida bajo el control mayoritario del accionista público, el respeto de las reglas de Buen Gobierno y, por ende, la presencia de consejeros independientes resulta imprescindible para trasladar a todos los interesados (“*stakeholders*”), es decir,

empleados, clientes, proveedores, etc.. y al mercado una imagen de responsabilidad y de reputación corporativa. El Buen Gobierno es así, y más allá de la protección de los accionistas minoritarios y de la representatividad de los órganos de administración, un marchamo de calidad de gestión que tiene valor en sí mismo para la empresa como tal y para sus accionistas.

En este sentido, el art. 140 del RD 1373/2009 da un paso decisivo hacia el Buen Gobierno Corporativo al fijar una cuota mínima del 50% de consejeros independientes, frente al tercio que recomienda el CUBGC. De hecho el 50% de independientes coincide con la ponderación de consejeros independientes que reclaman las agencias internacionales de “proxy advising” más reputadas.

Debe anotarse que la cuota del 50% -y el resto del capítulo que estamos comentando-dan por supuesto que el sistema de administración de la sociedad anónima estatal es el consejo de administración y que la cuota funcionará cualquiera que sea el número de consejeros que compongan el órgano (el CUBGC recomienda un máximo de 15 miembros). Es importante destacar también que el Reglamento huye de la tentación de formular una recomendación de cuota de consejeros no ejecutivos en términos de número de consejeros externos: en las sociedades dominadas la delimitación entre consejero ejecutivo y el consejero dominical nombrado por el accionista de control se difumina hasta desaparece prácticamente y sólo unos administradores realmente independientes pueden ejercer la función de supervisión y equilibrio que el Buen Gobierno demanda.

Más discutibles resultan los criterios de calificación de independencia del consejero que fija el RD 1373/2009. Como hemos señalado, el Reglamento califica de independientes a “aquellos administradores que no presten servicios o que no se encuentren vinculados laboral o profesionalmente a la Dirección General del Patrimonio del Estado o al organismo público que fuera accionista de la sociedad; al órgano con funciones reguladoras sobre el objeto de la actividad de la sociedad; o al Ministerio que tenga atribuida la tutela de la sociedad”. Hubiera sido más apropiada y más completa una definición que:

- (i) atendiera a los atributos de capacidad, competencia y experiencia del consejero independiente como expresión de una profesionalidad que debe ser el primer requisito que el administrador independiente ha de cumplir
- (ii) exigiera alguna clase de procedimiento neutral u objetivo de selección y nombramiento, como la existencia de una Comisión compuesta mayoritariamente por consejeros independientes como la Comisión de Nombramientos y Retribuciones recomendada por el CUBGC
- (iii) delimitara la posición de independencia atendiendo a la inexistencia de relaciones no sólo con los accionistas o los organismos de tutela de la sociedad (accionistas o “representantes” del accionista) sino también con la sociedad en sí misma y otras sociedades relacionadas (por ejemplo, relaciones profesionales de prestación de servicios o suministros)
- (iv) introdujera alguna regla de incompatibilidad o limitación del número de sociedades de las que una misma persona puede ser consejero independiente

- (v) estableciera un criterio de revisión periódica anual de la condición de independiente y un plazo máximo recomendado (12 años) de mandato en calidad de independiente, como hace el CUBGC.

Finalmente, un elemento característico de los consejeros independientes debe ser su inmunidad o desvinculación respecto de las instrucciones de actuación o decisión que puedan provenir del Ministerio de tutela o del Ministerio de Economía y Hacienda, según se indica más adelante. No lo dice expresamente la norma, pero se desprende sin lugar a duda de la propia definición contenida en el art. 140 del Reglamento.

Por otro lado, el art. 141 del Reglamento prevé que “en los acuerdos de atribución de la tutela funcional que se adopten sobre las sociedades a que se refiere el artículo 166.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se fijará la proporción de consejeros que el Ministro de tutela propondrá, para su nombramiento como administradores, al Ministro de Economía y Hacienda o al organismo público representado en la Junta General de Accionistas”, añadiendo que “esta proporción no podrá ser superior a un tercio del número total de consejeros que deban componer el Consejo de Administración, de acuerdo con lo que hubiera determinado la Junta General, salvo que por motivos excepcionales debidamente acreditados y previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado o del organismo público titular de las acciones, se estime necesario elevar dicha proporción, sin que en ningún caso pueda establecerse que el número de consejeros que puede proponer el Ministerio de tutela sea igual o superior al de los restantes consejeros”. El precepto da desarrollo al art. 180 de la Ley 3/2003 que establece que “El Ministro al que corresponda la tutela de la sociedad propondrá al Ministro de Hacienda o al organismo público representado en su Junta General, el nombramiento de un número de administradores que represente como máximo, dentro del número de consejeros que determinen los estatutos, la proporción que el Consejo de Ministros establezca cuando acuerde lo previsto en el artículo 169.d de esta Ley.”

Por tanto, además del 50% o más de administradores independientes, los consejeros propuestos por el Ministerio de tutela no pueden rebasar 1/3 del número total de consejeros (o, excepcionalmente, un número nunca igual o superior al de los demás consejeros, es decir, siempre por debajo de la mitad), con el objeto de garantizar que los representantes del Ministerio de tutela estarán en minoría en el Consejo. Los demás consejeros no independientes ni ejecutivos, serán otros consejeros dominicales designados a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda (a los que se refiere el art. 142 del Reglamento) o de otros Ministerios distintos del de tutela.

Por ejemplo, en un Consejo de Administración compuesto por 10 administradores –que parece un número razonable para una sociedad mercantil estatal relevante- habría 5 consejeros independientes, 3, como máximo, consejeros dominicales nombrados a propuesta del Ministerio de tutela y 2 consejeros ejecutivos (p.ej. Presidente y Consejero Delegado) o 1 consejero ejecutivo y 1 consejero dominical designado por el Ministerio de Economía y Hacienda.

Esta autorrestricción no existe en las sociedades cotizadas, ya que los consejeros no independientes (ejecutivos, dominicales y “otros consejeros externos”) pueden ser mayoritarios en el Consejo, aunque los consejeros dominicales se encuentran frecuentemente más próximos al concepto de administrador independiente que al de ejecutivo.

Sin embargo, sobre el régimen de consejeros independientes del Reglamento de Patrimonio diseñado en principio de modo ambicioso planean las dudas de independencia real de las autoridades y funcionarios que sean nombrados para ejercer tales funciones. El Reglamento solo declara incompatibles para merecer la calificación de independiente a las personas vinculadas al Ministerio de tutela, al Ministerio u organismo “propietario” si es distinto y al Ministerio de Economía y Hacienda. Ninguna limitación existe, en cambio, respecto de los demás funcionarios. Al contrario, el art. 180.2 de la Ley 3/2003 establece que “los administradores de las sociedades previstas en el artículo 166.2 no se verán afectados por la prohibición establecida en el segundo inciso del artículo 124 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.” (hoy, art..213.2 TR). Por tanto, cualquier funcionario al servicio de la Administración del Estado –o de otra Administración Pública- puede ser nombrado consejero independiente de una sociedad estatal aunque ejerza funciones públicas que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de que se trate. Es una grave anomalía del sistema.

Por otro lado, la libre revocabilidad del consejero por la Junta General, característica de nuestro Derecho de sociedades de capitales (hoy, art. 223.1 TR), permite que a decisión de la Administración titular de las acciones o del Ministerio de tutela, la Junta General pueda cesar en cualquier momento a uno o varios consejeros independientes. Hubiera sido conveniente que el Reglamento exigiera, al menos, la concurrencia de “justa causa” de separación así como de una información pública vía página web corporativa sobre los motivos del cese. Aun así, la “cuota” de consejeros independientes fijada por el art. 141 citado se impone evidentemente incluso en caso de sustitución de consejeros.

