

TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL ÁMBITO MERCANTIL

Sr. D^a. Marta Pastor López
Directora de Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías
de Telefónica, S.A.

1. -GOBIERNO CORPORATIVO

1.1. -ANTECEDENTES

2. -GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS

2.1. -PRINCIPIOS OCDE

2.2 GOBIERNO CORPORATIVO EN LA UNIÓN EUROPEA

2.3. -TRANSPARENCIA EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS ESPAÑOLAS

3. -GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS DEMÁS SOCIEDADES

4. -GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS

4.1 DIRECTRICES OCDE

4.2. -ANTECEDENTES DE GOBIERNO CORPORATIVO EN ESPAÑA

4.3. -NORMATIVA QUE REGULA ACTUACIONES RELACIONADAS CON LA TRANSPARENCIA Y EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL PÚBLICO

4.4 ACTUACIONES DE GOBIERNO CORPORATIVO DE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN ACTUAL

4.4.1. -ESTRUCTURA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: COMPOSICIÓN

4.4.2. -INFORME ANUAL DE GOBIERNO CORPORATIVO

4.4.3. SOSTENIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD SOCIAL

-MEMORIA DE SOSTENIBILIDAD

-PLAN DE SOSTENIBILIDAD DEL GRUPO

-RESPONSABILIDAD SOCIAL

4.4.4. - CODIGOS DE CONDUCTA

4.4.5.- LIMITACIONES EN RETRIBUCIONES E INDEMNIZACIONES DE LOS MAXIMOS RESPONSABLES Y DIRECTIVOS

4.4.6.- PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN

4.4.7.- ANEXOS Y CUENTAS previstos en la Ley 4/2007 de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las administraciones Públicas y las empresas públicas, y de transparencia.

4.4.8.- SEPI Y SUS EMPRESAS

5.-PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

5.5.1.-PUBLICIDAD

5.2.- ¿QUÉ TIENE ESTA LEY DE NOVEDOSA?

5.3.-ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA

5.4.-BUEN GOBIERNO

5.5.-RÉGIMEN SANCIONADOR

5.6.- ¿QUÉ FALTA?

TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL ÁMBITO MERCANTIL

Las Jornadas que anualmente celebra la Abogacía del Estado tienen este año como tema la transparencia, y a lo largo de hoy y mañana se hablará de diferentes aspectos en los que se puede y/o se debe proyectar la transparencia. Mi ponencia versará sobre la Transparencia y el Gobierno Corporativo en el ámbito mercantil.

Primeramente analizaré cómo surge el Gobierno Corporativo, para referirme posteriormente cómo se proyecta en el ámbito mercantil, distinguiendo entre en el sector público empresarial y el sector privado y dentro de éste, entre las sociedades cotizadas y las restantes sociedades mercantiles.

1. -GOBIERNO CORPORATIVO

1.1. -ANTECEDENTES

El Gobierno Corporativo se ha convertido en los últimos años en uno de los factores determinantes de la buena gestión de las empresas. El concepto nació hace ya algunas décadas en países como Canadá, Estados Unidos y Australia, como consecuencia de la necesidad que tenían los accionistas minoritarios de conocer el estado en que se encontraba su inversión: querían saber qué se estaba haciendo con su dinero y cuáles eran sus expectativas futuras. Esto hizo que las sociedades iniciaran un proceso de apertura de la información y transparencia. La importancia del GC ha ido en aumento a partir de escándalos financieros acaecidos en el mundo de la empresa que han tenido repercusión en todo el mundo. Los factores que han dado lugar a estos escándalos son:

- una fuerte divergencia entre la propiedad de la empresa y la gestión/dirección de la misma
- la atomización del accionariado

- y la falta de independencia y objetividad de los auditores.

A) Una fuerte divergencia entre la propiedad de la empresa y la gestión de la misma.

Como es conocido, la profesionalización de los gerentes/ejecutivos, el incremento de la complejidad del entorno empresarial, la mayor incertidumbre y riesgo económico de los negocios así como, el aumento de la complejidad de la administración de las empresas, han venido produciendo un desplazamiento del poder/ autoridad en la empresa desde la propiedad(accionistas) a los gestores/directivos. Esta separación produce conflictos de interés entre los accionistas y los intereses propios de los gestores. La empresa, desde el punto de vista financiero, tiene por finalidad generar rentas para sus accionistas. Éstos tienen el derecho a disponer del exceso de riqueza generando por los gestores (beneficio). La gestión de sus gestores será evaluada en función de sus resultados y del valor asignado a la empresa. Pues bien, el conflicto tiene lugar cuando los gestores dejan de crear riqueza o valor a largo plazo para los accionistas y se dedican a velar por sus propios intereses profesionales o particulares o se apropian bajo distintas formas de los recursos sobrantes. Al conflicto con las preferencias de los gestores coadyuva la alta discrecionalidad de la que disfrutaban los gestores de las grandes sociedades y al ilimitado poder que disponen de distribución de la información sobre la empresa, la cual que no está a disposición ni de los accionistas ni de terceros, lo que crea los problemas de asimetría de la información, información oculta, selección adversa y de riesgo de comportamientos oportunistas por parte de los gestores.

B) Atomización del Accionariado

Las necesidades de inversión de las grandes empresas les llevan a acudir a los mercados de capitales en busca de recursos, lo que ha producido una atomización de su accionariado y la consiguiente dilución del poder en las compañías. La consecuencia es la agravación del fenómeno anterior: incremento del poder discrecional de los gestores, pérdida de peso o de influencia de los propietarios en el gobierno de las empresas, que quedan relegados al papel de meros suministradores de medios financieros necesarios para que los directivos afiancen su poder sobre los activos de la empresa, sin posibilidades

reales de limitar, influir y controlar de manera efectiva a los gestores y a sus preferencias, quienes además son los que disponen de la información.

C) La falta de independencia y objetividad de los auditores.¹

El auditor no independiente tiende a eludir pruebas de auditoría que presuma que puedan dar lugar al conocimiento de problemas sobre los que posteriormente tiene que informar. La falta de ética en unos casos y la falta de carácter en otros hace que los auditores puedan ser manejados fácilmente. Además la independencia de los auditores también se ve afectada por las presiones a que son sometidos por los gestores de las compañías. Los gestores maquillan los números para garantizar su status y los auditores no informan a los accionistas porque su nombramiento y sus retribuciones dependen de la gerencia, aunque formalmente los auditores son nombrados por la Junta de accionistas. En definitiva, la auditoría de los estados financieros no siempre se ha realizado con la profesionalidad deseada lo que ha provocado manipulaciones contables que no mostraban los riesgos empresariales asumidos ocultando las pérdidas

Es sabido que estos fenómenos han dado lugar a graves patologías empresariales y abusos de la gestión de empresas. Muestra de ello son los casos Tyco, Global Crossing, Enron, World.com en Estados Unidos, Alhold en Holanda, Vivendi en Francia, Parmalat en Italia, Mannesmann en Alemania y Gescartera (escándalo financiero ocurrido en España en 2001, en el que desaparecieron unos 120 millones de euros y que registró más de 2000 afectados, incluyendo mutualidades públicas, fundaciones, ONG, congregaciones religiosas, y empresas públicas) y Banesto que han provocado una pérdida de confianza de la sociedad en las empresas y en su función social.

