

**BUEN GOBIERNO Y GOBIERNO CORPORATIVO
EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Y SUS ENTIDADES INSTRUMENTALES**

**Actas de las XVII Jornadas de
Estudio del Gabinete Jurídico de la
Junta de Andalucía**

Sevilla, 19 y 20 de noviembre de 2015



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**BUEN GOBIERNO Y GOBIERNO
CORPORATIVO EN LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA Y SUS ENTIDADES
INSTRUMENTALES**

**Actas de las XVII Jornadas de
Estudio del Gabinete Jurídico de la
Junta de Andalucía**

Sevilla, 19 y 20 de noviembre de 2015

INSTITUTO ANDALUD DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SEVILLA - 2017

**BUEN GOBIERNO Y GOBIERNO
CORPORATIVO EN LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA Y SUS ENTIDADES
INSTRUMENTALES**

**Actas de las XVII Jornadas de
Estudio del Gabinete Jurídico de la
Junta de Andalucía**

Sevilla, 19 y 20 de noviembre de 2015

Coordinador:

Antonio Luis Faya Barrios

Andalucía. Junta. Gabinete Jurídico. Jornadas de Estudio (17ª. 2016. Sevilla)

Buen gobierno y gobierno corporativo en la Administración Pública y sus entidades instrumentales :
Actas de la XVII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2016 /
[coordinador: Antonio Luis Faya Barrios]. – Sevilla : Instituto Andaluz de Administración Pública, 2016.–
382 p. ; 25 cm.

Índices.

Bibliografía: p. 369-382

D.L. SE 951-2017

ISBN 978-84-8333-676-2

1. Administración pública-España-Congresos y asambleas 2. Transparencia en el gobierno-Congresos y asambleas 3. Responsabilidad social de la empresa-Congresos y asambleas 4. Gobierno de la empresa-Congresos y asambleas 5. Derecho de sociedades-Congresos y asambleas I. Faya Barrios, Antonio Luis II. Instituto Andaluz de Administración Pública.

35(460).076(063)

353.9(460)(063)

347.725(460)(063)

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL TITULAR DEL COPYRIGHT

TÍTULO: BUEN GOBIERNO Y GOBIERNO CORPORATIVO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS ENTIDADES INSTRUMENTALES.
ACTAS DE LAS XVII JORNADAS DE ESTUDIO DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

COORDINACIÓN: ANTONIO LUIS FAYA BARRIO

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias de Administraciones Públicas

ecoedición

Tinta sin metales pesados y papeles procedentes de una gestión forestal sostenible

Impacto ambiental	Agotamiento de recursos fósiles	Huella de carbono
por producto impreso	0,51 kg petróleo eq	1,68 Kg CO ₂ eq
por 100 g de producto	0,04 kg petróleo eq	0,15 Kg CO ₂ eq
% medio de un ciudadano europeo por día	11,14 %	5,48 %

JUNTA DE ANDALUCÍA
CONSEJO DE ECONOMÍA AMBIENTE Y CONSUMIDORES DEL TERRITORIO
reg. n.º: 2017/48
Más información en www.ecoedicion.eu

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Diseño de Cubierta: Iris Gráfico Servicio Editorial, S.L. laetradigital.com

Imprime: Grafo. Industrias Gráficas.

ISBN 978-8333-676-2

Depósito Legal: SE 951-2017

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	17
ÍNDICE DE AUTORES	19
ABREVIATURAS.....	21

I. BUEN GOBIERNO, GOBIERNO CORPORATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PONENCIA PRIMERA

LA INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE PRINCIPIOS Y REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.....	31
Por Guillermo Jiménez Sánchez	

I. La recepción por las disposiciones aplicables a las administraciones públicas y a sus entidades instrumentales de principios y reglas de buen gobierno corporativo apuntados en el campo del derecho de sociedades.....	31
II. Breve síntesis de la evolución del régimen de las sociedades anónimas en España ilustrativa del tema abordado	33
III. Referencia esquemática a algunas líneas esenciales de la mejora del gobierno corporativo de las sociedades anónimas establecidas por las leyes 10/2014 y 31/2014.....	36
IV. Manifestaciones de la preocupación legislativa por la implantación de las reglas de buen gobierno corporativo más allá del campo estricto de las sociedades de capital.....	38
V. Y continúa el proceso de introducción en España de principios o pautas para el buen gobierno de las sociedades.....	40

PONENCIA SEGUNDA

EL BUEN GOBIERNO ECONÓMICO	43
Por Alberto Palomar Olmeda	
I. Introducción	44
II. El buen gobierno en su versión económica	48
III. El reproche concreto en el ámbito de la disciplina presupuestaria	50
1. Infracciones	50
2. Sanciones.....	54
3. Régimen de apreciación y valoración de la culpabilidad.....	55
4. Efectos o consecuencias adicionales de las sanciones en la materia	57
5. Tramitación y resolución del expediente	58
IV. Las dificultades del marco de las denominadas infracciones en materia económico-presupuestaria	59

COMUNICACIONES A LA PONENCIA SEGUNDA

CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS, BUENA GESTIÓN Y TRANSPARENCIA	61
Por José Ortiz Mallol	
I. Introducción	61
II. Convenios interadministrativos, subvenciones y acto político	62
III. Las exigencias de la transparencia	66
IV. A modo de conclusiones	69

REFLEXIONES SOBRE LA CONSECUCCIÓN DE UN BUEN GOBIERNO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA MEJORA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	71
Por Patricia Iglesias Rey	

II. LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS AJUSTADA A LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO

MESA REDONDA PRIMERA. EXIGENCIAS DERIVADAS DEL BUEN GOBIERNO Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS AJUSTADA A LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO: RESPONSABILIDAD PENAL	81
Por Carmen Gómez Rivero	
I. La responsabilidad penal de los entes públicos y las sociedades instrumentales	83
II. La responsabilidad penal de los administradores públicos integrados en consejos de administración u órganos equivalentes de las entidades instrumentales	84
III. Las bases de la responsabilidad penal de los administradores de órganos colegiados	87
IV. La aplicación de los tipos de cohecho, prevaricación y malversación en el marco de las sociedades instrumentales	91
EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS	99
Por Francisco José León Sanz	
I. Introducción: los documentos internacionales elaborados a raíz de la crisis de 2007/2008 en materia de gobierno corporativo	100
II. Referencia a los problemas estructurales de la sociedad anónima de grandes dimensiones	101
III. El movimiento del gobierno corporativo	103
IV. La reforma del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas	106
V. Las recomendaciones de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas de titularidad pública	109
VI. La incidencia de los documentos de la OCDE en el régimen de las sociedades mercantiles estatales en la ley 40/2015	115
VII. La incidencia de los documentos de la ocde en el régimen de las entidades públicas empresariales	121
VIII. Consideraciones finales	124

COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA PRIMERA

EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA PÚBLICA TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO	131
Por Manuel Pino Abad y José Manuel Serrano Cañas	
I. Introducción.....	131
II. El consejo de administración de las SAP	135
1. Nombramiento y cese de los miembros del Consejo de administración.....	136
2. La retribución de los miembros del Consejo de administración de las SAP....	138
3. Facultades y régimen de funcionamiento del Consejo de administración	140
4. Responsabilidad de los administradores sociales.....	144
DEBER DE OBEDIENCIA DEL EMPLEADO PÚBLICO Y SUS LÍMITES ..	147
Por M. ^a Dolores Pérez Pino	
I. Ética de la neutralidad.....	148
1. Regulación del deber de obediencia.....	148
2. Regulación de la sanción al incumplimiento del deber de obediencia.....	151
2.1. <i>Responsabilidad disciplinaria /administrativa</i>	151
2.2. <i>Responsabilidad penal</i>	152
3. Límites.....	154
4. Objeción de conciencia	156
II. Ética de la estructura	158
NATURALEZA DEL PAGO POR LA SOCIEDAD DE LAS PRIMAS CORRESPONDIENTES A CONTRATO DE SEGURO QUE CUBRA LA POSIBLE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES PUBLICOS INTEGRADOS EN SUS ORGANOS DE GOBIERNO.....	161
Por Antonio Luis Faya Barrios	

III. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AJUSTADA A LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO

MESA REDONDA SEGUNDA. BUEN GOBIERNO, TRANSPARENCIA Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

TRANSPARENCIA PÚBLICA: CUATRO HIPÓTESIS SOBRE LA NUEVA NORMATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA Y SOBRE SU APLICACIÓN..... 169
 Por Emilio Guichot Reina

I. Primera hipótesis: una ley de transparencia es un instrumento útil para la prevención de la corrupción y la mejora del gobierno, pero no basta sin mecanismos efectivos de aplicación, voluntad de ponerlos en funcionamiento y una ciudadanía activa que ejerza y batalle por su derecho a saber 170

II. Segunda hipótesis: la transparencia ha sido una prioridad fijada de abajo arriba al calor de casos de corrupción que han producido una desconfianza radical en la política y en las instituciones 173

III. Tercera hipótesis: la ley española y la mayor parte de las leyes autonómicas se sitúan en un rango razonable de exigencia, pero deja un amplio margen de desarrollo normativo y de interpretación aplicativa de cuyo uso dependerá el nivel real de transparencia..... 176

1. Límites..... 176

2. Publicidad activa 178

3. Publicidad pasiva 179

4. Sanciones..... 181

IV. Cuarta hipótesis: sin autoridades de control independientes de derecho y de hecho no habrá auténtica transparencia..... 182

“SI LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SE GOBERNASEN COMO LAS SOCIEDADES COTIZADAS....” (EXTRAPOLACIÓN DEL MODELO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS AL BUEN GOBIERNO DE LAS ADMINISTRACIONES Y ENTIDADES PÚBLICAS) 185
 Por Xavier Unanue Ortega

I. Introducción..... 185

1. ¿Buen gobierno corporativo de las sociedades públicas o buen gobierno de las instituciones democráticas y administraciones públicas? 185

2. ¿Buen gobierno como buena conducta de los gobernantes o buen gobierno como buena gobernanza? 187

3. Transparencia, Evaluación y Participación en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas	188
4. La propuesta: analizar el modelo de gobernanza de las empresas cotizadas, pero aplicado a las Administraciones Públicas	190
II. Anexo	194

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO A LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN PARTICULAR AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. RETOS DE LA NUEVA REGULACIÓN	239
Por Mercedes Izquierdo Barragán	

I. La aplicación de los principios de transparencia y buen gobierno a la actuación de la administración pública. Aproximación	239
II. La aplicación de los principios de transparencia y buen gobierno a la actuación de los administradores públicos	242
III. La aplicación de los principios de transparencia y buen gobierno al procedimiento administrativo	248
1. Resolviendo como si de un juez se tratara	249
2. El procedimiento administrativo mediante el que la Administración actúa dictando normas	250
3. El procedimiento administrativo en el que se realizan actos, normas y políticas públicas elaborados en el entorno de las nuevas formas de gobernanza	251
IV. Las nuevas regulaciones: retos para mejorar la administración	255

COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA SEGUNDA

LA INCORPORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA VISIÓN DEL APROVECHAMIENTO ENERGÉTICO SOSTENIBLE	257
Por Luisa Wic Galván	

I. Introducción: concepto y características	258
II. El papel del sector público	262
III. La contratación administrativa y el aprovechamiento energético sostenible	266
IV. Conclusiones	275

LA TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: EL MODELO DE LA ORDENANZA TIPO DE LA FEMP	277
Por Francisco Toscano Gil	
I. Planteamiento	
II. Ámbito subjetivo de aplicación	277
1. Sujetos obligados	279
1.1. <i>Entidades locales</i>	279
1.2. <i>Entidades instrumentales vinculadas o dependientes de las entidades locales</i>	280
1.3. <i>Asociaciones constituidas por entidades locales o por entidades instrumentales vinculadas o dependientes de las mismas</i>	280
1.4. <i>Determinados particulares</i>	281
2. Sujetos titulares de derechos	282
III. Derechos reconocidos	283
1. Derecho a la publicidad activa	284
2. Derecho de acceso a la información pública.....	285
IV. Medios para el ejercicio de los derechos	286
1. La publicación de la información en la publicidad activa.....	286
1.1. <i>Publicación por medios electrónicos</i>	286
1.2. <i>Competencia para publicar</i>	287
1.3. <i>Plazos de publicación</i>	288
2. El procedimiento para el acceso a la información pública.....	289
2.1. <i>Solicitud</i>	289
2.2. <i>Competencia para resolver</i>	290
2.3. <i>Resolución</i>	290
2.4. <i>Materialización del acceso</i>	291
V. Garantías	291
1. Jurisdiccionales	291
2. No jurisdiccionales.....	292
2.1. <i>Quejas</i>	292
2.2. <i>Reclamación previa</i>	293

MESA REDONDA TERCERA. ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE PREVENCIÓN DE FRAUDE: “PUBLIC COMPLIANCE”. LA EXPERIENCIA EUROPEA: LA OFICINA EUROPEA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE

ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE PREVENCIÓN DEL FRAUDE: “PUBLIC COMPLIANCE”	295
Por Luis García del Rio	
I. Establecimiento de mecanismos de prevención del fraude	296
1. Consideraciones en torno a la situación de partida	296
2. Los delitos propios de funcionarios públicos. Breve referencia a su evolución en nuestro ordenamiento jurídico	297
3. Delitos contra la Administración Pública, corrupción y corruptelas	308
4. Reflexiones en relación con la situación a nivel internacional	312
5. La existencia de corrupción y la percepción de la corrupción	319
6. Remedios reales y <i>cosméticos</i>	321
7. La respuesta penal como elemento de lucha contra la corrupción	325
8. El efecto devastador sobre la sociedad	331
II. ¿Tiene sentido el public compliance?	333
1. La necesaria afirmación de los valores que inspiran la gestión pública	333
2. El <i>public compliance</i> como un elemento que no trata de sustituir los controles propios de la gestión pública, sino de completar aquéllos con un adecuado programa de prevención	337
3. La prevención en un doble plano: El del funcionamiento interno de las Administraciones Públicas y el de los operadores privados en su relación con las Administraciones Públicas	339
III. Consideraciones finales: La lucha contra la corrupción	348
1. Honestidad intelectual en el planteamiento. Hipocresía y demagogia como elementos que lastran la lucha real contra los factores generadores de corrupción	348
2. La profesionalización de las Administraciones Públicas. El prestigio de la función pública	349
3. La profesionalización de los centros directivos	352
4. La afirmación real del principio de coordinación	353
5. La restricción de las potestades discrecionales	354
6. La reforma del derecho administrativo. El fortalecimiento de los controles intra-administrativos	355
7. Intervencionismo y corrupción	356

LA OFICINA EUROPEA DE LUCHA ANTIFRAUDE. OLAF	359
Por Eduardo Cano Romera	
I. Misión	360
1. Investigación interna	360
2. Investigación externa	360
3. Coordinación	361
II. Historia	361
III. Investigaciones internas	361
1. Garantías procesales	362
2. Colaboración durante las investigaciones internas	363
3. Capacidad de investigación	364
4. Cómo se llevan a cabo las investigaciones	365
5. Resultados de las investigaciones internas	365
IV. Las investigaciones externas relacionadas con el gasto de la UE	366
1. Fraudes en los gastos de la UE	366
V. Las investigaciones externas relacionadas con los ingresos de la UE	368
BIBLIOGRAFÍA	369

PRÓLOGO

Jesús Jiménez López

Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

Aun cuando nos referimos a conceptos ya aquilatados o contrastados en el ámbito de las relaciones entre particulares, entre operadores económicos, frente a sus inversores, destinatarios de bienes y servicios, así como frente a la ciudadanía, no puede dudarse ya de su importancia en el contexto de la adecuada gestión de los asuntos públicos y, sobre todo, para establecer el marco de exigencia de responsabilidad a sus gestores y administradores, en cumplimiento del mandato recibido de la sociedad.

Con este punto de partida, estas Jornadas nos sirven para determinar el conjunto de normas, principios, pautas, modelos, protocolos de actuación, que configuran la diligencia exigible al gestor público en el desarrollo de sus funciones, siendo conscientes que supera incluso el mero cumplimiento de las normas y procedimientos. No hablamos de meros enunciados formales de los principios en los que se asienta. Entendemos que afecta no sólo a los directivos políticos, sino también a los directivos profesionales, y a todos aquellos que tienen bajo su responsabilidad la protección y gestión de los intereses generales; en todos los ámbitos de su gestión. En definitiva debemos concretar las obligaciones a la que estamos sujetos y respecto de las cuales se nos puede exigir responsabilidades en distintos ámbitos de incumplimiento. Ya sea en un contexto de responsabilidad ante la sociedad, administrativa, contable o incluso penal.

Se hace referencia a ese conjunto de deberes en un necesario entorno de transparencia y acceso de los ciudadanos a los elementos en los que se soporta ese buen gobierno, como parte esencial del mismo. Nuestro análisis, nuestro estudio, podría establecer además las bases para la mejora y constante actualización de un modelo. Con medidas organizativas, asignando responsabilidades en la verificación control, y medidas de gestión, eficaces, que permitan prever, prevenir, identificar, y reaccionar ante comportamientos indeseables, ante vulneraciones de estas normas y principios. En definitiva, es nuestra aportación a esa nueva Administración Pública que los ciudadanos demandan.

Para abordar esta materia el punto de partida es la ponencia de D. Guillermo Jiménez Sánchez, Catedrático emérito Derecho mercantil y Vicepresidente emérito Tribunal Constitucional, que nos ilustra sobre la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los principios de buen gobierno corporativo. A continuación se abordan los principios de buen gobierno en el ámbito de la Administración Pública, mediante la ponencia de D. Alberto Palomar Olmeda, Magistrado de lo Contencioso Administrativo.

Las sesiones de trabajo bajo el título “LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS AJUSTADA A LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO” se desarrollan a través de mesas redondas. La primera de ellas tiene por objeto a las “Exigencias derivadas del buen gobierno y responsabilidad de los administradores públicos” y está integrada por Dña. Encarnación Montoya Martín, Catedrática de Derecho administrativo de la Universidad de Sevilla; Dña. Carmen Gómez Rivero, Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Sevilla; y D. Francisco José León Sanz, Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Huelva. La segunda tendrá por objeto la “Transparencia y buen gobierno” y está integrada por D. Emilio Guichot Reina, Catedrático acreditado de Derecho administrativo de la Universidad de Sevilla; D. Xabier Unanue Ortega, Director de Desarrollo legislativo y control normativo del Gobierno vasco; y Dña. Mercedes Izquierdo Barragán, Letrada de la Junta de Andalucía. Estas jornadas concluyen con una tercera mesa redonda relativa al “Establecimiento de mecanismos de prevención de fraude: *Public Compliance*. La experiencia europea: la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude” en la que participan D. Luis García del Río, Abogado del Estado en excedencia, y D. Eduardo Cano Romera, Jefe de Unidad de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude.

Para la consecución de los objetivos de estas Jornadas ha sido esencial la contribución de todos los participantes al debate y a la presentación de propuestas, como ponentes, moderadores o asistentes, ya sea desde la perspectiva del derecho privado y empresarial o desde las perspectiva del derecho público; desde la Universidad, la magistratura o la fiscalía, desde la Oficina Europea de la Lucha contra el Fraude, desde los servicios jurídicos de las Administraciones Públicas –Estado y Comunidades Autónomas– y del Sector Público, desde la Administración Pública –cargos públicos y personal funcionario–; desde la abogacía de las empresas.

Por ello agradezco a ponentes, moderadores y asistentes su contribución al desarrollo de las XVII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, y en especial al Área de Coordinación de este Gabinete que las ha hecho posible con su buen hacer y dedicación.

ÍNDICE DE AUTORES

Coordinador

Antonio Luis Faya Barrios

Letrado de la Junta de Andalucía

Índice alfabético de autores

Cano Romera, Eduardo

Jefe de la Unidad de Investigaciones-Personal de la UE. Oficina Europea de Lucha contra el Fraude

Faya Barrios, Antonio Luis

Letrado de la Junta de Andalucía

García del Río, Luis

Abogado del Estado

Gómez Rivero, Carmen

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

Guichot Reina, Emilio

Catedrático acreditado de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla

Iglesias Rey, Patricia

Letrada de la Xunta de Galicia. Jefa de Gabinete de Estudios y Derecho Comunitario en la Asesoría Xurídica Xeral de La Xunta de Galicia

Izquierdo Barragán, Mercedes

Letrada de la Junta de Andalucía

Jiménez Sánchez, Guillermo

Catedrático emérito de Derecho Mercantil. Vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional

León Sanz, Francisco José

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Huelva

Ortiz Mallol, José

Letrado de la Junta de Andalucía

Palomar Olmeda, Alberto

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.
Magistrado de lo Contencioso-administrativo

Pérez Pino, M^a Dolores

Letrada de la Junta de Andalucía

Pino Abad, Manuel

Prof. Dr. Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba

Serrano Cañas, José Manuel

Prof. Dr. Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba

Toscano Gil, Francisco

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide

Unanue Ortega, Xavier

Director de Desarrollo Legislativo y Control Normativo del Gobierno Vasco

Wic Galván, Luisa

Letrada de la Junta de Andalucía

ABREVIATURAS

A. (AA.)	Auto(s)
Admón.	Administración
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
ap. (aps.)	apartado (apartados)
apd.	apéndice
art. (arts.)	artículo (artículos)
As.	Asunto
AT	Audiencia Territorial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATJCE	Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
ATPICE	Auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto de Tribunal Superior de Justicia
AUE	Acta Única Europea
BCE	Banco Central Europeo
BEI	Banco Europeo de Inversiones
BERD	Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>BOP</i>	<i>Boletín Oficial de la Provincia</i>
<i>BORME</i>	<i>Boletín Oficial del Registro Mercantil</i>
Cap. (Caps.)	Capítulo (Capítulos)
CC	Código Civil
CA	Comunidad Autónoma
CCAA	Comunidades Autónomas
CCEE	Comunidades Europeas

Ccom	Código de Comercio
cdo.(s)	considerando(s)
CE	Constitución Española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CES	Comité Económico y Social
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Cir.	Circular
Comp.	Compilación
Cont.-adm.	Contencioso-administrativo
Conv.	Convenio
Coop.	Cooperativa(s)
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
D. (DD.)	Decreto (Decretos)
Dec.	Decisión
DG	Dirección General
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
Disp.	Disposición
Disp. Adic.	Disposición Adicional
Disp. Derog.	Disposición Derogatoria
Disp. final	Disposición Final
Disp. Trans.	Disposición Transitoria
DLeg	Decreto Legislativo
DLey	Decreto-Ley
DOCE	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> , serie «Comunicaciones e Informaciones»
EA	Estatuto de Autonomía
EAA	Estatuto de Autonomía de Andalucía
EEAA	Estatutos de Autonomía
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EEE	Espacio Económico Europeo
ej.	por ejemplo
ep.	epígrafe
ET	Estatuto de los Trabajadores
Euratom	Comunidad Europea de la Energía Atómica
F.	Fundamento jurídico o de Derecho

FED	Fondo Europeo de Desarrollo
FEDER	Fondo Europeo de Desarrollo Regional
FEOGA	Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola
FMI	Fondo Monetario Internacional
FSE	Fondo Social Europeo
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
IIVTNU	Impuesto sobre el Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
INE	Instituto Nacional de Estadística
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud
INSERSO	Instituto Nacional de Servicios Sociales
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IPC	Índice de Precios al Consumo
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ISyD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
ITPyAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
IVTM	Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica
JCA	Jurisdicción contencioso-administrativa
JS	Juzgado de lo Social
LA	Ley de Aguas
Ley 19/2013	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
LAC	Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. (LAC)
LAIE	Ley de Agrupaciones de Interés Económico
LAJA	Ley de Administración de la Junta de Andalucía
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos
Larb	Ley de Arbitraje
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LAUE	Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas
LB	Ley de Bases
LBRL	Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local
LC	Ley de Costas
LCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público

LCCH	Ley Cambiaria y del Cheque
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LCoop	Ley de Cooperativas
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LConc	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LDGC	Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes
LDYPJ	Ley de Demarcación y Planta Judicial
LES	Ley de Economía Sostenible
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEF	Ley de Expropiación Forzosa
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGO	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
LGP	Ley General Presupuestaria
LGPu	Ley General de Publicidad
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LGT	Ley General Tributaria
LH	Ley Hipotecaria
LHL	Ley de Haciendas Locales
LHMPSD	Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión
LIP	Ley del Impuesto sobre el Patrimonio
LIRNR	Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LITPyAJD	Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido
LISyD	Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LM	Ley de Marcas
LMH	Ley del Mercado Hipotecario
LMV	Ley del Mercado de Valores
LO	Ley Orgánica
LOCJ	Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales
LOFCA	Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos

LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LOSP	Ley de Ordenación del Seguro Privado
LOSSP	Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
LOT	Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones
LOTCC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOTCCn	Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
LPHE	Ley del Patrimonio Histórico Español
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LPInd	Ley de Propiedad Industrial
LPJDF	Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRSAL	Ley de Racionalización y Sostenimiento de la Administración Local
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local
LRC	Ley del Registro Civil
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LRSV	Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones
LS	Ley del Suelo
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSAL	Ley de Sociedades Anónimas Laborales
LSGR	Ley de Sociedades de Garantía Recíproca
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LT	Ley de Telecomunicaciones
LTPP	Ley de Tasas y Precios Públicos
LVBMAP	Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos
O. (OO.)	Orden (Ordenes)
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
OF (OOFF)	Orden Foral (Órdenes Forales)
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM (OOMM)	Orden Ministerial (Ordenes Ministeriales)
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p. (pp.)	página (páginas)
PAC	Política Agrícola Común
párr.	párrafo
PE	Parlamento Europeo
p. ej.	por ejemplo
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PGE	Presupuestos Generales del Estado
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana
Prot.	Protocolo
Prov.	Providencia
PYME	Pequeña y mediana empresa
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RD	Real Decreto
RDLeY	Real Decreto-Ley
Reg. Civ.	Registro Civil
Regl.	Reglamento
Res.	Resolución
ROFCL	Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
SA	Sociedad anónima
S. (SS.)	Sentencia (Sentencias)
SAD	Sociedad Anónima Deportiva
SAL	Sociedad Anónima Laboral
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAP	Sociedad anónima pública
SC	Sociedad Colectiva
SCIJ	Sentencia de la Corte Internacional de Justicia
SCom	Sociedad Comanditaria
SCompA	Sociedad Comanditaria por Acciones
SCoop	Sociedad Cooperativa

SCP	Sociedad Civil Particular
SE	Sociedad Europea
Secc.	Sección
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
SL	Sociedad Limitada
SME	Sistema Monetario Europeo
SS	Seguridad Social
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
STCT (SSTCT)	Sentencia(s) del Tribunal Central de Trabajo
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STPICE	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
STSJ (SSTSJ)	Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia
TA	Texto Articulado
TC	Tribunal Constitucional
TCCE	Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TCEEA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TEAF	Tribunal Económico-Administrativo Foral
TEAP	Tribunal Económico-Administrativo Provincial
TEAR	Tribunal Económico-Administrativo Regional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
Tít.	Título
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPICE	Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TR	Texto Refundido
TREBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLPL	Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
TRLS	Texto Refundido de la Ley del Suelo

TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal(es) Superior(es) de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UEM	Unión Económica y Monetaria
v.	véase

I

BUEN GOBIERNO, GOBIERNO CORPORATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE PRINCIPIOS Y REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Guillermo Jiménez Sánchez

Catedrático emérito de Derecho Mercantil

Vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional

SUMARIO: I. LA RECEPCIÓN POR LAS DISPOSICIONES APLICABLES A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y A SUS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE PRINCIPIOS Y REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO APUNTADOS EN EL CAMPO DEL DERECHO DE SOCIEDADES. II. BREVE SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN ESPAÑA ILUSTRATIVA DEL TEMA ABORDADO. III. REFERENCIA ESQUEMÁTICA A ALGUNAS LÍNEAS ESENCIALES DE LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ESTABLECIDAS POR LAS LEYES 10/2014 Y 31/2014. IV. MANIFESTACIONES DE LA PREOCUPACIÓN LEGISLATIVA POR LA IMPLANTACIÓN DE LAS REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO MÁS ALLÁ DEL CAMPO ESTRICTO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. V. Y CONTINÚA EL PROCESO DE INTRODUCCIÓN EN ESPAÑA DE PRINCIPIOS O PAUTAS PARA EL BUEN GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES.

I. LA RECEPCIÓN POR LAS DISPOSICIONES APLICABLES A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y A SUS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE PRINCIPIOS Y REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO APUNTADOS EN EL CAMPO DEL DERECHO DE SOCIEDADES

Para quien, como es mi caso, la Historia de las instituciones y de las normas jurídicas ofrece una inapreciable perspectiva con la cual se enriquece el estudio de las respuestas que en nuestro tiempo ofrece el Ordenamiento a los problemas que ha de afrontar, para quien los principios y los preceptos del Ordenamiento cobran su verdadero sentido, según advierte el artículo 3.1 del Código civil, a la luz que ofrece el proceso histórico que conduce a su afirmación, el estudio de la introducción en las disposiciones

aplicables a las Administraciones Públicas y a sus entidades instrumentales de principios y reglas de buen gobierno corporativo puede encontrar un valioso punto de partida en el examen del proceso que ha conducido a la recepción por el Derecho Administrativo de reglas y principios análogos aflorados anteriormente en el campo del Derecho de Sociedades, recepción que a la postre no constituye sino una manifestación más de la vieja y tradicional conexión entre principios y figuras jurídicas que condujo en los albores de la configuración de algunas de las más relevantes instituciones de la economía capitalista, las grandes sociedades por acciones, superadoras de los estrechos límites contractuales de las viejas sociedades que el Derecho Común heredó de la tradición romana, a la utilización en el tráfico mercantil de técnicas y soluciones propias de las corporaciones públicas, específicamente de las *compañías privilegiadas* nacidas para el tráfico ultramarino en la Edad moderna.

Pero la transferencia de fórmulas o figuras organizativas del Derecho Público al Derecho Mercantil no ha supuesto a lo largo de la Historia sólo el tránsito de un camino unidireccional, inversamente se ha producido también la asunción por el Derecho Público de técnicas o soluciones operativas propias del Derecho Privado. Tal es el caso, sobradamente notorio, de la "*huida del Derecho Administrativo*" mediante la utilización por quienes en principio habrían de actuar siguiendo las pautas establecidas en él de figuras propias del Derecho Mercantil.

Esto último requiere, sin duda, la adopción de prevenciones que ya desde años, aun cuando quizá en todo caso con cierto retraso, han venido acogándose en el Derecho Administrativo actual. Entre ellas figura, o posiblemente sería más atinado advertir que debería figurar, la asunción por éste de algunas de las reglas que también desde hace ya algún tiempo, igualmente con cierta lamentable demora, han afirmado o al menos propuesto la introducción de principios de buen gobierno corporativo en el campo del derecho de sociedades; tanto, inicialmente, en el ámbito de las sociedades anónimas y, en general, en el de las sociedades de capital (expresamente en relación con las anónimas y las limitadas, por remisión respecto a las comanditarias por acciones) como, más recientemente, en el de otras figuras asociativas, destacadamente las sociedades laborales.

Y para completar esta escueta panorámica de la expansión de los principios o reglas de buen gobierno corporativo no resulta ocioso señalar que también se han proyectado sobre las entidades, asociaciones y fundaciones que comúnmente se agrupan bajo la común denominación de *organizaciones no gubernamentales*, en las que la preocupación por hacer realidad el respeto a las exigencias de buen gobierno corporativo alcanza día a día máxima intensidad, puesto que del reconocimiento público de la efectividad de su atención a tales exigencias, del *buen hacer* que conforme a su observancia llegue a caracterizar la actuación de unos entes que se presentan como paradigmas de solidaridad y comportamiento acorde con altos principios, ha

de depender su valoración positiva por la sociedad, lo que constituye en definitiva su mayor y más irrenunciable patrimonio.

II. BREVE SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN ESPAÑA ILUSTRATIVA DEL TEMA ABORDADO

En el curso de la evolución de la normativa a que han estado sometidas en España las sociedades anónimas desde el siglo XIX hasta nuestros días cabe distinguir a grandes rasgos, en lo que afecta a aspectos conexos con el tema abordado en esta sumaria intervención, las siguientes etapas:

- a) Una primera de amplia, muy amplia, atribución de casi absoluta libertad a los socios para configurar la estructura corporativa y el funcionamiento de los órganos sociales, lo que se resaltaba por la Exposición de Motivos del Código de comercio de 1885 al proclamar como principios inspiradores de la ordenación de las compañías mercantiles en este Cuerpo legal los tres siguientes: *“libertad amplia en los asociados para constituirse como tengan por conveniente”*; *“ausencia completa de la intervención gubernativa en la vida interior de estas personas jurídicas; publicidad de los actos sociales que puedan interesar a tercero”*.
- b) Otra segunda, en la cual se matizó o redujo el alcance del anterior principio dispositivo en la configuración de la estructura corporativa, el funcionamiento de los órganos sociales y, en general, el régimen de las más relevantes compañías mercantiles, advino con la entrada en vigor de la Ley de régimen jurídico de las sociedades anónimas de 17 de julio de 1951, cuyo Preámbulo denunció *“el singular e inexplicable contraste entre nuestro Código de comercio, con sus veinticuatro artículos dedicados a este tipo de sociedad, inspirados en su mayoría en el principio dispositivo, y el resto de leyes de los países civilizados, que siguiendo el ejemplo de la ley francesa de 1869 habían dotado a la sociedad anónima de un amplio sistema de normas legales, en el que se excluía el libre juego del principio de libertad de pactos, imperantes en otros sectores de la contratación privada”*. Congruentemente a ello se entendió por el legislador que no *“sería justo ni razonable empeñarse en mantener, frente al Derecho universal de la Sociedad por acciones, un régimen de excepción que sólo puede producir frutos de inseguridad y de incertidumbre en las relaciones jurídicas nacidas en torno a este tipo de sociedad”*.

De acuerdo con tales ideas fue promulgada en los inicios de una década, la de los años cincuenta del pasado siglo, en la cual tuvo lugar una profunda renovación del Derecho patrio que llegó a situarlo en la vanguardia de los Ordenamientos

Europeos, una regulación inspirada “*en la mayor garantía de accionistas y acreedores*”, garantía o tutela que resultó concretada, entre otras disposiciones, en las relativas: [i] al derecho de información de los socios; [ii] a la responsabilidad de los administradores; [iii] a las limitaciones de la retribución de éstos; [iv] a la estructura, contenido y publicidad de la contabilidad social; [v] y a la especial protección dispensada los obligacionistas.

- c) La evolución que desde aquellas fechas experimentaron las sociedades de nuestro entorno, a la cual no pudieron resultar extraños la Economía y el Ordenamiento jurídico español, tuvieron especial trascendencia en el mundo de las sociedades de capital, en el que la necesidad de hacer frente a la “*revolución de los directores*”, sobre la cual anticipadamente había llamado la atención James Burham, motivó el dictado de un conjunto de normas actualizadoras y correctoras del anterior régimen jurídico societario (entre nosotros valga la referencia, a título meramente indicativo y sin pretensión alguna de exhaustividad, a no pocas de las recogidas en la Ley 19/1989, de 25 de julio, *de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades*, y en posteriores disposiciones de los años 1995, 1998, 1999, 2002, 2003, 2005, 2007, 2013, 2014, el presente 2015,...), ordenadas a la tutela de los accionistas y de los inversores en los mercados financieros mediante la imposición de transparencia en la actuación de los administradores y los altos directivos de las compañías mercantiles y en el establecimiento de mecanismos o sistemas de control de éstos.
- d) Pero, pese a los perfeccionamientos que supusieron tales normas en la disciplina jurídica de las sociedades de capital, desde finales del pasado siglo se produjeron numerosas denuncias de la imperfección de las respuestas ofrecidas por el Derecho a la exigencia de precaver posibles abusos de los administradores y de los altos directivos de estas compañías; abusos frente a los cuales los socios minoritarios y, en general, quienes entablaran con ellas vínculos de cierta significación en los mercados financieros, *los consumidores de inversiones*, podrían encontrarse en definitiva desprotegidos o al menos insuficientemente protegidos.

Para hacer frente a estos peligros, en la línea sugerida en 1992 por el *Informe Cadbury (producto del Committe on the Financial Aspects on Corporate Governance)* y en 1995 por el *Informe Greenbury* (obra de un Comité creado por la *UK Confederation on Business and Industry*), revisados en 1998 por el *Informe Hampel (Informe final sobre la Comisión de Gobierno de las Sociedades elaborado a iniciativa del Consejo de Información Financiera)*, los autorizados Informe Olivencia e Informe Aldama ofrecieron en España en 1998 y 2003 una serie de principios y propuestas, destinados a orientar tanto la dirección a seguir para el establecimiento de un *Código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades* cuanto las normas de transparencia y seguridad que deberían presidir el funcionamiento de los *Mercados Financieros y de las Sociedades Cotizadas*.

- e) Ahora bien, los principios reflejados en estos *Informes* (junto a los que cabría contemplar los contenidos en otros varios, como los *Informes Higgs* –sobre el papel de los consejeros no ejecutivos– y *Smith* –sobre el comité de auditoría–, publicados en 2003), aun cuando de indudable relevancia para la articulación por las normas internas de las sociedades de capital de los extremos afrontados en ellos, no tuvieron en su día fuerza vinculante, en el sentido que tradicionalmente se entiende por tal en nuestro Derecho. Es decir, se relacionaron o, si se quiere, se proclamaron con la solemnidad que les confería la competencia técnica de quienes participaron en su elaboración y la autoridad de la institución oficial de la que procedió el encargo de ésta y por la cual se publicó su resultado final. Pero no se tradujeron en su consagración como normas vinculantes; no se les atribuyó el carácter de preceptos de necesaria observancia en la constitución y en el curso de las actuaciones de los órganos y de los altos directivos de las sociedades de capital. Conformaron una suerte de, por recurrir a la difundida terminología anglosajona, *soft law*, cuya virtualidad efectiva dependía en gran medida o en última instancia de la aceptación con que fueran voluntariamente acogidos por sus destinatarios, carácter facultativo de una aceptación que, al no haber sido universal y ni siquiera suficientemente extendida, determinó la lógica consecuencia que se continuaran produciendo casos de malas prácticas societarias, ampliamente divulgadas por los medios de comunicación social, y a la secuela inevitable de generar perniciosos efectos en la valoración negativa por parte de accionistas minoritarios e inversores en general de la fiabilidad de nuestros mercados financieros, lo que en concreto se tradujo en la reproducción de serias dudas o reservas respecto a la corrección de las actuaciones desarrolladas en el seno de las sociedades de capital con presencia en estos mercados.
- f) Las apuntadas circunstancias condujeron a que en el año 2006 se entendiera necesario proceder a potenciar la fuerza de los principios de *Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, elevando a la categoría de *hard law* (valga de nuevo el recurso a la generalizada terminología anglosajona) algunas de las más importantes reglas hasta el momento sólo formuladas con espíritu orientativo.

Tal labor fue confiada a un grupo de trabajo, que presentó el resultado de su esfuerzo en el *Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, conocido generalmente como Código Conthe por el nombre del Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que impulsó su redacción inicial y su publicación en 2006. El Código fue actualizado en el año 2013 para acomodarlo a una situación que la Presidenta en esta fecha de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Elvira Rodríguez, estimó bien distante de la de su punto de partida.

La fuerza vinculante de este Cuerpo o Código se ha hecho descansar, en lo esencial, sobre las disposiciones contenidas en varios preceptos de la *Ley del Mercado de Valores* respecto a los *informes anuales de gobierno corporativo*

y las remuneraciones de los consejeros de las sociedades anónimas cotizadas (artículos 61bis y 61ter del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, en el que *se integran, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas* las normas sobre la materia en él comprendida que deben hoy considerarse vigentes) y de la *Ley de Economía Sostenible* (Ley 2/2011, de 4 de marzo, en la que se refuerzan los requerimientos de transparencia para los sistemas retributivos de los administradores y de los altos directivos de las sociedades cotizadas), así como sobre lo establecido en diversas Órdenes Ministeriales y Circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

- g) Pero la extraordinariamente grave crisis económica nacional e internacional de los últimos años ha puesto en evidencia la necesidad de dar nuevos pasos en el proceso de afirmación del buen gobierno en las sociedades de capital. Ello ha sido advertido, por hacer referencia sólo a dos textos del mayor significado en lo que aquí interesa, en los *G-20 Pittsburgh Summit Commitments de 25 de septiembre de 2009* y en el *Libro Verde* de la Comisión Europea.

Manifestando una plausible sensibilidad a las demandas sociales y a las autorizadas advertencias indicadas, el Consejo de Ministros, por *Acuerdo de 10 de mayo de 2013*, constituyó un Grupo de Expertos al cual encomendó el estudio de las medidas que debieran conceptuarse idóneas para *“mejorar el gobierno de nuestras sociedades, proponiendo las reformas societarias y del mercado de valores más adecuadas a los estándares globales y al estado actual de desarrollo de los modelos nacionales de buen gobierno corporativo, en el contexto de la experiencia acumulada desde la implantación de los criterios y recomendaciones propuestas en el Código Unificado”*.

El informe de estos expertos fue presentado públicamente el 14 de octubre de 2013, y sus recomendaciones resultaron respetadas prácticamente en su integridad por el legislador al dictar las disposiciones precisas para darles efectividad (así, por lo que afecta a las cuestiones que nos ocupan, en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la *Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*).

III. REFERENCIA ESQUEMÁTICA A ALGUNAS LÍNEAS ESENCIALES DE LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ESTABLECIDAS POR LAS LEYES 10/2014 Y 31/2014

Los cambios y novedades que introduce la Ley 31/2014 en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital afectan tanto a la junta general de socios como al

consejo de administración, no sólo de las sociedades cotizadas, sino de todo el complejo conjunto de las sociedades de capital. Dada la extensión que supondría una exposición pormenorizada de estas modificaciones y, sobre todo, el carácter provisional con el que habrían de contemplarse en un momento de extraordinaria inestabilidad normativa, según resaltaré en las últimas palabras de mi intervención, voy únicamente a esbozar, con la inevitable subjetividad que ha de presidir su selección, algunos rasgos de especial relieve en la etapa abierta por las Leyes de 26 de junio y 3 de diciembre del pasado año.

Las modificaciones que afectan a la junta general de socios buscan reforzar el papel de ésta en las compañías mercantiles y fomentar la participación de los socios en la vida corporativa. A tal efecto se amplían las competencias de la junta y se extiende a todas las sociedades de capital la posibilidad de que imparta instrucciones al órgano de administración.

La reforma de la junta general se extiende a su funcionamiento, más específicamente al régimen de adopción de acuerdos en ella, dando una redacción más clara a la regulación del criterio de cómputo de las mayorías. Y, al regular la participación de los socios en la junta general, requiere que se voten separadamente los asuntos que sean sustancialmente independientes y aborda el espinoso tema del conflicto de intereses, prohibiendo en determinados casos hacer uso del derecho de voto a aquellos socios respecto a los cuales resulte constatable la existencia de tal conflicto.

El régimen de impugnación de los acuerdos sociales también es objeto de modificaciones, destinadas, en palabras del legislador, *a ponderar las exigencias de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías*, a cuyo objeto se introducen para evitar abusos ciertas cautelas en la atribución de efectos a vicios formales poco relevantes y en el reconocimiento de legitimación activa para el ejercicio de acciones de impugnación.

La obligación de transparencia se traslada al consejo de administración de la sociedad. La reforma operada en la disciplina a que resultan sometidos los administradores tipifica de manera más precisa sus deberes de diligencia y lealtad y las pautas de su proceder en situaciones de conflicto de intereses, lo cual conlleva el lógico reflejo de la nueva normativa sobre el régimen de responsabilidad de los administradores.

Se establece una disciplina más estricta en lo atinente a la delegación de las facultades del consejo, lo que incluye, en aras de la transparencia de que hace gala la reforma, la aprobación de un contrato que determine de manera precisa la remuneración de los consejeros delegados. De hecho la transparencia en la remuneración es uno de los aspectos sobre los que más ha querido incidir la reforma. De ahí que la Ley obligue a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores, exigiendo que los emolumentos de éstos guarden relación con la

importancia de la sociedad, el estado de la Economía y los estándares de mercado de empresas comparables, y procurando en todo caso que la política de remuneraciones seguida promueva la rentabilidad y la sostenibilidad de la sociedad a largo plazo.

Por lo que se refiere a las sociedades con presencia en el mercado financiero es notable la imperatividad creciente de muchas de las disposiciones sobre gobierno corporativo que les son aplicables, tanto las que se contienen en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, *por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*, como las que se establecen en la Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*, y en el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, dictado para el desarrollo de esta última.