La libertad de decisión del socio único en la sociedad unipersonal (arts. 12 y siguientes Texto Refundido 2010), es decir, el ejercicio directo por aquél de las competencias de la Junta General (art. 15.1 Texto Refundido 2010) queda exceptuada en el caso de la sociedad unipersonal estatal al estar sometida a los requisitos de gobierno corporativo establecidos en la legislación del patrimonio empresarial público.

Finalmente, conviene apuntar que La Ley y el Reglamento de Patrimonio además de instaurar un criterio de equilibrio y distribución en la estructura del Consejo de Administración de las sociedades mercantiles estatales que concuerda con los principios de Buen Gobierno Corporativo (profesionales cualificados, administradores responsables, distribución de cometidos entre los consejeros, seguimiento y vigilancia de la gestión de la sociedad y, sobre todo, presencia de al menos el 50% de consejeros independientes), configuran un modelo de Consejo de Administración de las sociedades estatales que no actúa exclusivamente como un órgano de supervisión y control, sino que funciona

también como consejo gestor (a la “responsabilidad de los órganos de administración, dirección y gestión sobre los resultados”, alude el art. 239 b) del Reglamento), cualidad especialmente necesaria cuando como sucede en las sociedades de accionista único la Junta General apenas tiene sustantividad como órgano societario y es el Consejo quien realmente asume todas las competencias de gobierno y administración de la sociedad.

IX. PRESIDENTE Y CONSEJERO DELEGADO

Ni la Ley de Patrimonio, Ley 3/2003 ni su Reglamento, RD 1373/2009, entran a detallar los demás aspectos de la organización y funcionamiento interno de los órganos de gobierno y administración de las sociedades mercantiles estatales. Aparte de los requisitos de capacidad, diversidad, representatividad e independencia que, conforme al sistema parcial de cuotas, deben regir la estructura del Consejo de Administración, en lo demás se aplicarán las normas de Derecho mercantil de sociedades de capital, recogidas actualmente en el Texto Refundido de 2010 y en el resto del ordenamiento jurídico-mercantil (Ley del Mercado de Valores, Reglamento del Registro Mercantil, Derecho de la competencia, etc...) y privado.

Por excepción, el art. 181 de la Ley 3/2003 se refiere a las figuras del Presidente y Consejero Delegado para señalar que “los nombramientos del presidente del consejo de administración y del consejero delegado o puesto equivalente que ejerza el máximo nivel ejecutivo de la sociedad se efectuarán por el consejo de administración, a propuesta del ministro de tutela”.

El precepto es neutral ante la posibilidad de que la sociedad estatal esté presidida por un presidente-ejecutivo y no exista consejero delegado o de que existan de forma simultánea ambos cargos tenga o no el presidente capacidad ejecutiva –alternativas todas ellas existentes en la práctica societaria española- y tampoco dice nada nuevo al establecer que el nombramiento correspondiente debe ser efectuado por el Consejo de Administración, pues ese es el principio de la legislación de sociedades anónimas salvo que el legislador haya pretendido evitar la posibilidad, infrecuente pero estatutariamente válida, del nombramiento directo por la Junta General del primer ejecutivo.

Lo que el artículo quiere dejar claro es que la propuesta de nombramiento de ese primer, o primeros, ejecutivos debe provenir del Ministerio de tutela, sin que en este caso, extrañamente, la norma de entrada a los demás Ministerios relacionados con la sociedad.

Si el Presidente y, en su caso, el Consejero Delegado, o el Consejero Director General (“puesto equivalente”) son nombrados por el Consejo pero en todo caso a propuesta del Ministro de tutela parece difícil que pueda haber un Presidente independiente, es decir, que uno de los consejeros independientes sea nombrado Presidente del Consejo de Administración, salvo que lo sea sin poderes y sin capacidad ejecutiva supuesto al cual no sería aplicable el art. 181 de la Ley 3/2003.

Finalmente, y teniendo en cuenta tanto las recomendaciones del CUBGC como las de la OCDE de 2005, sería aconsejable la dualidad de Presidente y Consejero Delegado, es decir que existan los dos cargos y no se concentre todo el poder ejecutivo delegado en una única persona (algo que el art. 181 transcrito no prevé) y que el Consejo de Administración, el Presidente y los demás Consejeros sean evaluados o autoevaluados una vez al año (previsión que tampoco consta en la norma, pero que puede introducirse en los Estatutos o en el Reglamento del Consejo de Administración).

X. ALTOS DIRECTIVOS

En las sociedades anónimas suele existir, por debajo del Consejo de Administración, órganos internos de la empresa, como los Comités de Dirección o similares, integrados por los primeros ejecutivos o directivos, tales como Directores Generales y asimilados, para la gestión ordinaria de los asuntos sociales bajo la dirección del primer ejecutivo. Esos órganos lo son de la empresa, más que de la sociedad como tal y carecen por ende de la naturaleza de órganos corporativos, aunque en ocasiones la presencia en los mismos de consejeros (aparte del Presidente y del Consejero Delegado) puede dotarles de la fisonomía de órganos mixtos.

Como es obvio, el régimen aplicable a la alta dirección y a las comisiones internas vendrá establecido por las reglas que cada sociedad adopte internamente (en ocasiones, por los propios Estatutos sociales) y las disposiciones generales del régimen del patrimonio empresarial de las Administraciones Públicas no entran en el detalle.

Hay, no obstante, una referencia digna de mención en el art. 142 del RD 1373/2009, cuando al regular las competencias de control del Ministerio de Economía y Hacienda, contempla la facultad de “proponer al Consejo de Ministros, a los Ministros o a los órganos correspondientes que tengan atribuida la competencia para el nombramiento de directivos, la sustitución de éstos cuando como consecuencia de informes de auditoria o control, se hayan puesto de manifiesto deficiencias sustanciales con repercusión económica en la gestión de la entidad o de alguna de sus áreas, o cuando se constaten desviaciones o incumplimientos de las estrategias generales fijadas por el Gobierno”.

Aparte de constituir otro ejemplo de posible interferencia de facultades entre dicho Ministerio y el que ejerza la tutela de la sociedad, el precepto plantea varias dudas legales:

- ¿A quienes afecta?: Sólo a los “directivos” no administradores, o también a estos. La literalidad del precepto impide su extensión a los consejeros, aunque posiblemente la finalidad del regulador fuera incluirlos. La extensión resulta posible a través de los Estatutos sociales u otras normas internas de gobierno corporativo de la sociedad.
- ¿Cómo se debe ejecutar el acuerdo de cese o sustitución?: En relación con los administradores de sociedades mercantiles estatales, ha de ser a través del procedimiento societario correspondiente; es

decir, mediante acuerdo de separación adoptado por la Junta General salvo que el propio interesado renuncie al cargo, aunque existe también la posibilidad de que los Estatutos sociales regulen el cese obligatorio del consejero en el supuesto previsto en la norma de referencia con las dudas jurídicas generales que tal clase de previsiones estatutarias tienen en todo caso y que no podemos desarrollar ahora. Si el cese afecta a un directivo no consejero, habrá que estar a lo que establezcan los Estatutos y demás normas internas de la sociedad: habitualmente, será el Consejo de Administración y/o por delegación del mismo el Presidente o el Consejero Delegado quienes estén facultados para formalizar el cese del directivo.

- ¿Qué sucede en el caso de que el Consejo de Administración reciba la “orden” de sustitución del directivo pero discrepe del fundamento de la misma? ¿Qué grado de autonomía tiene el Consejo si considera que los informes de auditoría o control no son concluyentes o las deficiencias o desviaciones imputadas no revisten la importancia que el Ministerio les otorga? ¿Es vinculante la instrucción de cese para todos los consejeros, sólo para los consejeros “dominicales”, también para los “ejecutivos”? No cabe duda de que el art. 142 RD 1373/2009 debería haber previsto algún mecanismo de análisis o interlocución entre el Ministerio y el órgano de administración de la sociedad que facilite la revisión previa a la ejecución de una instrucción tan drástica. Al final, y en el caso de sociedades dominadas, el riesgo de “rebelión” de los administradores es teórico pues la Junta General puede llegar a cesar a todos o parte de los consejeros. En ausencia de esas previsiones, creemos que por aplicación del principio organizativo “pro autonomía societaria”, al que antes nos hemos referido, la “orden” del Ministerio debe ser interpretada a efectos jurídico-societarios como una propuesta o indicación, no como un acuerdo dotado de eficacia mercantil vinculante, de modo que el Consejo podría razonablemente oponerse a su ejecución o instar la reconsideración del asunto.