Esta herida trata de ser restablecida aplicando nuevos sistemas de gobierno y de control (Gobierno Corporativo) y replanteándose la función social de estas organizaciones (Sostenibilidad/responsabilidad social). Esta situación ha

¹ La Auditoría y los escándalos financieros, Erika Collero Morales, M^a Cristina de León Morales, Saúl Pérez Hernández y Tomás Torres Portugués.

puesto en entredicho la efectividad del Consejo de administración, como órgano de supervisión y control, lo que ha llevado a la pérdida de confianza de los mercados. La reputación, la credibilidad y la integridad empezaron a formar parte de un debate social.

La doctrina del Buen Gobierno o también llamada Gobierno o Gobernanza de sociedades obedece a ese propósito.

Los Códigos de Buen Gobierno tratan de ser una respuesta a esos problemas recogiendo recomendaciones que no son obligatorias, pero suelen obligar a quien no las cumpla a explicar el motivo de su no cumplimiento (cumplir o explicar).

Sus propuestas giran en torno a tres líneas básicas:

- Proteger los derechos de los accionistas.
- Asegurar la transparencia en la información sobre las empresas y sus procesos de toma de decisiones.
- Reforzar la función de los Consejos de Administración y las responsabilidades de los consejeros como representantes de los accionistas.

Respecto de este último punto, se pretende compensar el poder concentrado por los consejeros ejecutivos, con una mayor actividad y participación del resto de los consejeros (consejeros independientes o supervisores).

Para ello:

i) se refuerzan las funciones del consejo de administración tanto como órgano colegiado de supervisión y vigilancia de la labor de los ejecutivos (comisiones de auditoría, retribuciones, nombramientos, etc.), y como órgano de fijación de la estrategia corporativa.

ii) se restringen los mecanismos de delegación de funciones en los consejeros ejecutivos,

iii) se crea la figura del consejero independiente como representante de los dispersos accionistas/inversiones pero mayoritarios en una sociedad cotizada y se exige su presencia mayoritaria en el Consejo y en sus comisiones, etc.

2.-GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS

2.1.-PRINCIPIOS OCDE

En el año 1999 se aprobaron los principios de la OCDE de Gobierno Corporativo, convirtiéndose desde entonces en la referencia internacional para el Gobierno Corporativo y la base para diversas iniciativas de reforma tanto gubernamentales como del sector privado. En el año 2003 los principios se revisaron para tomar en cuenta los hechos posteriores que habían ocurrido desde el año 1999 y fue así que el abril del año 2004 los gobiernos de los países miembros de la OCDE acordaron los nuevos principios.

La finalidad de los Principios es frenar actividades delictivas como las que hemos señalado y el desarrollo de una cultura de valores ayudando a los gobiernos de los países miembros y no-miembros de la OCDE en la tarea de i) evaluar y perfeccionar los marcos legal, institucional y reglamentario aplicables al gobierno corporativo en sus respectivos países, y ii) ofrecer orientación y sugerencias a las Bolsas de Valores, los inversores, las sociedades y demás partes que intervienen en el proceso de desarrollo de un modelo de buen gobierno corporativo.

Los Principios centran su atención sobre las sociedades con cotización oficial, tanto financieras como no financieras. No obstante, y en la medida en que resultasen aplicables, podrían constituir también un instrumento muy útil para mejorar el gobierno corporativo en sociedades sin cotización oficial, tales como las empresas de propiedad privada y las empresas propiedad del Estado, según señala su Prólogo.

Las principales áreas de los principios de la OCDE son:

A.-Proteger los derechos de accionistas.

B-Asegurar el tratamiento equitativo para todos los accionistas, incluyendo a los minoritarios y a los extranjeros.

C.-Todos los accionistas deben tener la oportunidad de obtener una efectiva reparación de los daños por la violación de sus derechos.

D.-Reconocer los derechos de terceras partes interesadas y promover una cooperación activa entre ellas y las

sociedades en la creación de riqueza, generación de empleos y logro de empresas financieras sostenibles.

E- La revelación y transparencia de la información corporativa relevante, el marco para el gobierno corporativo debe dar seguridad de que se revela oportunamente y con exactitud la información sobre todos los asuntos respecto a la empresa, incluyendo la relacionada con la información financiera, su desempeño, sus propietarios y su dirección.

Los principios cubren áreas importantes del Gobierno Corporativo y la clave para su éxito es que estos sientan bases y no son imperativos, de tal forma que mantienen su vigencia para diferentes contextos legales, económicos y sociales.

La OCDE y el Banco Mundial, a través de la Corporación Financiera Internacional, junto con el Foro Global de Gobierno Corporativo tienen establecido un amplio programa de difusión del concepto de Gobierno Corporativo en el mundo.

2.2 GOBIERNO CORPORATIVO EN LA UNIÓN EUROPEA

A nivel de la Unión Europea la normativa es abundante, especialmente a partir de la revisión de los Principios de la OCDE en abril de 2004. Ante el enorme volumen de disposiciones y de códigos de Buen Gobierno cabría plantearse la eficacia del gobierno corporativo a la vista de los escándalos acaecidos con posterioridad a la aparición de toda esta normativa. Si, como se ha dicho hay unanimidad en que los escándalos financieros han sido el desencadenante de esta nueva filosofía, ¿cómo es que sigan existiendo escándalos tipo Madoff o Lehman Brother's en 2008?

En el Preámbulo de los Principios de la OCDE ya se establecía cuál era su objetivo: hacer más difícil la actividad delictiva y el desarrollo de una cultura de valores, pero ya advertía sobre la posibilidad de no poder poner fin a este tipo de actuaciones.

Así el Preámbulo de estos Principios señala que: " *Es posible que este trabajo no consiga erradicar la actividad delictiva, pero sí la dificultará a medida que las normas y los reglamentos se adopten con arreglo a los Principios.*

Cabe destacar que nuestros esfuerzos también contribuirán al desarrollo de una cultura de valores en el ámbito del comportamiento profesional y ético, del cual dependen que los mercados funcionen correctamente. La confianza y la integridad juegan un papel fundamental en la vida económica, y por el bien de los negocios y por un futuro próspero, debemos asegurarnos de que obtienen la recompensa debida."

Sin embargo, la experiencia nos ha demostrado que el deseo de resolver algunos problemas, por ejemplo, que los gestores se centren en "crear valor" para los accionistas puede terminar agudizando otros problemas, por ejemplo, que asuman excesivos riesgos.²

La preocupación por los riesgos ha pasado al primer plano como consecuencia de la crisis financiera internacional que se inició en 2007, que ha obligado a los gobiernos a proporcionar cuantiosas ayudas.

Por otra parte, los inversores institucionales son juzgados por sus propios inversores con criterios a corto plazo. De ahí su influencia como accionistas de compañías cotizadas puede incluso acrecentar la tendencia al "cortoplacismo" de los mercados financieros.