Las normas de gobierno corporativo o buen gobierno específicas de las entidades de crédito giran en torno a los mismos principios que inspiran los comunes de las sociedades cotizadas, con algunas particularidades propias de los sectores bancarios, tales como la inclusión dentro de los procedimientos de gobierno y estructura organizativa de dichas sociedades de un Plan General de Viabilidad que contemple las medidas que hayan de adoptarse para restaurar su viabilidad y solidez financiera en caso de sufrir serios deterioros. Otra de las peculiaridades a que se ven sometidas las entidades de crédito en relación con el cumplimiento de las obligaciones de gobierno corporativo hace referencia al papel que desempeña el supervisor en la materia, función tradicionalmente asumida entre nosotros por el Banco de España y hoy cada vez con mayor intensidad por el Banco Central Europeo, no sólo con relación al mencionado *Plan de Viabilidad*, sino también respecto a la remuneración de los consejeros y de aquellos cargos o miembros del personal cuyas funciones influyan apreciablemente sobre el perfil de riesgo de estas compañías.

Precisamente la combinación de ambas cuestiones, remuneración y gestión de riesgos, representa el grueso de las disposiciones de gobierno corporativo establecidas por la Ley 10/2014 y tiene una muy significativa trascendencia orgánica, materializada en la obligación de constituir en el seno de las entidades de crédito tres comisiones (estas tres al menos, junto a ellas pueden constituirse y de ordinario se constituyen otras): *las comisiones de nombramientos, de remuneraciones y de riesgos*.

IV. MANIFESTACIONES DE LA PREOCUPACIÓN LEGISLATIVA POR LA IMPLANTACIÓN DE LAS REGLAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO MÁS ALLÁ DEL CAMPO ESTRICTO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Sin duda la atención del legislador a la afirmación de las reglas de buen gobierno corporativo se centró inicialmente en las cuestiones suscitadas en los planos de la

estructura orgánica y del funcionamiento de los órganos de las sociedades de capital, como lógica consecuencia de la especial gravedad de los problemas planteados en ellos y de su amplia repercusión en los más diversos medios. Pero la fuerza de los principios inspiradores de tales reglas ha dado lugar a su expansión a otros ámbitos, a sociedades diferentes de diferente condición, a organizaciones de naturaleza no societaria e incluso a entidades de carácter público.

Un ejemplo paradigmático de la recepción de las normas de buen gobierno en la disciplina de sociedades en principio diferenciadas de las clásicas sociedades de capital puede encontrarse en el contenido de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, *de Sociedades Laborales y Participadas*, en la cual se recoge el principio común de que la actuación de sus administradores sea diligente, leal, responsable y transparente, adopte políticas o estrategias de responsabilidad social, y fomente prácticas de buen gobierno, comportamiento ético y transparencia. Conforme al marco básico así configurado la Ley impone la exigencia específica de que las prácticas administrativas seguidas en estas sociedades resulten adecuadas “a las peculiaridades de la sociedad laboral como modelo de sociedad específico”, lo que conlleva que hayan de “favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”.

Por otra parte, según ha sido ya apuntado en un momento anterior, más allá del campo de las sociedades, entidades que en la precisa y restrictiva concepción que de ellas mantienen nuestros Códigos civil y de comercio (en los artículos 1665 del primero y 116 del segundo) se definen como tales por incluir entre sus rasgos definitorios el de servir de instrumentos para la persecución de un fin lucrativo por los socios, las exigencias propias de la instauración de sistemas eficaces de buen gobierno corporativo se han extendido a entes no societarios en los que está o debería estar ausente la finalidad lucrativa; entes entre los cuales ocupan puesto destacado las asociaciones y fundaciones comúnmente designadas en su conjunto con la locución “*organizaciones no gubernamentales*”, de obligada y especial sensibilidad a tales requerimientos, tal como se manifestó en términos concluyentes con en el curso de las deliberaciones de un Congreso Internacional sobre Buen Gobierno Corporativo organizado por el Instituto de Consejeros Administradores para conmemorar su décimo aniversario, Congreso celebrado en Madrid los días 12 y 13 del mes de noviembre de 2013, en cuya última sesión tuve el honor de intervenir en nombre de la Cruz Roja resumiendo ante los asistentes la historia de la recepción de los principios de buen gobierno en la regulación interna y en los comportamientos diarios en esta Institución Humanitaria, cuya relevancia en *el tercer sector* es universalmente reconocida.

En ella se creó el año 2003 una Comisión de Buen Gobierno, a la cual se encomendó la tarea de elaborar un Código de Conducta de obligada observancia por parte de sus

directivos, de los miembros de sus órganos de gobierno, asesoramiento y control, de quienes actuaran en representación o usando el nombre de la Institución y, en general, de cuantos en el desempeño de sus funciones la vinculasen o comprometieran. Posteriormente se atribuyó también a esta Comisión la competencia de interpretar y actualizar la normativa de buen gobierno, así como las funciones propias de órgano asesor respecto a la conformidad con dicha normativa de las actuaciones del Comité Nacional, máximo órgano de gobierno de Cruz Roja, y de las Comisiones de Garantías de Derechos y Deberes, a las que viene encomendada la resolución de los conflictos motivados por infracciones de los Principios Fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja o por transgresiones por parte de sus miembros o de sus órganos de gobierno de los derechos y deberes respectivamente asumidos.

El Código fue aprobado por el Comité Nacional de Cruz Roja el año 2006, fecha desde la cual ha constituido un referente esencial para la actuación corporativa de sus principales destinatarios y, en general, de todos los voluntarios de la Institución. El Código, sobre cuyo cumplimiento todos los miembros de Cruz Roja están llamados a informar y a presentar sugerencias o propuestas para su perfeccionamiento, ha sido revisado y actualizado en varias ocasiones atendiendo a los resultados observados en la práctica y tomando en consideración a los cambios experimentados por el marco normativo en que debe ser aplicado, destacadamente los que se han producido a consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, regulando entre diversos extremos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, o de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que reforma la Ley de sociedades de capital ampliando el contenido de la normativa de estas sociedades, entre otros aspectos, en lo referido al buen gobierno corporativo.

Y, para reducirla a sus lógicos límites, la exposición de las líneas esenciales de la recepción de los principios de buen gobierno corporativo en una de las entidades más relevantes del conjunto de las componentes del sector de las organizaciones no gubernamentales se limitó en su presentación el 13 de noviembre de 2013 al Congreso Internacional sobre Buen Gobierno Corporativo antes aludido, como estimo debe limitarse ahora, a lo hasta aquí indicado, puesto que en rigor no supone sino una digresión en el hilo conductor de la presente intervención.

V. Y CONTINÚA EL PROCESO DE INTRODUCCIÓN EN ESPAÑA DE PRINCIPIOS O PAUTAS PARA EL BUEN GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES

Ahora bien, expuesto cuanto antecede, no puede sino advertirse que cualquier referencia a la recepción en nuestra Patria de los principios de buen gobierno corporativo,

una de las más positivamente valoradas exigencias planteadas a las entidades e instituciones jurídicas en el tiempo actual, ha de quedar obsoleta o incompleta casi en el mismo instante de su formulación; cabría quizá recordar al respecto la conocida leyenda urbana de que en la entrada a la sección especial del Pentágono en la cual se planifica la composición de la fuerza aérea de los Estados Unidos, sobreimpresa a la silueta de un cazabombardero de modelo ultraavanzado, figura la siguiente leyenda: “*Si vuela, ya está anticuado*”.

Baste apuntar al efecto cómo en desarrollo de lo establecido en la Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*, el Ministerio de Economía y Competitividad ha elaborado un proyecto de Real Decreto en el cual se incluyen diversas disposiciones, de indudable trascendencia en caso de resultar finalmente aprobadas, sobre gobierno corporativo y política de retribuciones. O cómo algunas de las previsiones esenciales contenidas en las Recomendaciones de la Comisión Europea 2004/913, de 14 de diciembre, 2005/162, de 15 de febrero, y 2009/385, de 30 de abril, y en el Proyecto de Directiva del Parlamento y el Consejo Europeos que reformaría la Directiva 2013/34, aparecen incluidas en el *Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, publicado el 24 de febrero de este año por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que sustituye al *Código Unificado* de 2006.

EL BUEN GOBIERNO ECONÓMICO

Alberto Palomar Olmeda

Profesor titular (Acred) de Derecho Administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

Magistrado de lo Contencioso-administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL BUEN GOBIERNO EN SU VERSIÓN ECONÓMICA. III. EL REPROCHE CONCRETO EN EL ÁMBITO DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA. 1. Infracciones. 2. Sanciones. 3. Régimen de apreciación y valoración de la culpabilidad. 4. Efectos o consecuencias adicionales de las sanciones en la materia. 5. Tramitación y resolución del expediente. IV. LAS DIFICULTADES DEL MARCO DE LAS DENOMINADAS INFRACCIONES EN MATERIA ECONÓMICO-PRESUPUESTARIA.

Abstract: El presente trabajo trata de analizar el marco del denominado buen gobierno económico introducido con motivo de la publicación de la Ley 19/2013, de transparencia y buen gobierno. El concepto de buen gobierno ha sido objeto de una delimitación que incluye un conjunto de principios éticos, de actuación y, finalmente una diferenciación entre la actuación de los responsables públicos en el ámbito general y en el ámbito económico-presupuestario. El marco del buen gobierno económico no es, realmente sencillo de ajustar en relación con el conjunto de la relación jurídica del alto cargo ni con el marco general de responsabilidad de los directivos públicos.

Abstract: This paper analyzes the framework of so-called economic governance introduced on the occasion of the publication of Law 19/2013, of transparency and good governance. The concept of good governance has been the subject of a boundary that includes a set of ethical principles of action and ultimately a distinction between the conduct of public officials in general and in the economic and budgetary area. The framework of economic governance is not really easy to adjust in relation to the whole legal relationship high office or the general framework of accountability of public officials.

Palabras clave: transparencia, buen gobierno, régimen económico-presupuestario, responsabilidad contable, responsabilidades directivos, estatuto alto cargo, régimen disciplinario.

Keywords: transparency, good governance, economic, budgetary, accounting liability, management responsibilities, senior status, disciplinary system.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de buen gobierno en las instituciones públicas y privadas es, sin duda, un concepto omnicomprensivo en el que no parece demasiado necesario formular desgloses conceptuales sobre las diferentes facetas que conforman el mismo y en el que, muy a menudo, existen componentes de comportamiento ético, de gestión, de procedimientos, de ordenación de las organizaciones, etc. En suma, el buen gobierno es una forma diferente –y en gran medida convencional– de formar la voluntad de los órganos decisorios de una organización.

Podemos indicar que lo que hoy conocemos como buen gobierno, como los conceptos ligados al gobierno corporativo, al compliance y, en general, al soft law son elementos de los que se han ido dotando las organizaciones y que se sitúan por encima de las propias exigencias de organización en su propia concepción legal para conseguir un mayor acierto, eficacia y ordenación de la gestión de las mismas.

La capacidad organizativa inherente a la propia estructuración de las entidades puede haber conducido a instaurar una forma de gestión y de práctica que, finalmente, haya dejado mucho que desear y cuya solución final se ha situado, a menudo, en momentos y en términos que admiten poco remedios.

Esto es lo que llevó a pensar que la prevención de la crisis podría hacerse trasladando a un momento anterior (el de la toma de decisiones) el compromiso con las “otras formas de hacer las cosas”. Esta es la filosofía última de la responsabilidad social corporativa o del buen gobierno corporativo.

A partir de ahí se articula un movimiento de diferente orden y liderado desde organizaciones aglutinadoras, en su mayor parte, de la iniciativa privada o de los intereses corporativos y empresariales que con instrumentos de todo tipo como códigos, informes, recomendaciones, etc... ha ido articulando diversos esquemas cuya finalidad última es conseguir la adhesión de las empresas a formas diferentes de gestionar los intereses económicos que representan dichas entidades. En muchos casos, este movimiento se ha mantenido en el ámbito de la voluntariedad y de la asociación individual. En otros, se introduce en las normas que regulan la actividad como un elemento imperativo. Este sería el ejemplo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del buen gobierno corporativo.

Su traslación al ámbito público (de la gestión pública) ha sido, sin duda, más tardío no porque la necesidad y la articulación de la misma sea de menor entidad sino porque el propio compromiso ético –como plus de exigencia en el ámbito público– ha estado muy en el plano de las formas voluntarias y solo ha tenido un mínimo reflejo legal con la publicación del EBEP. Al respecto, con carácter general, señalan VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, R. (2016) que «... empieza a ser lugar común aceptar que las instituciones adecuadas generan crecimiento y bienestar y que estas instituciones adecuadas son la suma de instituciones democráticas, Estado de Derecho y gobierno de calidad...».¹

Es cierto que la tardanza en la preocupación por este tema no es puramente coyuntural ni específica ya que «...no parece aventurado afirmar que las reflexiones sobre al gestión público en nuestro país, y sobre todo, los proyectos y las iniciativas para la adaptación del modelo de Administración Pública a una sociedad postindustrial y democrática, no han abundado...».² (JIMENEZ ASENSIO, R.; VILLORIA MENDIETA, M. y PALOMAR OLMEDA, A. (2009)...) Por tanto, estamos ante un aspecto o un síntoma de un problema más general.

Es cierto, sin embargo, que la fragmentación del régimen jurídico de los empleados públicos entre los que se someten al régimen de empleados y los que se someten al régimen de altos cargos de la Administración (en términos de LOFAGE) o del Gobierno (en términos LGO) hizo que en estos dos últimos grupos el compromiso ético haya tardado, aun más, en tener el reflejo legal suficiente y que, muy a menudo, se haya pensado que el control político (e, incluso, el económico) al que están sometidos es suficiente para evitar conductas desviadas o de mal gobierno. De alguna forma podría decirse que el compromiso ético que subyace en las reglas de buen gobierno había quedado subsumido por la existencia de un control político y jurídico que se pensaba como suficiente. A esta cuestión se refirió ya RAMÍO, C. (2009) cuando señaló, en relación con la cuestión propuesta, que «el buen hacer y el rendimiento institucional de las administraciones públicas dependen de la relación que se establece entre la dimensión política y la dimensión profesional o, si se prefiere, entre el político y el alto funcionario...».³

El tiempo ha demostrado que lo público no podía quedar al margen del esfuerzo ético y de funcionamiento al que somete el conjunto de los actores en la sociedad actual y que la ubicación en el plano inferior de la pirámide administrativa de este tipo de compromisos no asegura el correcto funcionamiento de la Administración

¹ VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SANCHEZ, A. (2016) “Ética pública y Buen Gobierno”. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público. Madrid, pp. 320.

² JIMENEZ ASENSIO, R ; VILLORIA MENDIETA, M. y PALOMAR OLMEDA, A. (2009) “la dirección profesional en España”. Madrid, pp. 7.

³ RAMIO, C. (2012) La extraña pareja. Madrid, p. 49.

en su conjunto. Los acontecimientos de todo tipo que está viviendo la sociedad española en relación con el funcionamiento de las instituciones públicas hace necesario repensar en la necesidad del replanteamiento o el cuestionamiento de la utilidad de la fijación de parámetros adicionales en relación con la operatividad de lo público. Es cierto, en este punto, que como señala VILLORIA MENDIETA, M. («medir la corrupción es difícil. Estamos normalmente ante un delito y, por ello, ante actuaciones que se ocultan para evitar el castigo...»⁴ pero, siendo cierto que es difícil su medición lo es, también, que la sensación final es que la misma ha penetrado en las diversas Administraciones –aunque no con la misma intensidad– y en las diferentes instituciones e instrumentos con los que operan las mismas.

Como consecuencia de esta reflexión en el plano legislativo, se intenta paliar con algunas iniciativas legislativas que culminan con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y con la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. (LAC).

La verdad es que la fundamentación de la opción de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre por incluir el buen gobierno (de la Administración y del Gobierno) en su ámbito de aplicación ofrece pocas posibilidades de ser resueltas en el marco de la propia norma ya que la Exposición de Motivos se limita a indicar que «...En lo que respecta a buen gobierno, la Ley supone un avance de extraordinaria importancia. Principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica se incorporan a una norma con rango de ley y pasan a informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos entendidos en sentido amplio que, con independencia del Gobierno del que formen parte o de la Administración en la que presten sus servicios y, precisamente por las funciones que realizan, deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta...». Esta parca referencia llevó a DESCALZO GONZÁLEZ, A. a indicar que «... Llama la atención, por tanto, que la Exposición de Motivos de la LTBG no haga mención alguna al texto fundamental como fuente de su objeto en este concreto punto de «establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplirlos responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento» (art. 1, el subrayado es mío). Si lo hace, por el contrario, en materia de acceso a la información pública al citar expresamente el artículo 105.b) CE...».⁵

La introducción de técnicas o exigencias de buen gobierno en el ámbito público tiene una dinámica propia que llevo a cuestionar seriamente la opción legislativas de

⁴ VILLORIA MENDIETA, M. (Dir) (2012) El marco de integridad institucional en España. Valencia, pp. 45.

⁵ DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2014), “Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflictos de intereses”, en el libro colectivo Transparencia, acceso a la información y buen gobierno, pp. 249, Tecnos, Madrid, 2014.

incluir esta materia en el ámbito de la normativa de transparencia que tiene una dinámica propia y está pensada en una clave objetiva y de funcionamiento de la Administración mientras que el buen gobierno se asocia, fundamentalmente a una vertiente subjetiva y pensada en clave de quienes gestionan lo público y no de funcionamiento interno de la Administración. Así lo recuerda COTINO HUESO, L. cuando en referencia a la transparencia señala que « la transparencia en el ámbito público es la provisión de información al público sobre las operaciones del gobierno...».⁶

Sea como fuere este planteamiento es de «lege ferenda» y lo que es cierto que desde la perspectiva de «lege data» ambas cuestiones están hoy claras y que el buen gobierno forma parte del entramado exigible al funcionamiento y a los titulares de los órganos de la Administración.

Desde esta perspectiva podemos indicar que la opción del legislador en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre es la establecer un conjunto de principios y de medidas –algunas con reflejo disciplinario– que componen el concepto de buen gobierno que establece la ley. Desde una consideración general podríamos decir que el concepto final de buen gobierno ha consistido en la traslación al ámbito de los altos cargos de los principios éticos (Art. 53 del TREBEP) y de conducta (Art.54 del TREBEP) que se contienen en el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Al lado de esto se estable un conjunto de reproches que se ubican en el plano de la gestión económico-presupuestaria.

Esto nos permite indicar, por tanto, que el concepto de buen gobierno que se configura en la Ley es un concepto que incluye aspectos diferenciados en el comportamiento administrativo y entre los que destaca por su individualización específica en un artículo propio las conductas que componen las infracciones en materia gestión económico-presupuestaria. Esto nos permite, por tanto, aludir a un concepto buen gobierno en su versión económica que incluye, a su vez, reproches en el ámbito de gestión económica y de la gestión presupuestaria de los expedientes y, en general, de los fondos y de los compromisos públicos en el ámbito de la gestión administrativa.

Desde una concepción no jurídica señalan VILLORIA e IZQUIERDO que intentan una delimitación del concepto de buen gobierno y señalan que «... nos dice es que ningún

⁶ COTINO HUESO, L. (2014) “El derecho fundamental de acceso a las información, la transparencia de los poderes públicos y el gobierno abierto. Retos y oportunidades”. En la obra, coordinada por VALERO TORRIJOS, J. y FERNANDEZ SALMERON, M. Régimen jurídico de la transparencia del sector público, pp. ; y, en el mismo sentido GUICHOT, E., (2014) cuando señala que «... hay argumentos de peso para considerar que el acceso a la información es un derecho fundamental que, en nuestro sistema y a falta de una reforma en el Título I CE, forma parte del contenido de la libertad de información...». En libro colectivo Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Madrid, p. 43.

gobierno cumplirá con los fines de ampliar la libertad si no controla el poder de los grandes intereses económicos y construye rigurosamente, en la medida de sus posibilidades, un Estado democrático de derecho con fuerte desarrollo de aquellos políticas ...que contribuyen a generar una ciudadanía no sometida a la dominación arbitraria y capacitada para regir su destino...».⁷

Se trata, por tanto, de una conceptualización finalista que ubica la finalidad del buen gobierno en el contexto de lo que es exigible del Estado moderno y, por tanto, de cuales son los objetivos que tratan de asegurarse con el establecimiento de estas medidas orientadas a la corrección de la actuación pública.

II. EL BUEN GOBIERNO EN SU VERSIÓN ECONÓMICA

Señala el artículo 25 de la Ley 19/2013 que sus prescripciones se aplican al conjunto de las Administraciones Públicas aunque el grado de definitivo de concreción no es idéntico.

De esta forma, en relación con la AGE, el artículo 25.1. establece que «..En el ámbito de la Administración General del Estado las disposiciones de este título se aplicarán a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella.

A estos efectos, se considerarán altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la normativa en materia de conflictos de intereses».

Al lado de esto y en lo que se refiere al resto de Administraciones, el artículo 25 «...2. Este título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales...». Tema al que se había referido Descalzo cuando señaló que «...En rigor, la precisión introducida no deja de sorprender, toda vez que con arreglo al artículo 140.1 CE y al artículo 19.1 LBRL, salvo en aquellos municipios que legalmente funcionen en régimen de Concejo Abierto, el Gobierno y la administración municipal corresponde al Ayuntamiento, integrado por el Alcalde y los Concejales y, a su vez, el posterior artículo 23.1 de la misma LBRL dispone que «la Junta de Gobierno Local se integra por el Alcalde y un número de Concejales no superior al tercio del número legal de los mismos, nombrados y separados libremente por

⁷ VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SANCHEZ, (2015). Ob. Cit. p. 345.

aquél, dando cuenta al Pleno». Así las cosas, y en principio, no parecía nada dudoso sostener que al tratarse del Alcalde y de un número determinado de Concejales «los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales» son, por definición altos cargos de las entidades locales, tanto más cuanto que, además de la confianza originaria otorgada por los vecinos en las correspondientes elecciones, los concejales elegidos para la misma responden fielmente a la idea de confianza política que alimenta a los llamados altos cargos al ser «nombrados y separados libremente» por el Alcalde, que también depende de la confianza originaria de los vecinos....».⁸

Esta remisión plantea, sin duda, una polémica nada menor en el ámbito de la Administración local y de menor entidad en el ámbito autonómico. Comenzando por éste segundo cabe indicar que la mayor parte de las Comunidades Autónomas han dictado sus propias normas de incompatibilidades de altos cargos o incluido las referencias a las mismas dentro de las leyes de Administración y gobierno de las mismas. Desde la perspectiva de lo que aquí se analiza lo que realmente nos importa reseñar es que las leyes autonómicas dan resuelto, a estos efectos, la definición del ámbito de aplicación y que, por tanto, la configuración de un ámbito de aplicación en blanco como hace la Ley 19/2013 tiene sentido interpretativo real.

Problema diferente es del ámbito local. Con carácter general, el artículo 75 de la LBRL remite las incompatibilidades de los concejales y miembros de la corporación a tiempo completo y con percepción de retribuciones a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidad del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Luego su opción no es la considerarlos altos cargos (al menos en este ámbito de las incompatibilidades) sino la de considerar que, cuando perciben retribuciones, tienen la condición de empleado público pero no de alto cargo. Ni siquiera cuando se trata de lo que LBRL llama “municipios de gran población” se produce este efecto de consideración de alto cargo. En este sentido se manifiesta el artículo 130.4 de la LBRL cuando señala que «... Los órganos superiores y directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación....».

Esta mínima referencia al ámbito de aplicación nos permite señalar que se ha establecido sobre la base de los reenvíos sucesivos a normas de diferente condición un régimen ciertamente asimétrico que se entiende y concreta en el ámbito de la AGE, puede llegar a concretar –si existe norma– en el ámbito de cada Comunidad Autónoma y realmente resulta, prácticamente, inaplicable para el ámbito local.

⁸ DESCALZO GONZALEZ (2014). Ob. Cit., p. 270.

III. EL REPROCHE CONCRETO EN EL ÁMBITO DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA

1. Infracciones

Con carácter previo a la consideración y análisis del régimen de infracciones podemos señalar que el modelo legal parte de considerar que las que se transcriben seguidamente son infracciones disciplinarias, esto es, infracciones en el marco de una relación especial de carácter específico que están fundadas en la existencia de un vínculo específico que une al interesado con la Administración. Normalmente se ha identificado la disciplina como una consecuencia o una herramienta de la relación jerárquica. Esta posición se presenta como difusa en el presente supuesto ya que la existencia de una relación jerárquica, en función de los sujetos obligados, su dispersión y su diferente extracción (pruebas selectivas, designación, elección) hacen muy difícil reconducir a la unidad el proceso. De ahí que sea más razonable ligar el régimen disciplinario a la existencia de un vínculo específico que liga al obligado con la respectiva Administración en la forma que sea acorde con la naturaleza del respectivo vínculo.

Lo que la Ley configura como el reproche concreto en materia de gestión económico-presupuestario se encuentra de una forma específica en el artículo 28 de la Ley 19/2013 cuando determina que tienen la consideración de infracciones muy graves las siguiente conductas:

«...Constituyen infracciones muy graves las siguientes conductas cuando sean culpables:

- a) La incursión en alcance en la administración de los fondos públicos cuando la conducta no sea subsumible en ninguno de los tipos que se contemplan en las letras siguientes.
- b) La administración de los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujeción a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
- c) Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable.
- d) La omisión del trámite de intervención previa de los gastos, obligaciones o pagos, cuando ésta resulte preceptiva o del procedimiento de resolución de discrepancias frente a los reparos suspensivos de la intervención, regulado en la normativa presupuestaria.

- e) La ausencia de justificación de la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, la normativa presupuestaria equivalente de las administraciones distintas de la General del Estado.
- f) El incumplimiento de la obligación de destinar íntegramente los ingresos obtenidos por encima de los previstos en el presupuesto a la reducción del nivel de deuda pública de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y el incumplimiento de la obligación del destino del superávit presupuestario a la reducción del nivel de endeudamiento neto en los términos previstos en el artículo 32 y la disposición adicional sexta de la citada Ley.
- g) La realización de operaciones de crédito y emisiones de deudas que no cuenten con la preceptiva autorización o, habiéndola obtenido, no se cumpla con lo en ella previsto o se superen los límites previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, y en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.
- h) La no adopción en plazo de las medidas necesarias para evitar el riesgo de incumplimiento, cuando se haya formulado la advertencia prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
- i) La suscripción de un Convenio de colaboración o concesión de una subvención a una Administración Pública que no cuente con el informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas previsto en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
- j) La no presentación o la falta de puesta en marcha en plazo del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio de conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
- k) El incumplimiento de las obligaciones de publicación o de suministro de información previstas en la normativa presupuestaria y económico-financiera, siempre que en este último caso se hubiera formulado requerimiento.
- l) La falta de justificación de la desviación, o cuando así se le haya requerido la falta de inclusión de nuevas medidas en el plan económico-financiero o en el plan de reequilibrio de acuerdo con el artículo 24.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
- m) La no adopción de las medidas previstas en los planes económico-financieros y de reequilibrio, según corresponda, previstos en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
- n) La no adopción en el plazo previsto del acuerdo de no disponibilidad al que se refieren los artículos 20.5.a) y 25 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, así como la no constitución del depósito previsto en el citado artículo 25 de la misma Ley, cuando así se haya solicitado.

- ñ) La no adopción de un acuerdo de no disponibilidad, la no constitución del depósito que se hubiere solicitado o la falta de ejecución de las medidas propuestas por la Comisión de Expertos cuando se hubiere formulado el requerimiento del Gobierno previsto en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
- o) El incumplimiento de las instrucciones dadas por el Gobierno para ejecutar las medidas previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.
- p) El incumplimiento de la obligación de rendir cuentas regulada en el artículo 137 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria u otra normativa presupuestaria que sea aplicable....».

Realmente es difícil establecer una valoración general o simplemente una enunciación general que resuma los supuestos que acaban de transcribirse pero en un intento de conseguir dicho resumen podemos indicar que son susceptibles de reagruparse en dos ámbitos en los que se integran la mayor parte de los contenidos específicos que se incluyen en los apartados que acaban de transcribirse.

De esta forma podríamos decir que, de un lado, un amplio conjunto y, desde luego, el más novedoso trata de individualizar o de subjetivar la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones que, con carácter objetivo, establece la Ley 2/2012, de 27 de abril, General de estabilidad presupuestaria. De otro, se contemplan un conjunto de medidas que ya se contenían en la LGP⁹ y en las leyes de Comunidades Autónomas y que se refieren a la gestión de fondos y la corrección de los trámites para la utilización de fondos públicos.

En punto a la valoración cabe indicar que, sin duda, haber centrado las responsabilidades derivadas de la Ley de Estabilidad presupuestaria en una serie de empleados públicos –utilizando esta denominación en su concepto más amplio– es, sin duda, una garantía del cumplimiento de dicha norma. Únicamente cabe la duda de si, realmente, estas obligaciones son o tienen un alcance general en materia de buen gobierno como para haber trascendido de la norma concreta a la general que supone la Ley 19/2013. Pero realmente se ha cubierto el hueco que dejaba aquella norma al señalar

⁹ El artículo 177 de la LGP establece que «... 1. Constituyen infracciones a los efectos del artículo anterior:

- a) Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.
- b) Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
- c) Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable.
- d) Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de esta ley.
- e) No justificar la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de esta ley y la Ley General de Subvenciones.
- f) Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurren los supuestos establecidos en el artículo 176 de esta ley.

2. Las infracciones tipificadas en el número anterior darán lugar, en su caso, a la obligación de indemnizar establecida en el artículo anterior....».

una serie de obligaciones que, finalmente, no tenían un responsable identificado y concreto y cuya desobediencia, hasta la publicación de la Ley 19/2013 carecía de efectos en el plano del estatus personal del incumplidor.

Frente al acierto genérico que puede predicarse de esta parte de las infracciones, el acierto o la utilidad de la reproducción de las que ya están previstas en otras normas (especialmente las previstas en el artículo 177 de la LGP) está más que en entredicho por la confusión que supone que unos mismos hechos puedan ser reprochados por la autoridades de hacienda y los órganos disciplinarios previstos en la Ley 19/2013 y que, adicionalmente, el fundamento de responsabilidad en uno y otro ámbito respondan, igualmente, a esquemas diferentes.

En este sentido conviene recordar que el artículo 178 de la LGP establece que «...1. Cuando el acto o la resolución se dictase mediando dolo, la responsabilidad alcanzará a todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la resolución adoptada con infracción de esta ley.

2. En el caso de culpa grave, las autoridades y demás personal de los entes del sector público estatal sólo responderán de los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal.

A estos efectos, la Administración tendrá que proceder previamente contra los particulares para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

3. La responsabilidad de quienes hayan participado en la resolución o en el acto será mancomunada, excepto en los casos de dolo, que será solidaria...».

De esta forma unos mismos hechos están previstos en dos legislaciones, tienen dos procedimientos para la exigencia de la responsabilidad, dos autoridades sancionadoras y criterios diferentes de aplicación. En punto a esta última referencia (criterios de responsabilidad) el transcrito 178 de la LGP se centra la existencia de dolo o culpa mientras que el artículo 30.5 de la Ley 19/2013 se refiere a otros elementos que pueden integrar el reproche. En concreto, se señalan a) La naturaleza y entidad de la infracción; b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado; c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción; d) Las consecuencias desfavorables de los hechos para la Hacienda Pública respectiva; e) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa. f) La reparación de los daños o perjuicios causados.

E, incluso, finalmente cuando el apartado 5 del artículo 30 señala que «...En la graduación de las sanciones se valorará la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos, y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles...».

Esta confusión entre el buen gobierno económico y las responsabilidades derivadas de la gestión presupuestaria no tiene un sentido claro y constituye un error el mantenerlo en las dos normas cuya consolidación no hace, finalmente, sino crear problemas de interpretación y aplicación.

2. Sanciones

La consideración de las conductas únicamente como infracciones muy graves conlleva que el régimen sancionador sea el previsto en el artículo 30 cuando señala las siguientes:

A) Declaración de incumplimiento y no percepción de indemnización al cese.

Se refiere a ambas el citado precepto cuando señala que:

«...3. En el caso de las infracciones muy graves, se impondrán en todo caso las sanciones previstas en el apartado anterior...». En este sentido, el apartado 2 al que se remite completa el régimen sancionador indicando que «...2. Por la comisión de una infracción grave se impondrán al infractor algunas de las siguientes sanciones:

- a) La declaración del incumplimiento y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial que corresponda.
- b) La no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo...».

Esto nos permite señalar que, en la mayor parte de los casos, la sanción común será la declaración de incumplimiento y su publicación oficial ya que, tras las reformas introducidas por las normas de gasto, la mayor parte de los cargos públicos no tienen, en la actualidad, indemnizaciones al cese.

B) Destitución-Inhabilitación

A esta sanción se refiere el apartado 4 del artículo 30 cuando señala que:

«...4. Los sancionados por la comisión de una infracción muy grave serán destituidos del cargo que ocupen salvo que ya hubiesen cesado y no podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años con arreglo a los criterios previstos en el apartado siguiente...».

En relación con la inhabilitación hay, de nuevo, que señalar la peculiaridad de la aplicación de esta norma al ámbito local por un doble orden de razones. La primera,

deriva de señalar que la condición de electo solo puede limitarse por la Ley orgánica electoral general. El artículo 6º de la misma establece las causas de inelegibilidad y la que aquí se ha establecido no ha encontrado reflejo en las citadas causas de inelegibilidad. Esto complica esencialmente la posibilidad de aplicación de la inhabilitación al ámbito local. La segunda, deriva de la propia de la Ley 19/2013 que, como hemos señalado, en el artículo 25.3 señala que «...3. La aplicación a los sujetos mencionados en los apartados anteriores de las disposiciones contenidas en este título no afectará, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudieran ostentar...».

El legislador fue consciente de este problema y así la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social establece en si Disposición final primera Adecuación de las causas de inelegibilidad que: «...Las causas de inelegibilidad contenidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General se adecuarán, mediante la oportuna modificación legislativa, a las derivadas de las infracciones que en materia de buen gobierno se incluyan, en su caso, en normas de rango legal...».

Por tanto, correspondía al legislador haber aclarado el problema interpretativo mediante la oportuna modificación de la LOREG pero, algunos años, después de esta determinación el legislador no ha producido el “acoplamiento” necesario y, por tanto, subsiste el problema interpretativo que se apunta en los apartados anteriores.

3. Régimen de apreciación y valoración de la culpabilidad

Aunque, formalmente, ya nos hemos referido a esta cuestión anteriormente de una forma incidental a los criterios de valoración de la culpabilidad conviene incidir, por sistemática, en los que se encuentran el ámbito de la Ley 19/2013 con preterición, en este punto, de los que proceden o pueden hacerlo de la LGP.

El régimen específico se contiene en el apartado 5 del artículo 30 cuando señala que «...5. La comisión de infracciones muy graves, graves o leves se sancionará de acuerdo con los criterios recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los siguientes:

- a) La naturaleza y entidad de la infracción.
- b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.
- c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.

- d) Las consecuencias desfavorables de los hechos para la Hacienda Pública respectiva.
- e) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.
- f) La reparación de los daños o perjuicios causados.

En la graduación de las sanciones se valorará la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos, y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles...».

Esto nos permite señalar que existe un doble criterio para la graduación de las sanciones. El primero, viene identificado por las causas generales que proceden por extrapolación del artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP)¹⁰ y que, son, por tanto, las que se corresponden con la potestad sancionadora general. El segundo grupo procede de la normativa propia en la que se incluye la valoración de perjuicios para el interés públicos, la repercusión de la conducta en los ciudadanos y la percepción de cantidades por el desempeño de actividad públicas incompatibles.

Realmente una lectura detenida e integradora de los denominados requisitos específicos a los que nos hemos referido en segundo lugar nos llevaría a decir que, realmente, estaban ya contemplados entre los generales aunque, claro está, de una forma genérica y no específica.

¹⁰ En el mismo sentido, el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público señala que «...1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.

2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.

b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.

c) La naturaleza de los perjuicios causados.

d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

4. Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior.

5. Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.

6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión...».

4. Efectos o consecuencias adicionales de las sanciones en la materia

Incluimos en este apartado un conjunto de medidas de índole diversa y que son consecuencia de la especificidad que la aplicación del régimen de infracciones y sanciones conlleva en materia de buen gobierno económico.

De esta forma podríamos referirnos a las siguientes:

- Prevalencia del reproche penal.

Más allá de que se trate de un principio ya consolidado en el ámbito de la coexistencia de reproches públicos es lo cierto que el apartado 6 del artículo 30 indica que «...6. Cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal...».

- Prevalencia del reproche específico.

Es el apartado 7 del artículo 30 el que se refiere a esta materia cuando señala que «...Cuando los hechos estén tipificados como infracción en una norma administrativa especial, se dará cuenta de los mismos a la Administración competente para la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador, suspendiéndose las actuaciones hasta la terminación de aquel. No se considerará normativa especial la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, respecto de las infracciones previstas en el artículo 28, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador...».

La verdad es que el apartado hasta el punto donde indica que la LGP no se considera una normativa especial a estos efectos podría haber sido, incluso, un elemento para la interpretación armonizada y acorde de las dos legislaciones. Sin embargo y como puede verse en la redacción literal se señala la compatibilidad del procedimiento de la LGP y el procedimiento de la Ley 19/2013 cuando, como se ha dicho, las causas son literalmente idénticas en ambos procedimientos y se produce un efecto evidente de contagio entre el bien jurídico perseguido por ambas cuando el artículo 30.8 señala que «...En todo caso la comisión de las infracciones previstas en el artículo 28 conllevará las siguientes consecuencias: a) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente. b) La obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria...». Luego se produce una identidad de reproches y un objetivo común: la reintegración de lo indebidamente percibido y este reproche se produce en dos ámbitos que, según la propia norma, son compatibles y

diferenciados y que responden a un criterio único de evitar que un comportamiento de las autoridades públicas que no se ajuste a los criterios de gestión económico-presupuestaria pueda causar daño a la respectiva Administración.

5. Tramitación y resolución del expediente

En último término podemos referirnos a los elementos instrumentales y de competencia en relación con los órganos competentes para la instrucción de los expedientes y su sanción.

Podemos resumir esta cuestión en las siguientes referencias:

- El procedimiento sancionador se iniciará de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia de los ciudadanos.

La responsabilidad será exigida en procedimiento administrativo instruido al efecto, sin perjuicio de dar conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas por si procediese, en su caso, la incoación del oportuno procedimiento de responsabilidad contable.

Se incluye aquí una referencia a un tercer ámbito de conflicto que se adiciona a los que hemos señalado en el apartado anterior. Adicionalmente a la competencia de la Ley 19/2013 y de la LGP, cuando los hechos puedan ser constitutivos de responsabilidad contable debe darse traslado de los mismos al Tribunal de Cuentas a los efectos de que el mismo decida si los hechos en cuestión pueden considerarse incursos en responsabilidad contable. La Ley 19/2013 se limita a señalar la obligatoriedad del traslado para que éste órgano determine si considera oportuna la exigencia de responsabilidad contable sin que determine los efectos ni mientras el Tribunal de Cuentas decide o no la incoación del expediente ni, tampoco, si decide la exigencia. Más allá de que la naturaleza de la función jurisdiccional del Tribunal entré siempre en entredicho parece razonable indicar que la asunción de la competencia por su parte debería conllevar la suspensión de los procedimientos derivados del buen gobierno económico y de las responsabilidades de la LGP.

- El órgano competente para ordenar la incoación será:
 - a) Cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado, el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.
 - b) Cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración General del Estado distintas de los anteriores, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

- c) Cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración autonómica o local, la orden de incoación del procedimiento se dará por los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento.

– Instrucción

En los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado anterior, la instrucción de los correspondientes procedimientos corresponderá a la Oficina de Conflictos de Intereses.

En el supuesto contemplado en el apartado c) la instrucción corresponderá al órgano competente en aplicación del régimen disciplinario propio de la Comunidad Autónoma o Entidad Local correspondiente.

– Resolución

- a) Al Consejo de Ministros cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o Secretario de Estado.
- b) Al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas cuando el responsable sea un alto cargo de la Administración General del Estado.
- c) Cuando el procedimiento se dirija contra altos cargos de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de Administraciones en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento o, en su caso, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o el Pleno de la Junta de Gobierno de la Entidad Local de que se trate.

IV. LAS DIFICULTADES DEL MARCO DE LAS DENOMINADAS INFRACCIONES EN MATERIA ECONÓMICO-PRESUPUESTARIA

Como conclusión de lo señala en los apartados anterior podemos indicar que el concepto de buen gobierno económico ha venido a completar, en los aspectos económicos-presupuestarios un conjunto de legislación dispersa que se aplica al régimen de responsabilidad de los altos cargos y miembros de los diferentes gobiernos.

Esta función con ser relevante y justificada desde una perspectiva general plantea un notable complejidad porque en el marco del actual reparto de competencias y con la ubicación del régimen de los altos cargos en el margen de las normas de

autogobierno de las respectivas Administraciones Públicas, el sometimiento a un régimen común en materia económico-presupuestaria acaba chocando, en su pretensión de uniformidad, con el propio régimen estatutario de cada Administración. De esta forma puede decirse que la aplicación del régimen económico-presupuestario a las responsabilidades de los directivos locales está francamente mal resuelto y traerá problemas aplicativos ciertamente indudables.

Fuera de esta cuestión relativa al ámbito subjetivo y a sus dificultades para una penetración vertical en el conjunto de las Administraciones Públicas conviene indicar que, desde la perspectiva objetiva, las cosas no se han resuelto con mayor precisión.

De un lado, la duplicación del marco de responsabilidades con las que proceden del ámbito de la hacienda pública y la opción porque el reproche sea literalmente el mismo en ambas legislaciones plantea una problemática nada menor una vez que la propia norma admite la tramitación simultánea como si el reproche no fuera, finalmente idéntico. Esto planteará problemas sobre la aplicación del *nom bis in idem* en relación con los hechos que se alegan y admiten o rechazan en ambos procesos e, incluso, sobre el propio título de imputación de la culpabilidad.

De otro, la subjetivación de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley general de estabilidad presupuestaria con ser una medida razonable para completar el marco obligacional que la misma determina plantea notables problemas interpretativos para la identificación de la culpabilidad de las autoridades públicas en un marco tan complejo como el presupuestario y el de la propia norma donde muchas de las decisiones se adoptan directamente desde la propia ordenación legal.

Fuera de esto cabe decir que algunos otros elementos como el fraccionamiento de contratos, la reserva de facturas, etc... que constituyen malas prácticas de gestión y que han constituido una práctica tan evidente y visible en los últimos tiempos en la vida española no han encontrado un reflejo decidido en la norma y no forman parte del reproche que se incluye en la misma más pensado en clave de hacer que de dejar de hacer aunque, a veces, el daño sea mayor con la inacción que con la acción.

En consideración a lo anterior podemos indicar que las especialidades económico-presupuestarias incluidas en el ámbito del buen gobierno se conforman como un conjunto de actuaciones cuya individualidad es ciertamente compleja de apreciar y cuya utilidad a la vista del complejo esquema jurídico en el que se han insertado es, sin duda, muy difícil pronosticar aunque, ciertamente, induce a pensar que son más las ilusiones puestas en la norma que su virtualidad real.

CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS, BUENA GESTIÓN Y TRANSPARENCIA

José Ortiz Mallo

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS, SUBVENCIONES Y ACTO POLÍTICO. III. LAS EXIGENCIAS DE LA TRANSPARENCIA. IV. A MODO DE CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Dos fenómenos (en origen) extrajurídicos han actuado como epicentros de una nueva forma de entender la actividad de la Administración Pública. Nos referimos a los casos de corrupción con implicaciones en el funcionamiento de las distintas Administraciones (territoriales e instrumentales) y la crisis económica. De una y otra resulta una lectura común: la necesidad de mayor transparencia en la actuación de la Administración supone un paso más en la materialización del principio de objetividad a que está sujeta, aunque esta afirmación bien puede ser leída en orden inverso: la objetividad en el actuar de la Administración permite cumplir con sus obligaciones de transparencia¹.