XI. COMISIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

1. Comisión de Auditoría y Control

Las sociedades mercantiles estatales debe constituir una Comisión de Auditoría y Control, dependiente del Consejo, con la composición y funciones que se determinen, cuando se trate de sociedades que, de acuerdo con la normativa aplicable, estén obligadas a someter sus cuentas a auditoría (art. 180 Ley 33/2003). En principio, las cuentas anuales y el informe de gestión de todas las sociedades anónimas deben ser revisados por auditores de cuentas salvo las sociedades que puedan presentar balance abreviado (art. 203 LSA, aunque la excepción no es expresa en el nuevo art, 263 Texto Refundido de 2 de julio de 2010).

Según la Disposición Adicional Primera de la Ley de Auditoría (Ley 19/1988, de 12 de julio, modificada por la Ley 12/2010, de 30 de junio), deberán someterse en todo caso a la auditoría de cuentas prevista en el artículo 1, apartado 2 de esta Ley, las empresas o entidades, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Que coticen sus títulos en cualquiera de las Bolsas Oficiales de Comercio.
- b. Que emitan obligaciones en oferta pública.
- c. Que se dediquen de forma habitual a la intermediación financiera, incluyendo aquellas sociedades que ejercen como comisionistas sin tomar posiciones y a los agentes de cambio y bolsa, aunque actúen como personas individuales y, en todo caso, las empresas o entidades financieras que deban estar inscritas en los correspondientes Registros del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España.
- d. Que tengan por objeto social cualquier actividad sujeta a la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado, dentro de los límites que reglamentariamente se establezcan.
- e. Que reciban subvenciones, ayudas o realicen obras, prestaciones, servicios o suministren bienes al Estado y demás organismos públicos dentro de los límites que reglamentariamente fije el Gobierno por Real Decreto.

Además, quedarán sometidas a la auditoría de cuentas establecida en el artículo 1, apartado 2 de esta Ley de Auditoría de Cuentas, las empresas, incluidas las Sociedades cooperativas, y demás Entidades que superen los límites que reglamentariamente fije el Gobierno por Real Decreto. Dichos límites se referirán, al menos, a la cifra de negocios, al importe total del activo según balance y al número anual medio de empleados, y se aplicarán, todos o cada uno de ellos, según lo permita la respectiva naturaleza jurídica de cada empresa o entidad.

47

En el caso de las sociedades anónimas en general los límites para la formulación de balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados (art. 257.1 Texto Regundido de 2 de julio de 2010) son, durante dos años consecutivos:

- Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros (2.850.000 €).
- Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros (5.700.000 €).
- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50.

Respecto de las entidades que formen parte del sector público estatal, autonómico o local, la Disposición Adicional Primera de la Ley de Auditoría establece su no aplicación a las mismas, sin perjuicio de lo que disponga la normativa que regula dichas entidades del sector público., indicando que “En todo caso, lo previsto en esta disposición adicional será aplicable a las sociedades mercantiles que formen parte del sector público estatal, autonómico o local”.

La determinación de la estructura, competencias y funcionamiento interno de la Comisión de Auditoría serán, en ausencia de normativa de desarrollo en el Reglamento de 2009, las que establezcan los Estatutos de la sociedad. Es un reconocimiento explícito del principio de autonomía estatutaria de las sociedades mercantiles estatales que ni la Ley ni el Reglamento de Patrimonio hayan entrado en el

detalle de la regulación de un órgano de supervisión y control tan relevante y hayan deferido la competencia plena para ello a favor de los Estatutos de cada sociedad.

El modelo, también aquí, será el de la Comisión de Auditoría y Control de las sociedades cotizadas regulada en la Disposición adicional decimoctava de la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, modificada en este punto por la Ley 12/2010, de 30 de junio). De acuerdo con dicho modelo, los miembros del Comité o Comisión de Auditoría serán, al menos en su mayoría (según las recomendaciones del CUBGC, en su totalidad) consejeros no ejecutivos nombrados por el Consejo de Administración y uno al menos de los miembros será independiente (la mayoría de los miembros conforme al CUBGC) y será designado teniendo en cuenta “sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o ambas”.

2. Comisión de Nombramientos y Retribuciones y otras Comisiones del Consejo de Administración

Los Estatutos sociales o el Reglamento del Consejo de Administración de la sociedad estatal pueden prever la existencia de una Comisión ejecutiva o Comisión delegada, como es habitual en las sociedades grandes, en la que el Consejo de Administración delega por razones operativas una parte de sus funciones y de una Comisión de Nombramientos y Retribuciones conforme al modelo recomendado por el CUBGC. Desde luego, resulta recomendable que las sociedades mercantiles estatales cuyas cifras de facturación y resultados sean significativas constituyen una Comisión de estas características formada de manera exclusiva o mayoritaria por consejeros independientes y presidida por uno de los mismos.

48

La creación o no de una Comisión ejecutiva es más una cuestión de eficacia funcional: si hay un Consejero Delegado o un Presidente-ejecutivo, el Consejo de Administración no tiene un número excesivo de miembros, se reúne con frecuencia y es ágil en la toma de decisiones, no resulta imprescindible la concurrencia de una Comisión ejecutiva o delegada del Consejo de Administración. Lo importante es que si se nombra una Comisión de estas características la estructura de la misma resulta análoga a la del Consejo de Administración en pleno: si, por ejemplo, el Consejo está integrado por 10 vocales y la Comisión Ejecutiva por 5, la proporción de consejeros ejecutivos, consejeros externos dominicales y externos independientes deberá ser, en la medida de lo posible, la misma que en el pleno. Otro aspecto de buen gobierno a tener en cuenta es que, incluso si la Comisión Ejecutiva posee una estructura equilibrada de consejeros, no debe en ningún caso suplantar las funciones del Consejo de Administración, como sucedería si, por ejemplo, el Consejo solo se reuniera en tres o cuatro ocasiones al año y la Comisión con mucha más frecuencia. En las sociedades cotizadas grandes es normal que el Consejo se celebre todos los meses y la Comisión Ejecutiva se reúna cada quince días o más.

La facultad de autoorganización de las sociedades estatales puede llevarles a establecer otras Comisiones (como la de Negocio, la de Control de Riesgos, la de Gobierno Corporativo...) que existen también en algunas sociedades cotizadas.

XII. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles generales será la establecida con carácter general por la legislación de Derecho societario: actualmente, la regulada en los arts. 236 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010.

Como es sabido, *“los administradores de derecho o de hecho de las sociedades responden, frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”* (art. 236.1 Texto Refundido 2 de julio de 2010).

La responsabilidad es de naturaleza legal y puede derivar de:

- La producción de un daño o perjuicio a la sociedad, a sus accionistas o a los acreedores sociales.
- El incumplimiento de obligaciones impuestas por ley o por los estatutos.

Esta clase responsabilidad exige:

1. Una actuación del órgano de administración que sea contraria a la ley, a los estatutos sociales o a los acuerdos del consejo, o que se realice sin la diligencia debida.
2. La producción de un daño o perjuicio.
3. Relación de causalidad.
4. Prueba de responsabilidad solidaria.
5. Culpa o voluntariedad del administrador.