Según los analistas, "en los últimos años la aparición de hedge funds especializados en invertir en sociedades cotizadas y el desarrollo de operaciones e instrumentos financieros basados en acciones cotizadas ha hecho surgir otro potencial conflicto entre accionistas: entre los accionistas a largo plazo -que aspiran a que la compañía de una rentabilidad sostenida- y los accionistas a corto plazo -que pueden perseguir objetivos propios a corto plazo ajenos al interés de los restantes accionistas".³

Ya Fernández Armesto, ex Presidente de la CNMV, hablaba de conflictos entre accionistas cuando con ocasión de la aprobación del Código Unificado de Buen Gobierno declaró que "debemos advertir que el problema de las sociedades cotizadas españolas es diferente a la de otros países. En particular, el principal problema no es tanto la fiscalización de la gestión de los administradores (como sucede en otros países como EEUU o Inglaterra, que se caracterizan por tener un accionariado amplio y muy

² Manuel Conthe : el sueño de Jardiel 2012 Gobierno Corporativo los Próximos 25 años

³ Manuel Conthe

disperso y cuyo principal conflicto de intereses es el que enfrenta a directivos con accionistas, en particular, los enriquecimientos no justificados de los directivos a costa de los accionistas) como la protección de los accionistas minoritarios frente al posible abuso de poder de los mayoritarios. Así pues, en España el gran problema del mercado bursátil es la concentración de la propiedad; el gran conflicto no es por tanto entre accionistas y directivos sino entre los accionistas significativos que controlan la sociedad en su propio interés y los accionistas minoritarios”

Si la primera de la crisis llevó al descrédito a las compañías auditoras, la segunda ha añadido la de las agencias de calificación (rating).

En el ámbito europeo también la Comisión se ha planteado qué valor tiene el Gobierno Corporativo tras la crisis financiera en la que nos encontramos.

Dentro de la abundante documentación destaca el Libro Verde del Gobierno Corporativo en las entidades financieras y las políticas de remuneración de 10 de junio de 2010 y el Libro Verde de la Normativa de Gobierno Corporativo de 5 de abril de 2011, antecedente de la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2012, sobre una normativa de Gobierno Corporativo para las empresas europeas, el cual considera que deben adoptarse la definición y los Principios de Gobierno Corporativo de 2004 de la OCDE, que define el Gobierno Corporativo como una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su consejo de administración, sus accionistas y otras partes interesadas;

En el Libro Verde de Gobierno Corporativo de las entidades financieras de 10 de junio de 2010 el Consejo declaraba que:

“Es ineludible constatar que, en muchos casos, ni los consejos de administración ni los supervisores comprendieron ni la naturaleza ni la magnitud de los riesgos a los que se enfrentaban. Los accionistas no siempre han desempeñado correctamente su papel de propietarios de las empresas. Aun cuando el gobierno corporativo no sea directamente responsable de la crisis, la ausencia de mecanismos de control eficaces ha contribuido en gran medida a la asunción de riesgos excesivos por las entidades financieras. Esta constatación general es tanto más inquietante si se tienen en cuenta las

numerosas virtudes que en los últimos años se habían atribuido al gobierno corporativo como modo de regulación de la vida de las empresas. Por consiguiente, bien el régimen de gobierno corporativo existente en las entidades financieras no era adecuado, bien no se ha puesto en práctica correctamente.”

Esta situación ha dejado patente la necesidad de reforzamiento del papel del consejo de administración y de sus comités como órganos de supervisión general de la compañía. Ello ha llevado a un renovado interés en que sus miembros tengan conocimientos especializados, y a que se reúnan con la asiduidad precisa, para que puedan ejercer con eficacia esa función de control y a exigir una mayor publicidad, e influencia de los accionistas en la fijación de las retribuciones y blindajes de los directivos, para poner coto a los excesos y, sobre todo, evitar que sean elevados incluso cuando la compañía entra en crisis.

La Resolución del Parlamento Europeo de 29 de marzo de 2012 sobre una normativa de Gobierno Corporativo para las empresas europeas, una vez visto el Libro Verde de Gobierno Corporativo, considera, entre otros aspectos, los siguientes:

a) Los consejos de administración deben incluir personas independientes con una mezcla de cualificaciones. Los consejeros deben dedicar tiempo suficiente para el ejercicio de sus funciones y considera que deben ponerse límites al número de consejos de administración de los que puede formar parte un consejero. Con ello se contribuiría a aumentar la frecuencia de las reuniones del consejo. Además pide a la Comisión que si considera que las medidas existentes actuales sobre representación femenina en los consejos de administración son inadecuadas se presente propuesta legislativa que incluyan cuotas con el fin de aumentar la representación femenina en los órganos de gestión de las empresas hasta un 30% en 2015 y el 40% en 2020.⁴ Los miembros del consejo deben recibir formación para ejercer sus funciones.

b) En materia de retribuciones considera que debe establecerse una vigilancia estricta y nuevas normas para prohibir malas prácticas en empresas rescatados por el Estado y emprender acciones judiciales para evitar el mal uso de los fondos de rescate. Las políticas e informes de retribución deben publicarse.

⁴ Vid Propuesta de Viviane Reding

c) Los accionistas deben implicarse más en la empresa y deben promoverse medidas de incentivo a la inversión a largo plazo y el desarrollo de un código de buenas prácticas para accionistas institucionales a nivel europeo.

e) El sistema de “cumplir o explicarse” debería completarse con la medida alternativa de Gobierno Corporativo.

Podemos concluir que, pese a los acontecimientos de los últimos años, la UE sigue apostando por el fortalecimiento del gobierno corporativo que ocupa un lugar central en el programa de reforma de los mercados financieros y de prevención de las crisis.

2.3.-TRANSPARENCIA EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS ESPAÑOLAS

En España el primer código de buen gobierno fue el Código Olivencia en 1998, al que siguió el Código Aldama en 2003. Hoy en día las Recomendaciones de ambos códigos han quedado unificadas en el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por la CNMV.

Al igual que en el resto del mundo, las primeras muestras de exigencia de transparencia en el ámbito empresarial, y en algunas ocasiones siendo España pionera, ha comenzado en torno a las sociedades cotizadas. Se persigue la protección del mercado a través de mecanismos de transparencia.⁵ Esta transparencia se predica tanto por el Código Unificado de Buen Gobierno como por la LMV en distintos ámbitos:

A.-La estructura organizativa o de gobierno de la sociedad cotizada.

B.-La estructura accionarial

C.- Decisiones básicas de gestión

D.-Situación patrimonial a través de la difusión de los estados financieros y contables

⁵ Alberto Alonso Ureba: Transparencia accionarial y buen gobierno corporativo.