Esta exigencia de transparencia se asume con facilidad cuando la gestión de fondos públicos tiene por destinatario directo un particular: la experiencia nos recuerda cómo —en la contratación pública, primero y en las subvenciones públicas, después— determinados supuestos de mala praxis han dado lugar a un cúmulo de reformas legislativas tendentes a añadir mayores controles en la selección de los interesados en uno y otro tipo de expedientes. Sin embargo, las relaciones interadministrativas en que una de ellas financia inversiones o servicios a favor de otra, no suelen merecer

¹ SCHILLACI, A. “Crisis económica, participación y reformas de las Administraciones Públicas”; CORFIATI, F. “Los proyectos de reforma de la Administración y el sector público desde el comienzo de la crisis económica: el apogeo de la austeridad”. Ambas, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, num. 22/2014.

tal grado de atención social; es posible que se considere que la defensa de intereses generales por ambas partes intervinientes supone una especie de salvaguardia de la bondad de la relación jurídica que se crea, de tal modo que existe el peligro de relajar el nivel de motivación en tal actuación y de información que se aporta al expediente administrativo, lo que dificulta la transparencia del mismo.

Desde nuestra perspectiva, este enfoque obvia una verdad: que la entidad pública beneficiada, necesariamente engloba un conjunto determinado de ciudadanos que se define por contraposición a otros conjuntos de ellos representados por otras entidades públicas no beneficiadas. Por lo tanto, estamos hablando —aunque sea de manera mediata— de resoluciones administrativas que favorecen a determinadas personas y no a la totalidad del universo de personas posibles, en nuestro caso, del conjunto de andaluces y andaluzas. En particular, los convenios por los que la Junta de Andalucía otorga ayudas públicas que permiten financiar obras o servicios a un determinado (o determinados) municipios, suponen una ventaja para los vecinos del mismo, ventaja que sólo se justifica, ante el resto de vecinos de municipios no beneficiarios, desde la motivación de tal decisión y a través de la transparencia en la toma de decisión². Al (breve) desarrollo de esta idea va dirigida la presente comunicación.

II. CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS, SUBVENCIONES Y ACTO POLÍTICO

No es intención nuestra siquiera realizar una mera exposición general de un tema tan conocido y que ha dado lugar a tan renombradas discusiones³ como el control judicial de la actividad del poder ejecutivo. Mas sí advertir que la praxis administrativa suele olvidar que *“únicamente el Gobierno, en su articulación colegiada como Consejo de Ministros y en su condición de órgano constitucional, es susceptible de producir actos de dirección política que, en ningún caso, pueden ser resultado de la actividad de la Administración Pública por él dirigida”*⁴.

² Entiéndase que el hecho de que el municipio aporte parte de la financiación que se aplicará a la obra o servicio de su competencia o interés, no desdibuja el hecho esencial de la decisión de aportar fondos públicos autonómicos a un concreto municipio.

³ Esta cuestión central fue objeto de una conocida polémica doctrinal entre Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón, por un lado, y Tomás Ramón Fernández, por otro. Entre los innumerables trabajos doctrinales a que ha dado lugar, no faltan ejemplos que nos muestran su extensión hasta temas de general conocimiento y debate, como sucedió con los “papeles del CESID”: Cfr. SANTAOLALLA LÓPEZ, F. “Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 65, 2002.

⁴ SAIZ ARNAIZ, A. “Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994. De la extensión a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas es expresiva la STC Sentencia 196/1990, de 29 de noviembre: *“El Tribunal Supremo ha entendido, por tanto, que el acto sometido a su control —contestación del Gobierno Vasco a una solicitud de información parlamentaria— no es un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho administrativo, sino que es un*

Por lo tanto, el común de los actos administrativos (que se generan en sede de Ministerios o Consejerías) queda sujeto a control judicial⁵. Ello significa tanto como decir que requieren de la correspondiente motivación jurídica. Ahora bien, dado que el escenario que nos ocupa es el de un convenio interadministrativo en el que por parte del Ayuntamiento suele existir una previa aprobación en Pleno o Junta de Gobierno, podría inducir a replantear su naturaleza jurídica. Sin embargo, nada hay en ello que impida el control judicial, dado que el concepto de acto político no alcanza la esfera municipal⁶. Por consiguiente, el concreto objeto de esta comunicación versa sobre decisiones de gobierno que quedan, por ambas partes que celebran el convenio administrativo, sujetas al deber de motivación desde postulados puramente jurídicos.

¿A qué tipo de motivación nos referimos? Recordemos que el supuesto de hecho que dibujamos pasa por el convenio que articula una financiación autonómica, que envuelve una subvención, con destino a obras o servicios municipales. Ello nos lleva a dos situaciones bien diferenciadas: la que genera menos problemas es aquella en la que el convenio interadministrativo es la simple forma de materializar una subvención reglada, en la medida en que las propias bases de la convocatoria actúan como razón de motivación y –por ende– de control judicial. La más compleja es aquella en que el convenio sustancia una subvención excepcional.

En estos instrumentos, encontramos dos elementos característicos que los definen: el convenio es, en sí mismo, el documento que incorpora la razón del otorgamiento de la subvención y –al unísono– la forma en que se “viste” con ropajes propios de una convención, lo que no deja de ser mero ejercicio no dispositivo de una potestad, como es la de fomento. Bien está que –por evitar un rigorismo formal– admitamos la sustitución unilateral de la declaración unilateral de voluntad del órgano competente para otorgar la subvención por una forma negocial, estéticamente más cercana a los estándares de respeto institucional que marcan la relación entre Administraciones Públicas. Pero ello en ningún caso ha de significar que el acto de otorgamiento pueda provenir de una exigencia (de un derecho público subjetivo) del beneficiado, cosa ésta que contradice el mismo concepto de subvención excepcional.

acto de relación institucional del Gobierno Vasco con la Cámara legislativa vasca, sustraído al control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Esta conclusión se alcanza después de analizar el marco parlamentario en que dicho acto se produce y de comprobar que la relación entre el recurrente y el Gobierno Vasco no constituye una relación entre ciudadano y Administración. Así centrada la cuestión, la decisión adoptada por el Tribunal Supremo es razonable y conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. No hay duda, en efecto, de que la relación en cuyo seno se produjo el acto impugnado escapa de las que son objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 9.5LOPJ y 1.1 LJCA)... Quiere decirse con ello que en tales casos el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como administrativa”.

⁵ Cfr. SSTS de 20 de junio de 1980, 9 de marzo de 1985 o 3 de marzo de 1986.

⁶ Cfr. STS 28 de junio de 1994.

Por lo tanto, el expediente que tenga como resultado la firma del convenio que otorgue una subvención excepcional a un municipio, deberá incorporar y justificar los criterios por los que se prioriza tanto la concreta finalidad a conseguir, como el propio municipio beneficiario. En esta tarea, confluyen –procedentes de la teoría del control judicial de la actividad administrativa– los denominados hechos determinantes⁷, con la exigencia normativa de la necesaria motivación de los actos “*que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales*”⁸. Lógicamente, uno y otro elemento de control deberán ser entendidos a través del tamiz de lo que la STS de 6 de mayo de 1992 llama “presunción de racionalidad”: “*la potestad discrecional de la Administración en la producción de actos no reglados por el Derecho Administrativo únicamente se justifica en la presunción de racionalidad con que aquélla se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta en su decisión, de tal suerte que la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue*”.

En la caracterización de la discrecionalidad administrativa, DESDENTADO DAROCA⁹ nos habla de la “*escala de discrecionalidad*” con las siguientes palabras, que bien pueden ayudarnos a avanzar en nuestro empeño: “*En la discrecionalidad administrativa existe una mezcla de juicio y voluntad en una proporción variable dependiendo, en cada caso, del carácter de la actividad en la que opere la Administración y de la mayor o menor intensidad de las constricciones que la rodeen. Dependiendo de la proporción en que se encuentren los momentos técnicos, cognoscitivos o de juicio y los momentos de voluntad o de valoración, el grado de discrecionalidad de que disponga la Administración será más o menos amplio. Pero, en todo caso, no puede negarse que lo característico de la discrecionalidad administrativa es, como han señalado diversos autores, la presencia de un momento intrínsecamente político en la fase de elección de la alternativa, aunque ese momento se produzca dentro de un marco delimitado por el legislador o incluso dentro de una política de actuación ya establecida en la regulación*”.

⁷ “(...) que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración”. THURY CORNEJO, V. “Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación: apuntes a partir de la reciente jurisprudencia española”, Revista Jurídica Comunidad Madrid num. 3, 1999.

⁸ Dicción que comparten tanto el art. 54.1.f) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común como el art. 35.1.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

⁹ DESDENTADO DAROCA, E. “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico”. Aranzadi, 1999, págs. 76 y ss.

Lo amplio de los poderes que se asumen por una Administración Pública cuando de financiar obras o servicios municipales se trata, exige una paralela exigencia en la motivación de la decisión que se adopte. Y también en éste, como sucede en la generalidad de los casos, se ha de considerar que no hay mejor explicación que la que se da por adelantado. Aparece aquí un precepto fundamental, cuya eficacia transformadora está aún por desplegar. Nos referimos al art. 8.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones: *“los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberá concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria”*. Este precepto constituye legislación básica del Estado conforme a lo previsto en la Disposición Final Primera de la Ley.

El Tribunal Supremo (St. de 26 de junio de 2012) ha calificado al Plan Estratégico como de *“carácter previo al establecimiento de cualquier subvención”* y al art. 8.1 LGS como *“precepto imperativo y categórico”*. Por lo tanto, un elemento básico en toda justificación de disposición de fondos en forma de subvención que también debería convertirse en regla, dentro del específico supuesto que nos ocupa. Porque, no olvidemos, la actividad planificada de la Administración permite el óptimo empleo de sus fondos, asegurando la mayor eficacia en la consecución de los objetivos generales, a la par que permite establecer razonadamente la correlación entre las diferentes líneas de políticas de fomento, su interrelación y graduación.

Ahora bien, ante la ausencia de un plan estratégico en forma, la disposición adicional decimotercera LGS admite que *“los planes y programas relativos a políticas públicas sectoriales que estén previstos en normas legales o reglamentarias, tendrán la consideración de planes estratégicos de subvenciones de los regulados en el apartado 1 del artículo 8 de esta Ley, siempre que recojan el contenido previsto en el citado apartado”*. Por su parte, el art. 12.2 del Reglamento de Subvenciones (Real Decreto 887/2006, de 21 de julio) permite *“reducir” el contenido del plan estratégico “a la elaboración de una memoria explicativa de los objetivos, los costes de realización y sus fuentes de financiación en los siguientes casos: a) Las subvenciones que se concedan de forma directa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.2 de la Ley General de Subvenciones. b) Las subvenciones que, de manera motivada, se determinen por parte del titular del Departamento ministerial, en atención a su escasa relevancia económica o social como instrumento de intervención pública”*. Es sabido que tanto la DA 13ª como el RGS no constituyen normativa básica, pero encuentran aplicación al caso que nos ocupa por vía del art. 149.3 CE.

El art. 22.2 LGS se refiere a las subvenciones excepcionales. Luego, para los casos en que un convenio interadministrativo articule la financiación autonómica de una obra o servicio municipal (que, recordamos, debe considerarse como subvención excepcional al ayuntamiento) vale la memoria justificativa como sustituto del plan estratégico siempre que la misma integre el coste a financiar y la forma de financiación. En suma, lo ordinario –en la práctica– será que los expedientes que sustenten estos convenios integren una memoria justificativa que explique la razón de interés general en conceder la subvención a la concreta Corporación Local con la que se firma el convenio, así de una memoria económica que determine el coste de lo que se financia, así como la naturaleza (y real disponibilidad) de los fondos a emplear.

Pero, claro está, la memoria justificativa desde la perspectiva económico-financiera ha de ir en directa relación con la memoria justificativa de la concreta elección del municipio beneficiario, configurando ambas dos un todo dotado de la suficiente racionalidad –en palabras del Tribunal Supremo– que permita sustituir las evidentes ventajas de la planificación administrativa vía plan estratégico. Y aún más, el hecho de que se admita la sustitución del plan estratégico por la memoria en las subvenciones excepcionales no debe suponer la elevación a regla general de la excepción. Queremos decir que la excepcionalidad de la concesión directa de subvenciones tiene dos parámetros: uno de ellos, interno, que afecta a lo extraordinario del objeto o fin subvencionado y que es razón del otorgamiento de la subvención. Pero existe una segunda instancia, la que afecta a que el ejercicio de la potestad de otorgar este tipo de subvenciones debe ser, en sí misma, excepcional. Y todo ello debe quedar suficientemente explicado en el expediente administrativo a efectos del cumplimiento material y no puramente formal del deber de transparencia.

III. LAS EXIGENCIAS DE LA TRANSPARENCIA

*“La circulación y contraste de la información sobre la organización, la actividad o el gasto públicos es necesaria para la creación de una opinión pública que pueda decidir su propio destino como sociedad, controlando la actuación del poder y participando activamente en su ejercicio. Estos son los presupuestos que han llevado a una práctica generalización en la aprobación de leyes de acceso a la información pública a nivel mundial, en la que los países más desarrollados económica y socialmente han actuado como pioneros”*¹⁰. La licencia de haber comenzado este apartado con la cita reproducida, nos permite conectar con la tesis que se comenzó a exponer en el apartado anterior.

¹⁰ GUICHOT REINA, E. “La aplicación de la Ley Andaluza de transparencia en las entidades locales” RAAP núm. 90/2014.

Hemos afirmado que, por definición, toda subvención excepcional a un municipio excluye del beneficio de tales fondos públicos a los vecinos de los demás municipios; quienes tienen derecho a conocer la razón de tal decisión que beneficia a otros. De hecho, la inclusión de los convenios de colaboración en los portales de transparencia es un lugar común entre las distintas Administraciones Públicas. La cuestión no es tanto si se han o no de publicar estos convenios, como qué información facilitan estos convenios.

De entre todas las consecuencias que se derivan de esta exigencia, nos interesa destacar la que deriva de una incorrecta calificación del negocio jurídico. Nos explicamos: con mayor frecuencia de la deseable, se encuentran expedientes que, bajo la forma de “convenio marco” contienen declaraciones sobre objetos bien determinados. Quizá no completamente determinados, pero sí con un grado de concreción que sobrepasa, con mucho, lo que deba ser entendido como una declaración de intenciones o un marco de actuación interadministrativa. Esta práctica impide a cualquier ciudadano el conocimiento real del grado de afección de los fondos públicos, toda vez que se da una apariencia de total falta de consecuencias jurídicas a decisiones de ambas Administraciones Públicas cofirmantes que, de contrario, desde una perspectiva realista y material, sí suponen un compromiso de actuación con consecuencias jurídicas¹¹.

El art. 6.4 30/1992 determina que “*cuando los convenios se limiten a establecer pautas de orientación política sobre la actuación de cada Administración en una cuestión de interés común o a fijar el marco general y la metodología para el desarrollo de la colaboración en un área de interrelación competencial o en un asunto de mutuo interés se denominarán Protocolos Generales*”. De una forma más concluyente, si cabe, el art. 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público define los convenios como los “*acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común*.” Mas, excluye de tal consideración “*los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles*”.

Por “declaración de intenciones” hay que entender, precisamente, eso: una voluntad genérica que incide esencialmente sobre un fin u objetivo político a conseguir. Sería el caso de un protocolo general que recogiera la intención de dos Administraciones Públicas para establecer, como objetivo común, la movilidad urbana sostenible en un concreto municipio. Y por “marco general y metodología”, hay que entender la creación

¹¹ Sobre el carácter vinculante de los denominados convenios-marco (en el sentido de exigir su cumplimiento mediante la firma del correspondiente convenio ejecutivo) cfr. STSJA de 1 y de 11 de febrero de 2016.

de formas de proceder para la consecución de un objetivo general aún no particularizado. Siguiendo con nuestro ejemplo, sería el caso del convenio marco que estableciera la forma de alcanzar acuerdos (creación de órganos ad hoc, forma de consensuar las decisiones y de modificar lo y acordado, forma de solucionar los conflictos que aparecieran en la ejecución de las mismas...) para determinar las concretas actuaciones en que se sustanciara la intención de mejorar la movilidad sostenible del municipio.

Es contenido esencial del convenio (art. 49 L 40/15) tanto la descripción del “*objeto del convenio y actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento, indicando, en su caso, la titularidad de los resultados obtenidos*”, como las “*obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, si los hubiera, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria*.”. Por lo tanto, todo acuerdo entre dos Administraciones que conlleve la concreción del objeto de la subvención que articula el instrumento, merece el nombre de convenio –sin más– y exige la determinación de la obligación financiera y su imputación por anualidades.

En suma, el hecho de que el concreto objeto sobre el que recae el acuerdo –unas plataformas reservadas para transporte público, en nuestro ejemplo– aún no tenga determinado el presupuesto de licitación, no empece para que integre una verdadera subvención con un objeto determinado que, de un lado, obliga al cumplimiento de lo previsto en la normativa estatal y autonómica de subvenciones (cfr. art. 48.7 L 40/15) y de otro, a realizar la correspondiente tramitación presupuestaria.

Esta tramitación es la que permite a los ciudadanos comprobar el verdadero alcance del conjunto de compromisos asumidos por una Administración Pública, cumpliendo así con el principio de transparencia en la gestión de la misma.

Tanto el art. 8.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno estatal como el art. 15.b) de la Ley 1/14, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, establecen la obligación de publicar los convenios con indicación de su objeto y de las obligaciones económicas convenidas. “*En concreto, debe entenderse que entran dentro del deber de publicidad los convenios siguientes: –los convenios de colaboración interadministrativa que celebre la Administración de la Junta de Andalucía con el resto de Administraciones Públicas (art. 9 LAJA) ...*”, teniendo en cuenta que “*aún cuando tanto la LTBG como la LTPA hablan de convenios, no debe interpretarse de modo nominalista, pues con frecuencia los negocios y pactos bilaterales que suscriben las entidades no reciben el nombre de convenios sino de acuerdos (...)*”¹².

¹² FERNANDEZ RAMOS, F. “La publicidad activa”, en “Estudio sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía”, (Fernández Ramos, f. coord). IAAP, 2015.

Y, a mayor abundamiento, es obligada la publicación de las subvenciones públicas, con indicación de su importe y objetivo o finalidad (art.8.1.c LTBG y art. 15.c LTPA), con expresión de la convocatoria o resolución de concesión en el caso de subvenciones excepcionales, el programa y crédito presupuestario a que se imputan¹³. A este respecto, cabe recordar cómo en la tramitación parlamentaria de la LTPA se había solicitado (sin resultado positivo) por sendas enmiendas de los Grupos parlamentarios del Partido Popular y de Izquierda Unida-Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, que se publicaran también los motivos que justificasen la no convocatoria pública de las subvenciones excepcionales, razones que –en todo caso y con independencia de su inserción en los portales de transparencia– sí han de quedar recogidas en el expediente (art.36 D 282/10) y por tanto, al alcance de terceros interesados.

En resumen, se afirma la obligación de publicar los convenios interadministrativos que conlleven el otorgamiento de una subvención excepcional, aunque la cuantía de la misma quede pendiente de ser ultimada a expensas del precio de adjudicación de los contratos administrativos que requieran las actuaciones necesarias para la consecución del fin u objeto subvencionado.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

De una manera concisa, se ha expuesto una tesis que pasa por invocar una actuación administrativa enfocada a la realidad material y lejana a una verdad puramente “documental”: en un sistema democrático, las legítimas opciones de gobierno deben ser presentadas desde su estricta naturaleza, pues –como decimos– parten de la legitimidad que da la representatividad social. Por ende, es práctica de buena gestión la de explicar sobradamente las razones de interés general que llevan a beneficiar a los vecinos de un concreto municipio y esta explicación ha de versar sobre los verdaderos compromisos que se adquieren y cómo serán financiados. Acudir a complejas construcciones jurídicas que salven esta postura, supone tanto como reincidir en los polvos que trajeron los lodos de la fatal crisis económica. Y, como bien dijo San Juan de la Cruz, *“para venir a lo que no eres, has de ir por donde no eres”*¹⁴.

¹³ Cfr. igualmente, art. 123.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía LGHAPCA y el art. 31.1 del Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía.

¹⁴ “Versillos del Monte de Perfección”.

REFLEXIONES SOBRE LA CONSECUCCIÓN DE UN BUEN GOBIERNO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA MEJORA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Patricia Iglesias Rey

Letrada de la Xunta de Galicia

Jefa de Gabinete de Estudios y Derecho Comunitario en la Asesoría Xurídica Xeral de La Xunta de Galicia

A pesar de ser jurista, empezaré esta comunicación haciendo incidencia en un dato macroeconómico que es llamativo: el montante económico de la contratación pública en España puede llegar a significar un 17% del PIB de nuestro país.

Por lo tanto el tema de la contratación pública es de extraordinario interés, y se presenta como preocupante, como así lo reflejan las fuentes sobre esta materia y cito: informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 3 de febrero de 2014, sobre la lucha contra la corrupción en la UE (en el que España se encuentra en una muy mala posición respecto a los demás Estados Miembros); Decálogo de José María Gimeno Feliu publicado en el Observatorio de Contratación Pública el 12 de noviembre de 2014; Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos elaborado Transparencia Internacional España dirigida a los partidos políticos; informe de la oficina antifraude de Cataluña, documentos de trabajo del Observatorio para la contratación pública y más reciente el informe de octubre de este mismo año de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, y otros estudios de gran interés.¹

¹ http://www.transparency.org/regional_pages/americanas/contrataciones_publicas. Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011). La Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011 [P7_TA (2011) 0454], sobre la modernización de la contratación pública, señala en su apartado 44 que “la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas”. Al mismo tenor responde el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE), sobre el Libro Verde de la Comisión al que “uno de los objetivos de las directivas consiste en combatir el favoritismo, del fraude y la corrupción”, apartados 1.14 y 6.1 (DOUE C 318, de 29 de octubre de 2011) y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre las Propuestas de Directivas, SEC (2011) 1585 final, de 20 de diciembre de 2011, pág. 30.

De hecho, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que *“el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea”*, e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos.

De este modo, la importancia económica y social de los contratos públicos aconseja, sin ningún tipo de duda, reforzar la visión de compra pública desde el principio de integridad, puesto que la realidad se nos presenta como un escenario en que concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas y, por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas.

En este contexto tampoco es una solución idónea, en mi opinión, que todo se judicialice en atención al principio de intervención mínima que en el ámbito penal se consagra, sino que pasa por un fortalecimiento de los controles administrativos y las buenas prácticas que debe regir en esta materia.

Debe priorizarse la evaluación (ex ante y ex post) de los procesos de contratación. Hay que evitar el mero control de legalidad formal y deben instrumentarse consecuencias prácticas reales en caso de incumplimiento de los contratos, es decir incidir con mayor énfasis en la fase de ejecución contractual para evitar modificaciones o demoras en demasía.

Siendo crítica, considero que existe un amplio margen de mejora en la contratación pública; y puedo constatar, como luego diré, que a nivel legislativo y de doctrina contractual ya se ha mejorado, y mucho. Quiero significar que debe ser una meta loable para todos los empleados públicos mejorar en la contratación pública, debemos implicarnos TODOS e interiorizar que servimos a los intereses generales, con estricto respecto al principio de legalidad que consagra nuestra CE en los artículos 9.1, 103 y 106.

Debido a que tengo que ser breve en esta comunicación, trataré de exponer de forma sucinta las cuatro medidas que considero prioritarias para lograr una mejora substancial ámbito de la contratación pública que no conllevaría grandes esfuerzos económicos para las administraciones públicas, aunque si de cambio de mentalidad poniendo la vocación del servicio público como un fin en sí mismo.

Cierto es, que muchas de estas medidas ya han sido incorporadas en la legislación de contratos con las sucesivas reformas del Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público (TRLCSP); y como soy Letrada de la Xunta de Galicia, no puedo dejar de hacer mención a la

ley 14/2013 de 23 de diciembre de racionalización del sector público autonómico gallego, que ha incorporado relevantes medidas que indican de manera positiva en la contratación pública, y obviamente no podemos dejar de hacer mención al importante papel que está desempeñando la doctrina contractual que emana de los Tribunales de Recursos Contractuales que han sido creados.

Las medidas de mejora, sin ánimo de ser exhaustiva son las siguientes:

1ª.– Hacer realidad el principio de publicidad. Debe existir publicidad que genere transparencia, y la publicidad no puede ser solo formal sino debe ser real, me explico: cualquier licitador debe poder conocer que se está licitando y, también, las reglas de esa licitación. Véase en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de abril de 2006, apartado 21 y STJUE de 19 de septiembre de 2013, de condena al Reino de España.

En este sentido, la plataforma de contratos del sector público regulada en el TRLCSP y por extensión la plataforma de contratos de Galicia ha de ser la ventanilla única de acceso, así como los perfiles de del contratante de los poderes adjudicadores.

En el proyecto de ley de contratos del sector público, se prevé como novedad que a efectos de publicidad y transparencia debe estarse a la publicidad en Portal Contratación Sector Público (o autonómicos, y los datos deben estar interconectados). El Boletín oficial ya deja de ser obligatorio y es gratuito.

2ª.– Por otra parte, unida a la publicidad está el principio de transparencia en la contratación pública, como principio instrumental, que exige sistemas ágiles, accesibles y de alcance universal, que hagan posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación y comprender las reglas de esta, sin que existan incertidumbres –o costes o cargas innecesarias– que favorezcan que se desista a presentar ofertas por entender que el procedimiento puede estar ya orientado hacia determinados licitadores.

Así, resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

De este modo, el artículo 22 de la ley 14/2013 de 23 de diciembre de racionalización del sector público autonómico gallego, regula la contratación sin costes de acceso a la información, y establece:

“1. A fin de asegurar los principios de transparencia e igualdad, así como el acceso público y sin coste a la información contractual, los órganos de contratación de la Administración general de la Comunidad Autónoma y de las entidades instrumentales del sector público autonómico introducirán en su perfil del contratante y en la Plataforma de Contratos de Galicia, respecto de los procedimientos abiertos y mientras la licitación se encuentre en tramitación, toda la documentación contractual disponible, incluyendo en todo caso los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares y los proyectos de las obras.

En los procedimientos restringidos y negociados se proporcionará a los licitadores el acceso electrónico a toda la documentación contractual necesaria para la elaboración de las ofertas una vez realizada la invitación, salvo que se hubiese puesto ya a su disposición desde el momento del anuncio de licitación, en su caso.

2. Los órganos de contratación podrán incluir en los pliegos, en función de la naturaleza y complejidad de los contratos, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido, a través de medios electrónicos. Las respuestas, que deberán emitirse en el plazo máximo señalado en el pliego, tendrán carácter vinculante para los órganos de contratación y deberán hacerse públicas en el perfil del contratante y en la Plataforma de Contratos de Galicia para garantizar la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación.”

La transparencia de los procedimientos conlleva la necesaria motivación del expediente de contratación en atención al objeto contrato que se licita, huyamos de las motivaciones genéricas y de la inercia administrativa en su redacción, esto es fundamental.

El artículo 33 de la ley 14/2013 de 23 de diciembre, delimita el contenido de la justificación de la necesidad e idoneidad de la contratación que va más allá del TRLCSP, y dice:

“1. En los expedientes de contratación tramitados por la Administración general de la Comunidad Autónoma y por las entidades del sector público autonómico se incluirá un informe del órgano o servicio proponente del contrato en el que se justifique la necesidad del contrato en los términos previstos en la legislación de contratos del sector público, en el que se indique con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

2. Este informe, asimismo, justificará adecuadamente la elección del procedimiento y la de cada uno de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, expresando las razones por las que, teniendo en cuenta el objeto del contrato, estos criterios permiten en su conjunto evaluar de forma objetiva el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada oferta para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

El informe justificará las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se deben exigir en la contratación o, en su caso, expresará la clasificación exigible conforme a lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público.

3. El informe del órgano o servicio proponente estimará y justificará el importe calculado de las prestaciones objeto del contrato atendiendo al precio general de mercado, e incluirá un presupuesto en el que se recoja la valoración de los distintos componentes de la prestación. El informe propondrá también los parámetros y valores que se deben recoger en los pliegos que permitan apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas.”

3ª.– Uniformidad de reglas en la contratación pública, que se refleje en la elaboración de pliegos de cláusulas administrativas uniformes (y no me refiero a pliegos tipo), además considero que sería deseable que se extendiese a la contratación de los poderes adjudicadores y no sólo a la administración.

La experiencia práctica aconseja la uniformidad de reglas y la eliminación de las instrucciones previstas en el artículo 191 TRLCSP. Solo así se puede evitar el juego de contrato SARA/NO SARA como mecanismo para eludir la transparencia y la aplicación de los principios de la contratación pública. La lógica del sistema obliga a la aplicación de los principios del artículo 18 de la Directiva 2014/24 a todo contrato público al margen de su importe y que las reglas jurídicas sean las mismas, resultando indiferente que se tenga o no la consideración de Administración Pública.

En este aspecto va a resultar de gran utilidad para los órganos de contratación del sector público autonómico gallego, la elaboración de guías de contratación pública que ya están publicadas en la Intranet de la Xunta de Galicia. Se han elaborado por la Asesoría Xurídica Xeral de la Xunta de Galicia y son: la Guía de colaboración pública horizontal, la Guía para fomentar el acceso a la contratación pública a las PYMES, la Guía de cláusulas sociales y la Guía de Compra Pública Innovadora (CPI), espero y deseo que las mismas sean un instrumento de trabajo útil para los gestores en aras a lograr la uniformidad.

Para la consecución de la uniformidad, en el proyecto de ley de la nueva de contratación del sector público, como novedades se recogen:

- La regulación del Libro III relativo a los contratos de poderes adjudicadores como un TODO sin la distinción, entre Administración Pública, como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores. Se suprime la obligación de aprobar Instrucciones de Contratación (uniformización de reglas jurídicas).

- Se decide reformar el tema jurisdicción: No a la dualidad jurisdiccional: se recupera teoría actos separables; así toda fases de preparación y adjudicación, al margen de importe y naturaleza poder adjudicador, se residencia en orden contencioso-administrativo.
- Se establece nuevo modelo prohibición de contratar. El mismo para cualquier poder adjudicador. Se extiende el régimen de familia (La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses) y se ajusta la prohibición al “contrato”.
- Se precisan los criterios de adjudicación para todos los poderes adjudicadores y que deben cumplir los siguientes requisitos: a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato. b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.
- Se limita el uso criterio mejoras: no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%. Se definen como las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquéllas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones.
- Obligación de establecer ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.
- Nueva regulación del Registro de Contratos del Sector Público, en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

4ª.– La profesionalización es una de las medidas clave para promover la integridad.

Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación e información.

Hay que fijar una verdadera estrategia para conseguir una mayor cualificación técnica y responsabilidad de los “gestores públicos” (con el fin de evitar la politización), lo que aconseja una política de formación específica que permita el mayor conocimiento y, por ende, el mejor criterio práctico.

Para cumplir este fin de integridad no basta una regulación reaccional de carácter penal (mediante la tipificación como ilícita de la información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios) que, siendo necesaria, no es suficiente.

La corrupción no se combate combatiendo la corrupción. Hay que reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva, tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas, Agencias de Lucha antifraude, creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos, reforzamiento y respeto de las resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales.

II

LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS AJUSTADA A LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO

MESA REDONDA PRIMERA
EXIGENCIAS DERIVADAS DEL BUEN GOBIERNO Y RESPONSABILIDAD DE
LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

**LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES
PÚBLICOS AJUSTADA A LOS PRINCIPIOS DE BUEN
GOBIERNO: RESPONSABILIDAD PENAL**

Carmen Gómez Rivero

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENTES PÚBLICOS Y LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES. II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS INTEGRADOS EN CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN U ÓRGANOS EQUIVALENTES DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES. III. LAS BASES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES DE ÓRGANOS COLEGIADOS. IV. LA APLICACIÓN DE LOS TIPOS DE COHECHO, PREVARICACIÓN Y MALVERSACIÓN EN EL MARCO DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES.

Entre las manifestaciones de la corrupción en el sector público cobra especial interés la atención a las peculiaridades de la desviación de poder en el marco de los llamados de forma genérica *entes instrumentales*, de los que se sirve la Administración para ejecutar su fines. Las singularidades que rodean a esta forma de actuación administrativa plantean en el orden penal una serie de cuestiones no sólo relativas a las posibilidades de recurrir a las clásicas construcciones penales de la teoría general del delito en orden a depurar la responsabilidad –como autores o partícipes– de quienes intervienen en la trama corrupta, sino también atientes a la procedencia de la aplicación, ya en concreto, de algunos tipos delictivos orientados a la lucha contra la corrupción.

El interés de la primera cuestión se explica con facilidad teniendo en cuenta la importancia de depurar el tratamiento que merece la actuación corrupta de los miembros de los Consejos de Administración y en general de los órganos de gobierno de las referidas entidades, caracterizado por un entramado de relaciones horizontales y verticales que reclama la identificación de los sujetos que deban ser imputados en el orden penal. Por su parte, la importancia de definir las posibilidades de aplicar los clásicos tipos delictivos ordenados a la corrupción en el sector público se advierte ya

de entrada por la configuración de estos delitos como especiales. Su aplicación, en efecto, demanda la calificación del autor como autoridad o funcionario público, lo que suscita la consiguiente comprobación en torno a si quienes actúan desde aquellas estructuras pueden tener tal consideración en el orden penal. A este primer punto de partida común a todos los delitos de funcionarios se suman otras cuestiones específicas relativas a determinados elementos propios de algunos de ellos. Sirva de ejemplo la necesidad de comprobar en el caso concreto la condición de públicos de los fondos apropiados a efectos de aplicar el delito de malversación –cuestión que no siempre resulta pacífica en el caso de sociedades mercantiles de capital mixto– o de identificar el concepto de resolución injusta en los acuerdos adoptados por los órganos de administración de aquellas sociedades de cara a apreciar el delito de prevaricación.

Para abordar la problemática específica de la responsabilidad penal en el marco de dichos entes la ponencia se estructura en torno a cuatro puntos. El primero se ocupa de realizar una referencia, siquiera sea somera, a la *responsabilidad penal de los entes públicos y sociedades instrumentales*. El interés de tal mención viene motivada por la inclusión en el Código penal tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo de la responsabilidad –limitada– de las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. La atención a este aspecto permite ofrecer un panorama completo de las posibles frentes de imputación que pueden concurrir en el contexto que nos ocupa. En efecto, la responsabilidad penal de aquellos entes representa el contrapunto de aquélla en que incurra la autoridad o funcionario público en cuestión, en tanto que desde el año 2010 nuestro Código penal contempla la responsabilidad de las personas jurídicas que, en su caso, está llamada a convivir con la correspondiente al concreto sujeto actuante. El segundo punto de la intervención se ocupa de la delimitación del *concepto de funcionario público a efectos penales*. La cuestión adquiere singular importancia, puesto que se plantea si aquel concepto, no coincidente con el que ofrece el Derecho administrativo, es aplicable a los agentes que actúan en el marco de las sociedades instrumentales, como presupuesto para apreciar los correspondientes delitos contra la Administración pública. Se aborda, en tercer lugar, el trazo de las premisas conforme a las cuales exigirá *responsabilidad penal al administrador de un órgano colegiado*, contemplado tanto desde el punto de vista de las relaciones horizontales –caso de los administradores por su actuación en el seno del Consejo de Administración u órganos equivalentes de las sociedades instrumentales–, como verticales –caso de emisión de órdenes o instrucciones por el superior, conocimiento por éste de la ilegalidad de la actuación de los inferiores o la eventual responsabilidad por la delegación de funciones–. Se hace referencia, en último lugar, a los principales *tipos penales en concreto aplicables*, planteándose las posibilidades de reconducir la fenomenología de casos objeto de la ponencia a los delitos de cohecho, prevaricación o malversación.

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENTES PÚBLICOS Y LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES

Cuando se introdujo en nuestro Derecho el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal, el legislador optó por excluir de su ámbito de aplicación al Estado así como de las llamadas entidades instrumentales de la Administración. Así lo dejaba claro la anterior redacción del art. 31 bis hasta el año 2015, al disponer en su apartado 5 que “Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de Derecho Público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía administrativa, o cuando se trate de Sociedades Mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”. Plasmaba así el Código penal una clara opción de política criminal, en virtud de la cual primaba el interés en la continuidad de las funciones de tales entes por encima de las consideraciones de prevención general y especial que en general justifican la intervención penal.

La reforma del Código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto un importante cambio de paradigma en tal esquema en lo que se refiere a las *sociedades mercantiles públicas*. En efecto, el nuevo art. 31 bis quinquies CP dispone excepcionalmente la aplicación de las previsiones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de las *sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*. En tal supuesto, dichos entes podrán ser responsables penalmente en tanto concurren los requisitos exigidos para ello por el legislador con carácter general; entre otros¹, que el Código penal prevea expresamente su responsabilidad en el concreto delito de la Parte Especial de que se trate lo que curiosamente, dicho sea de paso, no es la tónica general en los delitos de corrupción².

Ahora bien, ni siquiera en relación con tales entes el legislador penal ha permitido la equiparación plena de su régimen con el del resto de sociedades mercantiles. Por el

¹ Otros requisitos son la comisión del hecho en “beneficio directo o indirecto” de la persona jurídica o la ausencia de las circunstancias que permitirían apreciar la exclusión de la responsabilidad penal del ente conforme al apartado segundo del referido precepto.

² Llama en efecto la atención que la previsión de la cláusula de responsabilidad penal de la persona jurídica sea ajena a un nutrido número de tipos delictivos que, sin embargo, parecen llamados a protagonizar el castigo de buena parte de los casos de corrupción y desviación de poder. Así ocurre con la mayoría de los delitos contra la Administración pública, hasta el punto de que sólo en relación con el cohecho y el tráfico de influencias los arts. 427 bis y 430 CP contemplan respectivas cláusulas de responsabilidad de la persona jurídica, previsiones en las que, dicho sea de paso, probablemente haya pesado más la toma en consideración de quien comete el llamado cohecho activo (esto es, el particular que ofrece o entrega dádivas) o de quien como particular realiza las modalidades del tráfico de influencias, que la contemplación del ente instrumental al que pertenece la autoridad o funcionario público en cuestión.

contrario, ha establecido una importante limitación en la determinación de las penas que pueden venir en consideración, garantizando de ese modo –como expresión una vez más de consideraciones de política criminal– la continuidad en la prestación de las funciones y servicios de tales entes³. En concreto, dispone el precepto que “solamente podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33”³; esto es, sólo será posible aplicar la pena de multa, proporcional o por cuotas (apartado a), o bien la intervención judicial (apartado g). En sentido contrario, descartada queda la posibilidad de aplicación de penas como la disolución de la persona jurídica (art. 33 b), la suspensión de sus actividades (art. 33, c), la clausura de sus locales o establecimientos (art. 33.d) o, entre otras, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se hubiera cometido el delito (art. 33.e).

La preocupación del legislador por garantizar la adecuada depuración de los presupuestos de la responsabilidad penal encuentra todavía una expresión adicional, al contemplar una previsión específica orientada a evitar el recurso fraudulento a la forma jurídica propia de las sociedades mercantiles públicas como medio de conseguir tal tratamiento privilegiado. Dispone, en concreto, el art. 31 quinquies CP que la antes referida limitación no será aplicable “cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”. Por encima de las críticas de la que pueda ser objeto⁴, lo cierto es que tal cláusula tiene el mérito indudable de evitar supuestos en fraude de ley, impidiendo, como gráficamente se ha expresado, que la huida del Derecho Administrativo suponga también la huida del Derecho penal.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS INTEGRADOS EN CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN U ÓRGANOS EQUIVALENTES DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES

La determinación de la responsabilidad por la desviación de poder realizada por quienes actúan en el marco de las sociedades instrumentales reclama, como presupuesto,

³ Así lo expresa el Informe del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013 cuando explica que con tal limitación se trata de “garantizar la adecuada protección de los intereses públicos y la correcta prestación de los servicios económicos de interés general encomendados a estas sociedades, y que podrían resultar perjudicados en caso de imponerse penas como la suspensión de actividades o la clausura de locales, por ejemplo”.

⁴ Motivadas porque dicha cláusula se ciñe en la letra de la ley al régimen de responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, sin que se extienda, como sin embargo lo hacía la redacción anterior, a todas las personas jurídico públicas declaradas exentas de responsabilidad criminal. En tal sentido crítico debe entenderse el parecer contenido en el referido Informe del Consejo de Estado expresado en los siguientes términos: es cierto que “una conducta de esta naturaleza es más fácil que se produzca en la constitución de este tipo de personificaciones de Derecho privado que en la de otro tipo de organismos públicos. Sin embargo, no cabe excluir que este supuesto de hecho se produzca también, por ejemplo, en la constitución de una agencia o entidad pública empresarial”.

la depuración del concepto de funcionario público a efectos penales. La cuestión adquiere especial trascendencia, en tanto que sólo si en el caso concreto puede atribuirse tal cualidad al agente que actúa en el marco de las sociedades instrumentales, podrían venir en consideración los tipos relativos a la corrupción en el ámbito público⁵. De otro modo, la responsabilidad del sujeto que no se califique como funcionario –o autoridad– habrá de discurrir, bien como una forma de participación en el delito cometido por quien sí tuviera tal condición, bien conforme a uno de los delitos de corrupción en el ámbito privado⁶.

Suele reconocerse que el concepto de funcionario a efectos penales presenta caracteres propios frente al que se maneja en el orden administrativo. Así se deduce ya sin ambages de la definición que al respecto ofrece el art. 24 CP, al considerar como tal “todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de la autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas”. Pasa de este modo a segundo plano el dato de la incorporación del sujeto a la función pública o de su permanencia en ellas para cobrar protagonismo la efectiva participación en el ejercicio de tales funciones, lo que da lugar a un concepto considerablemente más amplio que el que rige en el orden administrativo. La razón de ser debe verse en la funcionalización de tal noción a los intereses que se pretenden proteger por el Derecho penal. Como afirmara la STS 149/2015, de 11 de marzo (caso Rilco), el concepto de funcionario público “es un concepto de Derecho penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar”.

Precisamente por pasar a primer plano la preservación de aquellos fines se explica que entre los casos que se reconducen a su concepto se incluya la figura de los directivos y altos cargos de las sociedades instrumentales, comprendiendo los miembros de su Consejo de Administración u órganos de gobierno equivalentes, en tanto que el nombramiento de éstos corresponde a la Administración matriz. De hecho, si bien con carácter puntual, tal interpretación encuentra su consagración en el Derecho positivo en relación con algunos tipos delictivos. Es el caso del art. 427 CP, que en sede de cohecho –y con aplicación también en el caso de la corrupción en las transacciones económicas internacionales (conforme al art. 286 ter CP)– dispone que sus previsiones son aplicables, entre otros casos, a “cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido *un organismo público o una empresa pública*”.

⁵ Cohecho (arts. 419 ss), prevaricación (art. 404), malversación (arts. 432 ss), negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios (arts. 439 ss), tráfico de influencias arts. 428 ss), falsedad (art. 433 bis) o fraude (art. 436).

⁶ Delitos de corrupción en los negocios de los art. 286 bis y 286 ter, los delitos societarios –arts. 290 ss), o de administración desleal –art. 252–.

Tanto en relación con estos casos expresamente contemplados por el legislador como con carácter general, la extensión del concepto de funcionario a aquellos agentes evita, como explica la STS de 28 de febrero de 2014, que el ropaje formal del ente oculte su realidad esencial y, con ello, que “la huida del Derecho Administrativo” vaya acompañada de una ‘huída del Derecho penal’, “sustrayendo de la tutela penal reforzada a bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica extrema (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material”.

El repaso por algunos fallos jurisprudenciales permite ilustrar tal comprensión. Sirva como ejemplo el caso enjuiciado por la ya referida STS 149/2015, de 11 de marzo (Caso Rilco). Recuerda ante todo que la participación en el ejercicio de las funciones públicas puede llevarse a cabo tanto en relación con las desarrolladas por el Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como respecto a las funciones que ejerce la llamada administración institucional, en tanto que “cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública”. En lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas añade: “nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad temporal, resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento”. Resulta así, según la propia Sentencia, que el concepto incluye “a los empleados de concesionarios de servicios públicos, gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública, así como las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP, pues al ser estas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado”.