Las principales cuestiones que el régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles estatales suscita son las siguientes:

- Administradores de hecho: Las relaciones de tutela administrativa sobre las sociedades estatales –que analizamos en el siguiente apartado del presente estudio- pueden, en el caso de alcanzar una intensidad acusada, atribuir al órgano administrativo de tutela o control el estatus de administrador de hecho y, por ende, responsable potencial, de los actos de la sociedad. Puesto que las sociedades estatales se crean, entre otros motivos, para mantener centros separados y autónomos de responsabilidad, el grado de intervención de la Administración tutelante deberá mantenerse siempre dentro de los límites que no supongan conculcar los principios de autonomía y autoorganización de las sociedades estatales, según hemos señalado anteriormente.
- Los administradores de las sociedades mercantiles estatales están sujetos a la responsabilidad por deber de diligencia y a la responsabilidad por fidelidad (deberes de lealtad) –tratadas ambas, creemos que erróneamente, por el mismo rasero en nuestra ley mercantil- en las

mismas condiciones que los administradores de cualquier sociedad anónima. Pero la normativa administrativa cualifica la responsabilidad gestora de los primeros al remarcar “la responsabilidad de los órganos de administración, dirección y gestión sobre los resultados de dichas entidades, sin perjuicio de la que resulte exigible de acuerdo con la normativa societaria aplicable” (art. 139 Reglamento) y “sus funciones en atención a la estrategia prevista, garantizando el seguimiento y vigilancia de la gestión de la sociedad” (art. 140 Reglamento).

- El art. 179 de la Ley 33/2003 se refiere a la exoneración de responsabilidad de “los administradores de las sociedades a las que se hayan impartido instrucciones en los términos previstos en el artículo anterior”, señalando “que actuarán diligentemente para su ejecución, y quedarán exonerados de la responsabilidad prevista en el artículo 133 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas [hoy art. 236.2 T.R.] si del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas”.

La redacción del precepto legal no es muy afortunada: ¿Quiere exonerar de responsabilidad a todos los administradores que hayan cumplido de forma diligente las instrucciones impartidas de las que se han derivado las consecuencias lesivas? ¿Si la instrucción existe y se ha ejecutado, aunque sea de forma no diligente, es responsable el administrador a pesar de que la decisión adoptada no responda a su voluntad ni a la del órgano de que forma parte?

50

En este supuesto, hay que admitir que el régimen de administración de las sociedades estatales ofrece una singularidad destacada en comparación con el sistema general. El legislador privado opta por la solución contraria: “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” (art. 236.2 Texto Refundido de 2 de julio de 2010).

La relación accionista-sociedad es, no obstante, bien diferente en uno y otro caso. En las sociedades mercantiles estatales funciona un régimen de tutela administrativa que, sin implicar la pérdida de libertad y autonomía de la sociedad, se traduce en un marco permanente de relaciones de sujeción funcional que, ciertamente, pueden llevar a los administradores de la sociedad a adoptar o ejecutar decisiones elaboradas por instancias superiores. Ello debe suceder de forma excepcional, por los motivos que venimos expresando en este estudio. En una sociedad anónima estándar –dejamos fuera el caso de las sociedades unipersonales- la dualidad socios-sociedad y la normal pluralidad de socios conforman una realidad distinta ante la que la ley opta acertadamente por la autonomía del sistema de responsabilidad de los administradores.

- El problema es ¿Qué sucede si las instrucciones han sido recibidas por unos administradores y no por otros? Por ejemplo, si solo el Presidente y el Consejero Delegado son conscientes de la existencia de tales instrucciones y los demás miembros del Consejo aprueban el acuerdo ilícito

sin contar con esa causa de exoneración de responsabilidad? ¿Pueden o no los Estatutos sociales desarrollar el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades estatales? Y, entrando con ello en la vidriosa cuestión de la responsabilidad diferenciada de consejeros, ¿es admisible que consejeros provistos de un nivel de información menor que otros –por ejemplo los consejeros independientes que no forman parte de comisiones del Consejo- compartan el mismo régimen de responsabilidad solidaria que los consejeros que tienen acceso y gestionan información más completa y de mayor calidad? ¿No deberían los consejeros ejecutivos, que a su condición de administradores unen su posición de gestores diarios de los asuntos de la compañía, tener un estatutos de responsabilidad más intenso que los demás consejeros?-

En relación con la responsabilidad penal, la reciente reforma del Código Penal por obra de la Ley Orgánica ha introducido en el Derecho español la responsabilidad penal directa de la persona jurídica (arts. 31 bis, 33.7 y 66 bis, entre otros), que surge en relación con los delitos en que, además de preverlo de forma expresa la ley, el ilícito haya sido cometido en nombre o por cuenta y en provecho de la sociedad por administradores de hecho o derecho y otros autores en caso de falta de control. La responsabilidad criminal de la sociedad es compatible con la de la persona física del administrador, en su caso, y entre las circunstancias atenuantes que prevé el nuevo texto del Código Penal se menciona la existencia de medios de prevención preestablecidos.

XIII. RELACIONES DE TUTELA ADMINISTRATIVA

51

A las relaciones de tutela administrativa de las sociedades mercantiles estatales dedica la Ley de Patrimonio de 2003 varios preceptos. Así, el artículo 176 [Ministerio de tutela] establece que:

1. Al autorizar la constitución de una sociedad de las previstas en el artículo 166.2 de esta Ley, el Consejo de Ministros podrá atribuir a un ministerio, cuyas competencias guarden una relación específica con el objeto social de la sociedad, la tutela funcional de la misma.
2. En ausencia de esta atribución expresa corresponderá íntegramente al Ministerio de Hacienda el ejercicio de las facultades que esta ley otorga para la supervisión de la actividad de la sociedad.

Al Ministerio de tutela le compete el ejercicio del control funcional y de eficacia de las sociedades mercantiles estatales, sin perjuicio de las competencias de control que corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado (art. 177 Ley 3/2003). En el ejercicio de esas funciones, el Ministerio de tutela “instruirá a la sociedad respecto a las líneas de actuación estratégica y establecerá las prioridades en la ejecución de las mismas, y propondrá su incorporación a los Presupuestos de Explotación y Capital y Programas de Actuación Plurianual, previa conformidad, en cuanto a sus aspectos financieros, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, si se trata de sociedades cuyo capital corresponda íntegramente a la Administración General del Estado, o del organismo público que sea titular de su capital”.

Asimismo y “en casos excepcionales, debidamente justificados”, el Ministro al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades previstas en el artículo 166.2, para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución (art. 178 Ley 3/2003).

Por su parte, el art. 142 del RD 1373/2009, bajo la rúbrica de “*Intereses económicos generales*”, prevé que “la protección, impulso y defensa de los intereses económicos generales en la gestión de los patrimonios públicos de las entidades a que se refieren los apartados a) y b) del artículo 166.1 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas corresponderá al Ministerio de Economía y Hacienda, que velará por el cumplimiento de los principios enunciados en los artículos anteriores”, a cuyo efecto le corresponderá el ejercicio de las funciones que enumera a continuación el artículo, entre las que nos interesa destacar las siguientes:

(.....)

d) Proponer, en los términos establecidos en sus estatutos, el nombramiento de los miembros del órgano superior de dirección de estas entidades, en el que deberá hallarse representado el Ministerio de Economía y Hacienda, para apoyar la supervisión y vigilancia en su gestión.

e) Dictar instrucciones a fin de salvaguardar los intereses económicos generales en la gestión del patrimonio público adscrito a la entidad.

f) Proponer al Consejo de Ministros, a los Ministros o a los órganos correspondientes que tengan atribuida la competencia para el nombramiento de directivos, la sustitución de éstos cuando como consecuencia de informes de auditoría o control, se hayan puesto de manifiesto deficiencias sustanciales con repercusión económica en la gestión de la entidad o de alguna de sus áreas, o cuando se constaten desviaciones o incumplimientos de las estrategias generales fijadas por el Gobierno.