A.-Se exige transparencia en relación con la estructura organizativa y de gobierno de la sociedad cotizada. Se impone la obligación de i) informar sobre el cumplimiento de las Recomendaciones y en caso contrario, ii) explicar el no seguimiento de las mismas en el llamado Informe de Anual de Gobierno Corporativo que deberá ser objeto de comunicación a la CNMV y publicado como hecho relevante formando parte del mismo una amplia información sobre la estructura de la administración y gobierno de la sociedad y contiene, entre otros aspectos, los siguientes:

III) Información relativa a la composición, reglas de organización y funcionamiento del consejo de administración y de sus comisiones;

iv) Información de los acuerdos entre la sociedad y sus cargos de administración y dirección o empleados que dispongan indemnizaciones cuando éstos dimitan o sean despedidos de forma improcedente o si la relación laboral llega a su fin con motivo de una oferta pública de adquisición.

v) Operaciones vinculadas de la sociedad con sus administradores y cargos directivos y operaciones intragrupo.

vi) El informe de retribuciones de los miembros del CA. Junto con el Informe Anual de Gobierno Corporativo, el Consejo de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar un informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros, que incluirá información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por el Consejo para el año en curso, así como, en su caso, la prevista para años futuros. Incluirá también un resumen global de cómo se aplicó la política de retribuciones durante el ejercicio, así como el detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de los consejeros.

El informe anual sobre las remuneraciones de los consejeros, la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por el Consejo para el año en curso, la prevista para años futuros, el resumen global de cómo se aplicó la política de retribuciones durante el ejercicio, así como el detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de los consejeros, se difundirá y someterá a votación, con carácter consultivo y como punto separado del orden del día, a la Junta General Ordinaria de Accionistas.

B.-También la estructura accionarial es importante y se impone a las sociedades cotizadas un régimen de:

i) Información relativa a los accionistas con participaciones significativas, indicando los porcentajes de participación y las relaciones de índole familiar, comercial, contractual o societaria que exista,

ii) Así como su representación en el consejo.

iii) Publicidad de los pactos parasociales que tengan por objeto el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o condicione la libre transmisibilidad de las acciones.

iv) Operaciones vinculadas de la sociedad con sus accionistas

v) Funcionamiento de la junta general, con información relativa al desarrollo de las reuniones que celebre.

También el régimen de comunicación sobre participaciones significativas garantiza la debida información y transparencia a los mercados de sobre posiciones accionariales relevantes, permitiendo conocer a los mercados las relaciones entre dichas participaciones y la estructura del consejo a través de los consejeros dominicales.

C.-Estas obligaciones de transparencia respecto de la estructura organizativa o de gobierno se complementa con información de los aspectos de gestión, de modo que los mercados, accionistas e inversores tengan acceso en condiciones de igualdad a toda la información cuyo conocimiento pueda afectar razonablemente a un inversor para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros, y por tanto pueda influir sensiblemente en su cotización en los mercados, viniendo los administradores obligados a hacer pública y difundir al mercado toda información de esa naturaleza. Más aun, a través de la página web deben difundir toda información relevante exigida por la legislación del mercado de valores.

D.-Transparencia respecto a la situación financiera patrimonial de la sociedad cotizada imponiéndole obligaciones de

i) Información periódica financiera contable y con la verificación externa de auditores. Las sociedades cotizadas

tiene que presentar un informe financiero anual (cuentas anuales e informe de gestión y declaración de responsabilidad de los administradores sobre su contenido, un informe financiero semestral (cuentas anuales resumidas y el informe de gestión intermedio y la declaración de responsabilidad de los administradores sobre su contenido) y dos declaraciones intermedias durante el primero y el segundo semestral(explicación de los hechos y operaciones significativos y descripción de la situación financiera y resultados durante el periodo)

Además cuando las sociedades cotizadas acuden a los mercados mediante emisiones de acciones y de obligaciones, la CNMV

ii) Verifica los folletos informativos y la documentación ligada a los folletos.

iii) Además en el informe de Anual de GC deben incluirse los sistemas de control del riesgo y una descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera.

Las cuentas y su difusión a los mercados a través de estados contables periódicos se constituyen en elemento esencial de análisis de solvencia liquidez y evolución de resultados de las sociedades por los mercados e inversores

La falta de presentación del Informe de Gobierno Corporativo constituye una infracción grave.

En Telefónica los documentos que componen el Gobierno Corporativo son aquellos exigidos por la legislación vigente y, al cotizar en mercados internacionales (USA, Argentina, Reino Unido y Perú) se somete a las obligaciones que requiere la legislación de dichos mercados. De entre ellos es de destacar el mercado americano, que a raíz de la publicación de la Ley Sarbanes-Oxley en 2002(como consecuencia del escándalo ENRON) estableció medidas que deben cumplir las sociedades que coticen allí, relacionadas básicamente con la elaboración de información financiera.

3. -GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS DEMÁS SOCIEDADES

Las sociedades no cotizadas no están sometidas a la elaboración de un informe de Gobierno corporativo. No obstante, cada vez son más las sociedades que lo presentan. En el Libro Verde de la Normativa sobre Gobierno

Corporativo de la UE se hace referencia a que un buen Gobierno Corporativo puede ser también importante para los accionistas de empresas que no cotizan en Bolsa. Un gobierno eficiente y adecuado es beneficioso también para estas empresas. Podría ser necesario fomentar directrices de gobierno corporativo para estas empresas. Sin embargo, los principios concebidos para las sociedades cotizadas no pueden trasponerse sin más a las que no cotizan, ya que unas y otras se enfrentan a problemas de diferente naturaleza.

4. -GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS

4.1 DIRECTRICES OCDE

Los principios OCDE de 1999 ya vimos que sugerían su aplicación a otras empresas distintas de las cotizadas fueran públicas o privadas. No obstante, en el año 2005 se aprueban las Directrices de la OCDE sobre Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas. Estas Directrices obedecen a criterios diferentes a los que motivaron el nacimiento y desarrollo de GC en las sociedades cotizadas,

En este caso tratan de encontrar un equilibrio entre la responsabilidad del Estado de ejercer activamente su papel como propietario de las acciones y la abstención de interferir en la gestión de las empresas, así como no distorsionar la competencia.

Las directrices se dirigen a empresas comerciales, es decir en las que el grueso de sus ingresos proceden de sus ventas, no a empresas que realizan políticas especiales públicas.

En el documento se plasman las directrices que resumimos a continuación:

-Primero, reconoce la importancia de establecer un marco legal y regulador claro para la actuación de las empresas públicas en todos sus aspectos, para ello debe de existir una separación patente entre los diferentes papeles que el Estado ejerce en los mercados donde participa como propietario; Debe garantizar condiciones de igualdad en los mercados en los que compete con las empresas del sector privado, con el fin de evitar distorsiones del mercado.

-Segundo, considera que el Estado como accionista mayoritario, deberá actuar en sus funciones de propietario de manera activa y clara en términos de definición de

políticas y cuestiones estratégicas. El ejercicio de los derechos de propiedad se facilitaría mediante el establecimiento de una entidad que centralizase la función de propiedad

-Tercero, en el caso de que las empresas públicas tengan otros accionistas, deberá asegurar un trato equitativo de todos los accionistas y el acceso a la información corporativa, con medidas para reforzar la participación de los accionistas minoritarios, asegurando que los derechos e intereses de los mismos sean respetados; y acceso igualitario a la información corporativa

-Cuarto, se requiere que las empresas públicas sean transparentes como cualquier empresa privada que cotice en la bolsa, divulgando la información a través de informes que incluyan los diversos aspectos de la empresa, particularmente aquellos que puedan representar un conflicto de intereses y la información financiera; y auditorías internas y externas para las empresas de mayor tamaño.