En concreto, la Sentencia apreció que concurría la cualidad de funcionario público en el Presidente y Consejero Delegado de la empresa *Rilco* que, con la forma de Sociedad Anónima, participaba en el ejercicio de funciones públicas, en tanto que entre ellas constaba el fomento de la iniciativa pública y privada, procediendo la totalidad de su capital del Consorcio de la Zona Franca de Cádiz. Además del ejercicio de funciones públicas, concurría también, según el fallo, el título o modo de acceso al desempeño de la función: “la totalidad del Consejo de Administración coincidía con el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz, y el Presidente de *Rilco SA* era necesariamente el Delegado de Estado en el Consorcio, por lo que es claro que el acusado participaba del ejercicio de funciones públicas por nombramiento de la

autoridad competente”, en los términos del art. 24 CP. Sirva también de ejemplo, entre otras⁷, la STS 166/2014, de 28 de febrero, en el caso del gerente de una empresa pública –Improasa– nombrado por su Consejo de Administración a propuesta del Consejero del Gobierno de una Comunidad Autónoma. Considera, en primer lugar, que concurre en el agente el requisito de la tenencia de título, en cuanto que la Dirección General del Patrimonio, designaba a la totalidad del Consejo de Administración de la SA, “por lo que es claro que el acusado participaba en el ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente”. En segundo lugar, según el fallo, concurre también la función, en tanto que la empresa participaba en el ejercicio de funciones públicas; en concreto, las funciones de la sociedad consistían en la preparación de la venta de una empresa pública, debiendo garantizar que la privatización se realizaba conforme a los intereses generales.

Aun cuando los ejemplos podrían multiplicarse, baste mencionar entre la cita de casos más recientes el conocido como *Mercasevilla* (STS 421/2014, de 16 de mayo). A partir de la adopción del concepto penal de funcionario público en los términos de las sentencias antes mencionadas, entendió el Tribunal Supremo que el nombramiento del Director Gerente de Mercasevilla, realizado por los socios mayoritarios, permite entender que procede de una autoridad pública, a través de la Junta General que gobierna la sociedad, al hallarse controlada de forma muy mayoritaria por capital público. Concurría, además, el requisito del ejercicio de la función pública, en tanto “se trata de una empresa mixta del sector público local que ejerce una indudable función pública, al estar encargada de la prestación de un servicio público con capital mayoritariamente público”.

III. LAS BASES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES DE ÓRGANOS COLEGIADOS

Se aborda en este apartado la cuestión relativa a las bases dogmáticas conforme a las cuales pueda exigirse responsabilidad penal por los actos de desviación de poder en el marco una estructura colegiada, como es el caso de los órganos de administración o de gobierno equivalente de las sociedades instrumentales. Se plantea, en concreto, la delimitación de la responsabilidad penal tanto en el ámbito de las relaciones horizontales como verticales, lo que remite a la consiguiente cuestión en torno a la imputación a título de autor o partícipe de quienes participan en aquéllas.

⁷ Ya antes, en tal sentido se había pronunciado la STS 1590/2003, de 22 de abril (caso *Intelhorce*). Se enjuiciaba la actuación de una sociedad estatal –*Improasa*–, con forma de sociedad anónima, cuyo objeto era la privatización de *Intelhorce*, siendo nombrado el Presidente así como al totalidad del Consejo de Administración por la Dirección General del Patrimonio (accionista único de *Improasa*). Resultaba así posible apreciar, según la sentencia, el requisito de nombramiento por parte de la autoridad, como requiere el art. 24.2 CP.

En relación con la primera de las manifestaciones, las relaciones horizontales, surge la cuestión relativa a cuál sea la eventual responsabilidad en que pueda incurrir un miembro del Consejo de Administración u órgano de gobierno equivalente por la actuación del resto. La delimitación de su régimen requiere distinguir los dos grupos de casos que, a grandes rasgos, pueden presentarse en la práctica: por una parte, la responsabilidad de uno de esos miembros por la adopción de acuerdos ilegales por parte del órgano colegiado al que pertenece; por otra, la responsabilidad en que pueda incurrir un administrador por el conocimiento, *de facto*, de la actuación irregular del resto de los miembros integrantes del órgano.

En relación con el primer supuesto, y a salvo de los casos en que el legislador ha solucionado expresamente el problema tipificando de modo puntual determinados supuestos de actuación irregular en el marco de la actuación colegida⁸, las bases de su tratamiento requieren diferenciar los distintos casos que pudieran venir en consideración. Entre ellos, pocas dificultades plantea la calificación como autor del delito en cuestión del administrador que vota a favor de la decisión ilegal, en tanto contribuye de modo esencial a su comisión. Sería apreciable, en definitiva, una forma de coautoría en relación con el concreto tipo delictivo a que da lugar la decisión ilegal colegiada. Mayores dificultades pudiera plantear la calificación de quien *no asiste* a la sesión del Consejo en cuestión, *se abstiene* en la votación o *vota en contra*, si bien siendo consciente en todo caso de la ilegalidad del acuerdo adoptado. En realidad, las dudas no se refieren propiamente a la responsabilidad del sujeto en relación con la adopción del acuerdo, en tanto que es claro que en ninguno de los casos planteados puede decirse que ha participado en ella⁹. Aquéllas recaen sobre su posible responsabilidad como omitente, esto es, por no realizar actuación alguna tendente a evitar la ejecución de un acuerdo del que es conocedor. Precisamente este aspecto nos introduce en la problemática propia del segundo grupo de casos que anunciábamos, en los que se cuestiona la eventual responsabilidad del administrador en comisión por omisión por no impedir una actuación irregular en el seno de la sociedad.

Sabido es que en el orden penal la admisión de la responsabilidad en comisión por omisión requiere, como presupuesto, la fundamentación de un deber de garantía que sitúe al sujeto en cuestión en una posición especial que, junto con el resto de

⁸ Recordemos que el art. 291 CP castiga a quienes, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o en el órgano de administración de cualquier sociedad, *impusieren acuerdos abusivos* con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios y sin que reporten beneficios a aquella. Por su parte, el artículo siguiente, el 292 CP castiga a quienes *impusieren* o *se aprovecharen* para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia.

⁹ Debe observarse por lo demás que en el orden penal no son admisibles las presunciones que rigen en el orden mercantil. Contrasta así los principios que inspiran aquel orden con las previsiones de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo art. 237 dispone que “los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.

los requisitos exigidos en el art. 11 CP, permita equiparar su omisión a un hacer. Específicamente en el ámbito que nos ocupa tales deberes pueden encontrar su fundamento en los consagrados en la Ley de Sociedades de Capital. En concreto, su art. 225 contempla el que se denomina como “deber general de diligencia”, concretado en su apartado primero en los siguientes términos: “los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”. Por su parte, el art. 227 del mismo texto normativo consagra el llamado “deber de lealtad”, concretado, según el apartado primero del precepto, en el deber de “desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”. Ahora bien, la admisión de tales deberes en orden a fundamentar la posición de garantía del omitente es sólo el presupuesto para derivar la responsabilidad del administrador por un delito de omisión impropia. A partir de ellos, necesario será apreciar en el caso concreto el resto de los requisitos que con carácter general exige la dogmática penal en la configuración de tal figura; entre ellos, que tal actitud represente un incremento relevante del riesgo de producción del resultado, lo que sucederá allí donde pueda demostrarse que su comportamiento activo efectivamente hubiera impedido o, al menos, dificultado la lesión.

Específicos son los problemas de distribución de responsabilidad en el marco de las *estructuras verticales o jerarquizadas*. En el concreto ámbito que nos ocupa, se incluyen bajo su fenomenología relaciones como las generadas entre el Ministro al que está adscrito el ente y el órgano de gestión de éste, o la que media entre las categorías de *máximo responsable* y *directivos*, definida en el art. 3 del RD 451/2002, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades¹⁰.

Dos son las posibles fuentes de responsabilidad penal que pueden venir en consideración. La primera, corresponde a la fenomenología propia de la emisión de instrucciones por parte del superior al inferior a quien compete adoptar un acuerdo o una resolución. La responsabilidad de aquel discurrirá en tales casos conforme a la correspondiente forma de inducción o autoría mediata —en el supuesto de instrumentalización de la voluntad del ejecutor—¹¹ respecto del delito que incite u obligue a cometer al inferior.

¹⁰ La primera categoría comprende al Presidente ejecutivo, el Consejero Delegado de los Consejos de Administración o de los órganos superiores de Gobierno o Administración de las entidades que componen el sector público empresarial con funciones ejecutivas, o el Director General o equivalente de dichos organismos o entidades. La categoría de Directivos abarca a los integrantes de un Consejo de Administración, de los órganos superiores de gobierno o administración, o quienes actúan bajo su dependencia o la del máximo responsable y en tal condición ejercite funciones separadas con autonomía y responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones del máximo responsable o de los órganos que conforman el sector público empresarial.

¹¹ Lo que requeriría la constatación del ejercicio de una coacción, lo que excede con mucho a la presión innata al ejercicio de relaciones verticales y al consiguiente prevalimiento de la ascendencia propia del cargo.

En los supuestos, sin duda los más frecuentes, en los que se aprecie la estructura propia de la inducción están llamadas a convivir la responsabilidad del superior y del ejecutor, planteándose la posible repercusión que en la de éste pueda tener la alegación de actuar dentro de los márgenes de la llamada *obediencia debida*. Cumple recordar al respecto que, eliminada tal circunstancia del catálogo general de eximentes de responsabilidad penal del art. 20 CP, su cabal apreciación debe reconducirse a los esquemas generales de la inexigibilidad de otra conducta, como causa de atenuación o de exclusión de la culpabilidad. A la hora de apreciar la procedencia de su alegación cobra un papel esencial la comprobación de la concurrencia o no de los presupuestos del delito que representa justamente su opuesto: la *desobediencia*. Recordemos que el art. 410 CP castiga a las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones procedentes, entre otros, de la autoridad superior, “dictadas en el ámbito de su respectiva competencia y revestida de las formalidades legales”. El límite a la apreciación de tal delito lo ofrece el apartado segundo del mismo precepto, al excluir expresamente de su ámbito típico a las autoridades o funcionarios públicos que no dieran cumplimiento a un mandato que constituya una “infracción manifiesta, clara y terminante de una precepto de ley o de cualquier otra disposición general”. En los casos en que, pese a darse este supuesto, la autoridad o funcionario acatare la orden, entiendo que tan solo podría venir en consideración, a lo sumo, una reducción de la pena por disminución de la culpabilidad con base en la idea de inexigibilidad de otra conducta, sin que su alcance pudiera llegar a la exclusión total de la responsabilidad, supuesto que debiera reservarse para los casos en que el temor del sujeto en el caso de no realizar la conducta recaiga sobre bienes jurídicos fundamentales. En todo caso el recurso a la posibilidad de fundamentar una atenuación de la pena disminuirá a medida que el sujeto se sitúe en un nivel más elevado de la cadena jerárquica.

Junto con la eventual responsabilidad por la emisión de órdenes en el ámbito de las relaciones verticales, se plantea, en segundo lugar, aquélla en que pueda incurrir el superior que conoce las irregularidades que llevarán a cabo los inferiores, sin hacer nada para evitarlas. En tales casos podrá fundamentarse su responsabilidad siempre que concurren los requisitos que requiere con carácter general el art. 11 CP para apreciar la llamada *comisión por omisión*. El presupuesto de todos ellos, la posición de garantía del superior omitente, encuentra su razón de ser en el reconocimiento de un *deber de vigilancia* respecto al inferior, basado en las obligaciones generales inherentes a su posición, y cuya omisión se sitúa en condiciones de fundamentar la responsabilidad penal de aquél por no evitar la actuación delictiva del inferior de acuerdo con el expediente de los delitos de omisión impropia. Necesario es reconocer, en todo caso, que la elaboración dogmática general de esta estructura reclama la concurrencia de ciertos requisitos adicionales a la mera condición del sujeto activo que permitan fundamentar la imputación del resultado al omitente, entre los que se cuenta la comprobación del efectivo dominio de la actividad en cuestión.

No pueden desatenderse, por otra parte, las peculiaridades propias que plantea la depuración de la responsabilidad del superior en los casos de *delegación de funciones*. Es pacífico al respecto el reconocimiento de que el acto de delegación no supone para el delegante una exoneración incondicional de responsabilidad penal, en tanto que mantiene un reducto de deberes de contenido indelegable, lo que da paso a los llamados *deberes primarios y secundarios*. Resulta así que a los deberes dimanantes en tal caso por el acto mismo del nombramiento habría que sumar los que encuentran su origen en el deber de vigilancia o supervisión de la actividad del inferior, comprendiendo también los de instrucción, formación o coordinación, deberes que en su conjunto limitan la posibilidad de invocar el principio de confianza como excluyente de la responsabilidad penal. No existirían, pues, dificultades en caso de la infracción de cualquiera de ellos para fundamentar la responsabilidad del superior como comitente omisivo por las irregularidades que pueda cometer el inferior en el desarrollo de su actividad.

IV. LA APLICACIÓN DE LOS TIPOS DE COHECHO, PREVARICACIÓN Y MALVERSACIÓN EN EL MARCO DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES

La consideración de los directivos de empresas privadas controladas por la Administración como funcionarios públicos determina, según ya se observaba líneas más arriba, la posibilidad de aplicar en los casos de su actuación desviada los correspondientes delitos contra la corrupción en el ámbito público. Cuestión distinta es la relativa a las dificultades que, en su caso, comporte la aplicación de tales tipos delictivos en concreto a la vista de las singularidades de la fenomenología de casos que nos ocupa. Dentro de la amplia tipología que contempla el Código penal¹², nos ceñimos a los tipos de cohecho, prevaricación y administración desleal del patrimonio público, en tanto que son los que con más frecuencia están llamados a plantearse en la práctica por la actuación cometida en el marco de los órganos de gobierno de las sociedades instrumentales.

Pocas son las dificultades que plantea, en primer lugar, la aplicación de los tipos de cohecho en el ámbito que nos ocupa en cualquiera de sus modalidades típicas¹³. Las únicas dudas interpretativas pudieran surgir a la hora de apreciar la condición de

¹² Bastaría con citar los tipos de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos y abuso en el ejercicio de su función o prevaricación.

¹³ Recordemos que las modalidades de cohecho que contempla el Código penal comprenden los casos en que la entrega de dinero o de cualquier otra ventaja indebida tenga lugar a cambio de realizar un acto ilícito –correspondiente a las respectivas modalidades de cohecho propio o impropio–, así como la entrega de regalos en consideración a la función –el llamado cohecho de facilitación del art. 422 CP– o la modalidad del llamado cohecho subsiguiente (art. 421 CP), caracterizado por el hecho de que la recompensa es posterior al acto ilegal.

autoridad o funcionario público en el sujeto en cuestión que actúa desde la entidad instrumental. Dado que ya tuvimos ocasión de señalar la amplitud del concepto de funcionario público a efectos penales y, en concreto, de reconducir a su concepto la actuación de quienes operan en el marco de las sociedades instrumentales, tan sólo resta ahora traer a colación algún fallo en el que se plantean las posibilidades concretas de su aplicación. Ilustrativas resultan al respecto las consideraciones realizadas por nuestro Tribunal Supremo en el caso *Mercasevilla*, enjuiciado por la Sentencia 421/2014, de 16 de mayo.

De forma muy resumida, se planteaba la aplicación de este delito en el caso del Director General y subdirector de una sociedad anónima de capital mixto (recordemos que correspondía al Ayuntamiento de Sevilla el 51% de las acciones y el 48% a *Mercasa*, empresa pública de la Administración del Estado) que solicitaron a una empresa privada determinadas cantidades por concederles la gestión de una Escuela de Hostelería. Sobre la base de apreciar la condición de funcionario del Director Gerente de *Mercasevilla*, cuyo nombramiento había sido realizado por los socios mayoritarios, consideró el fallo que también se daría el requisito de participación en el ejercicio de las funciones públicas, en tanto que la sociedad anónima gestiona un servicio de exclusiva competencia municipal (mercados centrales y matadero). Concurriría, por último, el requisito de la realización de actos propios del cargo, ya que, en palabras del Alto Tribunal, “no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el encargado del acto sobre el que actúa el cohecho, bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor de la dádiva... Los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario... sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejecutar en el uso de sus específicas competencias, sino sólo con ellas relacionado”. Recordemos que en el concreto caso enjuiciado el acusado tenía asignadas funciones que abarcaban el ámbito competencial de influencia de la materialización de la subvención y de la concesión de la explotación de la Escuela de Hostelería.

En realidad, las posibilidades de apreciar en el ámbito que nos ocupa el delito de cohecho tan sólo reclama dos breves observaciones. La primera, que en tanto el cohecho sólo tipifica el pacto corrupto, no su resultado, abierta queda la posibilidad de apreciar la comisión de un delito de prevaricación, también aplicable en este ámbito en los términos que enseguida veremos. La segunda, que el art. 427 bis CP contempla la responsabilidad de la persona jurídica, siendo, de hecho, la única previsión que, junto con el delito de tráfico de influencias (art. 430 CP), es posible encontrar en el capítulo de los delitos de corrupción pública. Si bien la incorporación de esta cláusula ha estado sin lugar a dudas motivada por la actuación del particular, protagonista del llamado cohecho activo, no deben perderse de vista las posibilidades de su aplicación en el caso de la comisión del delito por parte de los administradores de las sociedades instrumentales, conforme a las previsiones del nuevo art. 31 bis

quinques CP, en los términos que ya referimos en el apartado 1 de esta contribución, al que nos remitimos en este punto.

Interesante resulta, en segundo lugar, plantear las posibilidades de aplicación del *delito de prevaricación* en el marco de la actuación de los entes instrumentales. Los elementos típicos del delito de prevaricación los resume, entre otras, la STS de 3 de septiembre de 2004. En primer lugar, que el sujeto activo ostente una condición funcionarial, en el sentido de que su nombramiento proceda de una autoridad pública, aun cuando la entidad actúe en el mercado como empresa privada. En segundo término, que exista una resolución, entendida como acto decisorio de carácter ejecutivo¹⁴. En tercer lugar, el carácter arbitrario de la resolución, por ser un acto contrario a la Justicia, a la razón y a las leyes. En cuarto lugar, que la resolución se dicte en un asunto administrativo, que reclama el respeto de los principios propios de la contratación administrativa, con exclusión de los actos de carácter político o legislativo. En quinto lugar, que el acto se dicte ‘a sabiendas de su injusticia’.

La importancia de este delito, en términos cuantitativos pero sobre todo cualitativos, explica que el legislador del 2015 introdujera en él algunas modificaciones orientadas a garantizar la severidad de su castigo; en concreto, la pena de inhabilitación, que antes de la reforma era de siete a diez años, alcanza tras ella el marco de nueve a quince años, comprendiendo no sólo el empleo de cargo público, sino el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Con esta extensión del alcance de la pena se consigue, como explica la Exposición de Motivos de la ley de reforma, que el condenado por el delito de corrupción pueda optar durante el tiempo de la condena a un cargo electivo.

Volviendo la mirada a la específica constelación de casos que interesan a estas páginas, cabe afirmar que la jurisprudencia se ha decantado decididamente por incluir en el concepto de *resolución administrativa arbitraria* las decisiones ilegales llevadas a cabo en el seno de una sociedad instrumental en tanto que la totalidad o mayoría de su capital sea público, comprendiendo los casos de desviación de poder en la actividad de contratación por parte del ente¹⁵. En respaldo de tal posición

¹⁴ A la vista de este requisito se explica precisamente que cuando el legislador ha querido castigar como formas de desviación de poder determinados actos no propiamente resolutorios, haya tenido que tipificarlos expresamente. Es lo que ocurre con los artículos relativos a la responsabilidad de los funcionarios en materia de medio ambiente (art. 329 CP), ordenación del territorio (art. 320 CP) y patrimonio histórico (art. 322 CP), cuyo respectivo ámbito típico se extiende a conductas que propiamente no son resolutorias (por ejemplo, la emisión de informes favorables).

¹⁵ Si bien es posible detectar alguna excepción en la aplicación de esta doctrina. Es el caso de la STS 166/2014, de 28 de febrero. Aun reconociendo que la actuación irregular del funcionario gerente de una empresa pública puede cometer, por darse todos sus requisitos, los delitos de cohecho, malversación y fraude, excluyó la aplicación del delito de prevaricación sobre la base de entender que no puede hablarse propiamente de una resolución que recaiga sobre un “asunto administrativo”: “no por el hecho de que dicha contratación deba sujetarse a los principios de publicidad y concurrencia se convierte en una contratación propia de Administraciones Públicas u

vendría el art. 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que recogiendo la definición de sector público que ofrece el art. 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, LGP, dispone que a los efectos de esta ley forman parte del sector público, entre otros, las entidades públicas empresariales (letra c), así como las entidades mercantiles en cuyo capital social la participación pública, directa o indirecta, supere el 50%.

Por sólo citar los fallos más recientes, baste recordar que la ya referida STS de 11 de marzo de 2015 consideró como resolución administrativa arbitraria la formalización irregular de un contrato –prescindiendo de las garantías procedimentales exigidas– por parte de una *Sociedad Anónima* (RILCO) que, con capital en su totalidad público, participaba en el ejercicio de funciones públicas. Según el fallo, participa de las características de la prevaricación administrativa “el acto de adjudicación de un contrato privado realizado por la sociedad instrumental de una entidad pública sin el cumplimiento de los requisitos que le son propios”. Retomando la doctrina sentada por otras previas, recuerda la Sentencia que la razón de la existencia de las empresas públicas “es el cumplimiento de una función pública, mediante la asignación de recursos públicos al cumplimiento de aquella, por lo que la forma en que tales recursos se administren y gestionen no puede separarse de la misma, la cual no puede ser valorada, en consecuencia, como un asunto meramente privado sujeto sólo a los intereses empresariales de la propia entidad, sino de naturaleza administrativa, aunque algunos aspectos de la gestión puedan quedar sometidos al derecho privado”.

Organismos Autónomos. Por ende, no cabe hablar de un asunto administrativo. Precisamente que deban extenderse expresamente por ley tales principios a la actuación de esos entes es señal de que no se trata de actividad administrativa, sino puramente mercantil, sometida al Derecho privado”. Igualmente supone una excepción a tal doctrina general la Sentencia del Tribunal Superior de Cantabria de 8 de abril de 2014. En ella se planteaba la posible responsabilidad por un delito de prevaricación del Presidente del Consejo de Administración y el Director Gerente de una sociedad íntegramente pública por vulnerar las normas administrativas en el proceso de contratación. La apelación al razonamiento manejado por la sentencia antes citada, esto es, la consideración de los actos de contratación como pertenecientes al ámbito del Derecho privado, y no al administrativo, sirvió al Tribunal para fundamentar su absolución por un delito de prevaricación. La Sentencia contó con un voto particular en el que el magistrado discrepante fundamentaba las razones para considerar como prevaricación la actuación irregular: “Al tratarse de una empresa pública, que se constituye con una finalidad pública, la materia debe ser considerada como un asunto administrativo y no privado, civil o mercantil que pudiera depender solo de los acuerdos de los directivos con quienes regían el funcionamiento de la empresa, puesto que encontraban limitaciones en las normas administrativas aplicables, en concreto en la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación... y ello aunque la empresa revistiera una forma societaria e interviniera en el comercio a través de la misma. En consecuencia, y como se establece por el TS, en **sentencia de fecha 21 de mayo de 2012**, la razón de su existencia es el cumplimiento de una función pública, mediante la asignación de recursos públicos al cumplimiento de aquella, por lo que la forma en la que tales recursos se administren y gestionen no puede separarse de la misma, la cual no puede ser valorada, en consecuencia, como un asunto meramente privado, sujeto solo a los intereses empresariales de la propia entidad, sino de naturaleza administrativa, aunque algunos aspectos de la gestión puedan quedar sometidos al derecho privado”.

Entre otras¹⁶, ya antes, la STS 429/2012, de 21 de mayo apreció la existencia de un asunto administrativo a efectos del delito de prevaricación en el caso del desvío de los caudales destinados a la gestión del servicio público de transportes por ferrocarril correspondientes a la Generalitat de Cataluña al patrimonio particular de los directivos de la entidad instrumental encargada de la prestación del servicio. Por su parte, la ya referida Sentencia de 11 de marzo 2015 retomó la antes citada que, junto con las STSS 460/2002 y 406/2004, señala que característico de la resolución es la decisión sobre el fondo del asunto, excluyéndose de su concepto los actos meramente de trámite (por ejemplo, informes o propuestas). De ahí se deduce que la resolución deberá estar dotada de cierto contenido material (en tanto que solo entonces puede considerarse decisoria). En el caso concreto enjuiciado, entendió la STS que las resoluciones de contratación adoptadas en el seno de esta empresa podría ser constitutivas de un delito de prevaricación: “al adoptarse sobre personas que mantienen (cfr. en el orden penal) la cualidad de autoridades o funcionarios públicos y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se adoptan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación”. Gráfica es al respecto la aclaración posterior que realiza la sentencia: “El delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido prevenido en el CP en un asunto que cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como la publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos aspectos como administrativo”.

Una especial merece, por último, la cuestión relativa a las posibilidades de aplicar el delito de malversación, contemplado en los arts. 432 ss. CP. Debe ante todo observarse que este delito ha experimentado una sensible modificación de sus rasgos por la LO 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código penal. Recordemos que desde entonces se configura por remisión a las conductas de administración desleal (art. 252 CP) y apropiación indebida (art. 253 CP), técnica que requiere, por tanto, traer a colación las modalidades que respectivamente castiga el legislador en cada uno de esos tipos delictivos en el caso de los particulares. En concreto, mientras la

¹⁶ Como la STS de 5 de octubre de 2012 en relación con una empresa pública, la de 5 de julio de 2013, también en relación con una empresa pública, o la STS de 3 de septiembre de 2004, que consideró constitutivo de un delito de prevaricación la contratación irregular realizada por una empresa municipal: “La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal” (referidos al envío de una minuta, suscripción de contratos de consultoría y un contrato laboral).

modalidad de administración requiere que el funcionario ostente la capacidad de comprometer el patrimonio público y actúe gestionándolo de modo desleal, la tipicidad de la apropiación se dará allí donde haya recibido bienes muebles por un título que le obligue a su reintegro, no procediendo a él.

Ninguna dificultad debe verse para apreciar este tipo delictivo en el ámbito que nos ocupa en lo que se refiere a la exigencia, contenida en el art. 432 CP, de que los sujetos activos sean funcionarios o autoridades públicas con capacidad para administrar el patrimonio público, capacidad que debe proceder del nombramiento recibido por una autoridad competente para ello, en los términos que tuvimos ocasión de comentar al tratar el concepto de funcionario público. En realidad, las únicas dificultades que plantea la aplicación de este precepto tienen que ver con el requisito de que la actuación irregular recaiga sobre fondos que se consideren públicos. Surge de inmediato la pregunta en torno a si así puede considerarse el patrimonio de las sociedades instrumentales.

Cierto es que apenas plantea dudas la respuesta afirmativa en el caso de las *entidades públicas empresariales*. No otra cosa se deduce de la normativa administrativa que contempla su régimen. En primer lugar, de la Ley 47/2003 General Presupuestaria, cuyo art. 2 establece que “A los efectos de esta ley forman parte del sector público estatal, entre otras: c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella; e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas; f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones; g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado”. Digno de mención es igualmente el art. 53 LOFAGE. Tras definir en su apartado 1 a las entidades públicas empresariales como “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”, dispone en su apartado 2: “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”. Por su parte, declara el art. 56 del mismo texto legal que: “El régimen patrimonial de las entidades públicas empresariales será el establecido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas”.

Más polémica resulta la consideración como patrimonio público de las *sociedades mercantiles públicas*. Cierto es que el art. 1 de la LO 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas considera como empresas públicas: a) las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta del Estado,

de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales o de sus Organismos Autónomos; b) las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica, constituidas en el ámbito del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, que por Ley hayan de ajustar su actividad al Ordenamiento jurídico privado. No obstante la singular composición del patrimonio de las sociedades mercantiles determina que en la jurisprudencia sea frecuente distinguir entre las de capital *mixto* y aquéllas en que el capital es *exclusivo* de la Administración, a fin de negar que los fondos del primer tipo se sociedades puedan considerarse públicos. La STS de 11 de marzo de 2015, recordando la doctrina ya contenida en la STS 166/2014, de 28 de febrero, plasma las razones para ello a partir del reconocimiento de que la Sociedad Anónima es una sociedad capitalista en la que pasan a segundo plano las condiciones personales de los socios, de modo que en ella los conceptos de patrimonio y capital son por completo diferenciados y sólo coinciden en el momento fundacional, con la consecuencia que la naturaleza originaria de capital “no mediatiza la naturaleza del patrimonio de la sociedad o, dicho de otro modo, el hecho de que el capital sea público no implica que el patrimonio también lo sea”. Distinto sería el caso de las sociedades anónimas de exclusivo capital público, en las que se produce una identidad entre el patrimonio social y el del socio¹⁷. De nuevo en palabras de la referida Sentencia: “En estas empresas de capital exclusivamente público, la sociedad anónima aparece desvirtuada en aspectos esenciales, lo que determina que la naturaleza de los caudales de las sociedades con capital totalmente público guarden una gran semejanza con las entidades de derecho público”.

Ya antes aplicó esa doctrina la STS de 28 de febrero de 2014, relativa a la empresa *BITEL*, creada por la Administración Pública con finalidad de asistirle en temas telemáticos e informáticos. El caso objeto de enjuiciamiento resulta especialmente interesante, en cuanto que si bien inicialmente la entidad estaba integrada por capital mixto aun con mayoría pública, a partir de una determinada fecha pasó a tener un capital social exclusivamente público. En función de esa vicisitud, el Tribunal Supremo castigó por un delito de apropiación indebida los actos de desviación del patrimonio acordados en el momento inicial, condenando por malversación de caudales públicos a partir del momento en que la empresa pasó a estar integrada, en exclusiva, por capital público, sin perjuicio de que tanto una como otra calificación se tuvieran en cuenta a efectos de apreciar un delito continuado.

Para concluir la cita de las referencias jurisprudenciales, interesante resulta traer a colación la STS de 21 de mayo de 2012, que apreció igualmente la existencia de

¹⁷ Entre las sentencias más antiguas que aplican el delito de malversación en el caso de las sociedades íntegramente públicas puede citarse la STS de 5 de febrero de 1993: “si bien esas Sociedades de ente público adoptan externamente y frente a terceros una forma personificada de carácter privado, ‘ad intra’... las relaciones jurídicas establecidas pertenecen a la órbita del Derecho público, pues de una relación jurídico-pública se trata, al estar gestionando intereses públicos y colectivos”.

malversación en el acto de desvío del caudal público de una empresa pública –Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya– hacia el patrimonio particular de los directivos. Consideró el fallo que se trataba de dinero público administrado por la sociedad constituida para la prestación del Servicio público de transportes por ferrocarril que correspondía a la Generalitat.

MESA REDONDA PRIMERA
EXIGENCIAS DERIVADAS DEL BUEN GOBIERNO Y RESPONSABILIDAD DE
LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

**EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS
PÚBLICAS**

Francisco José León Sanz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Huelva

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES ELABORADOS A RAÍZ DE LA CRISIS DE 2007/2008 EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO. II. REFERENCIA A LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA DE GRANDES DIMENSIONES. III. EL MOVIMIENTO DE GOBIERNO CORPORATIVO. IV. LA REFORMA DEL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS. V. LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE SOBRE EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS DE TITULARIDAD PÚBLICA. VI. LA INCIDENCIA DE LOS DOCUMENTOS DE LA OCDE EN EL RÉGIMEN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES EN LA LEY 40/2015. VII. LA INCIDENCIA DE LOS DOCUMENTOS DE LA OCDE EN EL RÉGIMEN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES. VIII. CONSIDERACIONES FINALES. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

Resumen: El trabajo tiene por objeto el análisis del nuevo régimen de las sociedades mercantiles y de las entidades públicas empresariales introducido por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a partir del documento de la OCDE *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises* de 2015. El análisis que se realiza trata de apreciar la adecuación de la aplicación de las normas de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas a las empresas de titularidad pública.

Abstract: The paper analyzes the new regime of companies and public business entities introduced by Act 40/2015, of 1 October on the Legal Regime of the Public Sector, on the basis of the document *OECD Guidelines on Corporate governance of State-owned Enterprises 2015*. This analysis is assessing the suitability of the application of the rules of corporate governance of listed companies to State-owned Enterprises.

Palabras claves: Gobierno Corporativo, Empresas públicas, Sociedades cotizadas

Key words: Corporate Governance, State-owned Enterprises, Listed Companies

I. INTRODUCCIÓN: LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES ELABORADOS A RAÍZ DE LA CRISIS DE 2007/2008 EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO

La crisis desencadenada en el 2008 ha tenido como centro a los mercados financieros y a las entidades de crédito. Las medidas más urgentes que se adoptaron en un primer momento se dirigieron a tratar de paliar las graves consecuencias que esta crisis ha tenido en el conjunto del sistema económico. Con el paso del tiempo, se ha procedido a un análisis de los factores estructurales que pueden encontrarse en su origen. A este respecto se han puesto de manifiesto las carencias de la regulación y de la supervisión de los mercados financieros y de las entidades de crédito, tanto a nivel nacional, como internacional. El gobierno corporativo de las entidades de crédito es uno de los factores que se encuentran en el origen de la crisis. Se han destacado tres elementos de manera especial por su relevancia en el contexto de la crisis económica: las insuficiencias de los procesos internos y externos de control de riesgos, las deficiencias en los procesos de selección y en la idoneidad de los administradores y de los altos directivos de las entidades de crédito y la falta de una adecuada regulación de la remuneración que ha hecho posible que los sistemas de retribución favorecieran la asunción de riesgos injustificados en lugar de desincentivarlos.

Los problemas señalados relativos al gobierno corporativo, no sólo se han dado en las entidades de crédito, también han existido en las sociedades cotizadas y en las empresas de grandes dimensiones. A nivel internacional, el G-20 ha impulsado la elaboración por la OCDE de una revisión de los *Principles of Corporate Governance*, que se ha publicado en septiembre de 2015. Este documento es considerado por el *Financial Stability Board* como uno de los documentos clave para asegurar la consistencia y el correcto funcionamiento de los sistemas financieros internacionales.

Los documentos internacionales en materia de gobierno corporativo ha sido determinantes en las recientes reformas que se han producido en el Derecho español y, en concreto, en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, así como en el nuevo Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015.

La preocupación por el gobierno corporativo se ha extendido a las empresas públicas. En esta misma fecha, septiembre de 2015, la OCDE ha publicado, también por el impulso del G-20, el documento *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, en el que se incluyen recomendaciones sobre el gobierno corporativo de las empresas de titularidad pública y que actualizan el documento anterior de 2005. El contenido de los documentos elaborados por la OCDE en esta materia parece haberse tenido en cuenta en la regulación establecida por la Ley

40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, para las entidades públicas empresariales y para las sociedades mercantiles estatales.

Las medidas que se están adoptando parten del modelo que se ha impuesto en el tratamiento de estas cuestiones en el ámbito de las sociedades cotizadas y que se suele denominar como movimiento del gobierno corporativo. El alcance de las reformas y los fines que se pretenden conseguir se sitúan en el contexto de este movimiento. Antes de analizar el tema se va a hacer una breve referencia a los problemas estructurales que presentan las sociedades anónimas cotizadas titulares de grandes empresas con el fin de comprender las cuestiones sobre las que incide el movimiento del gobierno corporativo.

II. REFERENCIA A LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA DE GRANDES DIMENSIONES

La reforma de la sociedad anónima de mayor trascendencia siempre es la de la estructura orgánica de la sociedad anónima titular de grandes empresas. En la gran sociedad anónima, sustancialmente bursátil, se dan problemas estructurales que dificultan que pueda cumplir la función que le corresponde desempeñar en el sistema económico.

El punto de partida de la ordenación de la sociedad anónima se apoya en que el titular del capital es también el titular del control en la sociedad anónima, de acuerdo con el principio de que quien asume el riesgo económico debe ser también el titular del poder de decisión. Sin embargo, los pequeños accionistas de una sociedad cotizada no tienen interés en participar de manera activa en la organización de la sociedad debido al desequilibrio que se plantea entre el esfuerzo que conlleva el ejercicio del control y la efectividad que pueda llegar a tener la participación activa en la vida social.

Existe, en cambio, un interés por la imantación o la ocupación del derecho de voto de los accionistas desinteresados de la vida de la sociedad por los titulares del poder de gestión de la sociedad cotizada y por los que pretenden disputarlo o participar en él. La manera de lograr este objetivo descansa en gran medida en el instrumento de la representación (*proxys*), de la delegación del derecho de voto.

Al mismo tiempo, la posición de los consejeros ejecutivos y de los directivos titulares del poder de decisión en la elección, gestión, rendición de cuentas e incluso en materia de responsabilidad, se hace autónoma respecto de los instrumentos de supervisión tradicionales de la sociedad anónima. Los consejeros ejecutivos y los

directivos como titulares del poder de decisión poseen plena información sobre la compañía, ejercen la última instancia en la disciplina jerárquica empresarial y tienen acceso al entramado de disposición de votos; la retribución dineraria no es la contrapartida única del servicio o de la gestión, cuentan también con otras ventajas económicas, con oportunidades patrimoniales, con prerrogativas de poder o de otro orden, etc. Los consejeros ejecutivos tienen la capacidad para influir en la selección de los demás consejeros, lo que dificulta que puedan cumplir las funciones que les corresponden de manera imparcial.

Por otro lado, los consejeros ejecutivos y los directivos, en el ejercicio del poder de decisión se ven en la necesidad de tomar en consideración intereses externos a la propia sociedad anónima (*stakeholders*) como son los intereses de los proveedores, distribuidores, trabajadores y, en algunos casos, incluso, intereses generales de la economía. La incidencia de estos intereses en el ejercicio del poder de decisión en la gran sociedad anónima puede llegar a tener una relevancia notable.

Uno de los instrumentos más efectivos para lograr cambios de control en una sociedad cotizada es el de las OPAs (oferta pública de adquisición de acciones). La presentación de una OPA se suele plantear en aquellos supuestos en los que el valor de cotización no refleja el potencial de valoración de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad. En estos casos el pago de una prima por la adquisición del control está económicamente justificado por las posibilidades de creación de valor que presenta la sociedad. Mediante las OPAs se hace posible, en principio, el cambio de los gestores en aquellas sociedades que se encuentren mal gestionadas o, al menos, cuando la gestión no conduzca a maximizar el valor de las acciones. De esta forma, los mercados de valores contribuyen a dar confianza en el acceso y el ejercicio del control en las sociedades cotizadas.

Por otro lado, los procesos de solución de las crisis empresariales mediante la reestructuración empresarial están pensados originariamente en gran medida para las sociedades anónimas cotizadas titulares de grandes empresas. Estos procedimientos permiten la continuidad de las unidades productivas rentables y la liquidación de las que no lo sean, la reducción del endeudamiento excesivo de la sociedad mediante la capitalización de créditos, la absorción del riesgo de insolvencia por los accionistas, la obtención de nueva financiación y la entrada de nuevos inversores. Estos procedimientos normalmente conllevan un cambio en los titulares del control de la sociedad lo que también permite sanear el ejercicio del control del poder de decisión de la gran sociedad anónima.

Los aspectos que se acaban de señalar explican la tendencia a la institucionalización de las sociedades anónimas cotizadas, que se manifiesta, en especial, en el ejercicio del poder de decisión y en el impulso de la actividad social por el órgano de

administración sin el contrapeso efectivo de la Junta general y en la penetración de intereses externos a la organización social y de intereses generales que afectan en mayor o menor medida a la forma de gestionar la sociedad. Los problemas estructurales en relación con el control, intrínsecos a la gran sociedad anónima, se pueden atender con diferentes técnicas y de distinta forma. Resulta ineludible que exista un cierto grado de tensión entre la previsión de un marco institucional y de responsabilidad por el cumplimiento de los deberes por los administradores y el reconocimiento de un amplio poder discrecional y de la necesaria autonomía para impulsar la actividad empresarial, también en las sociedades cotizadas. Al mismo tiempo, el grado, el alcance y la forma de atender a los intereses externos a la organización social y, en la medida en que se hagan presentes, a los intereses generales, plantea la cuestión de la compatibilidad con los intereses privados legítimos que se pretenden alcanzar a través de las sociedades anónimas.

Se trata de cuestiones que no parecen tener una solución que las pueda resolver de manera definitiva. Una regulación excesivamente rígida de la sociedad anónima cotizada puede suponer una restricción desmedida a la autonomía que pide el impulso de la actividad empresarial que constituya su objeto social. En cambio, un régimen muy flexible podría incrementar el riesgo de que los gestores se pudieran apoderar de las fuentes de rentabilidad en lugar de emplearlas para favorecer los intereses sociales, propiciado por sistemas de control deficientes. El tratamiento normativo de estos temas únicamente se puede hacer en función de la realidad socioeconómica de cada momento. Dado el poder económico que concentran las grandes sociedades cotizadas, y las carencias que presenta la organización social para su control, las medidas que se adopten debieran potenciar la confianza en estas organizaciones, la legitimidad en el acceso y el ejercicio del poder de decisión y el control o supervisión efectivos de este poder.

La consecución de estos objetivos en las grandes sociedades debiera tener prioridad, en principio, sobre la autonomía en el poder de decisión, incluso aun cuando vaya en detrimento de la eficiencia, en la medida en que en estas organizaciones quien toma las decisiones no es quien asume el riesgo.

III. EL MOVIMIENTO DE GOBIERNO CORPORATIVO

La internacionalización de los mercados financieros que se ha producido desde los años 90 del pasado siglo ha dado lugar a un tratamiento de las cuestiones relativas al control en las sociedades cotizadas en el que se subraya la perspectiva de los mercados de valores. Desde esta perspectiva, se pretende potenciar la confianza de los inversores mediante la elaboración de códigos de buen gobierno, la incorporación de

normas de gobierno corporativo al ordenamiento interno de las sociedades cotizadas y la intensificación de la transparencia. De este modo, con independencia de la legislación aplicable al emisor de valores, se garantiza la asunción voluntaria de normas de buen gobierno y, mediante la publicidad, se presiona a favor de la corrección de la gestión y del control en interés de los inversores. Se trata de un planteamiento que se apoyaba en buena medida en las consideraciones realizadas por la corriente del análisis económico del Derecho, que promueve la liberalización y la flexibilización del régimen del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas desde el punto de vista de la eficiencia de los mercados de valores.

En este contexto es en el que se aprueba en España el primer Código de Buen Gobierno, conocido como Código Olivencia, en 1998. Este Código tenía por objeto el establecimiento de una serie de normas sobre el funcionamiento de los Consejos de administración. Se recomendaba la asunción voluntaria de su contenido por las sociedades cotizadas y la publicación de un informe, también de forma voluntaria, en el que se expresara el grado de cumplimiento del Código de Buen Gobierno. Con el objetivo de facilitar el cumplimiento de las recomendaciones del Código Olivencia, por carta del Presidente de la CNMV de 20 marzo de 2000, se elaboró un modelo de informe sobre gobierno corporativo que podía ser publicado anualmente por las sociedades cotizadas de forma voluntaria.

La Sección mercantil de la Comisión General de Codificación tomó la iniciativa de llevar a cabo una reforma en profundidad de la estructura corporativa de las sociedades anónimas en la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 16 de mayo de 2002. La Propuesta respondía a un planteamiento más ambicioso y se hacía desde una perspectiva más institucional en el tratamiento de las cuestiones relativas al gobierno corporativo de las sociedades cotizadas. Finalmente la iniciativa no llegó a aprobarse como Ley.

A raíz de las crisis empresariales que se producen en los inicios del 2000 se aprueban una serie de reformas en materia de gobierno corporativo dirigidas a potenciar la fiabilidad de la información financiera. Es en este contexto en el que se establece la obligación de contar con una comisión de auditoría. La transparencia y la observancia de los códigos de gobierno de las sociedades cotizadas se refuerzan a su vez mediante el principio de “*comply or explain*” “cumple o explica (porque no cumples)”.

La crisis de Enron de 2001, de Worldcom en el 2002 así como de otras grandes entidades tanto en Estados Unidos como en otros países dio lugar a importantes reformas en el ámbito del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas en Estados Unidos y en el resto del mundo. En Estados Unidos se aprobó la conocida como Sarbanes-Oxley Act en 2002 que trató de mejorar la fiabilidad de la información financiera y de los procesos de auditoría y de contabilidad, así como otorgar una mayor protección a los

inversores. Desde la experiencia de la crisis de 2008, se han hecho patentes las insuficiencias de la Sarbanes-Oxley Act y, al mismo tiempo, la discutible justificación de los elevados costes que se han derivado de su implantación para las sociedades cotizadas.

En España, se aprobó la Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Esta norma introduce, entre otras medidas, la obligación de las sociedades emisoras de valores de tener un comité de auditoría en el seno del Consejo de administración, integrado mayoritariamente por consejeros no ejecutivos (art. 47 por el que se introdujo la Disposición Adicional Decimoctava en la Ley del Mercado de Valores).