La facultad de propuesta de nombramiento de consejeros por parte del Ministerio de Economía y Hacienda a que se refiere el citado art. 142 d) debe entenderse sujeta a lo que establezcan los Estatutos sociales en cada caso. En principio, dicha facultad (que hay que entender referida a los miembros del órgano de administración como órgano superior de administración de la sociedad, pese a la imprecisa mención que hace el precepto al “órgano superior de dirección”) no resulta incompatible con la cualidad de consejero independiente a efectos de lo dispuesto en el art. 140 del mismo Reglamento si la persona cumple las condiciones contempladas en este último precepto. No obstante, parece más adecuado, y es sin duda más correcto desde el punto de vista de la política de selección de consejeros prevista en el CUBGC, que la Administración pública se abstenga de tomar la iniciativa de nombramiento de consejeros independientes y la ejerza solamente en relación con los consejeros dominicales, así como de los ejecutivos. Consideramos que los Estatutos de la sociedad mercantil estatal pueden reflejar este principio de independencia de origen de los consejeros independientes cuya selección sería competencia de una Comisión de Nombramientos y Retribuciones o del propio Consejo de Administración a iniciativa del Presidente, del Consejero Delegado o de otros miembros

del Consejo pero no, al menos de forma directa, del Ministerio como podía desprenderse de una interpretación literal del art. 142 d) del Reglamento.

Estas competencias del Ministerio de Economía y Hacienda traen su causa del ar. 170 de la Ley 3/2003 que establece que:

2. *El Ministerio de Hacienda ejercerá, en la forma que reglamentariamente se determine y sin perjuicio de las competencias en materia presupuestaria y de control financiero, la representación de los intereses económicos generales de la Administración General del Estado en las Entidades a que se refieren los párrafos a y b del artículo 166.1 de esta Ley, para la adecuada acomodación de la gestión de los patrimonios públicos que les han sido atribuidos a las estrategias generales fijadas por el Gobierno y a los criterios definidos según lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo.*
3. *El Ministro de Hacienda podrá dar instrucciones a quienes ostenten en la Junta General de las sociedades mercantiles la representación de las acciones de titularidad de la Administración General del Estado y sus organismos públicos sobre la aplicación de las reservas disponibles o del resultado del ejercicio de las citadas sociedades cuando, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, sea posible dicha aplicación.*

Todo ello sin perjuicio de las competencias superiores del Consejo de Ministros en materia de gestión del patrimonio público empresarial, que se contienen en el art. 169 de la Ley 3/2003, que establece:

Artículo 169. Competencias del Consejo de Ministros.

Sin perjuicio de las autorizaciones del Consejo de Ministros a que esta ley y otras específicas someten determinadas actuaciones de gestión del sector público empresarial del Estado, compete al Consejo de Ministros:

- a. Determinar las directrices y estrategias de gestión del sector público empresarial del Estado, en coherencia con la política económica y la estabilidad presupuestaria.
- b. Aprobar planes de reestructuración del sector público empresarial del Estado y ordenar la ejecución de los mismos.
- c. (...)
- d. Atribuir la tutela de las sociedades previstas en el artículo 166.2 de esta Ley a un determinado departamento, o modificar el ministerio de tutela.
- e. Autorizar el objeto social de las sociedades previstas en el artículo 166.2 de esta Ley y sus modificaciones.
- f. Autorizar la creación, transformación, fusión, escisión y extinción de sociedades mercantiles estatales, así como los actos y negocios que impliquen la pérdida o adquisición de esta condición por sociedades existentes.

En el expediente de autorización deberá incluirse una memoria relativa a los efectos económicos previstos.

- g. Autorizar los actos de adquisición o enajenación de acciones que supongan la adquisición por una sociedad de las condiciones previstas en el artículo 166.2 de esta Ley o la pérdida de las mismas.
- h. Autorizar los actos de adquisición o enajenación de acciones de las sociedades a que se refiere el párrafo d del artículo 166.1 de esta Ley cuando impliquen la asunción de posiciones de control, tal y como quedan definidas en el citado artículo, o la pérdida de las mismas.
- i. Autorizar a las entidades a que se refiere el artículo 166 de esta Ley y al Ministerio de Hacienda para la suscripción de acuerdos, tales como pactos de sindicación de acciones, que obliguen ejercer los derechos inherentes a los títulos en sociedades mercantiles de común acuerdo con otros accionistas.

XIV. TRANSPARENCIA INFORMATIVA A TRAVÉS DE INTERNET

Por último, el art.143 del RD 1373/2009 establece un principio de publicada reforzada de estas sociedades, al señalar lo siguiente:

Artículo 143. *Publicidad de la actividad societaria.*

Sin perjuicio de la publicidad legal a través del Registro Mercantil que, en su caso, sea obligatoria, las sociedades y entidades a que se refiere el artículo 166 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas difundirán, a través de internet, toda la información relevante relativa a su actividad empresarial que por su naturaleza no tenga carácter reservado, y en particular, sus estatutos o normas de creación, los integrantes de sus órganos de administración, dirección, gestión y control, los poderes y delegaciones conferidos por éstos, las cuentas anuales, los códigos de conducta o guías de buenas prácticas que deban observar, y la identificación de la parte de su actividad vinculada a servicios de interés general.

Esta información relevante será difundida por las sociedades o entidades matrices en el caso de grupos empresariales, con el fin de otorgar una mayor transparencia al conjunto de sus actividades y a la estrategia general de dichos grupos.

XV. CONCLUSIONES

1. Buen Gobierno Corporativo

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 sociedades.**

El Buen Gobierno Corporativo tiene como finalidad prevenir y contribuir a resolver las áreas significativas de conflictividad de las sociedades, esto es, los conflictos entre propiedad y gestión, entre administración y propiedad, entre administración y dirección, así como los conflictos entre mayoría y minoría de accionistas.

A tal efecto, el Gobierno Corporativo se traduce en una serie de principio y recomendaciones de fuerte contenido ético o valorativo (“axiológico”), programático y nomogénético (inspirador de futuras reformas legales y reglamentarias sin perjuicio de su eficacia ordenadora inmediata aunque no vinculante) y transnacional o internacional

Muchos analistas imputan una parte de la responsabilidad de la crisis financiera y económica de los últimos años a la debilidad institucional y a la falta de coordinación de las autoridades y organismos públicos supervisores de los mercados así como a los fallos de control por parte de los consejos de administración y demás órganos de dirección de las propias empresas. Es el corazón mismo del Gobierno Corporativo el que ha sido puesto en cuestión por la crisis, lo que hace necesaria una reflexión en profundidad sobre el futuro. Por tanto, se trata de un concepto sumido en este momento en un proceso de revisión profunda que ya está cristalizando en la reformulación de principios y recomendaciones innovadores.

2. La extensión del Buen Gobierno Corporativo a las entidades del sector público empresarial

55

Aunque desarrollado al calor de los requisitos de transparencia inherentes a las sociedades cotizadas en Bolsa respecto de las cuales los inversores actuales y potenciales necesitan tener un grado elevado de conocimiento sobre la forma en que esas sociedades se organizan y funcionan, empezando por identificar su estructura de capital, su estructura de administración y las relaciones entre accionistas, administradores y la propia sociedad (operaciones vinculadas), pronto se reveló que las prácticas de Buen Gobierno son de utilidad más allá del entorno de la transparencia de los mercados de valores: en la medida en que esas reglas incorporan soluciones organizativas innovadoras y eficaces y sirven para resolver conflictos entre las partes interesadas en el buen funcionamiento de la empresa, tienen un cierto carácter universal y pueden ser extrapoladas a otras modalidades de organización empresarial distintas de la sociedad mercantil cotizada: a sociedades mercantiles no cotizadas, a empresas familiares, a otros tipos de sociedades, a personas jurídicas distintas de la sociedad como la fundación o la mutualidad, y, en general a cualquier clase de organización desarrollada. Naturalmente también, a las entidades públicas y a las sociedades privadas constituidas y/o controladas por la Administración General del Estado o por otras Administraciones Públicas, máxime cuando la ley establece de forma expresa que esas entidades se registrarán, como norma general, por el Derecho privado.