-Quinto plantea la necesidad de mejorar los CA de las empresas públicas, dotándolos de un poder necesario para la gestión de la empresa de manera independiente a la política del gobierno, aunque sometidos a los objetivos establecidos por el gobierno o por la entidad propietaria. Desarrollo de códigos éticos internos. La composición de los Ca debería permitirles el ejercicio de un juicio objetivo e independiente, Comisiones especializados en auditoría, gestión de riesgos y remuneraciones.

4.2. -ANTECEDENTES DE GOBIERNO CORPORATIVO EN ESPAÑA

En el ámbito estatal había hasta hace relativamente poco tiempo tres grupos de sociedades las que dependen de la DGPE, las que dependen de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y las que están adscritas al Ministerio de Fomento. En la actualidad existe un cuarto Grupo financiero que es de las entidades financieras nacionalizadas como Bankia, Catalunya Banc, Novagalicia y Banco de Valencia, cuyo accionista mayoritario es el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria(FROB).

Las sociedades mercantiles públicas se rigen por el derecho privado. Esto implica que las sociedades públicas que coticen en Bolsa (en la actualidad, las entidades financieras nacionalizadas) se someterán a las normas de

las sociedades cotizadas y las restantes no disponen de ninguna disposición específica en materia de GC. No obstante, en los últimos años, el Estado ha mostrado cierta preocupación por esta cuestión en el ámbito de las sociedades mercantiles estatales.

En el año 2005 la DGPE promovió unas directrices para su aplicación en todo el sector público estatal, que se componían de más 40 recomendaciones, pero nunca llegaron a aprobarse.

SEPI puso de manifiesto en aquel momento que las recomendaciones propuestas eran medidas dirigidas a solucionar posibles problemas a los que en el caso de SEPI se le había dado solución a través de la creación de una entidad pública instrumental, SEPI, que personifica el interés del accionista, y a la que legalmente se le dota de instrumentos de intervención y control dirigidos a limitar la discrecionalidad de los ejecutivos de las empresas, a asegurar la presencia del interés de accionista en su actuación y a garantizar la transparencia, al menos para el accionista, de la información.

Por ejemplo, en el Grupo SEPI el nombramiento de los administradores ejecutivos y de los directivos de primer nivel de las empresas debe ser autorizado por SEPI; la fijación de las remuneraciones de los administradores ejecutivos y de los directivos de primer nivel de las empresas también debe ser autorizado por SEPI y se fija conforme al grado de cumplimiento de los objetivos estratégicos establecidos para la empresa por el accionista; la discrecionalidad de los administradores ejecutivos se reduce a través del sometimiento de las empresas al sistema de planificación y control corporativo, cuyos elementos básicos se verifican a través de los siguientes instrumentos especiales: a) la asignación de cada empresa a un director de sociedades participadas para el seguimiento de la gestión, b) la necesidad de que SEPI autorice previamente determinadas operaciones las empresas ,c) la elaboración con cada empresa de un programa operativo anual (POA) en el que se recogen los objetivos, estrategias y programas de la compañía con detalle suficiente para su seguimiento permanente por SEPI y un plan a medio plazo a cuatro años (PM) y d) finalmente, la rendición anual de de cuentas de la gestión y de los resultados a través de las denominadas comisiones permanentes (bilaterales). f) en materia de auditoría, existen dos instrumentos dirigidos a asegurar la corrección de la información de las empresas: de un lado, una

dirección corporativa de Auditoría, separada de las empresas (en SEPI) y, de otro, la atribución a dicha Dirección especializada de las propuesta de nombramiento de auditor por sociedades.

La propia Ley de SEPI prevé que corresponde a esta entidad fijar la estrategia y supervisar la planificación de las sociedades que controla, aunque la gestión ordinaria corresponde a sus propios órganos de administración.

4.3.-NORMATIVA QUE REGULA ACTUACIONES RELACIONADAS CON LA TRANSPARENCIA Y EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL PÚBLICO

Desde el año 2003 en que se aprueba la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) en adelante comienzan a aparecer determinadas disposiciones que contienen preceptos relacionados con el Gobierno Corporativo, si bien la normativa es dispersa y poco clara. Las principales disposiciones que regulan cuestiones relacionadas con la transparencia y buen gobierno en el ámbito mercantil estatal son el Reglamento de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Ley 4/2007 de Transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones Públicas y las empresas públicas y la Ley Economía Sostenible. Sin embargo, otras disposiciones aisladas también contienen referencias a materias relacionadas con la transparencia y el buen gobierno corporativo, como es el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo que regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial.

Las disposiciones que regulan aspectos relacionados con el Gobierno Corporativo en el ámbito del sector público estatal empresarial son:

A.-La Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público (Ley SEPI)

B.-Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas, (LPAP) establece el control financiero de la Intervención pero también establece la constitución de una Comisión de Auditoría y Control en las sociedades que están obligadas a someter sus cuentas a auditoría.

C.- Acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 que aprueba el Código de Buen Gobierno de los Miembros

del gobierno y de los Altos cargos de la Administración General del Estado.

D.-La Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones Públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.

E.-Reglamento de la LPAP aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto (RLPAP).

F.-Art 35 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

G.- En materia de retribuciones de altos cargos y máximos responsables Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Disposición adicional octava y el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, que regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial

H.- Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero que regula el régimen de retribuciones e indemnizaciones de los administradores y los directivos de las entidades de crédito participadas mayoritariamente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria; Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Orden ECC/1762/2012, de 3 de agosto, por la que se desarrolla el artículo 5 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, en materia de remuneraciones en las entidades que reciban apoyo financiero público para su saneamiento o reestructuración

4.4.-ACTUACIONES DE GOBIERNO CORPORATIVO DE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Si tenemos en cuenta todas las disposiciones existentes hasta el momento podríamos concluir que en la actualidad las principales actuaciones sobre GC a las sociedades públicas estatales (unas son vinculantes, otras muchas se refieren a no tanto a obligaciones como a esforzarse por hacer) serían las siguientes:

4.4.1.-ESTRUCTURA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: COMPOSICIÓN (LPAP y RLPAP)

La Junta de accionistas promoverá que el Consejo de Administración esté

A) Integrado por profesionales cualificados en las materias relacionadas con su objeto y con la gestión económico-financiera.

B) 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.

C) Tenga presencia equilibrada de hombres y mujeres en la composición.

D) La inclusión de, al menos, un cincuenta por ciento de consejeros independientes en el órgano de administración de la sociedad.

Otras cuestiones

E) El ministerio de tutela propondrá nombramiento de administradores en una proporción que no podrá ser superior a un tercio del número total de consejeros que deban componer el Consejo de Administración, salvo que el Acuerdo de Consejo de Ministros disponga otra proporción.

F) La constitución de una Comisión de Auditoría y Control en las sociedades que están obligadas a someter sus cuentas a auditoría.

4.4.2.-INFORME ANUAL DE GOBIERNO CORPORATIVO (LES)

Será obligatorio a partir del año siguiente a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible. (Ejercicio 2012) La legislación no establece el contenido, pero ya hay sociedades que lo han presentado inspirándose en el Informe de Gobierno Corporativo de las sociedades cotizadas.