También se designó una nueva comisión en materia de gobierno corporativo, que elaboró el que se conoce como Informe Aldama de 2003, en el que se mantiene la confianza en la autorregulación y en la transparencia que había inspirado el Código Olivencia, pero que también recomienda la introducción de reformas en la estructura corporativa de las sociedades cotizadas. De acuerdo con las recomendaciones del Informe Aldama se aprobó una reforma de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley del Mercado de Valores por la Ley 26/2003 que trata de alcanzar tres objetivos básicos: la intensificación de los deberes de transparencia mediante la imposición de la obligación de publicar un informe sobre gobierno corporativo, según el principio de “*comply or explain*” “cumple o explica (porque no cumples)” en relación con la asunción de las normas de buen gobierno por las sociedades cotizadas; el reforzamiento de los deberes de diligencia y, sobre todo, de fidelidad y de lealtad y el establecimiento de una regulación interna de los órganos de las sociedades cotizadas mediante la obligación de aprobar un reglamento de la Junta general y un reglamento del Consejo de Administración.

En el año 2005 se creó una nueva Comisión de expertos con el objetivo de actualizar el Informe Olivencia y el Informe Aldama y en la que se tuvieron en cuenta las Recomendaciones de la UE en materia de gobierno corporativo (Recomendación 2005/162/EC, de 15 de febrero, sobre consejeros externos y comisiones del Consejo y Recomendación 2004/913/EC, de 14 de diciembre, sobre retribuciones de consejeros de sociedades cotizadas). Como resultado de los trabajos de la Comisión, se aprobó finalmente el Código Unificado de Buen Gobierno en el año 2006.

Por otro lado, como consecuencia de la incorporación de Directivas comunitarias se han aprobado importantes reformas en los últimos años que inciden en mayor o menor medida en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas. En 2007 se reformó la Ley del Mercado de Valores para incorporar la Directiva 2004/25/CE, relativa a las ofertas públicas de adquisición, que se desarrolló por el RD 1066/2007. Finalmente, en 2011 se reformó la Ley de Sociedades de Capital para adaptar el Derecho español a la Directiva 2007/36/CE sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

IV. LA REFORMA DEL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS

La crisis 2007/2008 ha dado lugar a un movimiento de reforma del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas. Si bien los cambios no han sido tan profundos ni tan inmediatos como los que se han producido en el caso de las entidades de crédito, por la relevancia que ha tenido la crisis para el sistema financiero, se han aprobado importantes modificaciones que se dirigen a resolver las deficiencias más relevantes que se han apreciado.

A nivel internacional, el G-20 ha impulsado la elaboración por la OCDE de una revisión de los *Principles of Corporate Governance*. Con este objetivo, la OCDE ha publicado una serie de documentos en los que se analizan las deficiencias en materia de gobierno corporativo que se han puesto de manifiesto a raíz de la crisis: «Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis» de 11 de febrero de 2009, «Corporate Governance and the Financial Crisis: Key findings and main messages» de junio de 2009, y «Corporate Governance and the Financial Crisis: Conclusions and emerging good practices to enhance implementation of the Principles» de 24 de febrero de 2010. Estos documentos han servido de base para la revisión de los *Principles of Corporate Governance* de 2015.

A nivel europeo, también se han elaborado diferentes documentos y se han aprobado o están en vías de aprobación normas en materia de gobierno corporativo. Destaca, en primer lugar, la Recomendación 2009/385/CE en materia de remuneración de los administradores por la que se modifican las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE. El documento comunitario recomienda que haya un equilibrio entre la retribución variable y la retribución fija, la adecuación de la retribución variable a resultados medibles y consistentes a largo plazo, la previsión de la posibilidad de que se pueda exigir la devolución de la retribución variable recibida cuando no hubiera estado justificado su pago y el establecimiento de que se limite a dos años la suma que reciban los administradores en caso de separación del cargo siempre que no se haya producido la terminación por falta de rendimiento. Se recomienda igualmente que se refuerce la independencia y la competencia del Comité de retribuciones y que se intensifique la transparencia en esta materia.

Se ha elaborado asimismo un Libro Verde por la Comisión Europea sobre la normativa de gobierno corporativo de la UE de 5 de abril de 2011. En este documento se plantea la necesidad de reforzar la función de control de los Consejos de Administración, en particular, en materia de gestión de riesgos, la revisión de la función de los Presidentes de los Consejos de Administración, la introducción de medidas que aseguren la idoneidad de los consejeros ejecutivos y también de los que van a desempeñar funciones de control y la previsión de sistemas de remuneración adecuados en

la línea de la Recomendación 2009/385/CE. Se contempla asimismo la necesidad de establecer cauces para favorecer la participación de los accionistas y el ejercicio del derecho de voto con una particular consideración a los inversores institucionales. Se subraya la trascendencia de que se dé un tratamiento apropiado a las transacciones con partes vinculadas. Finalmente, se propone que se dé mayor alcance al principio conocido como “cumple o explica” de forma que las sociedades cotizadas deban dar una explicación suficiente y razonada de los motivos por los que se apartan de las directrices de los Códigos de Gobierno Corporativo. Por otra parte, se plantea la posibilidad de extender las normas de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas a las demás sociedades.

A raíz del Libro Verde de la Comisión Europea, se elaboró el 8 de marzo de 2012 por el Parlamento Europeo un informe sobre una normativa de gobierno corporativo para las empresas europeas. En 2013, se aprobó una Directiva relativa a la información contable de ciertos tipos de empresas, entre las que se incluyen las grandes empresas y las entidades de interés público (la Directiva 2013/34/UE de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo). En 2014, la Comisión Europea ha elaborado una Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial. El Parlamento Europeo ha aprobado las enmiendas a esta Propuesta el 8 de julio de 2015. Esta Propuesta de Directiva, además de abordar las cuestiones recogidas en el Libro Verde de la Comisión Europea, establece requisitos adicionales de información que deben publicar en las cuentas anuales las grandes empresas, las entidades de interés público y las sociedades cotizadas.

En España, se adoptaron inicialmente medidas dirigidas a intensificar la transparencia. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible impuso la obligación de publicar un informe anual sobre remuneraciones de los consejeros (art. 27 y DF 5ª por la que se introduce el art. 61ter en la LMV). En mayo de 2013 se creó una Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo. Esta Comisión elaboró un informe que contenía una propuesta de modificación de la Ley de Sociedades de Capital sobre la regulación general de la Junta general y del órgano de administración y sobre el régimen específico de la Junta general y del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas. El contenido de la propuesta de modificación legislativa elaborada por la Comisión de Expertos ha quedado recogida, prácticamente en su integridad, en la Ley 31/2014. Se trata, probablemente, de la reforma más importante que se ha producido en la regulación de los órganos de las sociedades de capital en los últimos veinte años. La modificación afecta

prácticamente a todos los temas: competencias de la Junta general, derecho de información de los socios, convocatoria de la Junta general, adopción de acuerdos, impugnación, retribución de los administradores, deberes de los administradores, responsabilidad de los administradores, el tratamiento de las facultades indelegables del Consejo de Administración, el estatuto del consejero independiente, la Comisión de Auditoría, la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, etc. En relación con las sociedades cotizadas, se puede decir que la reforma de 2014 ha venido a convertir en norma imperativa recomendaciones que se encontraban hasta ese momento recogidas en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas como recomendaciones. Tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, la CNMV ha procedido a la modificación del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas que se ha publicado en 2015.

A modo de síntesis, la reforma del gobierno corporativo tiene por objeto la potenciación de la función de control por el Consejo de Administración, el establecimiento de procedimientos adecuados en materia de gestión de riesgos, la previsión de medidas que permitan asegurar la idoneidad de los consejeros ejecutivos y de los consejeros que desempeñan funciones de control, en particular, de los consejeros independientes, la determinación de sistemas de remuneración de administradores y directivos que eviten la asunción de riesgos y que sean adecuados a la actividad y a los rendimientos sostenibles a largo plazo de la entidad, la intervención de la Junta general para la aprobación de la política de remuneraciones, un tratamiento más estricto de las situaciones de conflicto de interés y la participación activa de los inversores institucionales en la vida social.

Pese a la trascendencia de las reformas adoptadas no parece que se haya producido un cambio en el modelo de configuración y en los fines que se pretenden conseguir en el tratamiento de las cuestiones del gobierno corporativo. Es probable que en el planteamiento actual tengan más peso las consideraciones de carácter pragmático. En el contexto de internacionalización de los mercados financieros resulta difícil que se puedan alcanzar acuerdos de mayor alcance entre los Estados. A este respecto, se mantiene la prioridad de la perspectiva de la confianza de los mercados de valores. De acuerdo con este objetivo, tampoco cambia la manera de abordar la regulación del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: se confía en la autorregulación de las propias sociedades, se potencian los códigos de gobierno corporativo como conjunto de recomendaciones que pueden ser asumidas voluntariamente; se promueve la transparencia de la estructura corporativa y de los sistema de remuneración, la publicidad del cumplimiento de las normas voluntariamente adoptadas y de las razones que justifican apartarse de las recomendaciones de los códigos de gobierno corporativo; este conjunto de medidas se complementa con el establecimiento de normas imperativas en temas concretos por claras razones de interés general.

V. LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE SOBRE EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS DE TITULARIDAD PÚBLICA

Como ya se ha indicado, la OCDE ha publicado en 2015, en conexión con la reunión del G-20 de septiembre de ese año, un documento sobre el gobierno corporativo de las empresas de titularidad pública (*OECD Guidelines of Corporate Governance of State-Owned Enterprises*). El resultado final ha venido precedido por varios informes anteriores entre los que cabe destacar el documento relativo a las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas de 2011.

Las *Guidelines* constituyen un documento que viene a cumplir una función complementaria del documento *OECD Principles of Corporate Governance* aprobado en la misma fecha. El documento relativo al gobierno corporativo de las empresas públicas no está expresamente considerado como uno de los documentos claves del sistema financiero por el FSB, a diferencia del *OECD Principles of Corporate Governance*. El contenido de este documento también parece más abierto ya que no emplea la expresión *Principles* sino *Guidelines*. Con todo, el carácter complementario del documento sobre el gobierno corporativo de las empresas de titularidad pública justifica que se pueda considerar que tiene una relevancia significativa hasta cierto punto equivalente al *OECD Principles of Corporate Governance* en relación con las empresas de titularidad pública. Es más, las *Guidelines* recomiendan que las empresas de titularidad pública incorporen y apliquen el *OECD Principles of Corporate Governance*.

La concepción de las *Guidelines* responde a los mismos objetivos que el *OECD Principles of Corporate Governance*. Se trata de un documento que traslada a las empresas de titularidad pública el planteamiento de gobierno corporativo seguido por el *OECD Principles of Corporate Governance* para las sociedades anónimas, cotizadas. Por tanto, se enmarca en la concepción de la estructura de organización de las grandes sociedades del movimiento de gobierno corporativo en el contexto de la internacionalización de los mercados financieros que se ha expuesto en los apartados anteriores. Se trata de un planteamiento y de una concepción que ponen el foco en el carácter empresarial de la actividad económica desarrollada por la entidad pública y lo hacen desde una perspectiva determinada, la del movimiento de gobierno corporativo. De acuerdo con este planteamiento, las *Guidelines* tienen en cuenta que las empresas de titularidad pública pueden contar con inversores internacionales, financiarse en los mercados financieros internacionales, realizar una actividad económica multinacional, participar en concursos con empresas de titularidad privada de diversas nacionalidades, etc.

En principio, las *Guidelines* no cuestionan la creación de empresas de titularidad pública como instrumento de intervención económica por parte de los Estados. Tampoco se ocupan de los intereses públicos que pueden justificar la creación de una

empresa de titularidad pública ni tratan de la forma en que se haya de asegurar la consecución de estos intereses ni de las medidas de Derecho público que se hayan de aplicar por tratarse de un ente de titularidad pública. Todas estas cuestiones se puede decir que quedan referidas a la normativa propia de los diferentes Estados. La preocupación que subyace a las *Guidelines* no es otra que la de potenciar la confianza de los mercados financieros internacionales en que las empresas de titularidad pública que puedan participar en estos mercados estén gestionadas con estándares de gobierno corporativo equivalentes a las empresas de titularidad privada.

Las *Guidelines* persiguen un triple objetivo: la profesionalización de la gestión de las empresas de titularidad pública, la actuación de las empresas de titularidad pública con niveles de eficiencia, transparencia y responsabilidad equivalentes a las empresas de titularidad privada y la garantía de que las empresas públicas van a competir en las mismas condiciones que las empresas privadas.

Desde la perspectiva de la consecución de estos objetivos, las empresas de titularidad pública presentan una serie de problemas específicos de esta clase de empresas. Por un lado, en ocasiones, las razones de interés público y el ejercicio de la titularidad por los poderes públicos se pueden traducir en una menor eficiencia y, también, en una menor transparencia y responsabilidad en el ámbito específico de la actividad empresarial en comparación con las empresas de titularidad privada. Por otro lado, también es frecuente el supuesto inverso, la pasividad por parte de los poderes públicos en relación con el control de las empresas de titularidad pública. Además, en el sector público empresarial no cabe que las deficiencias en la gestión se “sancionen” mediante la presentación de OPAs. Ordinariamente tampoco se plantean las cuestiones de insolvencia de la misma manera que en las empresas de titularidad privada.

En fin, las situaciones de conflicto de interés en las empresas de titularidad pública presentan una gran complejidad y comprenden supuestos potencialmente más heterogéneos que los que se suscitan en las empresas de titularidad privada (los ejecutivos, el Consejo de Administración y el control público de la Junta general, pero también, la designación de cargos, los empleados públicos asignados a la empresa de titularidad pública, las relaciones con la Administración encargada de la tutela de la empresa de titularidad pública, etc.).

Las *Guidelines* se ocupan de siete áreas diferentes que afectan al gobierno corporativo de las empresas de titularidad pública: los motivos que justifican la creación de las empresas de titularidad pública, el papel del Estado en su condición de titular de la empresa pública, la consideración de la empresa de titularidad pública en el mercado, la igualdad de trato con los accionistas e inversores, las relaciones con los *stakeholders*, la transparencia y la responsabilidad de los administradores. En la exposición de su contenido se va a dar prioridad a una visión integrada del conjunto

que permita destacar la concepción del gobierno corporativo de las empresas de titularidad pública que está en la base de las *Guidelines*.

1. En primer lugar, el documento se ocupa de los motivos que justifican la creación de las empresas de titularidad pública. Con independencia de cuáles sean los intereses públicos que pueden determinar el recurso a este instrumento de intervención económica, que pueden ser heterogéneos, el objetivo de las empresas de titularidad pública debe ser la creación de valor para la sociedad y la eficiencia. A este respecto, puede ser útil recordar que la finalidad lucrativa no es esencial para que haya una empresa, tampoco en el sector privado. La finalidad lucrativa, la creación de una empresa para ganar dinero, es la finalidad de la empresa capitalista, pero no lo es de las demás empresas. En cambio, resulta imprescindible para que haya una empresa el que actividad empresarial se gestione con criterios de eficiencia, esto es, de acuerdo con una planificación racional desde la óptica de los precios dirigida a maximizar los beneficios y a minimizar los costes. De acuerdo con esta consideración las empresas no son sólo las empresas capitalistas, como son ordinariamente las sociedades que cotizan en bolsa, sino también, otras formas de empresas como las empresas cooperativas. Las *Guidelines* consideran en esta misma línea que las empresas públicas se han de crear y han de responder a un principio de eficiencia y, añade, de creación de valor para la sociedad, es decir, en las empresas de titularidad pública no se persigue una finalidad lucrativa, se han de gestionar como todas las empresas de forma eficiente para lograr los objetivos que determinan su constitución.

2. Las empresas de titularidad pública como instrumento de intervención económica plantean la necesidad de establecer un marco regulatorio que asegure la libre competencia y que evite que se puedan producir distorsiones en el correcto funcionamiento de los mercados. A este respecto, se recomienda una clara separación entre las tareas propias de una empresa de titularidad pública de otras funciones de carácter público, en particular, aquellas que puedan afectar a la regulación de los mercados. Cuando una empresa de titularidad pública tenga encomendadas actividades económicas y objetivos de políticas públicas, se considera necesario que se dé a conocer con un elevado nivel de transparencia la estructura de costes y de ingresos que se correspondan con las principales áreas de actividad. Los costes que se deriven de la consecución de objetivos públicos corresponden, en principio, al Estado y habrán de ser objeto de publicidad. La financiación de la actividad económica de las empresas de titularidad pública se ha de hacer, en cambio, en condiciones de mercado. Los márgenes de rentabilidad de las empresas de titularidad pública deberán estar equiparados a los obtenidos por las empresas privadas competidoras. La participación de las empresas de titularidad pública en concursos públicos se ha de hacer de forma competitiva, no discriminatoria y transparente. Finalmente, las empresas de titularidad pública se encuentran sujetas a las mismas leyes, al cumplimiento de las obligaciones fiscales, etc. que las empresas privadas. Las personas que se relacionan con las empresas de

titularidad pública deben poder ejercer frente a ellas las acciones pertinentes para la tutela de sus intereses en aquellos casos en los que se hayan infringido sus derechos.

3. Las *Guidelines* recomiendan que los gobiernos tengan una política sobre la titularidad de las empresas públicas, se defina el papel del estado como titular, la manera en la que se implementan los objetivos públicos a través de las empresas de titularidad pública y las competencias y responsabilidades de la Administración pública. Esta política debe ser objeto de procedimientos adecuados de rendición de cuentas, transparencia y responsabilidad. La política sobre las empresas de titularidad pública deberá ser revisada periódicamente. Asimismo se recomienda la definición y la publicidad de los motivos y de los objetivos concretos en relación con cada una de las empresas de titularidad pública que se creen.

4. A la hora de determinar la configuración legal de las empresas de titularidad pública, las *Guidelines* manifiestan la conveniencia de emplear formas estandarizadas y simplificadas en las que se puedan seguir los principios de gobierno corporativo. Estas condiciones de las *Guidelines* se cumplirían en aquellos casos en los que las empresas de titularidad pública se constituyan como sociedades de capital. Las recomendaciones que se hacen a continuación parecen tomar como referencia que la empresa de titularidad pública se ha constituido de esta forma, es decir, como una sociedad de capital, o tiene una forma jurídica que se configura de manera similar desde un punto de vista estructural en sus aspectos básicos. Como titular de la empresa de titularidad pública, el Gobierno debe respetar en todo momento la autonomía y la responsabilidad de los gestores para lograr los objetivos que se pretenden alcanzar con la empresa de titularidad pública. A este respecto debe evitar entrometerse en la gestión y variar los objetivos de una manera no transparente. La determinación de la Administración competente para el ejercicio de los derechos que le corresponda como titular de la empresa de titularidad pública debe estar claramente identificada. Las *Guidelines* manifiestan que resulta preferible la centralización de las decisiones sobre el ejercicio de los derechos que correspondan en cada una de las empresas de titularidad pública. Con esta recomendación se pretende favorecer que las decisiones en relación con el control de las empresas de titularidad pública se tomen por criterios de eficiencia, sin interferencias injustificadas. La rendición de cuentas y la responsabilidad frente a los órganos de control y de intervención de la Administración se debe definir de manera clara.

5. El Estado debe actuar en todo momento como un titular activo y adecuadamente informado en el ejercicio de los derechos que tiene en su condición de titular de la empresa de titularidad pública. De acuerdo con esta recomendación, el Estado deberá participar activamente y ejercer los derechos que le correspondan como socio en la Junta general, en particular, el derecho de voto. La designación de los administradores y la política de remuneración se deberá decidir de forma que se asegure la

selección de las personas más adecuadas para el ejercicio del cargo. Habrá de controlar la correcta consecución de los objetivos que se pretenden alcanzar a través de la empresa de titularidad pública, así como su financiación, su estructura de capital y los niveles de riesgo asumidos. Deberá velar para que los sistemas de información contable-financiera y de auditoría sean los apropiados y para que se apliquen estándares elevados de gobierno corporativo en materia de cumplimiento normativo. A este respecto, se recomienda que se mantenga un contacto directo con los auditores externos, siempre que esto sea posible para los titulares del control de una entidad. La condición de titular activo de la empresa de titularidad pública se extiende al control de la política de transparencia, a la fiabilidad de la información que se hace pública y a la concreción de los medios a través de los que se da a conocer.

6. En el caso de las sociedades cotizadas o en aquellos supuestos en los que haya otros socios, el Estado habrá de reconocer los derechos del resto de los socios y asegurar la igualdad de trato de los socios y el acceso a la información en condiciones de igualdad. En estos casos, resulta de especial relevancia la aplicación y la incorporación del *OECD Principles of Corporate Governance*. A este respecto, se recomienda el cumplimiento de los códigos nacionales de gobierno corporativo en el caso de las sociedades cotizadas y, también, en la medida de lo posible si no cotizan. En concreto, se considera necesario que el nivel de transparencia sea elevado, que se desarrolle una política activa de comunicación y consulta con todos los socios, se facilite la participación de los socios minoritarios en la Junta general de forma que puedan tomar parte en las decisiones básicas de la sociedad como la elección de los consejeros y que las operaciones vinculadas entre el Estado y la sociedad de control público se hagan en condiciones de mercado. Cuando la sociedad de control público deba alcanzar objetivos de carácter público, se habrá de informar de manera apropiada en todo momento a los socios privados sobre esta cuestión. En el caso de las sociedades conjuntas, se deberán respetar los derechos contractuales de las partes y se habrán de prever mecanismos objetivos y efectivos para la solución de las controversias.

7. El órgano de administración de las empresas de titularidad pública deberá estar configurado de una manera similar al Consejo de Administración de las sociedades de capital en relación con las competencias, la autonomía, el ejercicio de sus funciones, los deberes y la responsabilidad. De acuerdo con este principio, corresponde al órgano de administración el control de los directivos y la supervisión de que se van a alcanzar los objetivos establecidos por el Gobierno. La competencia para designar al Consejero Delegado o, en su caso, al primer ejecutivo habrá de corresponder al órgano de administración de la empresa de titularidad pública. De forma similar a las sociedades cotizadas, se considera una buena práctica la separación del cargo de Presidente del órgano de administración y el de Consejero Delegado o primer ejecutivo de la entidad. La composición del órgano de administración deberá preservar la

objetividad y la independencia de criterio de sus miembros. Todos sus componentes, incluidos los empleados públicos, habrán de ser designados en función de su cualificación para el ejercicio del cargo. Cuando resulte aplicable, los independientes han de reunir las condiciones para poder tener esta consideración. Se deben implementar instrumentos para evitar las situaciones de conflictos de interés. Se recomienda que se considere si resulta apropiada la creación de comisiones especializadas con participación de independientes como la comisión de auditoría, la comisión de nombramientos y retribuciones o la comisión de riesgos. El órgano de administración deberá examinar, al menos, anualmente si el ejercicio de sus funciones se desempeña de manera correcta y habrá de contar con procesos apropiados de auditoría interna que permitan verificarlo e informar al órgano de administración o a la comisión de auditoría.

8. Las *Guidelines* recomiendan que las empresas de titularidad pública reconozcan los derechos y atiendan a los intereses de los *stakeholders*, cumplan con la responsabilidad social corporativa y publiquen un informe en el que se dé a conocer su actuación en este ámbito. Asimismo, las empresas de titularidad pública deberán contar con programas de *legal compliance* que aseguren elevados estándares de cumplimiento normativo en materia penal, fiscal, laboral, medioambiental, etc. En concreto, se recomienda expresamente que las empresas de titularidad pública no financien de ninguna forma actividades políticas.

9. En materia de información contable financiera y de auditoría, las *Guidelines* consideran que las empresas de titularidad pública deben estar equiparadas a las sociedades cotizadas. En concreto, recomiendan que las empresas de titularidad pública elaboren la siguiente información: las cuentas anuales según principios de contabilidad internacional de información financiera; la declaración de los objetivos públicos perseguidos y su cumplimiento; los costes y las disposiciones de fondos para la consecución de objetivos públicos; el informe sobre gobierno corporativo; el informe sobre remuneraciones; información sobre la selección de los consejeros y directivos y su cualificación que deberá incluir indicaciones sobre diversidad, participación en otros Consejos de Administración, la condición de independientes; información sobre los factores de riesgo previsible y las medidas adoptadas para gestionarlos adecuadamente; información sobre asistencia financiera, garantías recibidas del Estado y compromisos alcanzados en favor de la empresa de titularidad pública; información sobre empleo y sobre relaciones con los *stakeholders*. Los estados contables de las empresas de titularidad pública deberán ser verificados por auditores de cuentas externos con una cualificación contrastada. Asimismo se considera necesario que se dé publicidad a este conjunto de informaciones mediante estados contables e informes por las empresas de titularidad pública y se recomienda que se haga mediante una página web que facilite el acceso a cualquier persona que pueda estar interesada en conocerla.

VI. LA INCIDENCIA DE LOS DOCUMENTOS DE LA OCDE EN EL RÉGIMEN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES EN LA LEY 40/2015

La preocupación de las directrices de las *Guidelines* sobre las empresas de titularidad pública en relación con el Derecho de la competencia también constituye una de las preocupaciones centrales del Derecho comunitario. Se trata de una materia que se encuentra ampliamente tratada tanto por el Derecho europeo como por el Derecho nacional con el fin de garantizar que las empresas del sector público y que las empresas del sector privado compitan en igualdad de condiciones y se eviten distorsiones de mercado.

Los documentos de la OCDE sobre gobierno corporativo de las empresas del sector público parecen haber influido de forma relevante en el régimen de las sociedades mercantiles estatales establecido por la Ley 40/2015, con independencia de que la fecha de las *Guidelines* sea prácticamente coincidente con la aprobación de la Ley 40/2015 (8 de julio y 1 de octubre, respectivamente, pero las *Guidelines* se basan en documentos anteriores y, en particular, en las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas de 2011). La influencia de los documentos de la OCDE se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley 40/2015 cuando manifiesta en el Expositivo I, al final, que la OCDE considera muy positiva la reforma administrativa emprendida de acuerdo con el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas.

En materia de gobierno corporativo, la manifestación más clara de la influencia de los documentos de la OCDE se encuentra en el artículo 112 de la Ley 40/2015 sobre los Principios rectores de las sociedades mercantiles estatales:

“La Administración General del Estado y las entidades integrantes del sector público institucional, en cuanto titulares del capital social de las sociedades mercantiles estatales, perseguirán la eficiencia, transparencia y buen gobierno en la gestión de dichas sociedades mercantiles, para lo cual promoverán las buenas prácticas y códigos de conducta adecuados a la naturaleza de cada entidad. Todo ello sin perjuicio de la supervisión general que ejercerá el accionista sobre el funcionamiento de la sociedad mercantil estatal, conforme prevé la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.”

Lo dispuesto en este precepto contrasta con los principios generales de actuación de la Administración pública en el sector público institucional tal y cómo se definen en el artículo 81 de la Ley 40/2015:

“1. Las entidades que integran el sector público institucional están sometidas en su actuación a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera así como al principio de transparencia en su gestión.”

Al igual que en las *Guidelines*, el artículo 112 de la Ley 40/2015 destaca el objetivo de la eficiencia como objetivo básico que deben perseguir las sociedades mercantiles estatales como titulares de empresas públicas. Las sociedades mercantiles estatales constituyen un instrumento de intervención económica al que resulta inherente la eficiencia, la planificación de la actividad económica en función del mercado de manera que se maximicen los beneficios y se minimicen los costes. La forma en la que una sociedad mercantil estatal alcanza los fines públicos que justifican su creación consiste en desarrollar la actividad empresarial de forma eficiente. De acuerdo con este objetivo, las sociedades mercantiles estatales obtienen sus recursos, en principio, con los fondos generados por el desarrollo de su propia actividad y con los ingresos de mercado.

Las sociedades mercantiles estatales no pueden tener atribuidas facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. Se permite, en cambio, que se les asigne por Ley el ejercicio de potestades administrativas. Ahora bien, la atribución del ejercicio de potestades administrativas se considera que debe tener carácter excepcional (art. 113 Ley 40/2015).

La competencia para la creación de las sociedades mercantiles estatales corresponde al Consejo de Ministros (art. 114 Ley 40/2015). El acuerdo de autorización ha de contener los estatutos y un plan de actuación que debe contener incluir las razones que justifican su creación, la justificación de la forma jurídica propuesta y los objetivos anuales y la manera de verificar su cumplimiento. La elección de una sociedad mercantil estatal como forma jurídica de la empresa pública es la que permite aplicar mejor los principios de gobierno corporativo. La creación de la sociedad mercantil estatal requiere de la elaboración de un informe elaborado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o de la Intervención General de la Administración del Estado sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la sociedad mercantil estatal deberá publicar las funciones que desarrollan, la normativa que resulta de aplicación así como su estructura organizativa. Asimismo, deberán publicar los planes y programas anuales en los que se determinen los objetivos concretos junto con las actividades, medios y tiempo para lograrlos.

En el acuerdo de creación de la sociedad mercantil estatal por el Consejo de Ministros se ha de determinar el Ministerio competente para la tutela en función de que sus competencias tengan una relación específica con el objeto social (art. 116.1 Ley 40/2015 y art. 176 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). En defecto de atribución expresa, la competencia corresponderá al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. La Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) concentra la titularidad de las participaciones en

el capital social de las sociedades mercantiles estatales que le han sido transferidas (artículo 10 Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público). De esta forma, se cumpliría con el objetivo de centralizar las decisiones sobre las empresas de titularidad pública para favorecer que las decisiones en el ejercicio del control de las sociedades mercantiles estatales se adopten según criterios de eficiencia, sin interferencias políticas injustificadas.

El Ministerio de tutela ejerce el control funcional y de eficacia de la sociedad mercantil estatal. El control de eficacia alcanza, en primer lugar, a la aprobación del plan de actuación anual (art. 114.1, párrafo segundo, Ley 40/2015). La falta de aprobación de este plan en el plazo fijado por causa imputable a la sociedad determina la paralización de las aportaciones que le corresponda recibir con cargo a los presupuestos generales del Estado. En las sociedades mercantiles estatales cuyo capital sea íntegramente de titularidad de la Administración General del Estado, el ejercicio del control funcional y de eficacia por el Ministerio de tutela comprende la instrucción a la sociedad sobre las líneas de actuación estratégica, el establecimiento de las prioridades en su ejecución, la propuesta de incorporación a los presupuestos de explotación y capital y programas de actuación plurianual, previa conformidad de la Dirección General del Patrimonio del Estado en lo relativo a los aspectos financieros (art. 116.3 Ley 40/2015 y art. 177.2 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

Se admite que el Ministerio de tutela pueda impartir instrucciones a las sociedades mercantiles estatales (art. 116.4 Ley 40/2015 y art. 178.1 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas). Se establece expresamente que la impartición de instrucciones tiene carácter excepcional, ya que afecta a la autonomía inherente a la gestión de la actividad empresarial. La impartición de instrucciones debe estar justificada por razones de interés público en su ejecución. En aquellos supuestos en los que la realización de las instrucciones recibidas implique una variación del presupuesto de explotación y capital, resulta imprescindible la previa autorización del órgano competente para su modificación con carácter previo al inicio del cumplimiento de la instrucción (art. 116.5 Ley 40/2015 y art. 178.2 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas). Tanto las instrucciones recibidas como su impacto económico deberían ser objeto, en principio, de información detallada en las cuentas anuales de la sociedad mercantil estatal, en especial en aquellos casos en los que suponga una variación del presupuesto de explotación y capital. Se trata de una intervención del Ministerio de tutela que afecta de manera directa a la actividad llevada a cabo por la sociedad mercantil estatal. Desde el punto de vista de las *Guidelines*, la posibilidad de impartir instrucciones por el Ministerio de tutela presenta la objeción de que afecta a la autonomía de la sociedad mercantil estatal y a la transparencia. La observancia de las *Guidelines* conduciría a interpretar de manera estricta el carácter excepcional de las instrucciones y a dar publicidad de la forma más completa posible de la impartición de instrucciones y de sus consecuencias económicas.

En relación con el ejercicio del control funcional y de eficacia y con la impartición de instrucciones no se hace referencia a si se trata de competencias que puedan ser ejercidas directamente por el Ministerio de tutela o si se han de respetar también las normas sobre funcionamiento de los órganos de las sociedades de capital. En el caso de las sociedades mercantiles estatales, cuyo capital sea íntegramente de titularidad de la Administración General del Estado, parece apropiado que las actuaciones del Ministerio de tutela también se instrumenten como decisiones del socio único (art. 15 LSC) tanto en lo relativo al ejercicio del control funcional y de eficacia como a la hora de impartir instrucciones al órgano de administración.

La Ley 40/2015 no ha contemplado de forma detallada el supuesto de las sociedades mercantiles estatales en las que la Administración General del Estado no sea la titular de la totalidad del capital social. A este respecto, conviene traer a colación que la reforma de la Ley 31/2014 ha modificado el tratamiento de las situaciones de conflicto de interés en la adopción de acuerdos por la Junta general en las sociedades de capital. En principio, salvo los supuestos expresamente tasados en el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital, los socios no están privados del derecho de voto. El socio que se encuentra en una situación de conflicto de interés tiene la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo con el interés social, en caso de impugnación. Esta regla parece que también resulta de aplicación a las sociedades mercantiles estatales.

Por su parte, en relación con el órgano de administración, se establece un deber de abstención de los administradores de participar en la deliberación y en la votación de aquellos acuerdos o decisiones en los casos de conflicto de intereses directo o indirecto (art. 228, c) LSC). Se considera que existe un conflicto de intereses indirecto, en principio, en las actuaciones de la sociedad con el socio que hubiera designado al administrador. De nuevo, en ausencia de una norma especial en la regulación especial de las sociedades mercantiles estatales, parece que este precepto debiera considerarse de aplicación a las mismas.

También en lo relativo al órgano de administración de las sociedades mercantiles estatales, parece partirse de la consideración de que se habrá de configurar, en principio, como un Consejo de Administración (véanse, entre otros, los artículos 180 y 181 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas). Cuando la sociedad mercantil estatal esté obligada a someter las cuentas anuales a su verificación por auditores de cuentas, se habrá de constituir una Comisión de Auditoría y Control (art. 180.3 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas). Ante el silencio de la norma que establece la obligatoriedad de su constitución, parece justificado que la Comisión de Auditoría y Control se ajuste a lo dispuesto en relación con la Comisión de Auditoría de las entidades de interés público en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, con independencia de que no reúna

los requisitos para ser considerada como entidad de interés público (véase el art. 15 del Real Decreto 877/2015 que modifica el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas para concretar el concepto de entidad de interés público a efectos de la normativa sobre auditoría de cuentas; en tal caso se aplicará el Reglamento UE nº 537/2014 de 16 de abril sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público). La composición y funciones de la Comisión de Auditoría habrán de observar lo dispuesto para las sociedades cotizadas: debe estar compuesta íntegramente por consejeros no ejecutivos, dos de los cuales tienen que ser independientes, uno de ellos ha de contar con conocimientos y experiencia en materia de contabilidad y/o auditoría y la presidencia debe corresponder a uno de los consejeros independientes.

En el caso de las sociedades mercantiles estatales que coticen en bolsa, se habrán de observar las normas específicas a esta clase de sociedades en materia de gobierno corporativo, contenidas en el Título XIV de la Ley de Sociedades de Capital. Les resultará de aplicación además el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas.

En materia de designación de administradores y directivos, se prevé que la propuesta corresponda al Ministerio de tutela (art. 180.1 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas). La designación del Presidente del Consejo de Administración, del Consejero delegado o, en su caso, de quien ejerza el máximo nivel ejecutivo corresponde al Consejo de Administración a propuesta del Ministerio de tutela (art. 181 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas). El organigrama de las sociedades mercantiles estatales, la identificación de los responsables de las diferentes áreas así como su perfil y trayectoria profesional han de ser objeto de publicidad (art. 6º Ley de Transparencia). Las normas sobre transparencia en relación con los administradores y directivos de las sociedades mercantiles estatales se pueden considerar equivalentes a las de las sociedades cotizadas (véase la Recomendación 18 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas). A este respecto, las sociedades mercantiles estatales han de publicar un informe sobre gobierno corporativo (art. 35.2, a) Ley de Economía Sostenible). En cambio, las normas de las sociedades cotizadas y las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas en relación con la selección y el procedimiento de nombramiento de los administradores y de los directivos resultan considerablemente más detallados. Tampoco se ha contemplado la posibilidad de que la sociedad mercantil estatal pueda constituir una Comisión de Nombramientos y Retribuciones, como recomiendan las *Guidelines*.

El régimen retributivo de los administradores y de los directivos de las sociedades mercantiles estatales queda sujeto al Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. El criterio seguido en esta norma

consiste en fijar el tope máximo de la retribución o de los complementos que pueden recibir los administradores y los directivos en el sector público empresarial. En el caso de las sociedades mercantiles estatales resulta de aplicación el principio de retribución adecuada de los administradores (art. 217.4 LSC):

“La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.”

En comparación con las empresas del sector privado, los límites a la retribución fijados en el Real Decreto 451/2012 se corresponden básicamente con la remuneración media estadística en las sociedades no cotizadas. En cambio, resultan considerablemente inferiores al promedio de las retribuciones de los consejeros y directivos en las sociedades cotizadas. Por otro lado, la estructura de la retribución tampoco se corresponde con las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. En la retribución de los administradores y directivos del sector público empresarial se diferencia entre la retribución básica y los complementos que se pueden fijar en función del puesto o como complemento variable. En cambio, la estructura de retribución de los administradores y directivos de las sociedades cotizadas suele ser más compleja, la parte variable tiene comparativamente un mayor peso, se toma en consideración la creación de valor, se recomienda la introducción de cláusulas que permitan exigir la devolución de la retribución variable cuando no se haya ajustado a las condiciones de rendimiento o se haya abonado atendiendo a datos cuya inexactitud haya quedado acreditada, etc.

En principio, los administradores de las sociedades mercantiles estatales están sujetos al régimen de responsabilidad previsto en la Ley de Sociedades de Capital. La aplicación de este régimen de responsabilidad refuerza la autonomía y el cumplimiento de los deberes de los administradores en las sociedades mercantiles estatales. En este marco, se establece una causa de exoneración de responsabilidad para el supuesto del cumplimiento de las instrucciones impartidas por el Ministerio de tutela (art. 179 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas). La previsión de una exoneración en este supuesto vendría a reforzar el carácter excepcional de la impartición de esta clase de instrucciones. En los demás casos, los administradores quedarán amparados por la protección de la discrecionalidad empresarial de acuerdo con lo dispuesto con carácter general en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital. Asimismo, se prevé que la responsabilidad que corresponda al empleado público en su condición de miembro del Consejo de Administración se asuma por la Administración General del Estado (art. 115.1 Ley 40/2015). Se trata de una medida

de protección que probablemente sea excesiva, ya que no parece corresponderse con la autonomía del empleado público de la sociedad mercantil estatal en el ejercicio y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la condición de administrador. La Administración General del Estado puede exigir de oficio responsabilidad al empleado público en esos casos conforme a lo establecido en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial. Lo dispuesto en este precepto contrasta con la reforma introducida en 2014 en relación con el representante persona física de la persona jurídica administrador. El artículo 236.4 de la Ley de Sociedades de Capital establece ahora expresamente que la persona física designada responde solidariamente con la persona jurídica administrador.

Las sociedades mercantiles estatales están obligadas a promover la responsabilidad social empresarial y habrán de publicar un informe anual en esta materia en el que se recojan los objetivos, y las recomendaciones seguidas en relación con estándares internacionales, de conforme a lo dispuesto en los artículos 35 y 39 de la Ley de Economía Sostenible. Por otro lado, la responsabilidad de las sociedades mercantiles estatales se sujeta a lo dispuesto en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, lo que supone una diferencia relevante en comparación con las sociedades mercantiles del sector privado.

En materia de información contable financiera y de auditoría, las sociedades mercantiles estatales se sujetan a lo dispuesto en el Código de Comercio, en el Plan General de Contabilidad y en la normativa de desarrollo (art. 117.2 Ley 40/2015). Se encuentran sometidas, además, al control de la Intervención General del Estado, con independencia de las competencias atribuidas al Tribunal de Cuentas. Las sociedades mercantiles estatales están obligadas, además, a elaborar anualmente un presupuesto de explotación y capital y un plan de actuación que forma parte del programa plurianual y que se integran en los presupuestos generales del Estado. Cuando hayan adoptado la forma jurídica de sociedades anónimas o de las sociedades de responsabilidad limitada están obligadas al depósito de las cuentas anuales y del informe de auditoría y, en su caso, del informe de gestión, en el registro mercantil (arts. 279 y ss. LSC). Las cuentas anuales y el informe de auditoría se han de publicar, además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Transparencia.

VII. LA INCIDENCIA DE LOS DOCUMENTOS DE LA OCDE EN EL RÉGIMEN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES

La intervención del Estado en la vida económica a través entes públicos presenta una gran variedad de objetivos y de técnicas. El instrumento de intervención puede consistir en la creación de una entidad cuyo objeto consista en la realización de una

actividad empresarial o también cabe que la entidad creada tenga encomendadas además otras funciones de carácter público. La importancia de estas funciones y su peso relativo pueden variar según los casos. La consideración de un ente público como una empresa de titularidad pública resulta relevante desde diferentes perspectivas, Derecho de la competencia, Derecho fiscal, etc., tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho nacional. En cada uno de estos sectores, las notas que se toman en consideración a los efectos de delimitar a las empresas de titularidad pública se determinan en función de las diferentes perspectivas normativas.

A los efectos de la configuración jurídica de las empresas de titularidad pública, la Ley 40/2015 recoge la diferenciación entre sociedades mercantiles estatales y entidades públicas empresariales. Las sociedades mercantiles estatales no pueden tener facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, si bien excepcionalmente pueden tener atribuido el ejercicio de potestades administrativas, como ya se ha indicado. En cambio, las entidades públicas empresariales, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 103 de la Ley 40/2015 “*son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades presenciales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación.*”

Desde la perspectiva del contenido de las *Guidelines*, en la configuración de las entidades públicas empresariales la Ley 40/2015 parece haber dado prioridad a la consideración de que estas entidades tienen encomendadas el ejercicio de potestades administrativas. A este respecto, si bien quedan sujetas, en principio, al Derecho privado, la formación de la voluntad de sus órganos, el ejercicio de las potestades administrativas atribuidas y las demás materias reguladas se someten a la Ley 40/2015, a la Ley de su creación, a sus estatutos y a la Ley de Procedimiento Administrativo Común y al resto de las normas de Derecho administrativo general y especial que sean de aplicación (art. 104 Ley 40/2015). Expresamente se establece que resulta de aplicación el régimen de los contratos del sector público a la contratación de las entidades públicas empresariales (art. 106.6 Ley 40/2015).

En relación con el gobierno corporativo de las entidades públicas empresariales interesa destacar que los directivos de las entidades públicas empresariales son designados según criterios de competencia profesional y experiencia (art. 106.2, b) que se remite al art. 55.11 Ley 40/2015). Al igual que en el caso de las sociedades mercantiles estatales, el organigrama de las entidades públicas empresariales, la identificación de los responsables de las diferentes áreas así como su perfil y trayectoria profesional han de ser objeto de publicidad con unos niveles de transparencia similares a los de las sociedades cotizadas (art. 6º Ley de Transparencia). El régimen retributivo

de los administradores y de los directivos de las entidades públicas empresariales queda sujeto igualmente al Real Decreto 451/2012.

Por otro lado, si bien el personal de la entidad pública se rige, en principio, por el Derecho laboral, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas tiene que elaborar con carácter previo un informe favorable sobre la determinación y la modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal y debe controlar de forma periódica los gastos de personal y de gestión de los recursos humanos. Además, la Ley de creación de la entidad pública empresarial se debe pronunciar sobre las condiciones de cobertura de destinos por funcionarios de la Administración General del Estado en la entidad y sobre las competencias que le correspondan sobre este personal.

En relación con el régimen económico-financiero y patrimonial (art. 107), las entidades públicas empresariales cuentan con un patrimonio propio separado del de la Administración pública gestionado por la propia entidad. La Ley 40/2015 no contempla, a diferencia de las *Guidelines*, una clara diferenciación de las funciones públicas asignadas a la entidad pública empresarial respecto de la actividad empresarial así como de los costes y de la forma de atenderlos con fondos públicos derivados de la consecución de las funciones públicas que tenga atribuidas. Las entidades públicas empresariales obtienen sus recursos de la actividad económica que desarrollen con la explotación de sus activos y con los ingresos que se deriven de las operaciones que realicen. La financiación de las entidades públicas empresariales se hace mayoritariamente con ingresos de mercado. Excepcionalmente, las entidades públicas empresariales pueden financiarse, cuando así lo prevea la Ley de creación, mediante consignaciones específicas con cargo a los presupuestos generales del Estado, con transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o de las entidades públicas o mediante donaciones, legados, patrocinios y otras aportaciones de entidades privadas y de particulares.