Las empresas públicas, tanto las entidades públicas empresariales como las sociedades mercantiles estatales, se rigen, al menos en parte, por el Derecho privado, tal como establecen la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la Ley 3/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En el caso de las sociedades mercantiles estatales, rige para las mismas todo el bloque de la legalidad civil y mercantil les resulta de aplicación y como parte del mismo los principios, reglas y recomendaciones que constituyen el Buen Gobierno Corporativo.

En consecuencia, **estas sociedades se rigen por los Estatutos sociales como cualquier otra sociedad mercantil y disponen de una potestad de organización interna que les faculta para desarrollar su sistema propio de reglas de Gobierno Corporativo** a través de un Reglamento de Consejo de Administración, un Reglamento de Junta General, un Código de Ética y cuantas disposiciones consideren convenientes. La facultad de libre organización interna de las sociedades mercantiles, dentro de los límites legales, está ampliamente reconocida en la ley de sociedades de capitales: arts. 23, 28, 210, 211 y 249, entre otros, del Texto Refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Debe anotarse como el art. 28, “Autonomía de la voluntad”, del Texto Refundido de 2 de julio de 2010, establece que “en la escritura y en los estatutos se podrán incluir... todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”.

Si hay sociedades mercantiles, que, coticen o no coticen en Bolsa, tengan o no tengan accionistas minoritarios significativos o no, **“deben” tener y dar ejemplo de un Gobierno Corporativo transparente y limpio son aquellas sociedades cuyo accionista de referencia es la Administración General del Estado u otras Administraciones Públicas.** Poco sentido tendría el decidido impulso que tanto el legislador, a través de las sucesivas modificaciones recientes de la legislación de mercado de valores y de las sociedades de capitales como el Gobierno a través de la CNMV y de otros organismos reguladores, han dado al Buen Gobierno Corporativo si luego las empresas públicas albergasen prácticas oscurantistas de abuso de poder, influencias o dependencias ajenas a las buenas prácticas mercantiles. La decisión de constituir una sociedad estatal no tiene implicaciones sólo en el terreno de la eficacia operativa, la flexibilidad de actuación o la autonomía presupuestaria. Antes y por encima de esas “ventajas” que otorga la forma societaria privada y sin perjuicio de las limitaciones propias del régimen societario de unipersonalidad (Capítulo III del Título I del Texto Refundido de 2 de julio de 2010 y de las “especialidades de las sociedades unipersonales públicas”, a que se refiere el art. 17 del mismo), la creación de una sociedad mercantil supone para el accionista la asunción de una serie de principios, propios del Derecho privado, que no pueden ser desconocidos ni siquiera por el accionista único:

(i) Principio de autonomía

Las sociedades mercantiles estatales se rigen, de forma preferente y cuasi-exclusiva por el Derecho privado general. De ahí, la importancia de que estén provistas, en lo que sea necesario y en función de la dimensión y complejidad de la administración y de la actividad social, de un sistema individual de gobierno corporativa

(ii) Principio de intervención mínima

La autonomía de origen y funcionamiento de la sociedad mercantil estatal quedaría anulada

si los administradores y directivos de la misma actuaran al dictado de las instrucciones y órdenes provenientes de la Administración Pública. Por tanto, la autonomía de la sociedad mercantil estatal se traduce en una política de intervención mínima o de “no interferencia”, en virtud de la cual las relaciones de tutela administrativa sobre los órganos de la sociedad deben ser las mínimas indispensables, no romper la libertad de actuación y gestión ordinaria de los órganos de gobierno y administración de la sociedad y han de ser objeto de interpretación restrictiva, por lo que en caso de duda o conflicto deberá aplicarse el principio de “favor libertatis” (que tiene preferencia sobre el criterio de “instrumentalización administrativa”) en beneficio de la decisión o solución más acorde con la libertad de organización y funcionamiento de la sociedad.

3. Las reglas de Buen Gobierno Corporativo de las entidades del sector público empresarial

El Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, contiene una remisión expresa a las reglas del buen gobierno corporativo al señalar (arts. 138 y 140) que la Administración General del Estado y sus organismos públicos, en cuanto titulares del capital social o de los fondos propios de las entidades a las que se refiere el artículo 166 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, perseguirán en sus actuaciones, entre otras, la finalidad de “*promover la fijación **de estándares de buenas prácticas y códigos de conducta** adecuados a la naturaleza de cada entidad*” y, en el caso de las sociedades mercantiles estatales, “*la Junta General de Accionistas velará por cumplimiento de los principios recogidos en este título, e impulsará la implantación de **buenas prácticas y normas de buen gobierno** en la gestión de las sociedades mercantiles estatales*” [los destacados son nuestros].

57

El Preámbulo del Reglamento de Patrimonio lo indica de manera clara:

*“Por lo que se refiere a la regulación del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado se cumplimenta la previsión del artículo 170.2 de la ley, explicitando la vinculación de las entidades públicas de carácter empresarial a los **principios constitucionales de eficiencia y economía en su gestión**, y definiendo un marco transparente para el cumplimiento de las obligaciones asociadas a la prestación de servicios de interés general que no proyecte distorsiones sobre los mercados. La efectividad funcional del nuevo esquema de gestión de estas entidades requiere introducir algunas precisiones en su modelo organizativo, de forma que, coherentemente con las previsiones esbozadas en la ley, adapten sus estructuras para satisfacer los **principios de buenas prácticas en el gobierno de empresas** y en particular, las recomendaciones de la OCDE plasmadas en las «Directrices sobre Gobierno Corporativo de las empresas públicas» publicadas en el año 2005” [los destacados son nuestros].*

El mismo Reglamento de la Ley de Patrimonio establece, en su artículo 139, unas pautas generales de organización de las entidades comprendidas en el artículo 166 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas:

- a) **Supervisión efectiva de los órganos ejecutivos a los que se les haya atribuido la gestión de la entidad, por los órganos colegiados a los que corresponda directamente su administración y representación.**
- b) **Responsabilidad de los órganos de administración, dirección y gestión sobre los resultados de dichas entidades**, sin perjuicio de la que resulte exigible de acuerdo con la normativa societaria aplicable.
- c) Reconocimiento en su caso de los **derechos de los accionistas minoritarios** distintos de la Administración General del Estado o sus organismos públicos, facilitando su ejercicio.

En relación con las sociedades mercantiles estatales, los artículos 140 y 141 del Reglamento de la Ley de Patrimonio prevén en concreto lo siguiente:

- La Junta General de Accionistas velará por cumplimiento de los principios recogidos en este título, e impulsará la implantación de **buenas prácticas y normas de buen gobierno en la gestión de las sociedades mercantiles estatales.**

A estos efectos, la Junta procurará que el Consejo de Administración de la sociedad esté integrado por **profesionales cualificados en las materias relacionadas con su objeto y con la gestión económico-financiera**, y que se configure de forma eficiente, con la adecuada distribución de cometidos entre sus integrantes para el cumplimiento de sus funciones en atención a la estrategia prevista, garantizando el seguimiento y vigilancia de la gestión de la sociedad.

- La Junta General de Accionistas procurará atender al principio de **presencia equilibrada de hombres y mujeres en la composición de los Consejos de Administración** de las sociedades mercantiles estatales.
- La Junta General de Accionistas promoverá la inclusión de, **al menos, un cincuenta por ciento de consejeros independientes en el órgano de administración de la sociedad.** Tienen la consideración de consejeros independientes aquellos administradores que no presten servicios o que no se encuentren vinculados laboral o profesionalmente a la Dirección General del Patrimonio del Estado o al organismo público que fuera accionista de la sociedad; al órgano con funciones reguladoras sobre el objeto de la actividad de la sociedad; o al Ministerio que tenga atribuida la tutela de la sociedad.

Por otro lado, el modo en que los arts. 138 y 140 del RD 1373/2009 se refieren a las “**normas de buen gobierno**” permite interpretar que se trata de una **técnica de remisión dinámica** que se puede y debe integrar a lo largo del tiempo con los principios y estándares de buen gobierno no sólo oficiales ni sólo españoles sino también con los surgidos en otros foros nacionales e internacionales.