4.4.3.-EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL (LES)

MEMORIA DE SOSTENIBILIDAD

Memorias de sostenibilidad de acuerdo con estándares comúnmente aceptados, con especial atención a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y a la plena integración de las personas con discapacidad.

PLAN DE SOSTENIBILIDAD DEL GRUPO

Se tiene que aprobar por el Ministerio u organismo al que esté adscrito el Grupo

Establecerá las medidas de apoyo, refuerzo y coordinación complementarias de las iniciativas de las empresas y se definan los mecanismos para el seguimiento y control de los objetivos de sostenibilidad asumidos por el grupo.

RESPONSABILIDAD SOCIAL (LES)

La Ley de Economía Sostenible establece la obligación de las sociedades mercantiles estatales de adaptar sus planes estratégicos con el fin de:

a) Revisar sus procesos de producción de bienes y servicios aplicando criterios de gestión medioambiental orientados al cumplimiento de las normas del sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental.

b) Favorecer la adopción de principios y prácticas de responsabilidad social empresarial por sus proveedores, en particular relativas a la promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y de la plena integración de las personas con discapacidad, con especial atención al cumplimiento de lo previsto en el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

c) Incluir en sus procesos de contratación, cuando la naturaleza de los contratos lo permita, y siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y el pliego o en el contrato, condiciones de ejecución referentes al nivel de emisión de gases de efecto invernadero y de mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que pueden verse afectados por la ejecución del contrato. Asimismo en los criterios de adjudicación de los contratos, cuando su objeto lo permita, y estas condiciones estén directamente vinculadas al mismo, se valorará el ahorro y el uso eficiente del agua y de la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de la vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados y reutilizados o de materiales ecológicos.

d) Optimizar el consumo energético de sus sedes e instalaciones celebrando contratos de servicios energéticos

que permitan reducir el consumo de energía, retribuyendo a la empresa contratista con ahorros obtenidos en la factura energética.

e) Identificar líneas de actuación asociadas a procesos de investigación, desarrollo e innovación relacionadas con las actividades del objeto social o estatutario de la entidad, orientadas a obtener tecnología no existente en el mercado susceptible de contribuir a mejorar sus procesos productivos.

f) Proponer y, en su caso, establecer, en el marco de la negociación colectiva, mecanismos que faciliten la movilidad de los trabajadores en el ámbito del sector público empresarial del Estado, así como establecer un sistema de formación orientado a la cualificación y adaptación de los trabajadores a las nuevas tecnologías y a la cultura de la sostenibilidad.

4.4.4.-CODIGOS DE CONDUCTA (RLPAP)

Implantación de buenas prácticas y normas de buen gobierno en la gestión de la sociedad y códigos de conducta adecuados a la naturaleza de cada entidad.

Los altos cargos de las sociedades estatales 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. Todo ello según lo previsto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

Por otra parte el artículo 31 bis del Código Penal incluye un criterio de imputación de las personas jurídicas vinculado a la responsabilidad de la organización que obliga a las empresas a implementar un sistema de supervisión y control de cumplimiento normativo.

Un programa de prevención en materia penal, que permite a las empresas protegerse de la actuación delictiva de sus

representantes, administradores o empleados el Código Penal establece varios mecanismos para evitar o reducir atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas que venimos refiriendo. Así por ejemplo, una empresa puede evitar la responsabilidad penal si sobre sus trabajadores establece el “debido control”, atendidas las concretas circunstancias del caso

Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

4.4.5.-LIMITACIONES EN RETRIBUCIONES E INDEMNIZACIONES DE LOS MÁXIMOS RESPONSABLES Y DIRECTIVOS

Actualmente las retribuciones de los máximos responsables y directivos de las empresas públicas que no sean entidades financieras nacionalizadas pueden ser en función de la categoría de las sociedades entre 55.000 euros hasta 210.000 euros. La indemnización por cese 7 días por años de servicio computado el sueldo sin complementos y hasta un máximo de 6 mensualidades. Los Presidentes ejecutivos, Consejeros Delegados y directivos de las entidades participadas mayoritariamente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Retribución fija por todos los conceptos: 300.000 euros. Los administradores y los directivos de las entidades de crédito participadas mayoritariamente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria no percibirán, durante el ejercicio 2012, retribución variable ni beneficios discrecionales de pensiones.

4.4.6.-PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN (RLPAP)

Publicar en página web (de la a) a la g) también por su matriz:

A) Toda la información relevante relativa a su actividad empresarial que por su naturaleza no tenga carácter reservado, y en particular:

B) Sus estatutos o normas de creación,

C) Los integrantes de sus órganos de administración, dirección, gestión y control, incluyendo los datos profesionales de los máximos responsables y directivos. Las retribuciones que perciban los máximos responsables y

directivos se recogerán anualmente en la memoria de actividades de la entidad.

D) Los poderes y delegaciones conferidos por éstos,

E) Las cuentas anuales,

F) Los códigos de conducta o guías de buenas prácticas que deban observar,

G) La identificación de la parte de su actividad vinculada a servicios de interés general.

4.4.7.-ANEXOS Y CUENTAS previstos en la Ley 4/2007 de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las administraciones Públicas y las empresas públicas, y de transparencia

Esta Ley obliga a las empresas públicas que tengan una alta cifra de negocios y que reciben aportaciones de cualquier Administración y a las empresas manufactureras a presenta la siguiente información:

A) Anexo, que no formará parte de las cuentas anuales y que se remitirá a la intervención General de la Administración de Estado, directamente o a través del órgano competente, según proceda, para que permanezca a disposición de la Comisión Europea durante cinco años desde el final de ejercicio anual durante el cual se hayan puesto a disposición o utilizado los fondos públicos. Este anexo contendrá información específica sobre la puesta a disposición de fondos efectuada por las Administraciones Públicas, ya sea directa o indirectamente, su utilización efectiva, y los objetivos perseguidos por dichos fondos.

B) Anexo que contenga información detallada sobre ciertos tipos de transacciones e intervenciones públicas las empresas públicas manufactureras, y señala que se entenderá por empresa pública manufacturera, a los efectos de esta Ley, aquellas empresas que realizan su actividad principal en este sector. Las empresas públicas manufactureras, tendrán obligación de remitir a la Intervención General de la Administración de Estado, directamente o por conducto del órgano competente, según proceda, para su posterior envío a la Comisión Europea, además de las cuentas anuales y el informe de gestión individual y, en su caso, consolidados.

4.4.8.-SEPI Y SUS EMPRESAS

La Ley 5/1996, de 10 de enero establece en su artículo 16 la obligación por parte de SEPI de remitir a las Cortes la misma información y en los mismos plazos que las sociedades que cotizan en Bolsa están obligadas a presentar a la CNMV.