En materia presupuestaria, de contabilidad y de control económico-financiero (art. 108 Ley 40/2015), a las entidades públicas empresariales resulta de aplicación el régimen de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Conforme a lo dispuesto en el artículo 129 de esta Ley, las entidades públicas empresariales deben aplicar, en principio, los principios y normas recogidos en el Plan General de Contabilidad de la empresa española. Las entidades públicas empresariales están sometidas a la auditoría pública (art. 163 de la Ley General Presupuestaria). La Intervención General de la Administración del Estado puede recabar la colaboración de empresas privadas de auditoría (Disposición Adicional Segunda de la Ley General Presupuestaria, así se ha hecho por la Orden HAP/2245/2015, de 23 de octubre, por la que se declara la insuficiencia de medios de la Intervención General de la Administración del Estado, que justifica la contratación con empresas privadas

de auditoría). La aplicación de principios de contabilidad de la empresa privada así como de auditorías privadas suele venir requerida en los mercados financieros internacionales por la necesidad de emplear instrumentos estandarizados en la información que se difunde en estos mercados. Las cuentas anuales y el informe de auditoría de las entidades públicas empresariales se han de publicar, además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Transparencia. Asimismo, habrán de cumplir con lo dispuesto en materia de responsabilidad social empresarial por los artículos 35 y 39 de la Ley de Economía Sostenible.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Las reformas que se han producido en el ámbito de las sociedades cotizadas tienen un alcance relativo, a pesar de su indiscutible relevancia. Y es que, en el contexto actual de internacionalización de los mercados financieros, no parece que se pueda producir un cambio en el modelo de configuración y en los fines que se pretenden conseguir en el tratamiento de las cuestiones del gobierno corporativo desde la perspectiva de la confianza de los mercados de valores. De acuerdo con este objetivo, tampoco cambia la manera de abordar la regulación del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: se apoya en la autorregulación de las propias sociedades; se potencian los códigos de gobierno corporativo como conjunto de recomendaciones asumidas voluntariamente; se promueve la transparencia de la estructura corporativa y de los sistemas de remuneración; se establecen normas imperativas en temas concretos por claras razones de interés general.

En este marco, la reforma del gobierno corporativo que se ha producido y que todavía se está desarrollando en este momento trata de resolver algunas de las deficiencias que se han puesto de manifiesto con ocasión de la crisis de 2008: la potenciación de la función de control por el Consejo de Administración, el establecimiento de procedimientos apropiados en materia de gestión de riesgos, la previsión de medidas que permitan asegurar la idoneidad de los consejeros ejecutivos y de los consejeros que desempeñan funciones de control, la determinación de sistemas de remuneración adecuados, el reforzamiento de la Junta general, un tratamiento más estricto de las situaciones de conflicto de interés y la participación activa de los inversores institucionales en la vida social.

En el ámbito de las empresas del sector público las *Guidelines* proponen, desde la perspectiva de la confianza en los mercados financieros internacionales, que las empresas del sector público se tiendan a equiparar a las sociedades cotizadas en materia de gobierno corporativo. Con este objetivo, recomiendan que la creación de las empresas de titularidad pública responda al principio de eficiencia y de creación de valor de la sociedad.

Las razones que justifican la creación de cada una de las empresas de titularidad pública y los objetivos que se pretendan alcanzar deben estar claramente determinados por la autoridad competente y hacerse públicos. En los casos, en los que las empresas de titularidad pública combinen la actividad económica con el desempeño de otras funciones, se deben aplicar elevados niveles de transparencia respecto de las funciones públicas asignadas, sus costes y la forma de soportarlos con fondos públicos. Este conjunto de medidas permite acotar y delimitar la actividad empresarial llevada a cabo por las empresas de titularidad pública, lo que facilita la aplicación de reglas de gobierno corporativo equivalentes a los de las sociedades cotizadas en relación con el papel del Estado en la Junta general y respecto de la autonomía y la responsabilidad del órgano de administración. De este modo, el ejercicio del control y del poder de decisión en una empresa de titularidad pública se hace con estándares similares a los empleados en las sociedades cotizadas. Asimismo, las empresas de titularidad pública han de quedar sujetas al mismo régimen que las empresas del sector privado en las relaciones con los *stakeholders*. Esta concepción de las empresas de titularidad pública también hace posible el empleo de principios de información financiera generalmente aceptados para la empresa privada conformes con los estándares internacionales, la auditoría de cuentas equivalente a la de las sociedades cotizadas y la publicación de cuentas anuales y de informes sobre gobierno corporativo, remuneraciones y responsabilidad social empresarial equiparables a los exigidos en relación con las entidades que participan en los mercados financieros.

Como se ha señalado, la Ley 40/2015 ha incorporado en gran medida el contenido de los documentos de la OCDE a las sociedades mercantiles estatales. Quizá la cuestión más relevante en la que su contenido se diferencia de las *Guidelines* sea la posibilidad de que el Ministerio de tutela pueda impartir instrucciones y la exoneración de responsabilidad de los administradores por el cumplimiento de estas instrucciones. Además de esta cuestión, cabe recordar que la autonomía de los administradores cuando tengan la condición de empleados públicos podría quedar afectada por el hecho de que sea la Administración pública la que asuma directamente la responsabilidad. Asimismo, tampoco resulta equivalente la responsabilidad patrimonial de las empresas del sector privado y la de las sociedades mercantiles estatales, a las que se aplica el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por determinación expresa de la Ley 40/2015. Además de estas diferencias, cabe recordar también que el régimen de retribución de los administradores y directivos se encuentra limitado a diferencia de lo que sucede en las empresas del sector privado y, por otra parte, que las sociedades mercantiles estatales se encuentran sometidas al control por parte de la Intervención General del Estado. En cambio, no se opone al contenido de las *Guidelines* el que las sociedades mercantiles estatales puedan tener atribuidas el ejercicio de potestades administrativas. Desde la perspectiva de la eficiencia que persiguen las *Guidelines*, lo relevante en relación con esta cuestión es la transparencia de las funciones asignadas, su coste

y la forma en que vaya a ser soportado por fondos públicos. Los temas que pueda suscitar en el ámbito del Derecho público son aspectos de los que no se ocupan las *Guidelines*.

En relación con las entidades públicas empresariales, la Ley 40/2015 parece haber dado prioridad a la relevancia del ejercicio de potestades administrativas respecto de la actividad económica que desarrolle. En su configuración jurídica se combinan los elementos propios del régimen de las empresas del sector público y la sujeción al régimen administrativo en todo lo relativo al ejercicio de las potestades administrativas y la adopción de decisiones de sus órganos de gobierno. En principio, las entidades públicas empresariales se someten al Derecho privado y al Derecho laboral, los administradores y directivos son elegidos por su competencia profesional y experiencia, están sujetos al mismo régimen de retribución que los de las sociedades mercantiles estatales, se financian con los resultados de las operaciones que realicen y con ingresos de mercado, etc. Si bien están sujetas a la Ley General Presupuestaria en materia presupuestaria, contabilidad y control, los estados contables se elaboran conforme a los principios del plan de contabilidad de la empresa privada. Ahora bien, el hecho de que tengan encomendada el ejercicio de potestades administrativas se traduce en un mayor control e intervención por parte de las Administraciones públicas competentes, con independencia de la sujeción a las normas de Derecho administrativo que resulten aplicable en el ejercicio de estas potestades.

En un plano de fondo, la participación de las empresas del sector público en los mercados financieros internacionales explica la necesidad de que las empresas públicas empleen principios equivalentes a los estándares internacionales en materia de información contable financiera y en materia de auditoría que las sociedades cotizadas. La homogeneización de la información y de los procedimientos de verificación de su fiabilidad constituye un presupuesto para su comprensibilidad por los inversores y por los sujetos que participan en los mercados financieros internacionales y, por esa vía, también se potencia la confianza en la corrección de la información que se da a conocer. Asimismo, la aplicación a las empresas del sector público de las reglas de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas pretende ofrecer una garantía mínima a los inversores y financiadores internacionales de que las empresas del sector público están controladas y gestionadas con procedimientos, mecanismos de control y niveles de transparencia relativamente similares.

Ahora bien, hasta cierto punto resulta inevitable que el contenido de las *Guidelines* subraye los objetivos de eficiencia en contraste con los aspectos que se puedan derivar de la consecución de intereses públicos. Por otro lado, no se debe olvidar el trasfondo que subyace al movimiento de gobierno corporativo en comparación con otras concepciones sobre la manera de configurar la estructura corporativa de las grandes empresas y de las sociedades anónimas cotizadas. La perspectiva de la confianza

en los mercados financieros internacionales contrasta con otros planteamientos en los que se da una mayor relevancia a los intereses generales o los intereses sociales.

En línea de principio, las empresas del sector público se han de gestionar según criterios de eficiencia al igual que las empresas del sector privado. Esa es la razón por la que la gestión eficiente de las empresas del sector público es la forma más efectiva de lograr los objetivos públicos que se pretendan alcanzar con el recurso a este instrumento de intervención económica. Ahora bien, no siempre es posible una nítida separación entre la actividad económica que lleve a cabo una entidad empresarial de titularidad pública y los objetivos públicos que se procuran conseguir y las funciones públicas que se le asignan.

En materia de información contable financiera y en materia de auditoría, parece apropiado que se sigan principios similares a los de las empresas del sector privado, ya que la contabilidad mercantil constituye un instrumento imprescindible para la gestión de la empresa de forma eficiente.

En cambio, probablemente la cuestión no se presente del mismo modo en relación con los temas de gobierno corporativo. En esta materia, resulta inherente al poder de decisión en el ámbito empresarial contar con una amplia autonomía con poder de disposición sobre el patrimonio empresarial afectado a la actividad económica de la empresa: los gestores de una empresa han de contar con las facultades patrimoniales necesarias para llevar a cabo cualquier clase de actos de disposición para impulsar la actividad de manera eficiente, aumentando su dimensión o reduciéndola, con nuevas inversiones, nuevas áreas de negocio, etc. Desde el punto de vista de la lógica del sistema de mercado, la libre iniciativa empresarial tiene como contrapartida la responsabilidad derivada del ejercicio de la actividad empresarial. El riesgo de insolvencia y sus consecuencias presiona a favor de una gestión diligente de la empresa.

En las sociedades cotizadas, el titular del poder de decisión de una gran empresa no sólo no asume el riesgo de la actividad empresarial sino que se produce una carencia o insuficiencia en el control del titular del riesgo, los accionistas, por la falta de interés y de posibilidades para ejercer un control efectivo. De ahí la necesidad de establecer medidas que hagan posible una supervisión efectiva, la previsión de un régimen más estricto en materia de deberes y de responsabilidad de los administradores así como la intensificación de la transparencia.

En las empresas del sector público, el titular del poder de decisión tampoco asume el riesgo de la actividad empresarial. Sin embargo, a diferencia de las sociedades cotizadas, no se plantea en las empresas del sector público una cuestión de vacío o de ausencia estructural de control, las empresas del sector público están controladas/supervisadas por la Administración pública. El empleo de las sociedades de

capital como forma jurídica de las empresas del sector público viene facilitado por la configuración de la acción como posiciones abstractas de socio que explica la tendencia institucionalizadora inherente a la sociedad anónima. El recurso de las sociedades mercantiles estatales permite crear una entidad con autonomía respecto de la Administración pública. De esta manera, se constituye un instrumento que permite desarrollar la actividad empresarial de forma separada. Ahora bien, se trata de una autonomía meramente formal, ya que los mecanismos societarios de control y supervisión se encuentran en manos de la Administración pública como titular del capital social.

Probablemente, la referencia a un tema concreto puede servir para ilustrar esta cuestión. Una de las medidas introducidas en el régimen de las sociedades cotizadas para mejorar la supervisión de los consejeros ejecutivos consiste en potenciar la figura de los consejeros independientes. Esta medida también se recomienda por las *Guidelines* para las empresas de titularidad pública. En la Recomendación 21 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas se dispone que “*el Consejo de Administración no proponga la separación de ningún consejero independiente antes del cumplimiento del periodo estatutario para el que hubiera sido nombrado, salvo cuando concurra justa causa (...)*”. La estabilidad en el cargo de los consejeros independientes es una medida que sirve para asegurar su independencia, por ese motivo, se recomienda que el Consejo de Administración sólo pueda proponer a la Junta general la separación del cargo cuando haya una causa justificada. Ahora bien, en las sociedades cotizadas, la Junta general, como titular del control, tiene la plena competencia para cesar *ad nutum* a los consejeros independientes cuando lo considere oportuno, esto es, sin necesidad de justificar la separación en ningún motivo. En cambio, la aplicación de esta regla a las sociedades mercantiles estatales resulta insuficiente para salvaguardar la estabilidad y la independencia de los consejeros independientes. La regla de que el Consejo de Administración, como órgano de supervisión, sólo pueda proponer la separación de un consejero independiente por justa causa no impide que la Junta general también controlada por la Administración pública pueda nombrar y separar libremente a los consejeros independientes por aplicación del régimen de los consejeros independientes de las sociedades cotizadas. De esta forma, la regla de las sociedades cotizadas, concebida para sociedades en las que la Junta general como titular del control no está en condiciones de ejercitar una supervisión efectiva, queda desvirtuada cuando se aplica a las sociedades mercantiles estatales donde se da un control por la Administración pública como titular del capital social.

Como se puede apreciar por el ejemplo expuesto, los mecanismos previstos para las sociedades cotizadas, pensados para lograr una supervisión efectiva a raíz de las insuficiencias del control por los accionistas, normalmente no van a resultar efecti-

vos en las sociedades mercantiles estatales en las que hay un control por parte de las Administraciones públicas como titular del capital social, es más, pueden dar lugar a una complicación de la estructura de gobierno corporativo que en buena parte de los casos se traduzca en un obstáculo para su funcionamiento. Y es que, en realidad, los instrumentos de supervisión y vigilancia en las sociedades mercantiles estatales tendrán que apoyarse en buena parte en técnicas de Derecho público, con independencia de que los instrumentos que se empleen y las medidas que se adopten hayan de asegurar y respetar el ámbito de autonomía que pide la titularidad del poder de decisión en la actividad empresarial.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

En relación la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público se han publicado hasta el momento trabajos que dan a conocer su contenido y hacen una primera valoración global de esta norma de tanta trascendencia, pero apenas se ocupan de las sociedades mercantiles estatales o de las entidades públicas empresariales (véase, en este sentido, el trabajo de MARTÍN REBOLLO, “Análisis de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Aranzadi digital num. 1/2015 parte Estudios y comentarios*, BIB 2015\16554, quien critica que se prevea la posibilidad de que las sociedades mercantiles estatales puedan tener atribuidas el ejercicio de potestades administrativas; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Comentario aproximativo a la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 22, Sección Opinión / Colaboraciones, Quincena del 30 Nov. al 14 Dic. 2015, Ref. 2679/2015, pág. 2679 y ss., quien destaca la asunción por la Administración General del Estado de la responsabilidad de los empleados públicos designados como consejeros de sociedades mercantiles estatales).

En materia de gobierno corporativo, las obras generales de referencia son las siguientes: ESTEBAN VELASCO (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999; RODRÍGUEZ ARTIGAS (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, Cizur menor (Navarra), 2006; RONCERO SÁNCHEZ (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, Cizur menor, Navarra, 2016. Entre los numerosos trabajos publicados en la materia, cabría destacar: GONDRA ROMERO, “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones la historia de un problema recurrente en una pieza esencial del sistema económico”, *Revista de derecho mercantil*, nº 269, 2008, págs. 841-899; ESTEBAN VELASCO, “Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el derecho de sociedades y en el gobierno corporativo”, *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ (coord.), Madrid, 2014, págs. 271-312.

En materia de empresas públicas, GIRÓN TENA, “Las empresas públicas”, en *Estudios de Derecho mercantil*, Madrid, 1955; ALONSO UREBA, *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho económico*, Madrid, 1985.

En relación con las sociedades mercantiles estatales y las entidades públicas empresariales, pueden verse antes de la reforma de la Ley 40/2015, SOSA WAGNER/FUERTES LÓPEZ, “Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado”, en *Comentarios a la Ley 3372003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, CHINCHILLA MARÍN (coord.), Madrid, 2004, ÁLVAREZ CIENFUEGOS, “Las entidades públicas empresariales y el Derecho administrativo: perspectivas de futuro”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1999.

EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA PÚBLICA TRAS LA PROMULGACIÓN DE LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

Prof. Dr. Manuel Pino Abad
Prof. Dr. José Manuel Serrano Cañas
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SAP: 1. Nombres y cese de los miembros del Consejo de administración; 2. La retribución de los miembros del Consejo de administración de las SAP; 3. Facultades y régimen de funcionamiento del Consejo de administración; 4. Responsabilidad de los administradores sociales.

I. INTRODUCCIÓN

La actuación del Estado en la economía bajo las formas de personificación características del Derecho privado y más concretamente bajo la de sociedad mercantil, pese a tratarse de un fenómeno constante puede considerarse, sin embargo, como un fenómeno relativamente reciente.

La utilización por la Administración Pública de técnicas societarias se estima como una de las principales aportaciones que el pasado siglo XX hizo al Ordenamiento jurídico administrativo. En un principio, la Administración comenzó a emplear este procedimiento de modo accidental: incorporándose al capital de alguna sociedad privada al objeto de apoyar la financiación de algún servicio u obra pública que se le hubiese encomendado a dicha sociedad, o a fin de participar de los beneficios extraordinarios derivados de la asignación a una sociedad concesionaria de una situación de privilegio, o bien para evitar la quiebra de sociedades privadas titulares

de empresas de gran interés para la economía nacional o, más concretamente, de una zona determinada del país. No fue hasta más tarde cuando la Administración Pública comenzó a utilizar de una forma más sistemática a las sociedades mercantiles: en unos casos, por medio del proceso nacionalizador de empresas claves para el desarrollo del país y en otros a través del empleo del sector público como instrumento de desarrollo industrial (v.gr. Instituto Nacional de Industria creado por la Ley de 25 de septiembre de 1941).

Sin embargo, el empleo de la técnica societaria por parte de la Administración fue aún más allá, saliendo de su ámbito tradicional de promoción del crecimiento industrial, hasta terminar convirtiéndose en un instrumento idóneo para la organización y desarrollo de los servicios y actividades públicas tradicionales a fin de obtener unos resultados sociales y/o económicos más mensurables a la vez que salvar la rigidez característica de los procedimientos administrativos en materias tales como contratación, régimen de personal o gestión de ingresos y gastos, incompatible con las necesidades de organización y actuación de cualquier entidad que desarrolle una actividad económica y que participe activamente en el mercado, especialmente si lo hace en régimen de competencia con empresas privadas. De ahí que, con razón, la doctrina no haya dudado en afirmar que la sociedad pública ha sido uno de los principales cauces por los que ha discurrido el tan debatido fenómeno de la “huida del Derecho Administrativo”.

En cualquier caso, la actuación de la Administración Pública como agente económico, tanto en los supuestos en los que resulte preciso prestar servicios necesarios para la sociedad que el sector privado no proporciona, como cuando simplemente desee intervenir en la economía como un agente económico más en competencia y competencia con el sector privado, siempre ha de estar dirigida a servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE) y desarrollarse dentro del sistema económico constitucional de economía social de mercado (arts. 38, 128 y 130 CE) respetando el juego de la libre competencia y el correcto funcionamiento del mercado. En consecuencia, dados los poderes y recursos con los que cuenta la Administración Pública y con vistas a evitar posibles abusos cometidos en su actuación, la intervención de aquélla en la economía tiene como presupuesto básico el principio de legalidad recogido en nuestra Constitución (arts. 9.1, 9.3 y 103.1 C.E) de acuerdo con el cual toda actuación administrativa requiere de una previa cobertura legal.

El principio de legalidad supone, pues, una estricta vinculación de los entes públicos a la Ley en su organización y actividad. Por tal razón, no es posible crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de Derecho privado sino cuando expresamente hayan sido habilitados para ello a través de la correspondiente atribución de potestad (al contrario de lo que sucede con los sujetos privados a quienes se les permite actuar libremente en el ámbito negocial sin más limitaciones que las previstas por el Ordenamiento jurídico).

Así las cosas, la actuación económica de la Administración pública en el mercado como un agente económico más deberá estar precedida por la correspondiente atribución legal de potestad que funcionará, por consiguiente, como habilitación a la vez que como presupuesto de validez de dicha actuación.

En nuestro Ordenamiento jurídico, la actividad económica de la Administración pública se encuentra jurídico-constitucionalmente habilitada por el art. 128.2 CE (según dispone este precepto “*se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*”). Sin embargo, esta potestad directamente atribuida por nuestra Constitución no es suficiente para permitir a cualquier ente público su participación en una sociedad mercantil en orden al desarrollo de una actividad empresarial. Por el contrario, se requieren, además, otros requisitos esenciales que vienen determinados por la legislación ordinaria estatal, autonómica o local.

La Ley, en desarrollo de la que se conoce como potestad discrecional de la Administración, puede dejar al arbitrio de ésta la determinación de algunas de las condiciones del ejercicio de la potestad de iniciativa económica como puede ser la de concretar la forma de su ejercicio. En tal caso, la decisión del ente público de participar en una sociedad mercantil se producirá en el marco de las diferentes opciones que se ofrecen a la Administración en cuanto a la forma de desarrollo de su actividad económica en el mercado para la que se encuentra constitucionalmente habilitada *ex art.* 128.2 CE. No obstante, esta discrecionalidad no implica libertad absoluta sino que, muy al contrario, la Ley ha de regular al menos, entre otras cuestiones, la existencia misma de la potestad, su extensión, el procedimiento y la competencia para actuarla, así como, el fin, siempre público, que ha de tener. Todo lo cual pone de manifiesto, de esta forma, la insuficiencia del art. 128.2 CE y la necesidad de integrar dicho precepto con otros de la propia Constitución y de la legislación ordinaria que permitan concretar esos elementos esenciales necesarios para el ejercicio de la potestad económica de la Administración Pública.

Tal y como ya hemos afirmado, el entramado jurídico al que está sometida la Administración no le permite desarrollar una actividad mercantil con la celeridad y agilidad que ésta requiere, de ahí que también haga uso de cauces propios del Derecho privado acudiendo a la figura de la sociedad mercantil y con mayor frecuencia a la sociedad anónima cuyo capital social le pertenezca, bien en su integridad o bien tan sólo en parte, dando así lugar, respectivamente, a las que se denominan sociedades anónimas públicas unipersonales y mixtas.

Es precisamente ese empleo que el Estado y los entes públicos hacen de las instituciones jurídico-privadas, y más concretamente de las sociedades anónimas, para articular

su actividad empresarial cuando actúan como agentes económicos en el mercado, lo que justifica plenamente que estemos ante un tema que interesa no sólo a los cultivadores del Derecho administrativo sino, igualmente, a los propios mercantilistas, aun cuando, en este trabajo, nos vayamos a limitar a poner de relieve algunos de los múltiples problemas que la gestión de las SAP plantea al tratar de acomodar fines públicos y sociedades privadas, cuando los entes públicos utilizan la forma y estructura de la sociedad anónima para dotar de vestidura jurídica a determinadas empresas.

Vivimos tiempos de crisis económica, social y financiera. De entre los múltiples factores que han coadyuvado a la generación de esta lamentable situación económica destaca la falta de moralidad gestora (véase Gowex) que ha llevado a numerosos administradores de sociedades mercantiles a la asunción de riesgos desproporcionados (o, mejor aún, negligentes), sobre todo en la toma de decisiones de índole financiero. A todo lo anterior, habría que unir la fijación de sistemas retributivos de los administradores sociales que favorecen una toma de decisiones cortoplacistas, con total olvido y reemplazo de decisiones encaminadas a aumentar el valor de la empresa al largo plazo; la complejidad en la estructura de gobierno corporativo de determinadas entidades; así como su falta de transparencia e incapacidad para determinar eficazmente la cadena de responsabilidad dentro de la organización.

El gobierno corporativo de las sociedades ha adquirido en los últimos tiempos una enorme transcendencia pública habida cuenta la aparición ininterrumpida en los medios de comunicación social de innumerables escándalos financieros de dimensiones transnacionales que han azotado los mercados nacionales e, incluso, internacionales.

Efectivamente, tanto entidades financieras como empresas de carácter no financiero se han visto afectadas, entre otras, por la asunción imprudente de riesgos, por el diseño de sistemas de retribución inapropiados, y por la deficiente composición de los órganos de dirección y administración.

El buen gobierno corporativo, en cualquier ente societario tanto público como privado, es un factor esencial para la generación de valor en la empresa, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores.

Por tal razón, desde la aparición de los códigos éticos de buen gobierno corporativo (cuya primera expresión en España lo constituye el denominado Código Olivencia¹),

¹ Nuestro país ha compartido históricamente el convencimiento de la importancia de que las sociedades, especialmente las cotizadas y las entidades financieras, cuenten con un buen gobierno corporativo. Así lo acredita el impulso de la creación en 1997, 2003 y 2006 de grupos de expertos de carácter técnico para estudiar el funcionamiento de las sociedades cotizadas y elaborar propuestas de criterios, recomendaciones y normas que mejorasen los estándares de gobierno corporativo en nuestro país. En este sentido, en 1998 vio la luz el llamado Informe Olivencia, resultado de los trabajos de la Comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades y que sirvió de base para la elaboración del primer Código de buen gobierno de nuestro país. En 2003, la Comisión especial para la transparencia y seguridad de los merca-

se han ido introduciendo constantes reformas en nuestro Derecho societario al tomar conciencia nuestro legislador de la importancia que tiene la correcta administración y gestión de las sociedades mercantiles, tal y como acredita el propio tenor literal del reciente art. 112 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público* (en adelante LRJSP, que entrará en vigor el próximo 2 de octubre de 2016) en el que se afirma que la Administración General del Estado y las entidades integrantes del sector público institucional, en cuanto titulares del capital social de las sociedades mercantiles estatales, perseguirán la eficiencia, transparencia y buen gobierno en la gestión de dichas sociedades mercantiles, para lo cual promoverán las buenas prácticas y códigos de conducta adecuados a la naturaleza de cada entidad.

De alguna manera había que poner freno a estas situaciones de mal gobierno corporativo y así se explica que la respuesta del legislador no se haya hecho esperar. En este sentido, se ha logrado un nuevo avance merced a la promulgación, el 4 de diciembre de 2014, de la Ley 31/2014, de 3 de Diciembre, *por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo* (en adelante, la Ley 31/2014) que entró en vigor el 24 de diciembre de ese mismo año.

El origen de la Ley 31/2014 se encuentra en la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013. El texto que, finalmente, resultó aprobado recoge, de manera prácticamente literal, las conclusiones del Informe de la Comisión de Expertos. Esta Comisión tuvo como cometido proponer las iniciativas y las reformas normativas que se consideraran adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, y prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas.

Precisamente, el objetivo principal que se pretende alcanzar con la realización de este trabajo reside en el estudio de las reformas introducidas por la Ley 31/2014 y por la reciente LRJSP de 2015, en el funcionamiento del órgano de administración de las sociedades de capital públicas.

II. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SAP

Es común a todas las SAP que la administración de la sociedad se encomiende estatutariamente a un Consejo de administración. No obstante, con mucha frecuencia en ellas se produce un desplazamiento de poder desde este órgano de administración

dos financieros y sociedades cotizadas elaboró el conocido Informe Aldama, modificando el código anterior y añadiendo nuevas recomendaciones. Finalmente, en 2006 se creó un Grupo de Trabajo Especial para armonizar y actualizar, en línea con las tendencias europeas, el contenido del Código de buen gobierno, dando lugar al Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas hasta ahora vigente.

hacia otros órganos de decisión más reducidos (presidentes, consejeros delegados, gerentes o comisiones ejecutivas) dado que, tradicionalmente, han ocupado el cargo de consejeros personas (funcionarios públicos, secretarios públicos, altos cargos de la administración pública, etc.) cuya formación empresarial no es la más adecuada para desempeñar con eficiencia y operatividad las funciones de dirección y representación que legal y estatutariamente tienen encomendados los miembros del Consejo de Administración de cualquier SA. Esta circunstancia ha propiciado que el Consejo de administración de las SAP adopte una estructura organizativa piramidal, con un presidente ejecutivo a la cabeza que será quien, al amparo de la autonomía estatutaria, ejerza en la práctica –bien en solitario o bien conjuntamente con consejeros delegados o con el gerente de la sociedad en el supuesto de las SAP locales– las facultades de administración y dirección de la sociedad.

1. Nombramiento y cese de los miembros del Consejo de administración

Según el sistema general de nombramiento y cese de administradores previsto en los arts. 211, 223 y 224 de la LSC corresponde a la Junta general de socios nombrar y cesar a los administradores de las SA. Ahora bien, el nombramiento y cese de los administradores de las SAP estatales ha planteado tradicionalmente dudas en cuanto que es discutible si el Estado puede nombrar directamente administradores al margen de la Junta general, y si éstos reciben órdenes directas de la Administración estatal al margen, también, de la Junta general².

A tenor de lo dispuesto en el art. 1801 LPAP, el Ministro al que corresponda la tutela de la sociedad³ 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 atribuir la tutela de la sociedad a un determinado Ministerio. Se quebranta, de esta forma, la competencia exclusiva y excluyente que la LSC otorga a la Junta general para que designe y cese, libre y autónomamente, a los miembros del Consejo de

² A este respecto, dispone el art. 116 LRJSP que el Ministerio, al que se le haya atribuido por acuerdo del Consejo de Ministros la tutela funcional de la sociedad anónima estatal, ejercerá el control de eficacia e instruirá a la sociedad respecto a las líneas de actuación estratégica y establecerá las prioridades en la ejecución de las mismas. Pudiendo, el titular del citado Ministerio de tutela y en casos excepcionales debidamente justificados, dar instrucciones a las sociedades, para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución.

³ Dispone el art. 116 LRJSP que al autorizar la constitución de una sociedad mercantil estatal con forma de sociedad anónima, de acuerdo con lo previsto en el art. 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, 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. En ausencia de esta atribución expresa corresponderá íntegramente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el ejercicio de las facultades que esta Ley y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, otorgan para la supervisión de la actividad de la sociedad.

administración. Parecido quebranto acontece, igualmente, respecto al nombramiento del Presidente del Consejo de administración pues, pese a estar esta competencia legalmente atribuida al propio Consejo (salvo disposición contraria en los estatutos, ex art. 245.2 LSC), el art. 181.1 LPAP preceptúa que el Presidente del Consejo tan sólo será nombrado formalmente por el Consejo ya que, aún cuando sea el Consejo el encargado de nombrar a su Presidente, siempre lo hará a propuesta del Ministro de tutela correspondiente y, en consecuencia, siempre estará actuando según las directrices marcadas por éste⁴.

Dentro del ámbito municipal, de las varias formas en las que se puede organizar la administración de las SA, el art. 90 del RSCL elige, igualmente, para las SAP locales al Consejo de administración. Este órgano, a tenor del art. 93.2 RSCL, estará integrado por tres miembros como mínimo y por nueve como máximo. Los consejeros serán nombrados libremente por la Junta general (art. 93.1 RSCL), pudiendo formar parte del Consejo de administración los miembros de la Corporación hasta un máximo de un tercio de aquél (art. 93.3 RSCL) si bien esta proporción parece que podría ser modificada por vía estatutaria a tenor de lo dispuesto en el art. 85 ter LRBRL que remite esta cuestión a los estatutos que serán, por tanto, los que determinarán la forma de designación y el funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades mercantiles locales. Por su parte, en las SAP mixtas, los representantes de la Corporación local en el Consejo de administración serán libremente designados por aquélla en la proporción de un 50% entre miembros que la constituyan y técnicos (art. 108 RSCL).

Al igual que sucede en cualquier SA y a tenor de lo dispuesto en el art. 214.3 LSC, el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar sus nombres, apellidos y edad, si fueran personas físicas o su denominación social, si fueran personas jurídicas y, en ambos casos, su domicilio y nacionalidad y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente (art. 215 LSC).

Según establece literalmente el art. 93.1 RSCL *los consejeros serán designados... por períodos no inferiores a dos años ni superiores a seis*. La permanencia en el cargo, por consiguiente, aparentemente sólo se encuentra condicionada por el período durante el cual el consejero ocupe el cargo de concejal, por la existencia de alguna causa de incapacidad o incompatibilidad o, en general, por la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 9 del **Real Decreto 2568/1986**,

⁴ De conformidad con el art. 181.1 LPAP *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*.

de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales (ROFCL). Parece pues, que la legislación local establece un plazo mínimo de dos años de duración del cargo de consejero de las SAP locales obviando, de esta forma, la facultad que el art. 223 LSC otorga a la Junta general de las SA de cesar libremente a los administradores en cualquier momento. Sin embargo, consideramos que si realizamos una interpretación sistemática y conforme a la LSC de la normativa local indicada, la conclusión que alcanzaremos no puede ser la anteriormente referida. La LSC establece que los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos pero sin que éste exceda de los seis años (art. 221.2 LSC), pudiendo, no obstante, ser cesados en cualquier momento por la Junta general de socios (art. 223 LSC). Así pues, consideramos que el RSCL no impide que los consejeros no puedan ser cesados por la Junta general durante los dos primeros años de su nombramiento, sino que se limita a prohibir que los estatutos sociales puedan establecer un plazo de ejercicio del cargo inferior a dos años o superior a seis.

Por último, hay que tener presente que también resultarán aplicables a las SAP las prohibiciones para el ejercicio del cargo de administrador establecidas en el art. 213 LSC para las SA. De este modo, no podrán ser administradores *los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio.* En cambio, dada la naturaleza pública del socio mayoritario, no puede ser de aplicación a las SAP la prohibición contenida en el segundo párrafo de este mismo precepto que hace referencia a los funcionarios públicos. Obviamente, como no puede ser de otra manera, es posible nombrar administradores de las SAP a *los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate* siempre y cuando no se encuentren incursos en ningún otro supuesto de incompatibilidad legal⁵.

2. La retribución de los miembros del Consejo de Administración de las SAP

La retribución que perciben los miembros de los Consejos de administración de todas las SAP se rige por lo establecido en los arts. 217 a 219 LSC. La LSC parte

⁵ Así cabe inferir del tenor literal del art. 180.2 LPAP que, con referencia a las SAP estatales, establece que “*los administradores de las sociedades previstas en el artículo 166.2 no se verán afectados por la prohibición establecida*” en el vigente art. 213 LSC.

de la natural gratuidad del cargo de administrador social (excepto en el caso de las sociedades cotizadas puesto que el art. 529 *sexdecies* LSC dispone que el cargo es remunerado salvo que los estatutos establezcan lo contrario). No obstante, los socios pueden si así lo desean retribuir a los administradores. Para que los consejeros tengan derecho a recibir una retribución por razón de su pertenencia al Consejo de administración será necesario que se reconozca expresamente tal derecho en los estatutos sociales, pues, de lo contrario, no podrán exigir nada ni la Junta general podrá acordar concedérselo.

Concretamente, se exige que en los estatutos se recoja y especifique el *sistema de retribución* [arts. 23.e) y 217.1 LSC]. Por sistema de retribución se entiende la forma, criterios, conceptos o modalidades de retribución, sin que sea necesario que en los estatutos determinen la cuantía exacta de la misma. Así, los estatutos pueden optar por cualquiera de los siguientes conceptos retributivos: a) una asignación fija; b) dietas de asistencia; c) participación en beneficios; d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución; f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador; y g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos. Los estatutos pueden recoger uno o varios de los conceptos o modalidades de retribución anteriores, así como aquellos otros que se consideren oportunos.

En caso de que en los estatutos no se haya procedido a concretar la cuantía de la retribución a percibir por los administradores, será la junta general la que deba acordar el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores (art. 217.3 LSC). Es lo que se conoce como “plan o política de remuneraciones” (como así lo denomina el art. 529 *septdecies* para las sociedades cotizadas). La distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo del consejo de administración, sin que venga obligado a retribuir de forma idéntica a los distintos consejeros. Por el contrario, puede establecer diferentes cuantías, siempre que la discriminación salarial venga justificada en consideración a las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero. De hecho, no todos los miembros de los Consejos de administración de las SAP locales tanto unipersonales como de economía mixta, tienen derecho a percibir una retribución por su condición de consejeros en estas sociedades. En efecto, según cabe inferir del tenor del art. 75.1 LRBRL la retribución que perciben los miembros de la Corporación local que desempeñen su cargo con dedicación exclusiva, será *incompatible con la de cualquier otra retribución con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes*. Por tanto, cuando el cargo de consejero de una SAP local recaiga en concejales con dedicación exclusiva, éstos no podrán percibir retribución alguna por su pertenencia al Consejo de administración de esta sociedad, a excepción, según podemos colegir de lo establecido en el art. 13.6 del ROFCL, de

las indemnizaciones que les pudiera corresponder por la *concurrencia efectiva* a los *Consejos de administración de empresas con capital o control municipal*⁶.

El plan de remuneración estará vigente hasta que no sea modificado por un acuerdo posterior de la junta general, salvo que la remuneración se hubiera referenciado al valor de las acciones, en cuyo caso, el propio acuerdo deberá indicar su duración.

La discrecionalidad de la junta general en cuanto a la concreción de la remuneración viene limitada por la “rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad”, exigiéndose que se incorporen “las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables (art. 217.4 LSC). Por tal razón, debe guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables.

A su vez, cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales. La participación solo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido(art. 218 LSC).

Por último, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas. El acuerdo de la junta general de accionistas deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan (art. 219 LSC).

3. Facultades y régimen de funcionamiento del Consejo de administración

De conformidad con la legislación mercantil vigente, las facultades de gestión interna y de representación de la sociedad frente a terceros se les encomiendan a sus

⁶ Según el art.13.6 ROFCL: “*Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte, en la cuantía que señale el Pleno de la misma. No obstante, todos podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de organismos dependientes de la Corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de empresas con capital o control municipal o de tribunales de pruebas para selección de personal*”.

administradores (art. 209 LSC). Respecto a las facultades de gestión, la LSC no contiene una regulación general expresa sino que tan sólo se contemplan facultades concretas, tales como la de convocar la junta general de socios (art. 167 LSC), la de formulación de las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado (arts. 253 LSC), o la facultad de pedir la declaración de concurso de la sociedad en el caso de su insolvencia (art. 3.1 LConc.).

En cambio, sí hace referencia expresa la LSC a las facultades de representación (art. 233 LSC). Más concretamente, en referencia al Consejo de administración, el art. 233.2 LSC establece que la representación corresponde al propio Consejo, aunque los estatutos puedan atribuir, además, el poder de representación a uno o varios consejeros a título individual o conjunto.

En el ámbito municipal, el art. 94 RSCL también atribuye expresamente al Consejo de administración de las SAP locales *plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa, dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil, sin perjuicio de las que se reservaren a la Corporación como Junta general y al Gerente*. De donde se puede inferir que serán los estatutos los que, respetando las competencias legal y estatutariamente conferidas a la Junta y al Gerente así como lo dispuesto en la legislación mercantil, delimiten las facultades de gestión y representación del Consejo de administración de las SAP locales.

En cuanto al ámbito de las facultades representativas conferidas a los administradores sociales, el art. 234 LSC dispone que *la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos*, de modo que, añade el citado precepto, *cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros*. Se configura de este modo un ámbito de representación cerrado en cuanto que limitado a los actos comprendidos en el objeto social previsto en los estatutos de la sociedad, a pesar de que la DGRN ha admitido en alguna de sus resoluciones que pueda ser estatutariamente ampliado cuando se traten de operaciones relacionadas con el objeto social (RDGRN de 12 de marzo de 1992 y 8 de julio de 1993) o, al menos, no contrarias al mismo (RDGRN de 3 de octubre de 1994). Pero, además, se configura como un ámbito de representación mínimo pues toda reducción del mismo, aun cuando se halle inscrita en el Registro Mercantil, tan sólo tendrá eficacia interna entre la sociedad y sus administradores representantes, pero nunca frente a terceros.

Por lo que se refiere a las reglas por las que se deberá regir el Consejo de administración a la hora de ejercer las facultades de gestión y de representación que legal y estatutariamente tiene atribuidas, debemos comenzar destacando que el Consejo de administración de cualquier SA es un órgano colegiado de funcionamiento complicado y escasamente regulado en la LSC, lo que obliga a estar, en esta materia, a lo

previsto en los estatutos y a lo acordado por el propio Consejo. Así se infiere de los arts. 245.2 LSC y 91 RSCL que encomiendan al Consejo regular su propio funcionamiento y designar a su presidente si no lo hacen los estatutos sociales, y del art. 23.f LSC al exigir que conste en los estatutos el modo de deliberar y de adoptar acuerdos del Consejo como órgano colegiado que es. Así pues, en caso de que los estatutos no contuvieran disposición contraria, el Consejo de administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros.

En esta misma línea, el art. 528 LSC obliga al Consejo de administración de las sociedades cotizadas a aprobar, *un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio Consejo, de acuerdo con la Ley y los estatutos, que contendrá medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad*. Reglamento que deberá ser comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores e inscrito en el Registro Mercantil (art. 115 LMV).

No obstante, sí regula la LSC otros aspectos que afectan al funcionamiento del Consejo de administración. Así, la LSC impone al Consejo de administración el deber de reunirse una vez al trimestre (art. 245.3 LSC), siendo convocado por el presidente o quien haga sus veces (arts. 246.1 y 529 *sexies*.2-a). Para su válida constitución deberán asistir, por sí o por representación, la mitad más uno de sus componentes (art. 247.2 LSC), aunque se pueden adoptar acuerdos sin sesión, siempre que sea por escrito y ningún consejero se oponga (art. 248.2 LSC). Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros que asistan a la sesión (art. 248 LSC), salvo que de forma estatutaria se haya establecido una mayoría reforzada o hayan concedido un voto dirimente al presidente. En cambio, la forma de deliberar y de adoptar acuerdos se determinará necesariamente de conformidad con lo previsto en los estatutos (*ex arts. 23.f LSC y 91 RSCL*).

En la práctica, como ya indicamos anteriormente, son frecuentes los Consejos de SAP que resultan del todo inoperantes al estar integrados por personas que carecen del suficiente conocimiento y experiencia en los asuntos sociales. Por esta razón, resulta habitual que las facultades de gestión y de representación que corresponden al Consejo se deleguen y concentren en una o en varias personas y que el Consejo reste como un simple órgano de control y fiscalización. Así, el art. 249.1 LSC permite que, siempre que los estatutos sociales no dispusiesen otra cosa o que la Ley lo impidiese⁷, el Consejo de administración pueda delegar las facultades que crea conveniente designando a tal fin *en su seno una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona*. Para tal delegación resultará necesario el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo a tenor del art. 249.3 LSC.

⁷ Como es el caso previsto en el art. 249.2 LSC según el cual “*en ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella*”.

De esta forma, los estatutos de las SAP suelen configurar la organización de sus Consejos de administración mediante la delegación de facultades en un Presidente y en comisiones ejecutivas, así como en un Gerente en el supuesto de las SAP locales. Se configura, de este modo, una organización corporativa fuertemente jerarquizada en cuya cúspide se sitúa al Presidente del Consejo con amplios poderes ejecutivos en la dirección de la sociedad y con facultades estatutariamente atribuidas casi absolutas en orden a la gestión, administración y dirección de la sociedad. A él se le encomienda asumir las funciones de naturaleza jurídico administrativa como la de relacionarse con los poderes públicos para recibir las directrices que oportunamente deberá seguir la sociedad en orden a las estrategias empresariales, financieras e incluso políticas, además de ser el encargado de informar e intervenir en el Parlamento si fuera requerido para ello. Pero también se le encomienda otras labores de naturaleza puramente societaria como la dirección y gestión de la sociedad, la vigilancia de todos los servicios, dependencias y de cualquier actividad social, o la adopción de medidas urgentes que requiera la satisfacción del interés social.