Las relaciones de tutela y la potestad administrativa de emanar instrucciones vinculantes a los órganos de gobierno y administración de las sociedades mercantiles estatales (a las que se refieren, entre

otros, los arts.178 de la Ley 33/2003 y 142 del RD 1373/2009) **no deben interferir en la gestión autónoma ordinaria de la sociedad, de acuerdo con los principios de autonomía y de intervención mínima** que han sido expresados anteriormente. El mismo criterio rige para los demás aspectos en que la normativa administrativa habilita al órgano de tutela para promover acuerdos excepcionales como el cese de directivos en caso de deficiencias sustanciales con repercusión económica en la gestión de la entidad o cuando se constaten desviaciones o incumplimientos de las estrategias.

4. Especial referencia a los Estatutos sociales y demás reglas internas de Gobierno Corporativo:

Los **Estatutos sociales** y las demás normas internas de Gobierno Corporativo serán las reglas básicas que regirán la administración y la gestión de las sociedades mercantiles estatales.

De esas normas internas, consideramos especialmente oportuno que las sociedades mercantiles estatales dispongan de un **Reglamento de Consejo de Administración**, aprobado por su propio órgano de administración, que regule el nombramiento, separación, los derechos, deberes y responsabilidades de los administradores, las relaciones con el o los accionistas y las Comisiones del Consejo de Administración. Es decir, como en las sociedades cotizadas, “un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio Consejo, de acuerdo con la ley y los estatutos, que contendrá las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad” (art. 516 Texto Refundido de 2 de julio de 2010).

Resulta asimismo muy conveniente que **las sociedades estatales se doten de un Código interno de Ética Profesional** que, sin perjuicio de las materias reguladas por la ley mercantil, la administrativa o la laboral, aborde cuestiones tan sensibles como la información reservada, los conflictos de interés o las operaciones vinculadas, así como la prevención de fraudes y delitos, incluidas las nuevas modalidades de corrupción incorporadas al Código Penal en la revisión de la Ley Orgánica 5/2010.

Los contenidos típicos de un Reglamento de Consejo de Administración de sociedad mercantil cotizada y de un Código de Ética Profesional pueden quedar igualmente incorporados a un mismo documento con el nombre indistinto de **Código de Conducta o de Guía de Buenas Prácticas**, a los que se refieren los arts. 138 y 143 del RD 3173/2009, de 28 de agosto, aunque consideramos más aconsejable diferenciar en dos documentos separados, ambos aprobados por el Consejo de Administración:

- Las reglas de organización, funcionamiento, derechos y deberes de los consejeros: Reglamento del Consejo de Administración
- El Código de Conducta de los directivos y empleados de la sociedad: capacitación, formación, vinculaciones y conflictos de intereses, dedicación, incompatibilidades, relaciones con proveedores, relaciones con medios de comunicación, relaciones con competidores, política de privacidad, obsequios.

5. Presidente, Consejero Delegado, Consejeros y Comisiones del Consejo de Administración

La Ley y el Reglamento de Patrimonio instauran un criterio de equilibrio y distribución en la estructura del Consejo de Administración de las sociedades mercantiles estatales que concuerda con los principios de Buen Gobierno Corporativo: profesionales cualificados, administradores responsables, distribución de cometidos entre los consejeros, seguimiento y vigilancia de la gestión de la sociedad y, sobre todo, presencia de al menos el 50% de consejeros independientes.

El Consejo de Administración de las sociedades estatales no es sólo un órgano de supervisión y control, es también un consejo gestor, cualidad especialmente necesaria cuando como sucede en las sociedades de accionista único la Junta General apenas tiene sustantividad como órgano societario y es el Consejo quien realmente asume todas las competencias de gobierno y administración de la sociedad.

En la línea de plena coherencia de las buenas prácticas de las sociedades estatales con los principios generales del Buen Gobierno Corporativo de las sociedades cotizadas, sería deseable y así lo propugnamos en nuestro estudio, que los Estatutos de cada sociedad y sus Reglamentos de Consejo de Administración en caso de existir, establezcan:

- Un procedimiento objetivo de selección y nombramiento de los consejeros independientes, análogo al recomendado para las sociedades cotizadas en el CUBGC. En consecuencia, el Ministerio de Economía y Hacienda debería abstenerse de ejercer la facultad de iniciativa para el nombramiento de consejeros de sociedades estatales que prevé el art. 142 del RD 1373/2009.
- Un reforzamiento de la condición sustantiva de los consejeros independientes mediante el nombramiento como tales de profesionales ajenos a la condición de funcionarios públicos (pese a que el art. 180 Ley 33/2003 lo permite).

Los nombramientos del **Presidente del Consejo de Administración y del Consejero Delegado o puesto equivalente** que ejerza el máximo nivel ejecutivo de la sociedad se efectuarán por el Consejo de Administración, a propuesta del Ministro de tutela (art. 181 Ley 33/2003).

El precepto es neutral ante la posibilidad de que la sociedad estatal esté presidida por un presidente-ejecutivo y no exista consejero delegado o de que existan de forma simultánea ambos cargos tenga o no el presidente capacidad ejecutiva –alternativas todas ellas existentes en la práctica societaria española- y tampoco dice nada nuevo al establecer que el nombramiento correspondiente debe ser efectuado por el Consejo de Administración, pues ese es el principio de la legislación de sociedades anónimas salvo que el legislador haya pretendido evitar la posibilidad, infrecuente pero estatutariamente válida, del nombramiento directo por la Junta General del primer ejecutivo.

Lo que el artículo quiere dejar claro es que la propuesta de nombramiento de ese primer, o primeros, ejecutivos debe provenir del Ministerio de tutela, sin que en este caso, extrañamente, la norma de entrada a los demás Ministerios relacionados con la sociedad.

Si el Presidente y, en su caso, el Consejero Delegado, o el Consejero Director General (“puesto equivalente”) son nombrados por el Consejo pero en todo caso a propuesta del Ministro de tutela parece difícil que pueda haber un Presidente independiente, es decir, que uno de los consejeros independientes sea nombrado Presidente del Consejo de Administración, salvo que lo sea sin poderes y sin capacidad ejecutiva supuesto al cual no sería aplicable el art. 181 de la Ley 3/2003.

Finalmente, y teniendo en cuenta tanto las recomendaciones del CUBGC como las de la OCDE de 2005, sería aconsejable la dualidad de Presidente y Consejero Delegado, es decir que existan los dos cargos y no se concentre todo el poder ejecutivo delegado en una única persona (algo que el art. 181 transcrito no prevé) y que el Consejo de Administración, el Presidente y los demás Consejeros sean evaluados o autoevaluados una vez al año (previsión que tampoco consta en la norma, pero que puede introducirse en los Estatutos o en el Reglamento del Consejo de Administración).

Las sociedades mercantiles estatales debe constituir una Comisión de Auditoría y Control, dependiente del Consejo, con la composición y funciones que se determinen, cuando se trate de sociedades que, de acuerdo con la normativa aplicable, estén obligadas a someter sus cuentas a auditoría (art. 180 Ley 33/2003).

61

La determinación de la estructura, competencias y funcionamiento interno de la Comisión de Auditoría serán, en ausencia de normativa de desarrollo en el Reglamento de 2009, las que establezcan los Estatutos de la sociedad. Es un reconocimiento explícito del principio de autonomía estatutaria de las sociedades mercantiles estatales que ni la Ley ni el Reglamento de Patrimonio hayan entrado en el detalle de la regulación de un órgano de supervisión y control tan relevante y hayan deferido la competencia plena para ello a favor de los Estatutos de cada sociedad.

El modelo, también aquí, será el de la Comisión de Auditoría y Control de las sociedades cotizadas regulada en la Disposición adicional decimoctava de la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, modificada en este punto por la Ley 12/2010, de 30 de junio). De acuerdo con dicho modelo, los miembros del Comité o Comisión de Auditoría serán, al menos en su mayoría (según las recomendaciones del CUBGC, en su totalidad) consejeros no ejecutivos nombrados por el Consejo de Administración y uno al menos de los miembros será independiente (la mayoría de los miembros conforme al CUBGC) y será designado teniendo en cuenta “sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o ambas”.