5.-PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO (Ley de Transparencia)

Esta mañana se ha comentado el proyecto de Ley por el Subsecretario del Ministerio de la Presidencia, por lo que mi comentario se limita exclusivamente a la incidencia de esta Ley en el ámbito de las sociedades públicas

El Proyecto de Ley incluye en su ámbito de aplicación, además de a la Administración General del Estado, a la Administración autonómica y local. Además se extiende a todo el sector público empresarial estatal, autonómico y local y al que depende de cualquier otra entidad de derecho público, como podrían ser las Universidades públicas (en España hay 47 universidades públicas.).

En algunas Comunidades Autónomas ya existen Códigos de Buen Gobierno, como en Navarra y Baleares y País Vasco. La Asociación Catalana de municipios también ha aprobado un código de Buen Gobierno.

Se dice que en España hay unas 2.550 empresas públicas incluidas las de las tres Administraciones. En el Estado hay 171 empresas públicas Los datos que acaba de publicar el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas indican que entre enero de 2007 y enero de 2011 las comunidades autónomas crearon 185 empresas públicas. La tendencia de las CCAA y de los Ayuntamientos a crear sociedades mercantiles ha crecido vertiginosamente en los últimos años como se observa en el gráfico. No obstante, algunas Comunidades Autónomas están empezando a reducir el número de empresas públicas. En cuanto a su deuda, las empresas públicas autonómicas en el primer trimestre de 2011 tenían una deuda de 16.341 millones de euros.

A la vista de estos datos, podría pensarse que, al igual que ha ocurrido en el ámbito de las sociedades cotizadas, en el que tras las situaciones de crisis se aprueban medidas para promover el reforzamiento en el control de la gestión, el Gobierno a través de este Proyecto de Ley ha

pretendido poner fin a la situación de descontrol en este ámbito de la Administración. Sin embargo, el alcance de esta nueva disposición es mucho más limitado como vamos a ver.

La nueva Ley regula la publicidad activa, el derecho al acceso a información pública y el Buen Gobierno.

5.1.- ¿QUÉ NOVEDADES TIENE ESTA LEY?

En primer lugar, su ámbito de aplicación: no va dirigida solo a los altos cargos del sector público estatal, se aplica también a los altos cargos de las CCA y de las entidades locales. Desde la perspectiva del sector público empresarial supone su aplicación a todas las sociedades del sector público estatal autonómico y local, lo que constituye una novedad, ya que la normativa que existía hasta el momento era de aplicación fundamentalmente a los altos cargos de la Administración del Estado, sin perjuicio de que determinadas Comunidades Autónomas tuviesen recogidas algunas disposiciones.

Impone más transparencia, en cuanto que obliga a publicar mayor información a las empresas públicas y a hacer entrega de la información que le soliciten los ciudadanos.

Establece unos principios éticos y de actuación. Estos principios ya estaban previstos en otras disposiciones, si bien no con el ámbito tan extenso que establece la nueva Ley. En cualquier caso son principios muy elementales que cualquier gestor debe cumplir, aunque no estén previstos en ninguna disposición.

Prevé un régimen sancionador, pero limitado a las infracciones disciplinarias. No obstante, la Ley Orgánica que reforma el Código Penal introduce un nuevo delito que castiga las falsedades en la información económica con el fin de causar un perjuicio a la entidad pública de la que dependa.

5.5.2. -PUBLICIDAD

Esta Ley establece para las empresas públicas unas obligaciones de publicidad, pero algo más limitada que para las Administraciones. Éstas tienen que publicar cierta información institucional y jurídica que no es de aplicación a las sociedades mercantiles.

No obstante, las sociedades deben publicar:

- Toda información que sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y actuación pública (art. 4) y a las funciones que desarrollan
- La normativa que les sea de aplicación
- Así como su estructura organizativa. Incluirán un organigrama actualizado.

En el ámbito económico, presupuestario y estadístico el artículo 7 dispone lo siguiente:

Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

A) Todos los contratos formalizados, con indicación del objeto, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente y de forma agregada.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

B) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

C) Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada sobre su estado de ejecución.

D) Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.

E) Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este Título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo.

F) Las resoluciones dictadas por la Oficina de Buen Gobierno y Conflictos de Intereses u organismo autonómico equivalente sobre la compatibilidad de las actividades privadas a realizar por los cargos mencionados en el artículo 3 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado o en la legislación autonómica correspondiente.

G) La información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia.

Como comentario se puede indicar que en el caso de sociedades comerciales que compiten en el mercado habría sido deseable que el proyecto contemplase algunas excepciones al régimen de publicidad de la totalidad de los contratos.

5.3. -ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA

Además la Ley prevé el derecho de los ciudadanos a la información pública. Por información pública debemos entender, según la Ley, no solo la documentación que las empresas tiene que publicar en virtud de esta ley, sino cualquier documento que obre en poder de las sociedades y que se hayan elaborado o adquirido en el ejercicio de sus funciones. Esta cuestión es delicada en el ámbito mercantil cuando se trate de empresas que, como se ha comentado, compitan en el mercado porque habrá información que reuniendo la condición de información pública no debería estar en poder de otras personas, como podría ser un competidor. La Ley contempla la posibilidad de restringir el acceso por varios motivos, entre ellos por interés económico o comercial, secreto profesional o para proteger la propiedad industrial o intelectual. Las empresas tendrán que valorar si la aplicación de esta limitación es proporcional y atender a las circunstancias del caso.

5.4. -BUEN GOBIERNO

El Proyecto recoge una serie de principios éticos y de actuación que ya figuraban en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 que aprueba el Código de Buen Gobierno de los Miembros del Gobierno y de los Altos cargos de la Administración General del Estado que recoge los principios éticos y de conducta que rigen las actuaciones de los altos cargos en el desempeño de su función.

En cuanto a los principios éticos que englobará la nueva norma son los siguientes:

-Transparencia, eficacia y satisfacción del interés general. -Buena fe y dedicación al servicio público. -Imparcialidad e independencia. -Equidad y no discriminación. -Diligencia y fomento de la calidad. -Conducta digna y corrección en el trato. -Responsabilidad.⁶

Por su parte, los principios de actuación de la Ley de transparencia son:

-Plena dedicación y no incursión en incompatibilidades. -Deber de reserva. -Denuncia de irregularidades. -Ejercicio de los poderes con respeto a su finalidad. -Rechazo de ventajas personales. -Transparencia y accesibilidad en el desempeño. -Gestión adecuada de los recursos públicos.⁷

⁶ Principios éticos:

- Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general.
- Ejercerán sus funciones de buena fe y con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios.
- Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.
- Asegurarán un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones.
- Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos.
- Mantendrán una conducta digna y tratarán a los ciudadanos con esmerada corrección.
- Asumirán la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente

⁷ Principios de actuación:

5.4. - RÉGIMEN SANCIONADOR

El Proyecto regula el régimen sancionador enumerando una serie de comportamientos que constituyen infracciones en materia de gestión económica-presupuestaria, disciplinaria, y remitiéndose en relación a los conflictos de interés a su normativa específica.

La responsabilidad recae en el ámbito empresarial en los presidentes y consejeros delegados de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación estatal y en el ámbito local y autonómico en los altos cargos que en las sociedades tengan tal condición de acuerdo con la normativa local y autonómica.