Junto a la figura del Presidente del Consejo, la legislación local coloca al Gerente al que configura, *ex art. 90 RSCL*, como un órgano más de las SAP locales, lo que pugna con el organigrama de los órganos sociales previsto por la legislación societaria y en el que tan sólo aparecen dos órganos: la Junta general de socios y los administradores sociales. Por esta razón, y teniendo presente que, de acuerdo con lo previsto en el art. 103 TRRL, la SAP local *se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles*, una estructuración de la figura del Gerente conforme con las reglas que disciplinan las sociedades de capital obligaría a considerar al Gerente como un apoderado delegado único más que como un órgano social propiamente dicho. Sin embargo, tal configuración del Gerente no parece posible en la medida en que éste se configura legalmente (*ex art. 90 RSCL*) como un órgano social más junto a la Junta general de socios y a los administradores y no como un mero apoderado. Queda pues la duda sobre la configuración que la legislación local confiere a la Gerencia, máxime si tenemos presente que el art. 94 RSCL se limita a afirmar que compartirá las facultades de gestión, dirección y ejecución de la empresa con la Junta general y con el Consejo de administración, y se deja en manos de los estatutos sociales la delimitación de las facultades que al Gerente correspondan, así como la fijación de su competencia, forma de designación y funcionamiento (arts. 91 y 94 RSCL). No obstante, pese a la libertad estatutaria que el RSCL confiere a las SAP locales a la hora de configurar a la Gerencia, lo cierto es que cualquier configuración que se haga de este órgano deberá respetar el esquema organicista previsto en la LSC. En consecuencia, consideramos que el Gerente de las SAP locales podría configurarse estatutariamente como el órgano social que, individual o conjuntamente con el Presidente del Consejo, ostente las facultades de dirección y de representación propiamente dichas de la sociedad, de forma que, el Consejo de administración se limite a ser considerado como el órgano de control y vigilancia de la dirección social.

4. Responsabilidad de los administradores sociales

La Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se reformó la Ley del Mercado de Valores y, la ya derogada, LSA, modificaron sensiblemente el régimen de responsabilidad de los administradores de las SA al otorgar una nueva redacción al art. 133 LSA y, sobre todo, al regular con mayor precisión, en los arts. 127 a 127 *quárter*, los deberes de los administradores inherentes al ejercicio del cargo.

En la actualidad, tras la reforma llevada a cabo en diciembre de 2014, se ha llevado a cabo una profunda mejora en cuanto se refiere al régimen jurídico de responsabilidad y deberes de los administradores sociales. Así, el ejercicio de las facultades gestoras y representativas ha de llevarse a cabo de acuerdo con las exigencias derivadas de dos supraderechos de ordenación de conducta: el deber general de diligencia (art. 225 LSC) y el deber de lealtad (art. 227 LSC). Conforme al primero, se impone a todo administrador el deber de crear valor para la empresa (talento). En cambio, el segundo de ellos hace referencia a la necesidad de que esas plusvalías se realicen de *buena fe y en el mejor interés de la sociedad* (talante). Se les pide, en efecto, que actúen con una diligencia profesional –la de un ordenado empresario en vez de la del buen padre de familia–, lo que supone que desempeñen su labor con dedicación y de forma eficaz (art. 225.2 LSC), cumpliendo escrupulosamente los deberes legales y estatutarios (art. 225.1 LSC) y adoptando una actitud activa que les impone informarse diligentemente de la marcha de la sociedad (art. 225.3 LSC). Pero, al mismo tiempo, se les exige la lealtad de un fiel representante lo que remite al deber de actuar siempre en interés de la sociedad y no en interés propio.

En consonancia con el rígido sistema de deberes que la LSC impone a los administradores sociales, se establece un severo régimen de responsabilidad que les será exigible a los administradores que causen daños a la sociedad, a los socios o a los terceros acreedores como consecuencia de los actos u omisiones contrarios a la Ley, a los estatutos o realizados sin observar los deberes inherentes al desempeño de su cargo (*ex art. 236.1 LSC*). Son presupuestos para que se aplique el citado régimen de responsabilidad que, en primer lugar, los administradores ejerzan su cargo y, en segundo lugar, que se demuestre el nexo causal entre su actuación y el daño causado y cuya reparación requiere de una efectiva indemnización.

Junto a la responsabilidad de naturaleza indemnizatoria regulada en los arts. 236 y siguientes de la LSC, nuestro Derecho también contempla, en los arts. 172.3 LConc. y el art. 367.1 de la LSC, otros supuestos de responsabilidad de los administradores de naturaleza sancionatoria. De conformidad con el art. 172.3 de la LConc. se les hace responder de las deudas de la sociedad declarada en concurso *si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación*, en cuyo caso, *la sentencia de calificación del concurso podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de*

la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Tal responsabilidad concursal de los administradores se concibe como una sanción que se les impone al considerarse que con su actuación ha contribuido a generar o agravar la situación de insolvencia del deudor mediando dolo o culpa grave.

Por su parte, el art. 367.1 de la LSC establece que *responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso.* Y, añade el citado precepto que, *las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.*

De la responsabilidad prevista en el art. 236 LSA *responderán solidariamente, ex art. 237 LSC, todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.* Así pues, una vez probada por el reclamante la responsabilidad del órgano de administración responderán todos sus miembros ya que se presume que todos son responsables del daño causado. Para exonerarse de esa responsabilidad colectiva no bastará con no haber participado, pues el ausente responde y el que se abstuvo en la votación del acuerdo lesivo también. De esta forma, para que resulten liberados de responsabilidad será necesario que prueben desconocer el acuerdo lesivo, o en caso contrario, que acrediten que se opusieron expresamente a él o hicieron todo lo posible para evitar el daño.

Como excepción al régimen jurídico general de las SA, también resultan exonerados de responsabilidad los administradores de las SAP estatales cuando, pese a que de su actuación se deriven consecuencias lesivas, obren en cumplimiento de las instrucciones dadas por el Ministro al que corresponda la tutela de la sociedad y resulte de interés público su ejecución⁸. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el

⁸ Así, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 116.6 LRJSP y 179 LPAP los administradores de las sociedades a las que se hayan impartido estas instrucciones actuarán diligentemente para su ejecución, y quedarán exonerados de la responsabilidad prevista en el artículo 236 LSC, si del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas.

art. 115 LRJSP de la responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro del Consejo de administración responderá directamente la Administración General del Estado que lo designó, pudiendo ésta exigir de oficio al empleado público que designó como miembro del consejo de administración la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial.

De conformidad con el art. 236.1 LSC, los administradores sociales responden frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales. En consecuencia, procederá el ejercicio de la acción social de responsabilidad cuando se haya ocasionado un daño a la sociedad y se pretenda reintegrar el patrimonio de ésta. La titular de esta acción será, según se infiere del art. 238.1 LSC, la sociedad, pero también resultan legalmente legitimados para su ejercicio los socios que representen al menos un 5% del capital social, así como los terceros acreedores sociales cuando el patrimonio social resulte insuficiente para satisfacer sus créditos y la acción social de responsabilidad no haya sido ejercida ni por la sociedad ni por los socios (arts. 239 y 240 LSC).

Y junto a la acción social de responsabilidad, la LSC contempla en su art. 241 la acción individual de responsabilidad que podrán ejercer los socios o los terceros contra los actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses.

DEBER DE OBEDIENCIA DEL EMPLEADO PÚBLICO Y SUS LÍMITES

M.^a Dolores Pérez Pino

Letrada de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. ÉTICA DE LA NEUTRALIDAD. 1. Regulación del deber de obediencia. 2. Regulación de la sanción al incumplimiento del deber de obediencia. 2.1. *Responsabilidad disciplinaria / administrativa*. 2.2. *Responsabilidad penal*. 3. Límites. 4. Objeción de conciencia. II. ÉTICA DE LA ESTRUCTURA.

A pesar del título de mi comunicación, no pretendo ir más allá de lo que son unas simples reflexiones a la vista del estado actual de la cuestión.

Y es que sobre este tema, se ha escrito mucho, y se ha debatido más aún por lo que todavía nos planteamos si nuestro Ordenamiento Jurídico ha sido capaz de responder a las dudas que suscita al servidor público la desobediencia de una orden de su superior jerárquico cuya antijuridicidad no resulta manifiesta.

Y para comenzar no podemos sino traer a colación, como ya hacía el Profesor Villoría Mendieta el estudio que Hanna Arendt, filósofa alemana realizó en 1963 sobre el “caso Eichmann”.

Adolf Eichmann fue un teniente coronel de la SS encargado de la “cuestión judía” y, en concreto, de la gestión de la “solución final” que, al acabar la II Guerra Mundial, consiguió huir a Argentina. Allí fue capturado por los servicios secretos de Israel y llevado a Jerusalem, donde se le juzgó y condenó a muerte. En el juicio, su defensa se basó en que él era un funcionario que cumplía órdenes, y además era un excelente funcionario que actuaba con eficacia, eficiencia e imparcialidad.

Esta sería la denominada ética de la neutralidad, entendida como aquella en virtud de la cuál, los funcionarios lo único que deben hacer es cumplir las leyes y las órdenes

que reciben de los superiores con absoluta neutralidad e indiferencia, y que, por ello, no tienen libertad de elección.

Pero es que además también alegó que toda la Administración alemana desarrollaba esas políticas y él era un pequeño “diente” en la inmensa maquinaria de modo que difícilmente puede rebelarse contra el sistema, esto es que se regía por la “ética de la estructura”, que consiste en que quienes prestan sus servicios en una administración pública no pueden ser hechos responsables de las acciones de sus organizaciones, las cuales son acciones colectivas en marcos estructurales cuyas consecuencias son el resultado de miles de actividades individuales moralmente inseparables.

Pues bien, habida cuenta de que la mayor parte de la ingente producción normativa de los últimos años, utiliza expresiones, como antijuridicidad manifiesta, códigos de conducta, ética política, ética administrativa, buen gobierno, nos planteamos si aquel binomio ética de la neutralidad– ética de la estructura, ha sido superado, o ha evolucionado hacia una mejor distinción entre lo que supondría el deber de obediencia y la sanción al incumplimiento, o si ya podríamos hablar de verdaderos límites a ese deber de obediencia sin capacidad decisoria de su destinatario.

Para ello vamos a analizar la evolución legal, y doctrinal de cada uno de estos conceptos.

I. ÉTICA DE LA NEUTRALIDAD

1. Regulación del deber de obediencia

El artículo 79 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (de ahora en adelante LFCE), señalaba que: *“Los funcionarios deben respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos, acatar sus órdenes con exacta disciplina, tratar con esmerada corrección al público y a los funcionarios subordinados y facilitar a éstos el cumplimiento de sus obligaciones.”*

Por tanto, ya desde 1964, existía una exigencia legal en el capítulo dedicado a los *“deberes de los funcionarios”*, del deber de obediencia de los funcionarios públicos pero además de forma bastante amplia, en cuanto que si bien se relacionaba lógicamente con el principio de jerarquía, se exigía además que se acatará *“con exacta disciplina”*, y no se contemplaban límites a ese deber de obediencia de modo que no dejaba libertad de elección al servidor público.

No obstante y aún cuando se recoge en sede de *“funcionarios de carrera”*, según lo dispuesto en el artículo 105 del texto articulado parece que le resulta de aplicación por analogía a los que la Ley denominaba *“funcionarios de empleo”*.

Por otra parte, esta redacción del texto articulado recuerda lo exigido en el ámbito militar. En particular en la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, cuyo artículo 27 relativo al “militar”, decía: *“Tendrá presente que el valor, prontitud en la obediencia y grande exactitud en el servicio son objetos a los que nunca ha de faltar, aunque exijan sacrificios y aun la misma vida en defensa de la Patria.”*

Y el artículo 28: *“La disciplina obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado. La adhesión racional del militar a sus reglas, fruto de la subordinación a valores superiores, garantiza la rectitud de conducta individual y colectiva y asegura el cumplimiento riguroso del deber.”*

De la misma forma se regula en el artículo 17 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero que aprueba las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, y se desarrolla en el Título II “De la disciplina”, artículos 44 y siguientes.

Este Real Decreto deroga el artículo 27, junto a otros, que tienen rango de Real Decreto según lo previsto en la disposición transitoria duodécima de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar y desarrolla los preceptos con rango legal.

Así bajo la rúbrica de “Virtudes fundamentales” dice: *“Tendrá presente que la disciplina, valor, prontitud en la obediencia y exactitud en el servicio son virtudes a las que nunca ha de faltar.”*

Ahora bien, llama la atención que a diferencia de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en el ámbito militar se introducían límites al deber de obediencia.

Así el artículo 34 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas decía: *“Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.”*

Y se desarrolla en el RD de 2009, en el artículo 48 expresamente titulado “Límites de la obediencia”: *“Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.”*

Es decir, que ya desde 1978 existe un límite claro al deber de obediencia, esto es, que no se trate de órdenes que entrañen delito o sean contrarias a la Constitución, lo cuál implica un importante avance frente a la ética de la neutralidad.

A mayor abundamiento, si tenemos en cuenta dos cuestiones interesantes que también se regulan en el ámbito militar respecto a la capacidad decisoria del funcionario.

La primera en cuanto a la posibilidad de intervenir en la toma de decisiones, así el artículo 29 de este Real Decreto: “Acatamiento y transmisión de la decisión”:

“Antes de que su jefe haya tomado una decisión, podrá proponerle cuantas sugerencias estime adecuadas; pero una vez adoptada, la aceptará y defenderá como si fuera propia, desarrollándola y transmitiéndola con fidelidad, claridad y oportunidad para lograr su correcta ejecución.”

Y la segunda respecto a la posibilidad de objeción sobre órdenes recibidas conciencia, que se regula en el artículo 49.

Pues bien habida cuenta lo anterior, y frente a la escasa y restrictiva regulación del deber de obediencia en la Ley de 1964 también en el ámbito de la función pública se fue avanzando, de modo que, de un lado, el artículo 79 se deroga por Disposición derogatoria Única a) Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público (de ahora en adelante EBEP) con el alcance no obstante, establecido en la Disposición Final Cuarta, y de otro, el deber de obediencia pasa a regularse en el artículo 54. 3, también en sede de “derechos y deberes” pero respecto de todos los “empleados públicos”, no sólo de los funcionarios de carrera.

Y además se recoge entre los “Principios de conducta” de los empleados públicos:

“Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes.”

Redacción que se mantiene igual en el artículo 54.3 del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, cuya Disposición derogatoria deroga la Ley anterior.

Como se advierte, ya se añade un límite al deber de obediencia en consonancia con la regulación militar del año 78. Esto es, no estarán obligados a obedecer si la orden constituye una infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico.

Y se mantiene la referencia al principio de jerarquía, como uno de los principios a que deben ajustar su actuación las Administraciones, según la Constitución (art. 103.1; art. 3.1, LRJPA)

Sin embargo no se recogen en el EBEP preceptos análogos a los antes citados para el ámbito militar respecto a la capacidad decisoria del funcionario.

2. Regulación de la sanción al incumplimiento del deber de obediencia

Como ya hemos analizado, el deber de obediencia se regula a nivel legal y resulta exigible en los términos comentados.

No obstante, para que se trate de una regulación completa es necesario determinar qué efectos produce el no acatamiento de la orden de un superior jerárquico cuando ésta no resulte manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico.

Para ello vamos a diferenciar, el plano disciplinario-administrativo del penal

2.1. *Responsabilidad disciplinaria/ administrativa*

En el ámbito militar, el artículo 80 de la Ley de 1985 calificaba como muy grave el incumplimiento de las Ordenanzas y a las órdenes de sus respectivos jefes .

Posteriormente la Ley Orgánica 8/98 regula el régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, ya lo tipifica expresamente como infracción disciplinaria, como falta grave, en el artículo 8 el incumplimiento de la orden debida, en particular:

1. Dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio.
2. Incumplir los deberes militares propios del destino o puesto que se desempeñe cuando no constituya infracción más grave o delito.
3. Incumplir un deber militar por temor a un riesgo personal.

Y lo sanciona con arresto en establecimiento disciplinario militar o pérdida de destino.

En el ámbito de la función pública el EBEP califica en el art. 95.2.i) asimismo como falta pero muy grave la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones del superior. Veamos los elementos que identifican esta responsabilidad:

- 1º. Se regula también en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria, tanto de los funcionarios públicos como del personal laboral.
- 2º. Se podrá imponer cualquiera de las sanciones previstas en el artículo 96: separación del servicio de los funcionarios, despido disciplinario del personal laboral, suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, traslado forzoso, demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria, apercibimiento, etc.
- 3º. La prescripción de las faltas muy graves es de tres años.

2.2. Responsabilidad penal

El delito de desobediencia grave de autoridades y funcionarios está contemplado en el Código Penal dentro de los delitos contra la Administración Pública en los artículos 410 y 411.

Establece el artículo 410 del Código Penal (CP), que

“1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.”

Por tanto se tipifica como infracción penal el incumplimiento de la obediencia debida, y se preservan los principios de coordinación y jerarquía administrativa si bien parece que el bien jurídico protegido en estos casos es el ejercicio legítimo de autoridad orientado a servir los intereses generales con sujeción al Ordenamiento Jurídico.

Analícemos también los elementos del tipo:

1º En estos supuestos el sujeto pasivo se amplía asimismo al concepto de autoridades que según el artículo 24 del Código penal será que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las asamblea legislativa de comunidad autónoma y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

De otro lado, se considera funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

2º Se hace referencia igualmente a la relación jerárquica- subordinación entre quien dicta la orden y la recibe, salvo para el caso de las resoluciones judiciales.

3º La orden debe ser precisa, clara, con un destinatario concreto, dictada en el ámbito de la respectiva competencia y revestida de las formalidades legales.

- 4º La acción típica consiste en negarse abiertamente a dar cumplimiento a una resolución judicial, decisión u orden de autoridad, aunque se admiten los casos en los que el subordinado adopta una visible pasividad, sin necesidad de manifestación de rechazo, sin que sea tipificable ni la tentativa ni la complicidad.
- 5º Al igual que en el ámbito disciplinario, se recoge una causa de justificación específica para las autoridades y funcionarios que no den cumplimiento a una orden que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de la Ley o de cualquier otra disposición general, esta amplia designación de fundamentos alcanza desde la Constitución a los reglamento generales.
- 6º Ahora bien, la sanción, en los casos en que pueda llegar a constituir delito consiste en pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Por otra parte debemos traer a colación asimismo el artículo 411 del Código Penal dispone: *“La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido por cualquier motivo que no se el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubiesen desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”*.

Se contempla en este caso, el supuesto en el que el funcionario que recibe una orden, tuviera dudas sobre su conformidad a derecho por infracciones no manifiestas, pudiendo someter estas circunstancias al superior y suspender en consecuencia su ejecución, habiendo sido ratificada la Orden posteriormente por el superior.

Recuerda al artículo 29 del RD de 2009, antes citado, que permite al militar hacer sugerencias pero cuando se dicta la Orden debe acatarla.

Por tanto, el delito se consuma no en el momento de la suspensión, sino en el de la desobediencia que acaece al recibir la orden por segunda vez.

En cuanto a la pena aplicable a este delito es mayor que la que corresponde a la desobediencia pura del artículo 410 del Código Penal, en cuanto que en cierto modo se trataría de un incumplimiento de una orden que se le reitera.

Por otra parte, llama la atención que a sensu contrario, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo actúa como eximente de responsabilidad criminal, según el artículo 20.7 del Código Penal.

Algún sector de la doctrina¹, considera que la cuestión de la responsabilidad penal del subordinado no está clara. *“La eximente de cumplimiento de un deber es una causa de justificación que elimina la antijuridicidad de la conducta del subordinado volviéndola lícita. Sin embargo la ejecución de una orden antijurídica es, congruentemente, una acción antijurídica. Si un mandato es de contenido antijurídico y, sin embargo la conducta del subordinado que lo obedece se considera lícita por entender que cumple con un deber, quiebra el principio de unidad del Ordenamiento Jurídico pues hablar de deber y de orden antijurídica implica una contradicción de difícil solución.”*

A nuestro juicio, la aplicación de la eximente determina que la conducta es antijurídica a efectos de responsabilidad penal, pero no quiere decir que no pudiera existir responsabilidad administrativa, o contable, o que la Orden si era antijurídica, deje de serlo.

Por otra parte, esta exención de responsabilidad puede ponerse en relación, aunque en otro plano, con la regulación de la responsabilidad de los administradores de sociedades estatales derivada de instrucciones impartidas por el Ministro.

Así el artículo 178 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) señala que: “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.”

Y el artículo 179 que: *“Los administradores de las sociedades a las que se hayan impartido instrucciones en los términos previstos en el artículo anterior 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 si del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas.”*

3. Límites

Como hemos analizado poco a poco se ha ido modulando la ética de la neutralidad, mediante el establecimiento de límites al deber de obediencia. En particular de la lectura de los artículos 54.1 EBEP y 410.1 CP, los límites al deber de obediencia son:

1. Que se trate de una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

¹ HERNANDEZ SUAREZ-LLANOS, F. J. *“A vueltas con la obediencia debida: ¿mandatos antijurídicos obligatorios?”*. RJUAM, nº 22, 2010-II, pp. 145-170.

La infracción, por tanto, ha de ser manifiesta, clara y terminante, no solo de una Ley, sino de cualquier otra disposición general. Es decir, se combinan ambos requisitos.

2. Que el mandato no sea vinculante

Ahora bien, nos planteamos, ¿qué ocurre en los casos de mandatos obligatorios pero antijurídicos con ilicitud no manifiesta?

Según DÍAZ PALOS, F.², el ámbito de estos mandatos quedaría muy reducido en la práctica, aparentemente y siendo fiel a la letra del precepto penal se colige la obligatoriedad de ciertos mandatos antijurídicos que son aquellos que manteniendo los presupuestos formales y competenciales, constituyen infracción de un precepto de ley o cualquier otra disposición general sin llegar a ser tal infracción manifiesta.

Ahora bien, ¿realmente existen mandatos antijurídicos obligatorios? ¿qué capacidad decisoria quedaría al subordinado?.

Siguiendo en este punto a HERNANDEZ SUAREZ-LLANOS F. J., existen diferentes posturas doctrinales, que defienden la posibilidad de que existan este tipo de mandatos:

1. La teoría de la nulidad del acto administrativo, de CEREZO MIR, que considera que con las causas de nulidad de la Ley de Procedimiento administrativo, el único mandato antijurídico obligatorio que cabría es el referido a los actos administrativos o procesales que solo son anulables por existir defectos no manifiestos de forma o incompetencia por razón de jerarquía.
2. La teoría de la desobediencia punible. RODRÍGUEZ DEVESA defiende la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios cuando pesa una sanción o pena en caso de desobediencia, que son aquellos en los que la infracción de la ley no es notoria, porque, señala, si el incumplimiento de un mandato está sancionado con una pena, la obligatoriedad de la orden deriva de la norma que conmina con pena el no obedecer.
3. La teoría de la apariencia o presunción de legalidad de las órdenes de los superiores dictadas con las formalidades legales y requisitos competenciales y siempre que no sean manifiestamente ilegales.
4. La teoría de la habitualidad, a través de la que QUERALT JIMÉNEZ concluye que cuando lo ordenado ejecutar por una orden concuerda con las competencias del subordinado y se enmarca dentro de las relaciones habituales entre el que manda

² DÍAZ PALOS, F. "En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida". Estudios jurídicos en honor del profesor OCTAVIO PEREZ-VITORIA, Tomo I, Bosch, Barcelona 1983, p. 197.

y el que obedece, la orden automáticamente se entiende de la clase de orden vinculante al generar una apariencia de legalidad.

Sin embargo, y en este punto compartimos la opinión de HERNANDEZ SUAREZ-LLANOS F. J., el subordinado debe siempre examinar la orden dada, tanto si resulta manifiestamente antijurídica, como si pudiera adolecer de una ilicitud no manifiesta, agudizándose la relevancia del error sobre la naturaleza legal de la orden.

En este sentido y a nivel legal, el único margen decisorio que compete al subordinado, ante un mandato de esta naturaleza, parece que se sitúa en un momento anterior, cuando por ejemplo en el ámbito militar el destinatario de la orden puede hacer sugerencias a su superior jerárquico, o bien en el propio artículo 411 CP, cuando precisamente se ha suspendido la ejecución de una orden ante las dudas de su conformidad a derecho.

A tal efecto, consideramos de aplicación en caso de duda, el último inciso del artículo 54.3 del EBEP, de modo que deberá ponerlo *inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes, aúncando no se trate de una ilicitud manifiesta*.

Sobre todo si tenemos en cuenta que ante este deber de obediencia, también el empleado público está sujeto a otros deberes, que conllevarían ponderar caso por caso. Como por ejemplo el artículo 53.1 del EBEP que establece que *los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico*, de modo que pueden considerar que el respeto por el Ordenamiento jurídico justifica la no ejecución de una orden que a su juicio resultara contraria al mismo.

4. Objeción de conciencia

En el ámbito de la capacidad decisoria del empleado público respecto al cumplimiento o no de una orden, debemos analizar igualmente, si resulta posible, amparándose en la objeción de conciencia, no cumplir con una orden de un superior jerárquico que no resulte contraria al ordenamiento jurídico.

Como hemos visto, tanto en el plano administrativo, como en el penal el incumplimiento de la obligación debida conlleva responsabilidad, de modo que, a nuestro juicio únicamente en los casos en los que la Ley permita invocar la objeción de conciencia quedará eximido de responsabilidad. Como ocurre por ejemplo en el ámbito castrense.

En este ámbito podemos citar la STS de 21 junio 2010 (RJ\2010\5759), que analiza si existe o no en nuestro ordenamiento un reconocimiento de alcance general del

derecho a la objeción de conciencia, citando jurisprudencia de la Sala (sentencias (cuatro) de 11 de febrero de 2009):

- 1º el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2. Fuera de este caso, la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado. Asimismo, es preciso añadir que ni las normas internacionales, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo han reconocido en el ámbito educativo.
- 2º Nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. Lo que ocurre es que se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo –no constitucional– y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, que podría crear, modificar o suprimir dicho derecho según lo estimase oportuno.
- 3º Respecto al reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, derivado del artículo 16 de la Constitución
 - La libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados, que es algo común a prácticamente todos los derechos fundamentales, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en el artículo 16.1 de la Constitución: “el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Pues bien, por lo que ahora importa, independientemente de la mayor o menor extensión que se dé a la noción de orden público, es claro que ésta se refiere por definición a conductas externas reales y perceptibles. Ello pone de manifiesto que el constituyente nunca pensó que las personas pueden comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público.
 - El reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.
 - La jurisprudencia constitucional española, tampoco ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Por ejemplo de las STC 53/1985 (RTC 1985, 53), relativa a la despenalización del aborto en

ciertas circunstancias y la s 154/2002 (RTC 2002, 154) , relativa a la condena penal de unos padres que, a causa de sus creencias religiosas, no autorizaron una transfusión sanguínea para su hijo menor, que luego falleció, sería muy difícil extraer un principio general por constituir claramente un supuesto límite, se trata de supuestos aislados, de innegables exigencias de justicia material del caso concreto.

Y, en cuanto a las sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 (RTC 1996, 177) y 101/2004 (RTC 2004, 101) , se contemplaban casos en que un militar y un policía fueron obligados a participar en actos religiosos. Cuando alguien sometido a una especial disciplina es obligado a participar en un acto religioso, hay sencillamente una violación de su libertad religiosa.

Es verdad que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado, pero al remitirse a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, requiere expresamente una “interpositio legislatoris” para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule.

– Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480) , que dispone: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

II. ÉTICA DE LA ESTRUCTURA

Como señalamos anteriormente, la “ética de la estructura”, consistía en que quienes prestan sus servicios en una administración pública no pueden ser hechos responsables de las acciones de sus organizaciones, las cuales son acciones colectivas en marcos estructurales cuyas consecuencias son el resultado de miles de actividades individuales moralmente inseparables.

Por tanto, para superar este concepto resulta necesario regular redefinir el concepto de “ética de la estructura”, esto es, de la actuación gubernamental, de las políticas de integridad de las Administraciones Públicas.

Manuel Villoria Mendieta³ distingue entre ética pública, ética política y ética administrativa:

³ VILLORIA MENDIETA, M. “*Empleo público e integridad: instrumentos, procesos y estructuras*”. Revista Vasca de gestión de personas y Organizaciones Pública. Núm. 1-2011, pp. 53-70.

La ética pública trata de definir lo que está bien y mal para la colectividad, aquello que podría constituir un patrón moral básico de carácter universal y generalizable, dado lo racional y razonable de sus fines, valores y prescripciones de conducta, patrón compatible con la propia búsqueda razonable del bien. La ética pública afecta a todos, no sólo a los funcionarios, sino a cualquier ciudadano. Todos debemos respetar sus principios y sus reglas. Incluso toda sociedad en el mundo presente debería asumirlas y protegerlas como fundamento de una convivencia justa y razonable.

La ética que debe guiar la conducta de los responsables políticos y de los empleados públicos es la ética política. Dentro de ella, podemos distinguir la ética propia de los niveles políticos y la ética administrativa o ética de los empleados públicos.

La ética administrativa, en consecuencia, debe considerarse parte de la ética política, en tanto en cuanto, en última instancia, se trata de definir qué principios y valores deben regir una parte de la vida pública. Los principios éticos en este ámbito de la ética política deben especificar:

1. Los derechos y deberes que las personas deben respetar cuando actúan en un entorno en el que sus actos afectan seriamente al bienestar de otras personas y de la sociedad;
2. Las condiciones que las prácticas colectivas y las políticas deberían satisfacer cuando también afectan al bienestar de las personas y de la sociedad (Thompson, 1985, p. 555).

La ética administrativa sería así pues, una ética profesional, parte de la ética política, que se refiere, según Svava (2007) a los estándares de conducta, sólidamente definidos y establecidos, que prescriben lo que los empleados públicos deben hacer, en términos de deberes de servicio público, principios, virtudes y beneficios para la sociedad.

Desde una perspectiva operativa, buen gobierno es el que asume los principios de la ética política e implanta los instrumentos, procesos y órganos necesarios para hacer reales los principios esenciales de dicha ética.

Pues bien, vamos analizar cómo se ha ido regulando y plasmando a nivel normativo esta ética:

Uno de los primeros pasos fue la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, otro el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005.

Actualmente se regula en los artículos 25 y siguientes de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que distinguen principios generales de principios de actuación.

Por su parte, la interrelación ética política-ética administrativa exige que exista un Código de Conducta de los empleados públicos, que se recogió en el EBEP, en la Ley 7/2007, y actualmente en el Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

El *artículo 52* “Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta”, establece que:

“Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.

Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.”

El artículo 53 del Estatuto Básico contiene⁴, los principios éticos que configuran el marco de actuación de los empleados públicos y que les sirven de guía para prevenir, en su actuación cotidiana, eventuales conflictos de intereses, entre los que le son propios y los generales que gestiona como servidor público.

Por su parte, los principios de conducta que se contienen, a continuación, en el artículo 54 son, en cambio, estándares y pautas de comportamiento referidos a la actuación de los empleados públicos dentro de la organización administrativa y hacia los ciudadanos, es decir, regulan la actuación “ad extra” de los empleados públicos, que son la manifestación externa de su actuación, y que vendrá inspirada por aquellos principios éticos.

Finalmente, hay que señalar que estos principios no son meras declaraciones, sino que son auténticas obligaciones que todos los empleados públicos tenemos que convertir en el eje de nuestra actuación de modo que su cumplimiento, será lo que permita asegurar la implantación de la ética administrativa, la ética política y en definitiva la ética pública, de modo que exista una verdadera evolución en el propio concepto de la ética de la estructura.

⁴ LOPEZ LAGUNA, F. M. “El Código ético de los empleados públicos”. Septiembre de 2008. Oficina de conflictos de Intereses.

**NATURALEZA DEL PAGO POR LA SOCIEDAD
DE LAS PRIMAS CORRESPONDIENTES
A CONTRATO DE SEGURO QUE CUBRA LA POSIBLE
RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES
PUBLICOS INTEGRADOS EN SUS ORGANOS
DE GOBIERNO**

Antonio Luis Faya Barrios
Letrado de la Junta de Andalucía

En mi comunicación, que parte de un muy buen informe jurídico que sobre la cuestión ha emitido recientemente mi compañera Mercedes Izquierdo, intento profundizar en la naturaleza de las primas pagadas por la entidad instrumental con ocasión de la concertación de un seguro que cubra la responsabilidad civil en que puedan incurrir los administradores públicos que forman parte de sus órganos de gobierno y en particular si pueden o no considerarse retribución en especie.

Incluso en el ámbito puramente societario y privado la cuestión dista de ser pacífica¹. Si bien tradicionalmente se han venido considerando parte de la remuneración de los administradores y en concreto retribución en especie, la citada autora enumera argumentos que a su juicio permiten cuestionar ese carácter retributivo de las primas desembolsadas por la sociedad. Así, destaca que no puede hablarse de retribución en la medida en que no constituyen una contrapartida de la sociedad a los administradores por la actividad de estos. No constituyen, añadimos nosotros, la causa en términos jurídicos de los servicios que el administrador presta a la sociedad², de manera que sería posible la contratación de un seguro incluso en los supuestos en que el desempeño del administrador es gratuito sin que ello enerve dicha gratuidad.

¹ CAMPINS VARGAS, A. Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos: especial referencia al ámbito de cobertura del seguro. Revista de Derecho Mercantil num. 249/2003. BIB 2003/2738.

² Artículo 1274 del Código Civil.

También pone de manifiesto este sector doctrinal que existe un claro predominio de los intereses sociales en la contratación del seguro. Lo cierto es que a través del seguro la sociedad adquiere la certeza del resarcimiento por los daños que el administrador negligente o desleal pueda causarle o por los que habiéndole sido causados por aquel a terceros hagan nacer responsabilidad de la sociedad. Y ello sin necesidad de acudir a largos y costosos procedimientos declarativos ni de confiar en la accesibilidad y suficiencia para permitir el resarcimiento pleno a costa del patrimonio personal del administrador.

Por último, se aduce la praxis aseguradora, que demuestra que la determinación de las primas no parte de un estudio de las circunstancias personales de cada administrador o el posible riesgo asociado a su desempeño, sino que se atiende a circunstancias objetivas de la sociedad, de manera que no se vincula a los administradores presentes, sino que va cubriendo a los que van ejerciendo esta función a lo largo del tiempo.

La regulación que de las retribuciones se efectúa en la Ley de Sociedades de Capital tampoco resuelve la cuestión. En tal sentido, el artículo 217³ del Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la ley, tras las últimas reformas, parte de un principio general de gratuidad del cargo de administrador a menos que otra cosa dispongan los estatutos, que además deberán establecer el sistema de remuneración. En su apartado 2 enumera posibles conceptos retributivos entre los que no se encuentra el pago de primas por estos seguros, pero tampoco puede considerarse *numerus clausus* tal relación.

Si la cuestión resulta controvertida en el ámbito privado, entendemos que respecto al pago de primas para asegurar la responsabilidad civil de los administradores públicos tanto en personas jurídicas de Derecho público como de Derecho privado aún hay más argumentos que permiten defender su carácter no retributivo:

En primer lugar, podemos citar las exigencias del principio de indemnidad. Supone este principio que quien sufre un daño o se ve privado de un derecho debe ser compensado, de manera que al ingresar en su patrimonio un equivalente al daño o a la pérdida sufrida pueda quedar indemne, carece en nuestro Derecho de una regulación unitaria.

Despliega dicho principio sus efectos en diferentes sectores de nuestro ordenamiento jurídico. En el ámbito público, junto a la incidencia que cabe reconocerle en materia

³ En cuanto al alcance general del precepto, bien que en su redacción anterior, véase la STS 180/2015 de 9 de abril (RJ 2015\2026) que con abundante cita de antecedentes de sentencias del Tribunal Supremo y de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado parte de una amplia libertad estatutaria en la conformación del sistema retributivo.

expropiatoria y de responsabilidad patrimonial de la Administración, debemos referirnos a la indemnidad de los funcionarios, vinculada a la propia relación estatutaria que les sitúa en una posición de sujeción especial respecto a la Administración a la que prestan sus servicios y que se encuentra reconocida desde antiguo en nuestro ordenamiento jurídico, en la Ley de Funcionarios del Estado de 1964 y en la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública de 1984 en su momento y actualmente en el Estatuto Básico del Empleado Público, en el que se aprecian manifestaciones del principio en el artículo 14, en las letras d), f) y l).

El Consejo de Estado ⁴entiende de plena aplicación el principio de indemnidad en la medida en que parte de que el empleado público no tiene el deber de soportar los perjuicios que se le sigan con ocasión del ejercicio de su actividad. Según el Dictamen 1684/2007 rige en materia de funcionarios públicos el principio de indemnidad, de tal forma que quien sufra por causa de su actuación pública, o con ocasión de ella, un daño sin mediar dolo o negligencia por su parte debe ser indemnizado.

Según lo dicho, como manifestación positiva del principio, al menos para los empleados públicos, tendríamos el derecho que les reconoce el 14.1 f) del texto refundido del EBEP no sólo a la defensa jurídica sino también a la protección de la Administración en los procedimientos que puedan seguirse contra ellos ante cualquier jurisdicción con ocasión del ejercicio legítimo de sus funciones. Es un concepto amplio que a mi juicio perfectamente puede englobar que la Administración preventivamente costee la suscripción de un seguro de responsabilidad civil.

En segundo lugar, debe partirse de que en nuestra Comunidad Autónoma el desempeño de los administradores públicos en un órgano de gobierno resulta ser esencialmente gratuito de manera que cuando se tiene la condición de alto cargo, que es el supuesto más frecuente de asunción de la representación de la Comunidad Autónoma en uno de estos órganos de gobierno, ni siquiera es posible devengar dietas o indemnizaciones por asistencia.

Si no se es alto cargo pero se está sujeto a la regulación común sobre incompatibilidad en el sector público, se excluye también (artículo 8 de la Ley 53/1984) el cobro de cualquier retribución por este concepto, pudiendo percibirse por excepción percepciones de naturaleza indemnizatoria como dietas e indemnizaciones.

Parece por tanto consustancial con la naturaleza de su función la gratuidad y por tanto, ello podría fundar junto a los demás argumentos la no atribución de naturaleza retributiva al pago de las primas del seguro. Así, el desempeño del administrador público o bien es una parte más de la relación estatutaria si es que se es funcionario o

⁴ Es interesante a estos efectos el estudio realizado por HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑÓN, TORRE DE SILVA y COLLADO MARTINEZ para la Revista Española de la Función Consultiva ,num.10, julio-diciembre 2008.

de la relación de confianza con quien lo designa si es una autoridad o alto cargo, luego de por sí no es susceptible de contraprestación adicional alguna a la retribución ordinaria y por tanto tampoco ha de recibir tal consideración el pago de la prima.

En tercer lugar, porque aunque desde luego la consideración fiscal que la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas haga de estos pagos no es determinante, sí que merece la pena resaltar que tras la modificación de su artículo 42 por la Ley 26/2014 y en línea con la distinción que introduce entre supuestos de no sujeción y supuestos de exención, la ley pasa a conceptualizar como supuesto de no sujeción las primas o cuotas satisfechas por la empresa: no se está realizando el hecho imponible y por tanto el pago de la prima no tiene la naturaleza de retribución en especie al trabajador. Creo que es un argumento importante junto a otros para considerar que no estamos ante una retribución en especie no sólo cuando lo que existe es un vínculo laboral sino cuando el vínculo es de otra índole o, simplemente, como es el caso, no hay en puridad vínculo con la instrumental de cuyo órgano de gobierno se forma parte, sino que se actúa a todos los efectos como representante de la Administración matriz.

En cuarto lugar, sería interesante reflexionar sobre qué intereses se satisface con la contratación del seguro. Si normalmente concurren el interés social y el del administrador (se dice que incluso puede asumir, en el mejor de los sentidos, más riesgos) sin faltar quien, como hemos visto, defiende que hay un claro predominio de los intereses sociales, en el sector público es aún más evidente a mi juicio que prima el interés público.

En tal sentido, podemos retomar la distinción que en cuanto a responsabilidad de los administradores sociales se hace entre la responsabilidad llamada interna por daños causados a la sociedad vinculada al ejercicio de la acción social de responsabilidad y la responsabilidad externa por daños causados a terceros. En este supuesto, no siempre responderá la sociedad repita o no después contra el administrador negligente, sino que en ocasiones será éste el que responda directamente frente al tercero en virtud de la llamada acción individual de responsabilidad que regula el artículo 241 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En cuanto a los requisitos de la referida acción, es interesante la STS 131/2016 de 3 de marzo (JUR 2016\52514) que citando jurisprudencia anterior señala lo siguiente:

2. Como afirmábamos en dicha resolución, la acción individual de responsabilidad de los administradores por actos llevados a cabo en el ejercicio de su actividad orgánica –y no en el ámbito de su esfera personal, en cuyo supuesto entraría en juego la responsabilidad extracontractual, del art. 1902 CC (LEG 1889, 27)– plantea especiales dificultades para delimitar los comportamientos de los que deba

responder directamente frente a terceros, a fin de distinguir entre el ámbito de responsabilidad que incumbe a la sociedad con quien contrata el tercero perjudicado y la responsabilidad de los administradores que actúan en su nombre y representación. Y aclaramos que la acción individual de responsabilidad, como modalidad de responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída por los administradores en el desempeño de sus funciones del cargo, constituye un supuesto especial de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 135LSA-241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC (sentencias de esta Sala de 4 de marzo y 7 de mayo de 2004 (RJ 2004, 2155) y 6 de abril de 2006 (RJ 2006, 1892), entre otras).

3. En casos como el presente, los administradores tienen la obligación de cumplir y respetar las normas legales que afectan a la actividad social o sectorial. El cumplimiento de este deber objetivo de cuidado, que consiste en no dañar a los demás, exige emplear la diligencia de un ordenado empresario y cumplir los deberes impuestos por las leyes (art. 225.1 LSC) en relación con los terceros directamente afectados por su actuación. La infracción de este deber supone un incumplimiento de una obligación de la sociedad, que es imputable a los administradores, por negligencia, en el ejercicio de sus funciones en el cargo, en su actuación como órgano social.
4. En principio, del daño causado a terceros responde la sociedad, sin perjuicio de que ésta pueda repetir contra sus administradores una vez reparado, mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 134LSA y arts. 238 a 240 LCS (RCL 1980, 2295)). Pero el art. 241LCS permite una acción individual contra los administradores, cuando en el ejercicio de sus funciones incumplen normas específicas que se imponen a su actividad social y tienden a proteger al más débil, en este caso, al comprador de una vivienda que anticipa su precio antes de serle entregada, y sufre directamente el daño como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones.

Por tanto se reconoce un ámbito, ciertamente restringido y limitado, de responsabilidad directa frente a tercero del administrador negligente a cuya conducta resulta imputable al daño.

Si intentamos aplicar al ámbito de las instrumentales de titularidad pública estas cuestiones, comprobamos que en lo que hace a responsabilidad interna, la misma resulta no ya de la legislación mercantil en su caso sino del propio ordenamiento jurídico administrativo. Pensemos en el artículo 36.3 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público y en la acción de repetición específicamente prevista para el caso de daños y perjuicios causados en los bienes o derechos de la Administración en el caso de miembros del Consejo de Administración de sociedades mercantiles estatales (artículo 115.2 LRJSP), de entidad u órgano liquidador de un consorcio

(artículo 127.2 LRJSP) o del patronato de una fundación del sector público (artículo 135 LRJSP).

De manera en esencia no diferente a lo que sucede en una sociedad mercantil privada en los supuestos de responsabilidad interna por daños causados por el administrador público con su conducta a la sociedad o a la Administración matriz, el seguro garantiza el resarcimiento sin quedar a las resultas de un procedimiento administrativo, sea el de repetición mencionado antes sea alguno de los vinculados a la exacción de responsabilidad contable, si es que se dan los supuestos de hecho de la misma ni depender para el pleno resarcimiento del patrimonio personal del administrador negligente frente a daños que pueden llegar a ser muy cuantiosos.

Pero es en el plano de la responsabilidad externa, por daños causados a terceros, en el que con más nitidez se aprecia el interés público subyacente en la contratación del seguro. Y ello en la medida en que frente a los supuestos del ámbito privado en que resulta posible que responda directamente el administrador y no la sociedad, en el ámbito público, el principio de responsabilidad patrimonial directa de la Administración por los daños causados por sus agentes (36.1 LRJSP) determina que siempre responda la Administración prima facie sin perjuicio como vimos de la posibilidad de repetir si procede. Principio que además se reafirma para los supuestos en que se actúa a través de entidades instrumentales, debiendo mencionarse que ex artículo 35 LRJSP se responde directamente cuando se actúa a través de entidades de Derecho privado en relaciones de esta naturaleza. Al tiempo que se establece con claridad que la responsabilidad que pueda corresponderle al empleado público como miembro del Consejo de Administración de una sociedad mercantil estatal, del órgano liquidador de un consorcio o del patronato de una fundación la asumirá directamente la Administración General del Estado (artículo 115). Todo lo cual probablemente ya resultaba de la aplicación al supuesto de los principios generales.