Además, los Estatutos sociales o el Reglamento del Consejo de Administración de la sociedad estatal pueden prever la existencia de una Comisión ejecutiva o Comisión delegada, como es habitual en las sociedades grandes, en la que el Consejo de Administración delega por razones

operativas una parte de sus funciones y de una Comisión de Nombramientos y Retribuciones conforme al modelo recomendado por el CUBGC. Desde luego, resulta recomendable que las sociedades mercantiles estatales cuyas cifras de facturación y resultados sean significativas constituyen una Comisión de estas características formada de manera exclusiva o mayoritaria por consejeros independientes y presidida por uno de los mismos. La creación o no de una Comisión ejecutiva es más una cuestión de eficacia operativa: si hay un Consejero Delegado o un Presidente-ejecutivo, el Consejo de Administración no tiene un número excesivo de miembros, se reúne con frecuencia y es ágil en la toma de decisiones, no resulta imprescindible la concurrencia de una Comisión ejecutiva o delegada del Consejo de Administración. La facultad de autoorganización de las sociedades estatales puede llevarles a establecer otras Comisiones (como la de Negocio, la de Control de Riesgos, la de Gobierno Corporativo...) que existen también en algunas sociedades cotizadas.

6. Responsabilidad de los administradores

La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles generales será la establecida con carácter general por la legislación de Derecho societario: actualmente, la regulada en los arts. 236 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010, que establece que *“los administradores de derecho o de hecho de las sociedades responden, frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”*.

El art. 179 de la Ley 33/2003 se refiere a la exoneración de responsabilidad de “los administradores de las sociedades a las que se hayan impartido instrucciones en los términos previstos en el artículo anterior”, señalando “que actuarán diligentemente para su ejecución, y quedarán exonerados de la responsabilidad prevista en el artículo 133 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas [hoy art. 236.2 T.R.] si del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas”.

En este supuesto, hay que admitir que el régimen de administración de las sociedades estatales ofrece una singularidad destacada en comparación con el sistema general. El legislador privado opta por la solución contraria: “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” (art. 236.2 Texto Refundido de 2 de julio de 2010).

Aunque ciertamente la relación accionista-sociedad es bien diferente en uno y otro caso ya que en las sociedades mercantiles estatales funciona un régimen de tutela administrativa que, sin implicar la pérdida de libertad y autonomía de la sociedad, se traduce en un marco permanente de relaciones de sujeción funcional, el precepto plantea numerosos interrogantes interpretativos que tratamos de describir en el cuerpo del estudio.

7. Transparencia informativa

De acuerdo con el artículo 143 del RD 1373/2009, y sin perjuicio de la publicidad legal a través del Registro Mercantil que, en su caso, sea obligatoria, las sociedades y entidades a que se refiere el artículo 166 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas difundirán, a través de internet, toda la información relevante relativa a su actividad empresarial que por su naturaleza no tenga carácter reservado, y en particular, *sus estatutos o normas de creación, los integrantes de sus órganos de administración, dirección, gestión y control, los poderes y delegaciones conferidos por éstos, las cuentas anuales, los códigos de conducta o guías de buenas prácticas que deban observar, y la identificación de la parte de su actividad vinculada a servicios de interés general.*

El medio natural para cumplir el deber de transparencia impuesto por la norma a las sociedades mercantiles estatales (también a las entidades públicas empresariales) consiste en una página web corporativa a imagen y semejanza de la que resulta preceptiva para las sociedades cotizadas conforme al art. 528 del Texto Refundido de 2 de julio de 2010.

XVI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ/DE LA CUÉTARA/LÓPEZ DE CASTRO, Principios de Derecho público económico, Comares, 2004
- ARIÑO ORTIZ, G.: Economía y Estado: crisis y reforma del sector público, Marcial Pons, 1993
- ARRANZ MADRID, M.A.: Principales aspectos de los Códigos de Buen Gobierno elaborados y/o revisados en 2008, Revista de Derecho de Sociedades, Thomson Aranzadi, nº 32, 2009.
- BERMEJO VERA, José (director): Derecho administrativo. Parte especial, Thomson-Civitas, 2009.
- BOQUERA OLIVER, José María - “Derecho administrativo”, Civitas 1992.
- CABEZA, L. y GOMEZ, S.: “Privatización y performance de las empresas españolas privatizadas”, Revista de Contabilidad y Tributación, junio, 2005.
- CABEZA, L.: “Un estudio del gobierno de las empresas españolas privatizadas”, Revista de Análisis Financiero, 102, 2006.
- CABEZA, L. y GOMEZ, S.: “Gobierno de las empresas españolas: privatizadas versus no privatizadas”. Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa, 17, 2008.
- CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, J. L.: Ética Pública y Normativa Administrativa, Revista de Administración Pública, nº 181, 2010.
- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES: “Informe de Gobierno Corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en el mercado secundario de valores”, 2008.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis - “Manual de derecho administrativo”, Civitas, 1993.
- COSCULLUELA MONTANER/ LÓPEZ BENÍTEZ, Derecho público económico, Iustel, 2008.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de Derecho Comunitario europeo y los principios generales del Derecho público económico, en Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof. Dr. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, 2003.

- DEL SAZ CORDERO, S.: La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y crítica, en Revista de Administración Pública 133, 1994.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, LINDE PANIAGUA, E. y otros: Derecho administrativo económico, Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UNED.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”, Civitas, 2000, 2 Tomos.
- MARTÍN MATEO, R.: Derecho público de la economía, Centro de Estudios Ramón Areces, 1985.
- MARTÍN MATEO, R.: El marco público de la economía de mercado / Ramón Martín Mateo, Aranzadi, 2003
- MARTÍN RETORTILLO, Sebastián - “Derecho administrativo económico”, La Ley, 1991, 2 Tomos.
- MATEU DE ROS, R.: El nuevo Código de Buen Gobierno Corporativo, Thomson-Aranzadi, 2007.
- MATEU DE ROS, R.: Los accionistas significativos de la SA cotizada: Pactos parasociales, derechos políticos y principio de igualdad de trato, Centro de Gobierno Corporativo, 2010, <http://centrogobiernocorporativo.ie.edu/inves>.
- MATEU DE ROS, R. y COSTA, M.: Buen Gobierno Corporativo, diálogo entre accionistas y reputación corporativa, Centro de Gobierno Corporativo, 2010 (pendiente de publicación).
- MORRELL OCAÑA, Luis: “Curso de Derecho Administrativo II”, Aranzadi, 1998.
- PARADA VASQUEZ, Ramón - "Derecho administrativo", Marcial Pons, 2002, 3 Tomos.
- PAZ-ARES, C., “Responsabilidad de los Administradores y Gobierno Corporativo”, Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007.
- PÉREZ CARRILLO, E. (coordinadora): Gobierno corporativo y Responsabilidad social de las empresas, Marcial Pons, 2009.
- PIÑAR MAÑAS, J.L.: Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario, en Revista de Administración Pública 133, 1994.
- RIVERO ORTEGA, R.: Introducción al derecho administrativo económico, Ratio Legis Librería Jurídica, 2005.
- RIVERO ORTEGA, R.: Derecho administrativo económico, Marcial Pons, 2009.
- SÁNCHEZ-CALERO, J., “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa” en Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas II Thomson-Aranzadi, 2006, Dirección A. Alonso Ureba y otros.
- SÁNCHEZ GOYANES, E. (coordinador): Manual de derecho administrativo, Universidad Europea de Madrid-CEES: COLEX, 1997.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: Principios de Derecho Administrativo, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
- VEGA, J. y GARICANO, T.: La creación de valor, la estrategia y los stakeholders, Centro de Gobierno Corporativo, 2010, <http://centrogobiernocorporativo.ie.edu/inves>.
- VIVES, X.: El buen gobierno de las empresas públicas, IESE, OP 07/12, 2007.