-
- Desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses.
 - Guardarán la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias.
 - Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento.
 - Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que les fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público, el patrimonio de las Administraciones o la imagen que debe tener la sociedad respecto a sus responsables públicos.
 - No se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad.
 - No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente.
 - Desempeñarán sus funciones con transparencia.
 - Gestionarán, protegerán y conservarán adecuadamente los recursos públicos, que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas por la normativa que sea de aplicación.
 - No se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales.

Las infracciones en materia de gestión económica presupuestaria previstas no son de aplicación en la mayoría de los casos a las sociedades estatales en la medida en que muchas de ellas se refieren a incumplimientos de la Ley Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y Ley General Presupuestaria porque la mayor parte de los artículos de estas leyes no son de aplicación al sector público empresarial. La incursión en alcance o malversación en la administración de fondos públicos es la única infracción que podría considerarse de aplicación a los altos cargos las sociedades.

Por lo demás, los incumplimientos de los principios éticos y de actuación se consideran infracciones disciplinarias. También regula como infracciones disciplinaria el acoso laboral, el no atender los servicios esenciales en caso de huelga o las actividades encaminadas a coartar el derecho de huelga. En cambio, el incumplimiento del deber de publicación de la información que determina el texto del proyecto no está sancionado.

Añade que pueden ser sancionados con sanciones de amonestación (infracción leve), de publicidad de la resolución sancionatoria en el BOE; destitución, inhabilitación para ocupar alto cargo en un plazo de ente 5 y 10 años. No prevé como sanción la no percepción de la indemnización en caso de cese como consecuencia de un expediente disciplinario por la comisión de infracciones previstas en la Ley de Transparencia, pero esta previsión debería incluirse en los contratos que se celebren con los altos cargos de las empresas públicas.

Hay que añadir que esta Ley viene acompañada de una Ley Orgánica que modifica el Código Penal en el que se incluye un nuevo artículo 433 bis cuya finalidad "es dotar de la máxima transparencia al sector público y garantizar la confianza en la veracidad de la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas."

Con esta finalidad se sanciona a la autoridad o funcionario público que falsee la contabilidad, documentos o información que deban reflejar su situación económica, cuando ello se lleve a cabo de un modo idóneo para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa.

Asimismo, se tipifica el falseamiento de la información de relevancia económica que no forma inicialmente parte de un

documento, pero que encuentra reflejo posterior en el mismo.

5.5.- ¿QUÉ FALTA?

El Gobierno Corporativo trata de proteger los intereses de la compañía y de los accionistas y habrá de estar dirigido a fortalecer los sistemas de gestión, control y administración de las empresas.

La aplicación de la buena práctica de gobierno corporativo, promueve principalmente la transparencia, la equidad en el tratamiento de los accionistas, y la difusión adecuada de información, pero también el establecimiento de técnicas efectivas de control interno, dando credibilidad, confianza y buen uso de sus recursos, todas estas condiciones fortalecen la estructura de las compañías. Las sociedades mercantiles públicas no tienen(o, al menos, no deberían tener) los problemas que veíamos al principio de esta ponencia con relación a la separación entre propiedad y gestores y a la atomización del accionariado, en la medida en que suele haber un único accionista. Respecto a los conflictos con los auditores, la Administración Pública dispone de sus propios órganos de fiscalización, además de las funciones que ejercen los auditores externos.

En consecuencia el Buen Gobierno de las empresas públicas es mucho más sencillo que el de una sociedad cotizada que tiene miles de accionistas. Se trata simplemente de que el accionista, Estado, CCAA, entidad local o entidad independiente ejerza su poder de forma adecuada.

La función interventora en el ámbito público empresarial, de control de eficacia y control financiera tiene que desarrollarse adecuadamente y el Tribunal de Cuentas o las Cámaras de Cuentas de las CCAA tienen que ejercer igualmente su función de control oportunamente. El Tribunal de Cuentas no puede seguir haciendo informes de fiscalización cinco años después del ejercicio o actuación a fiscalizar porque se convierte en una institución poco útil. En el ámbito local corresponde a las entidades locales ejercer el control interno respecto a la gestión económica de sus sociedades mercantiles. Si las entidades locales constituyen sociedades tendrán que disponer de los mecanismos para ejercer ese control interno. En el ámbito estatal el control financiero corresponde a la Intervención General de la Administración General del Estado.

Pero es que en las sociedades públicas hay unos consejos de administración cuyos miembros tienen obligaciones y responsabilidades y están obligados a vigilar la gestión de la sociedad. Si no cumplen con sus responsabilidades, deberían ser cesados de sus cargos o cambiar el órgano de administración y establecer un administrador único. También hay unos accionistas que tienen que ejercer su función estableciendo las líneas estratégicas de las compañías y designando como consejeros a personas competentes que estén dispuestas a desempeñar correctamente el puesto de consejero.

Si los accionistas públicos y los consejeros no son activos y si, además, los mecanismos de control no son eficientes, los gestores de las empresas no se sentirán controlados ni responsables en el caso de que la gestión no sea correcta.

La Ley de Transparencia fortalece la transmisión de información y el conocimiento, pero no incide en una parte importante del Buen Gobierno que es la relativa al control y no solo porque son necesarios mas mecanismos de fiscalización, sino porque hay que tomar medidas para que los mecanismos actualmente existentes, funcionen o funcionen mejor.

Es importante que los ciudadanos tengan información, pero es más importante que los órganos de control dispongan de esa información para poder ejercer sus competencias.

Sin embargo, falta en España un modelo unitario de control de las sociedades públicas que funcione y que contemple, entre otros, los siguientes aspectos:

- Límites legales para facilitar el control, como viene haciendo la Administración del Estado, respecto a las retribuciones y las indemnizaciones de los altos cargos y directivos de las empresas. Esto no implica que en todo caso haya que rebajar sueldos e indemnizaciones, ya que es posible que en este momento no se tenga un conocimiento preciso sobre su importe, pero que hay que regular, como deben ser unos y otros y qué límites deben tener para conseguir el perfil profesional adecuado. Por ejemplo, cabría plantearse si debe recibir la misma remuneración un Presidente que no tiene ninguna titulación ni más experiencia que haber militado en un partido político que otra persona que tiene un reconocido prestigio profesional. Podría plantearse incluso si se puede nombrar presidente ejecutivo a quien carece manifiestamente de cualificación. Sin embargo, actualmente esto ocurre.

- El régimen de contratación del personal de las empresas públicas para que la transparencia también se implante en este ámbito. Los principios de mérito y capacidad deben regir en el ámbito empresarial público donde muchas veces los sueldos son mas elevados que en la Administración.
- Comisión de auditoría y control en los consejos de administración de las empresas de mayor tamaño y comisiones de control de riesgo.
- Sistemas para limitar el endeudamiento, el régimen de garantías y aportaciones que realizan de los accionistas públicos

En definitiva, la Ley de Transparencia en el ámbito de las sociedades públicas mejora la transparencia, pero contiene una regulación insuficiente sobre el Buen Gobierno de las sociedades públicas. Son necesarios cambios legales para impedir ciertos excesos y lograr un mejor control de la actuación de las sociedades. Para ello sería preciso regular un modelo unitario de control de este tipo de entidades.