Por tanto de nuevo resulta especialmente conveniente para el interés público disponer de estas cantidades sin tener que afrontarlas con los recursos de la Hacienda Pública. Y ello no supone la impunidad del administrador público desleal frente al que caben las acciones de repetición a cargo de la Administración, las demás modalidades de responsabilidad que del ordenamiento resultan más la posible acción de repetición de la compañía aseguradora si hay conducta dolosa por su parte.

III

LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AJUSTADA A LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO

TRANSPARENCIA PÚBLICA: CUATRO HIPÓTESIS SOBRE LA NUEVA NORMATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA Y SOBRE SU APLICACIÓN

Emilio Guichot Reina

*Catedrático acreditado de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. PRIMERA HIPÓTESIS: UNA LEY DE TRANSPARENCIA ES UN INSTRUMENTO ÚTIL PARA LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN Y LA MEJORA DEL GOBIERNO, PERO NO BASTA SIN MECANISMOS EFECTIVOS DE APLICACIÓN, VOLUNTAD DE PONERLOS EN FUNCIONAMIENTO Y UNA CIUDADANÍA ACTIVA QUE EJERZA Y BATALLE POR SU DERECHO A SABER. II. SEGUNDA HIPÓTESIS: LA TRANSPARENCIA HA SIDO UNA PRIORIDAD FIJADA DE ABAJO ARRIBA AL CALOR DE CASOS DE CORRUPCIÓN QUE HAN PRODUCIDO UNA DESCONFIANZA RADICAL EN LA POLÍTICA Y EN LAS INSTITUCIONES. III. TERCERA HIPÓTESIS: LA LEY ESPAÑOLA Y LA MAYOR PARTE DE LAS LEYES AUTONÓMICAS SE SITUAN EN UN RANGO RAZONABLE DE EXIGENCIA, PERO DEJA UN AMPLIO MARGEN DE DESARROLLO NORMATIVO Y DE INTERPRETACIÓN APLICATIVA DE CUYO USO DEPENDERÁ EL NIVEL REAL DE TRANSPARENCIA. 1. Límites. 2. Publicidad activa. 3. Publicidad pasiva. 4. Sanciones. IV. CUARTA HIPÓTESIS: SIN AUTORIDADES DE CONTROL INDEPENDIENTES DE DERECHO Y DE HECHO NO HABRÁ AUTÉNTICA TRANSPARENCIA.

En las páginas que siguen llevaré a cabo una aproximación global a la nueva regulación estatal y autonómica de la transparencia, a cuál es su sentido, su origen, su contenido y sus garantías. Pondré particular insistencia en la puesta de relieve de la necesidad de analizar no sólo su profundidad o calidad sino también el papel decisivo que, a la vista del carácter abstracto de muchos de sus conceptos claves, corresponde al intérprete y aplicador, y en especial, a las autoridades de control. Sólo esa visión conjunta de contexto, texto y aplicación nos ofrece la medida del nivel real de transparencia pública en el que nos situamos. Desarrollo esta exposición a partir de cuatro hipótesis.

I. PRIMERA HIPÓTESIS: UNA LEY DE TRANSPARENCIA ES UN INSTRUMENTO ÚTIL PARA LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN Y LA MEJORA DEL GOBIERNO, PERO NO BASTA SIN MECANISMOS EFECTIVOS DE APLICACIÓN, VOLUNTAD DE PONERLOS EN FUNCIONAMIENTO Y UNA CIUDADANÍA ACTIVA QUE EJERZA Y BATALLE POR SU DERECHO A SABER

La transparencia, auténtico mantra, palabra mágica en el actual lenguaje político, es un instrumento clave para el control de la gestión pública, entendido en su perspectiva más preventiva y represora, y por ende, para su mejora.

Dos referencias a dos juristas y transformadores sociales por las que profeso una profunda admiración, pueden dar cuenta de las virtudes de la transparencia.

La primera se refiere a Louis Dembitz Brandeis y a su celeberrima frase “se dice que la luz del sol es el mejor de los desinfectantes”, que se ha convertido en la imagen más conocida que asocia transparencia y lucha contra la corrupción¹.

La segunda a Barack Obama, que un siglo más tarde, y citando esta misma frase de Louis Dembitz Brandeis, convirtió la apuesta por la transparencia y la rendición de cuentas, en un contexto de mejora hacia una Administración abierta a la participación ciudadana, en uno de los ejes de su acción política, hasta el punto de dedicarle simbólicamente el primer acto de gobierno del primer mandato².

¹ En 1914, en su libro *Other People's Money, and how the Bankers use it*. No es casual que fuera Louis Dembitz Brandeis su autor. Alumno excepcional de la Facultad de Derecho de Harvard, abogado y, desde 1916, juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América hasta su jubilación, dos años antes de su muerte en 1941. Destacó, como estudioso, como abogado y como juez, en la defensa militante de la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, siendo de hecho el que formuló el concepto de “derecho a la intimidad” a nivel mundial, en su célebre trabajo “the right to privacy”, publicado en 1890 en la *Harvard Law Review* junto a su colega Samuel Warren, y posteriormente incorporado en 1928 a su voto particular en la Sentencia del Tribunal Supremo *Olmstead v. Estados Unidos*. Toda su trayectoria profesional estuvo marcada por la lucha por la justicia social y contra la concentración, la opacidad y la corrupción del poder político y económico (lo que le valió el sobrenombre “abogado de la gente” en su etapa de abogado pro bono). Fue, además, el introductor de la técnica del acompañamiento de los escritos jurídicos con estudios y peritajes extrajurídicos, fiel reflejo de su apuesta por la interpretación del Derecho a la luz del sustrato sociológico y económico.

² Barack Obama, también brillante estudiante de la Facultad de Derecho de Harvard y presidente de la *Harvard Law Review* y posteriormente activista social y abogado de derechos civiles y profesor de la Universidad de Chicago, Presidente de los Estados Unidos de América y Premio Nobel de la Paz. Realizó una importantísima apuesta por la transparencia desde el comienzo de su trayectoria política. Ya lo hizo como senador, con la aprobación el 26 de septiembre de 2006, de la *Federal funding accountability and transparency act*, conocida como la *Coburn-Obama bill* (por ser el resultado del impulso de estos dos senadores) o, más popularmente, como *Google for government*, encaminada a dar transparencia a los gastos públicos y a todos los contratos públicos. Posteriormente, como Presidente, su primer acto de Gobierno al día siguiente de su toma de posesión, consistió en la aprobación de dos Memoranda relativos a la aplicación de la *Freedom of Information Act (FOIA)* y a la idea de Gobierno abierto, en el que apuesta por la transparencia y la interpretación más amplia de la normativa sobre acceso a la información como claves de un gobierno abierto, colaborativo, participativo y eficaz.

En España estamos en un momento “fundacional” de la transparencia desde el punto de vista jurídico. A finales de 2013 se aprobó la Ley 19/2013, de 9 de noviembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LT), la primera regulación legal integral sobre la materia en España. Durante su larga tramitación se pusieron de relieve las grandes expectativas depositadas por la sociedad en esta norma como instrumento de regeneración democrática y, en particular, como instrumento de lucha contra la corrupción. Una ley esperada, al menos, desde 1978, en que la Constitución Española en su artículo 105.b llamó a la aprobación de una ley para regular “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

Hemos llegado, en fin, a la retaguardia a la aprobación de una Ley de Transparencia. Como he desarrollado en otros escritos, los países pioneros en el reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública se encuentran entre los más desarrollados del mundo desde una perspectiva democrática, social y económica. En efecto, el movimiento comenzó como una brisa (fría, por su proveniencia) que se levantó en los países escandinavos y recorrió el Atlántico para recalar en los Estados Unidos, Canadá y los países de su área de influencia. La brisa se convirtió en un viento entre finales de los setenta y principios de los noventa, en que se expandió entre los países latinos de la Europa occidental. Y, finalmente, se transformó en un huracán, pues a finales de los noventa y principios del siglo XXI se produjo una generalización de la aprobación de leyes de transparencia y acceso a la información pública en los países de Europa occidental que aún carecían de ella (Reino Unido, Alemania, Suiza); en los países de Europa del Este y de Latinoamérica y, en fin, en países de Asia, África y Oceanía. En muchos de estos casos, vino acompañando al tránsito de regímenes no democráticos, en que el individuo era transparente y el poder opaco, a regímenes democráticos en que la situación se invirtió. El fenómeno se hizo, así, mundial, hasta el punto de que existen ya instrumentos regionales como, en Europa, el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos (CEADP), abierto a la firma de los Estados el 18 de junio de 2009, que establece un mínimo estándar europeo, o, en América, la Ley Modelo Interamericana Interamericana sobre derecho de acceso a la información, aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en 2010. En definitiva, el derecho de acceder a la información pública es una conquista que sólo se ha globalizado como consecuencia de la cuasi generalización del sistema de democracia representativa y de la lucha en su seno por una profundización en los mecanismos de control democrático³.

³ Con detalle sobre la cronología, véase, entre otros, GUICHOT, E., “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América”, *Derecho Comparado de la Información*, enero-junio 2012, pp. 135-188.

Resulta del máximo interés constatar que los países que han llegado antes a la transparencia coinciden con aquellos cuya ciudadanía perciben un menor grado de corrupción en el funcionamiento de sus gobiernos, de acuerdo con el Índice de Percepción de la Corrupción elaborado año tras año por la ONG Transparencia Internacional por el método de plantear las mismas cuestiones a ciudadanos de 177 países del mundo. No se quiere decir con ello que haya una relación causal exclusiva y directa entre normativa de transparencia y cuasi erradicación de la corrupción, sino, más bien, que se da un “círculo virtuoso”: los países más desarrollados democráticamente llegaron primero a aprobar normas sobre transparencia porque estaban preparados para esa apuesta (signo de que eran, por ende, menos tolerantes a la corrupción pública) y su puesta en práctica ha contribuido a prevenir prácticas corruptas institucionales o generalizadas.

Ahora bien, los estudios y el sentido común también nos advierten de que no basta con tener una buena Ley. Si acudimos al último estudio internacional sobre calidad de las Leyes estatales de transparencia de más de cien países⁴, nos encontraremos con el dato de que entre las diez mejor valoradas se encuentran, por ejemplo, las de Liberia, El Salvador o Sierra Leona, y entre las peor valoradas, las de Alemania, Austria, Bélgica o Italia⁵. Cabe cuanto menos dudar de que la práctica de la transparencia por la Administración (qué información se pone a disposición de todos en Internet y si es verdadera y actualizada, cuál es el tiempo real de respuesta a las solicitudes, en cuántos casos la respuesta de la Administración consiste en la inactividad o en afirmar que no dispone de la información, si se destinan suficientes recursos humanos cualificados a la aplicación de las leyes de transparencia, si hay o no una autoridad realmente independiente de garantía, si su independencia es real y cómo funciona...) sea acorde con estas valoraciones de la estructura normativa. A ello habría que sumar un estudio sobre el uso real que los ciudadanos hacen de este derecho y de la práctica de los tribunales al conocer de las demandas de acceso, allí donde hay tribunales independientes y con costes de tiempo y dinero no disuasorios.

En fin, como decía, mi primera hipótesis es que *una ley de transparencia es un instrumento útil para la prevención de la corrupción y la mejora del gobierno, pero no basta sin mecanismos efectivos de aplicación, voluntad de ponerlos en funcionamiento y una ciudadanía activa que ejerza y batalle por su derecho a saber.*

⁴ <http://www.rti-rating.org/>

⁵ En concreto, las diez primeras son, en este orden, las de Serbia, Eslovenia, India, Croacia, Liberia, El Salvador, Sierra Leona, Sudán del Sur, México y Maldivas, y en el furgón de cola se encuentran Austria, Liechtenstein, Tajikistan, Alemania, Jordania, Italia, Taiwan, República Dominicana, Bélgica y Uzbekistan.

II. SEGUNDA HIPÓTESIS: LA TRANSPARENCIA HA SIDO UNA PRIORIDAD FIJADA DE ABAJO ARRIBA AL CALOR DE CASOS DE CORRUPCIÓN QUE HAN PRODUCIDO UNA DESCONFIANZA RADICAL EN LA POLÍTICA Y EN LAS INSTITUCIONES

En España, como decía, estamos asistiendo en estos años a un momento “fundacional”. Los impulsos de la sociedad (ciudadanos en general, organizaciones no gubernamentales, periodistas, académicos) en tiempos de una profunda crisis de confianza política, institucional y económica han colocado la transparencia en la agenda política de forma no sólo nominal sino efectiva, de forma muy notoria a partir del año 2011, en que, fruto de esos impulsos, la aprobación de una Ley de Transparencia figuró ya en todos los programas políticos de los partidos de ámbito nacional que obtuvieron representación parlamentaria, asociada al debate sobre la corrupción y la necesidad de una regeneración democrática. Tras una larga tramitación derivada sobre todo de la comparecencia de expertos en el Congreso de los Diputados, acompañada de un intenso debate ciudadano⁶, mediático⁷ y académico⁸, se aprobó, con importantes modificaciones en la ampliación de los sujetos obligados y en la institución independiente de garantía respecto de lo previsto en el proyecto de Ley, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno⁹.

⁶ El Anteproyecto se sometió a un novedoso procedimiento de consulta pública entre los días 26 de marzo y 10 de abril, cuyas aportaciones no recibieron publicidad. Se formularon críticas desde diversos sectores a la falta de publicación de las sugerencias y opiniones de los ciudadanos. Posteriormente, el Grupo Parlamentario Socialista pidió acceso a las aportaciones ciudadanas antes de presentar las enmiendas. El Gobierno le remitió un denominado “Informe sobre la consulta pública electrónica del Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (puede consultarse en: <http://www.access-info.org/documents/105482716-Informe-del-Ministerio-de-Presidencia.pdf>). En él se informa de que la página web www.leydetransparencia.gob.es tuvo un total de 78.107 visitas y se recibieron un total de 3.669 observaciones a través de ella y otras 14 por registro.

⁷ Por todos, entre los artículos de expertos en la materia, A. GARRIGUES WALKER, J. LIZCANO ÁLVAREZ, J. SÁNCHEZ LAMBÁS y M. VILLORIA MENDIETA (integrantes del Comité de Dirección de Transparencia Internacional España) en el diario EL PAÍS, bajo el título “La Ley de Transparencia, solo el primer paso”, el 5 de abril de 2012 (http://elpais.com/elpais/2012/03/29/opinion/1333034562_798871.html), o E. GUICHOT, en el diario ABC, con el título “Transparencia: la hora de la verdad”, el 30 de abril de 2012 (<http://www.abc.es/historico-opinion/index.asp?ff=20120430&idn=1502732850340>), y “Luces y sombras de la Ley de Transparencia”, diario EL PAÍS, 5 de julio de 2013 (http://elpais.com/elpais/2013/06/26/opinion/1372261737_042333.html).

⁸ Vid. GUICHOT, E., “El Anteproyecto de Ley de Transparencia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, junio 2012, pp. 28-40, y “El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84, 2012, pp. 89-134; BARRERO RODRÍGUEZ, C., “La disposición adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 158, 2013, pp. 221-246; FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, pp. 233-298.

⁹ Sobre el tema, véase GUICHOT, E., “El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, pp. 17-34.

Durante su larga tramitación¹⁰ y tras su aprobación¹¹ se pusieron de relieve las grandes expectativas depositadas por la sociedad en esta norma como instrumento de regeneración democrática¹².

Si bien el paso de la inmovilidad al sprint por la transparencia, en una suerte de búsqueda de una relegitimación por parte de los políticos, tiene algo de sonrojante, mirado en positivo, es un buen ejemplo de cómo se puede contribuir desde abajo, desde la sociedad, a fijar las prioridades políticas y a mover a la acción a los grupos parlamentarios y al Gobierno en pos, en este caso, de un objetivo, la transparencia, que, de suyo, tiende a provocar la cautela cuando no el vértigo en la mente de los legisladores y de los administradores, incluso de aquellos que están convencidos, en el plano teórico, de sus evidentes y contrastadas bondades.

Finalmente, de todo ello, salió una norma plenamente homologable con la de los países de nuestro entorno, que tiene carácter básico y es de aplicación a un amplio espectro de sujetos obligados¹³. En efecto, las Comunidades Autónomas y las Entidades

¹⁰ Así, y en respuesta a la consulta pública formulada por el Gobierno al aprobar el Anteproyecto de Ley, que se desarrolló entre los días 26 de marzo a 10 de abril 2012, la página web creada al efecto recibió 78.107 visitas, 3.669 observaciones por vía telemática y 14 por registro. Se trató de un “buzón ciego” en que no podían conocerse las observaciones de los demás ciudadanos, que nunca se publicaron, ni los participantes recibían respuesta. No había, pues, interacción. Al ser requerido el Gobierno por el Grupo parlamentario socialista para que le diera traslado de los resultados de la consulta, alegó la pretendida imposibilidad derivada del derecho a la protección de datos de los participantes (en realidad, debía entenderse que el que participa en una consulta pública para la elaboración de una ley da su consentimiento implícito para el manejo de la información por sus representantes parlamentarios precisamente para la finalidad de la tramitación de la ley! Además, podrían haberse facilitado anonimizadas. Es un ejemplo (más) de perversión en el manejo de la normativa sobre protección de datos. No obstante facilitó un resumen de las principales cuestiones planteadas, en que destacaban las propuestas de ampliación de los sujetos obligados, de reconocimiento del derecho de acceso a la información como un derecho fundamental, de eliminación del silencio negativo y de creación de un órgano verdaderamente independiente de control.

¹¹ De acuerdo con el llamado Barómetro de la Transparencia en España 2015, elaborado por Consultores CSA para Acredita, para el 92,9% de los encuestados la transparencia es importante o muy importante y para el 71,5% puede ayudar a prevenir la corrupción. El 71,9% sabe que existe una Ley de Transparencia y el 79,8% la valora positivamente o muy positivamente. El 65,2% afirma conocer a qué obliga transparencia en la gestión pública y el 53,9% conoce la existencia del Portal de Transparencia, al que el 76,3% valora positiva o muy positivamente, afirmando haberlo visitado el 7,9%.

¹² Su disposición final séptima de la LT prevé su entrada en vigor al año de su publicación, en el ámbito estatal (esto es, el 10 de diciembre de 2014), mientras que los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales disponen de un plazo máximo de dos años para adaptarse a sus obligaciones (es decir, según la interpretación mayoritaria que refiere el *dies a quo* a la publicación de la LT, el 10 de diciembre de 2015).

¹³ El ámbito subjetivo es amplio, y combina los criterios orgánico, funcional y de financiación. En efecto, comprende de una parte a todo el sector público y a las instituciones constitucionales y estatutarias o colegios profesionales o cámaras, en relación con sus actividades sujetas al Derecho administrativo. También a las personas físicas y jurídicas privadas que presten servicios públicos o ejerzan funciones administrativas, que están obligadas a suministrar a la entidad pública a las que se encuentren vinculadas la información que les sea solicitada para cumplir con las obligaciones previstas en la Ley, previo requerimiento. O, finalmente, a partidos políticos, sindicatos, organizaciones de empresarios, y a las entidades privadas que reciben financiación pública a partir de un determinado porcentaje o cuantía (a los que la Ley andaluza ha sumado los centros concertados en los términos del concierto y los prestadores de servicios públicos locales en gestión indirecta en los términos que fijan las ordenanzas que regulen el servicio público y los pliegos).

Locales estuvieron al margen del proceso de elaboración de la LT pero están llamadas a desarrollarla y aplicarla, pues sus instituciones y sujetos vinculados a ellas figuran entre los obligados en los mismos términos que sus equivalentes de ámbito estatal, como veremos. La LT ha hecho un entendimiento muy amplio de la competencia para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, de modo que casi toda la regulación tiene carácter básico, incluidas las disposiciones sobre procedimiento. El ámbito propio que ha quedado para las leyes autonómicas está en la ampliación de las materias sujetas a publicidad activa y la determinación de los medios para llevarla a cabo, en las disposiciones de organización y en las medidas para garantizar la eficacia del derecho (formación del personal, elaboración de guías ciudadanas, etc.) y en la creación de autoridades independientes de transparencia o la atribución de sus competencias a autoridades independientes ya existentes. Junto a ello, cabe plantear que el plazo, establecido en un mes con carácter básico, puede ser acortado. No puede decirse lo mismo respecto de las limitaciones o del sentido del silencio, que constituyen una pieza clave en la delimitación del alcance del derecho y sus relaciones con otros bienes públicos y privados en concurrencia¹⁴.

El retraso en la aprobación de la LT hizo que diversas Comunidades Autónomas tomaran la delantera, aprobando sus propias leyes sobre la materia¹⁵. Otras se aprobaron con posterioridad¹⁶. En casi todas las demás estaban en marcha iniciativas en diversos parlamentos autonómicos que decayeron con las elecciones de 2015 y que sin duda se retomarán y los Gobiernos de otras Comunidades Autónomas están elaborando proyectos de leyes.

Estas iniciativas autonómicas dejan aún un margen de autonomía a las entidades locales que, básicamente, pueden ampliar aún más las materias objeto de publicidad activa, deben diseñar sus portales de transparencia y tomar decisiones en cuanto a la organización interna que permita llevar a efecto las determinaciones en materia de transparencia, y, si quieren, acortar más aún el plazo de respuesta a las solicitudes

¹⁴ Sobre la extensión de las bases estatales y el margen de actuación de las leyes autonómicas, véase GUICHOT, E., “El Proyecto de Ley de transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas”, *op. cit.*. Ya aprobada la Ley en GUICHOT, E., “Transparencia: aspectos generales”, en GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia...*, *op. cit.*, pp. 47-50.

¹⁵ Es el caso de la Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega (ya derogada), de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra o de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.

¹⁶ La primera de ellas la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. Le ha seguido la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de la Rioja, la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia, la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canaria, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña, la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León, Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la actividad pública y Participación ciudadana de Aragón, la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen gobierno y Participación Ciudadana de Comunidad Valenciana, y la Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno, que deroga la Ley de 2006.

de acceso a la información¹⁷. Y, de este modo, nos encontramos ahora con toda una batería de aprobación de Ordenanzas locales sobre transparencia.

En definitiva, mi segunda hipótesis es *que la transparencia ha sido una prioridad fijada de abajo arriba al calor de casos de corrupción que han producido una desconfianza radical en la política y en las instituciones.*

III. TERCERA HIPÓTESIS: LA LEY ESPAÑOLA Y LA MAYOR PARTE DE LAS LEYES AUTONÓMICAS SE SITÚAN EN UN RANGO RAZONABLE DE EXIGENCIA, PERO DEJA UN AMPLIO MARGEN DE DESARROLLO NORMATIVO Y DE INTERPRETACIÓN APLICATIVA DE CUYO USO DEPENDERÁ EL NIVEL REAL DE TRANSPARENCIA

La normativa sobre transparencia, estatal y autonómica y local, suscita toda una serie de cuestiones que es imposible abarcar en un trabajo de reducidas dimensiones como el presente. El detalle de la regulación lo he estudiado en otros trabajos, a los que me remito¹⁸. Ahora sólo quería destacar que, con carácter general, acoge un estándar razonable de exigencia en cada uno de sus aspectos, pero deja un amplio margen al aplicador. Será el análisis del desarrollo normativo y la interpretación y la aplicación de la normativa el que nos dé la medida real de la transparencia de la actuación pública.

Así, por ejemplo:

1. Límites

La LT ha optado por establecer un listado exhaustivo de bienes y derechos cuya posible afectación en caso de concederse el acceso puede limitar el derecho¹⁹. Ahora

¹⁷ Al respecto, hay que destacar que la Junta de Gobierno de la Federación Española de Municipios y Provincias, FEMP, aprobó el 27 de mayo de 2014 una Ordenanza Tipo de transparencia, acceso a la información y reutilización que, basada en buena medida en experiencias pioneras de algunos municipios, ofrece un modelo que puede inspirar a las ordenanzas locales que pueda aprobar cada entidad, si bien en parte cubierto por las leyes autonómicas que han establecido un trenzado de obligaciones de transparencia muy extenso en publicidad activa y recortado plazos de publicidad pasiva, haciendo que la Ordenanza suponga, en fin, una aportación adicional muy relativa.

¹⁸ Véase, por todos, E. GUICHOT (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Bueno Gobierno*, *op. cit.*

¹⁹ En su art. 14 se fijan los siguientes: a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones

bien, hay que advertir que, al no haberse dotado a la LT del carácter de orgánica, y teniendo en cuenta que no existe en nuestro sistema jurídico una ordenación jerárquica o por troncalidad entre leyes ordinarias, jurídicamente bien podría el legislador estatal, por disruptivo que fuera, añadir nuevos límites por leyes singulares. No cabe decir lo mismo de las leyes autonómicas o de los reglamentos locales, por cuanto estamos ante un precepto con carácter básico²⁰. En cuanto a la interpretación y ponderación de los límites, el carácter abstracto de su formulación es indiscutible, pero, en mi opinión, no había alternativa razonable, pues la realidad es tan proteica que el intento de una definición en positivo resulta un esfuerzo vano abocado al fracaso. Se trata de un campo abonado para la permanente y gradual tarea de perfilar la ponderación a que en cada particular supuesto haya de llegarse a ejercer por los sujetos obligados, en primer término, por la autoridad independiente de control, en segundo y destacado lugar, y por los tribunales, que tienen la última palabra. La práctica de décadas en el Derecho comparado no ofrece lugar a dudas en este sentido. La doctrina que se vaya fijando en su aplicación contribuirá a ofrecer un vademécum o guía de orientación al aplicador, y de la mayor o menor “generosidad” en la interpretación va a depender en una evidente medida el mayor o menor nivel de transparencia real. La LT contiene evidentes indicaciones que abonan una interpretación restrictiva de los límites. En efecto, su aplicación se contempla con carácter relativo (“el derecho de acceso podrá ser restringido”), puesto que está sometida al test del perjuicio (“cuando la divulgación de la información suponga un perjuicio para”). Está sujeta además a un principio de maximización del derecho, que lleva a que las restricciones tengan el mínimo alcance necesario (“la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de la protección”), lo que conecta con el principio de acceso parcial, acogido en el artículo 16, conforme al cual en los casos en que la aplicación de alguno de los límites no afecte a la totalidad de la información se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido, en cuyo caso, deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida. Resulta discutible la posibilidad excepcional de no conceder acceso alguno en los casos en que la omisión dé lugar a información distorsionada o carente de sentido, que puede dar lugar a abusos en su interpretación por algunos aplicadores, en lugar de que sean los propios destinatarios los que juzguen la utilidad de la información concedida, por lo que podría haber sido más conveniente, a mi juicio, la redacción

administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente. El listado del artículo 14 se complementa con un artículo posterior, el 15, dedicado al derecho a la intimidad y la protección de datos.

²⁰ Sin embargo, la Ley catalana ha suprimido algunos de ellos, lo que nos parece contrario a las bases estatales (recuérdese que eliminar límites no es, o no es sólo, ampliar el derecho de los ciudadanos, sino que también supone recortar los derechos de los ciudadanos afectados en su intimidad, en sus intereses económicos, o garantías de bienes públicos colectivos que les afectan).

propuesta por diversas enmiendas, como vimos, suprimiendo esta posibilidad y previendo acaso una advertencia en estos casos de la distorsión o falta de sentido que a juicio del aplicador puede implicar el acceso parcial concedido. Además, la LT permite que incluso en los casos en que el acceso suponga un perjuicio para los bienes en cuestión pueda prevalecer el interés público o privado en conocer la información si éste es juzgado “superior”. Aparece aquí como clave de bóveda el principio de ponderación, que es la espita que permite en el caso concreto valorar la importancia que para la sociedad tiene conocer la información en cuestión, incluso si con ello se causa un perjuicio para uno de sus bienes²¹. Pese a todas estas prevenciones, como puede observarse, una aplicación de “mala fe” casi siempre será capaz de encontrar asidero (o excusa) en algunos de los límites tan numerosos y abstractos. Por ello, sólo la práctica en la aplicación de los límites nos dará la medida de la transparencia.

2. Publicidad activa

La LT establece el principio general de publicación activa de la información “cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”, con aplicación de los límites antes estudiados. Además, se prevé que se dé publicidad a la información que se solicite con mayor frecuencia. A ello se le une, y es algo que valoro de forma muy positiva, la inclusión de un catálogo de toda una serie de información sumamente relevante, clasificada en “institucional, organizativa y de planificación”, la información “de relevancia jurídica”, y la información “económica, presupuestaria y estadística” (sobre proyectos normativos, planes y su evaluación, presupuestos y su ejecución, contratos convenios, subvenciones, que incluye esta última nada más y nada menos todos los contratos, convenios y subvenciones, sin excepción y con detalles sobre el procedimiento seguido para su adjudicación u otorgamiento, contenido, modificaciones, currículos, retribuciones e indemnizaciones de altos cargos, patrimonio público inmobiliario, etc.). Hay aquí un gran campo para la ampliación

²¹ Sin embargo, la LT alude a la posibilidad de que prevalega un interés público “o privado”, el del solicitante concreto de información. Como señalé en mi comparecencia en la Comisión Constitucional del Congreso, pugnando por su corrección, esta previsión, contraria a principios bien asentados en el Derecho supranacional y comparado, supone un grave desconocimiento del fundamento del derecho de acceso, que no es un derecho instrumental al servicio de la protección de otros derechos, sino un derecho autónomo al servicio de la transparencia, la participación y el control de la actuación pública, conectado con el Estado democrático y, por ende, al margen de cualquier distinción en función de la motivación que pueda tener el solicitante (que, por ello mismo, no exige). Dicho de otro modo, el único parámetro con el que confrontar la protección de los límites es el valor que para la sociedad tiene el conocimiento de la información, un juicio abstracto desvinculado por completo de la cualidad y motivación del solicitante. Lo que, por lo demás, hace que una vez concedido el acceso, la información pueda circular libremente en la sociedad y ser conocida por cualquiera (de hecho, diversos sistemas prevén la publicación automática de la información una vez entregada a uno o varios solicitantes). La previsión, es contradictoria con la falta de exigencia de ningún interés y, por ende de motivación, con el propio sentido del derecho de acceso y perturba, pues, de forma grave el entero sistema y pone en cuestión su acomodación al CEADP en general al Derecho comparado. Dicho de otra manera, en materia de transparencia, el peso del interés en la divulgación de información es el mismo, ya pida la información Agamenón o su porquero.

por vía de la legislación autonómica y de los reglamentos locales, que está siendo en efecto colmado²². La publicación ha de hacerse en las correspondientes “sedes electrónicas o páginas web”. Al respecto, se están poniendo en marcha los llamados portales de transparencia. Se prevé la publicación “de forma periódica y actualizada”, si bien la ley estatal y la mayor parte de normas autonómicas no prevén plazos concretos de publicación y de mantenimiento de la información publicada. Ahora bien, la práctica de los portales desvela, hasta el momento, prácticas discutibles o directamente contrarias a esta regulación, como la falta de publicación de determinados contratos menores, la publicación de las resoluciones de compatibilidad de empleados públicos, sin identificación de las personas beneficiarias, etc.

3. Publicidad pasiva

La otra cara de la publicidad activa es la publicidad pasiva o “derecho de acceso a la información pública”, mecanismo no limitado ya a categorías de información, como la publicidad activa, sino general. El plazo de resolución acogido como básico en la LT se mueve dentro de parámetros comparados razonables: un máximo de un mes desde la recepción por el órgano competente para resolver, ampliable por otros meses en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario, previa notificación al solicitante²³. No obstante, en uso de sus competencias, los sujetos obligados pueden reducir (que no ampliar, al ser una garantía básica) normativamente dicho plazo. El sentido del silencio, negativo en la LT, tiene carácter básico. Por ello ni las leyes autonómicas ni los reglamentos locales podrían tampoco cambiar esta regla por esta misma razón, pues ha de tenerse en cuenta que el silencio positivo, al margen de la complejidad de su efectividad en una materia como ésta que requiere de la puesta a disposición de información, supondría la puesta en peligro de otros bienes constitucionales públicos y privados protegidos por los límites establecidos en la propia LT²⁴. Ahora bien, resulta evidente que la efectividad del derecho de los ciudadanos dependerá en buena medida de que los sujetos obligados respondan de hecho en plazo y en que no se escuden en respuestas que nieguen la propia existencia de la información²⁵. En todo caso, en mi opinión, un

²² La Ley andaluza, por ejemplo, ha ampliado la publicidad activa a las agendas institucionales de los gobiernos, relaciones de puestos de trabajo, catálogos de puestos o equivalentes, referidos a todo tipo de personal “con indicación de sus retribuciones anuales”, inventario de entes, información sobre financiación y deuda pública, orden del día de reuniones gobiernos y acuerdos con información contenida en el expediente.

²³ En su criterio interpretativo núm. 5, de 14 de octubre de 2015, el Consejo de Transparencia estatal ha recalado que la ampliación debe ser notificada al solicitante antes del plazo de un mes de forma motivada.

²⁴ Sin embargo, algunas leyes autonómicas han establecido un *sui generis* silencio positivo, salvo que una norma con rango de ley prevea lo contrario (*sic*). Es el caso de las leyes navarra, catalana (que añade que en todo caso “no se puede adquirir por silencio administrativo el derecho de acceso si concurre alguno de los límites establecidos por esta u otras leyes para tener acceso a la información pública.”), aragonesa y valenciana.

²⁵ La LT prevé que frente a la desestimación expresa o presunta cabe interponer una reclamación ante la autoridad independiente de control en el plazo de un mes. El Consejo de Transparencia estatal ha interpretado en su criterio interpretativo núm. 10 de 17 de febrero de 2016 que en los casos de desestimación presunta no hay

aspecto crucial es la interpretación que se dé a las causas de inadmisión previstas en la LT y reproducidas con algunas precisiones en la legislación autonómica. Conviene prestarles la debida atención porque en su interpretación se juega no poco de la efectividad del derecho de acceso, y se trata en todos los casos de conceptos muy vagos, como los de información “en curso de elaboración o de publicación general”²⁶, “información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”²⁷; “información para cuya divulgación sea necesaria una acción de previa reelaboración”²⁸, “solicitudes dirigidas a un órgano en cuyo poder

plazo para reclamar, alineándose así con la jurisprudencia constitucional y con las normas sobre procedimiento administrativo.

²⁶ Trata de salvaguardar una cierta economía de medios y eficacia de la gestión de la información. Podría haberse precisado la obligación de informar al solicitante del órgano responsable, el plazo previsto de terminación y el modo de publicación, como han precisado numerosas leyes autonómicas. La Ley andaluza precisa que la denegación de información deberá especificar el órgano que elabora dicha información y el tiempo previsto para su conclusión y puesta a disposición.

²⁷ Esta causa de inadmisión contiene un criterio general y una serie de ejemplificaciones. El criterio general de exclusión de la “información de carácter auxiliar o de apoyo”, por lo demás, no definida en Derecho, parece razonable; sin embargo, la mención en la ejemplificación de los informes internos ha sido criticada, en la medida en que, por su ambigüedad, puede dar lugar a abusos. La Ley andaluza dispone que los informes preceptivos no podrán ser considerados como información de carácter auxiliar o de apoyo, en sintonía con la enmienda 471 que presentara en su día en el Congreso de los Diputados el Grupo parlamentario socialista), ni aquellos que son externos (incluidos dictámenes, informes solicitados a peritos, etc.), a salvo, claro está, de que concurra alguno de los límites legales, pero no ya como causa de exclusión, esto es, como impedimento *ab initio*, sino tras un juicio ponderado. El Consejo de Transparencia estatal, en su criterio interpretativo núm. 6, de 12 de noviembre de 2015, ha interpretado que esta causa de inadmisión ha de interpretarse restrictivamente y hay que estar al carácter de la información, y no a su formato o denominación, y ha puesto como ejemplos de información auxiliar la que contiene opiniones valoraciones personales del autor que no manifiesten la voluntad del órgano o institución, cuando se trate de un texto preliminar o borrador sin la consideración de final, cuando se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad, cuando se trate de comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento o cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados a la motivación de una decisión final.

²⁸ Al apoyarse sobre el concepto “información” y no de “documento”, el legislador español se ha visto necesitado de establecer alguna restricción ante la posibilidad de solicitudes genéricas que conviertan a los sujetos obligados en auténticos “consultores” al servicio de cualquier solicitante, y al respecto dispone que se exceptúan del derecho de acceso la información para cuya divulgación “sea necesaria una acción previa de reelaboración”, concepto éste cuya interpretación más o menos amplia va a ser uno de los elementos nucleares de la aplicación de la Ley. Parece que hay que estar a un criterio de razonabilidad. Es decir, por una parte, no se debería entender que la “reelaboración” implica que si la información solicitada no coincide exactamente con la contenida en un documento individual determinado debe inadmitirse la solicitud. Si ése hubiera sido el resultado querido, la LT se habría apoyado en el concepto de documento. Una interpretación tal frustraría radicalmente las expectativas puestas en la Ley. La práctica revela cómo la información solicitada lo es a menudo en forma de preguntas directas sobre datos, que pueden requerir a menudo la “confección” de la respuesta; máxime cuando estamos ya en un mundo digital en que la información figura en bases de datos a menudo interconectadas. Pero, por otra parte, claro está que, si se opta, como ha hecho la LT, por un concepto tan amplio como el de “información”, en lugar del más común de “documento”, es necesario establecer alguna restricción ante la posibilidad de solicitudes genéricas que conviertan a los sujetos obligados en auténticos “consultores” al servicio de cualquier solicitante, que revelen un uso abusivo con cargo a fondos públicos y con capacidad de paralizar el funcionamiento de los servicios administrativos. Sólo la práctica y las resoluciones de las autoridades de control y de los tribunales irán afinando –y sólo en lo posible– el entendimiento de este concepto, que sin duda va a ser controvertido. El debate se ha planteado a nivel mundial, singularmente en la reforma de la

no obre la información cuando se desconozca el competente”²⁹; o “solicitudes que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia”³⁰.

4. Sanciones

La LT es muy parca en lo que se refiere al régimen sancionador por el incumplimiento de sus previsiones. Tan sólo, y ante las críticas que suscitó durante la tramitación pre-parlamentaria y parlamentaria la ausencia de previsión de sanciones, castiga como infracción grave a los efectos de la normativa de régimen disciplinario los incumplimientos reiterados de las obligaciones de publicidad activa o de la obligación de resolver en plazo las solicitudes de acceso. Se trata de una laguna sumamente llamativa. Esta parquedad da pie a un amplio desarrollo por las leyes autonómicas, que, respetando lo establecido con carácter básico, establezca un completo catálogo de infracciones y sanciones tanto por autoridades como por empleados públicos y entidades privadas sujetas a las obligaciones de transparencia³¹. Ahora bien, aún en estos casos se plantean importantes incógnitas, como por ejemplo quién sería el

normativa sobre acceso a los documentos de la Unión Europea, sugiriéndose que se abra el acceso a los datos que sin figurar en documentos singularizados, puedan obtenerse de bases de datos mediante procedimientos sencillos, solución ésta acogida en la normativa autonómica. La Ley de Andalucía precisó que no puede considerarse como reelaboración la información que pueda obtenerse mediante un tratamiento informatizado de uso corriente. El Consejo de Transparencia estatal, en su criterio interpretativo núm. 7 de 12 de noviembre de 2015, ha determinado que en estos casos la decisión de inadmisión a trámite habrá de ser motivada en relación con el caso concreto y hará expresión de las causas materiales y los elementos jurídicos en los que se sustenta; que la reelaboración supone un nuevo tratamiento de la información y no debe confundirse con otros supuestos tales como el volumen o la complejidad de la información solicitada, la inclusión de datos personales susceptibles de anonimización o el acceso parcial de la información, supuestos que no son causas de inadmisión; y, finalmente, que las dificultades en la reelaboración han de basarse en elementos objetivables de carácter organizativo, funcional o presupuestario, que deben ser expresados en resolución motivada.

²⁹ Esta causa de inadmisión hay que relacionarla con otros preceptos. El artículo 17.1, que prevé que la solicitud se dirija al titular del órgano que posea la información; el apartado segundo del propio artículo 18, conforme al cual en el caso de que se inadmita una solicitud por concurrir esta causa, el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud; y el 19.1, según el cual si la solicitud se refiere a información que no obre en poder del sujeto al que se dirige, ésta la remitirá al competente, si lo conociera, e informará de esta circunstancia al solicitante. El conjunto de estas disposiciones denota una innegable incoherencia, en su tal vez bien intencionado intento de apurar al máximo el auxilio al solicitante a la hora de localizar al órgano que posee la información, que es ciertamente necesario en un sistema tan complejo de competencias como el nuestro.

³⁰ El rechazo a las solicitudes manifiestamente abusivas es una previsión ampliamente generalizada en el Derecho comparado. No es necesario puntualizar que la apreciación de esta causa de inadmisión ha de ser claramente restrictiva por lo que es saludable la precisión de que en todo caso ha de ser aplicada siempre en relación con la finalidad de transparencia, que, en depende qué casos, puede justificar solicitudes poco espaciadas en el tiempo tratándose de asuntos en permanente actualización, o bien referidas a un volumen considerable de información, cuando se relaciona toda ella con un mismo tema. De nuevo habrá que estar para mayores concreciones a los criterios que respecto de cada tipo de información vayan sentando las autoridades de control y la jurisprudencia.

³¹ Véase al respecto la completa y contundente regulación contenida en el Título VI de la Ley de Transparencia Pública de Andalucía (arts. 50 a 58).

competente para sancionar a un Presidente de Comunidad Autónoma o a un Alcalde o presidente de Diputación o si se trata de un puro brindis al sol, y, si es así, cómo se cohonesta con la previsión contenida en la normativa autonómica –entre ellas, la andaluza– según la cual Autoridad independiente, cuando constate incumplimientos susceptibles de ser calificados como alguna de las infracciones antes referidas, insstará la incoación del procedimiento y el órgano competente está obligado a incoar el procedimiento y a comunicar a la Autoridad independiente las medidas.

En suma, mi tercera hipótesis es que, ante una normativa que se apoya en los conceptos jurídicos indeterminados y en la ponderación, la medida de la transparencia vendrá en buena medida de la mano no sólo de la regulación legal sino de su interpretación y aplicación por los operadores jurídicos.

IV. CUARTA HIPÓTESIS: SIN AUTORIDADES DE CONTROL INDEPENDIENTES DE DERECHO Y DE HECHO NO HABRÁ AUTÉNTICA TRANSPARENCIA

Conectemos ahora las tres hipótesis iniciales para llegar a una cuarta y última: si la normativa sobre transparencia ha sido aprobada como exigencia y reacción ciudadana ante el descrédito de la política y no basta si no va acompañada de mecanismos que garanticen una interpretación no restrictiva de la que dependen el nivel real de transparencia, podemos fácilmente concluir que sin autoridades de control independientes de derecho y de hecho no habrá auténtica transparencia. Y es que en materia de información, o se garantiza una respuesta independiente, rápida y gratuita a los reclamantes, o la tutela del derecho de acceso a la información no es efectiva.

El Derecho comparado muestra como es la solución mayoritaria y cómo el papel de estas autoridades al interpretar y resolver es decisivo en la efectividad del derecho de acceso.

Ciertamente, la LT prevé que frente a toda resolución cabe recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativo (cualquiera que sea la naturaleza de Derecho público o privado de su autor, obsérvese). Pero también prevé como garantía básica la posibilidad de interponer una reclamación previa ante una autoridad independiente. Debe recalcar que se tratan de reclamaciones que sustituyen a los recursos administrativos y están dotadas por ello de plena fuerza ejecutiva y ejecutoria, es decir, son vinculantes y de obligado cumplimiento, a expensas de la posibilidad de impugnación ante los tribunales contencioso-administrativos, como vimos, y del efecto suspensivo de este eventual recurso sobre su eficacia.

Para el ámbito estatal, la LT regula una autoridad administrativa independiente de nueva creación, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Su Presidente es nombrado por el Gobierno y ratificado por el Congreso de los diputados por mayoría absoluta. Su mandato no renovable es de cinco años y sus causas de cese son tasadas. Concentra las principales funciones ejecutivas, entre ellas, las de resolver las reclamaciones. Junto al este órgano unipersonal ejecutivo se encuentra la Comisión, órgano colegiado e interinstitucional, con competencias que podríamos calificar de menores³².

La disposición adicional cuarta de la LT dispone, desde su versión inicial, que la resolución de la reclamación corresponde, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, “al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas”. Optativamente, permite a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades Autónomas atribuir la resolución de las reclamaciones al CTBG, siempre que celebren el correspondiente convenio con la AGE, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Algunas de ellas se han acogido a esta posibilidad³³. Obsérvese que, en el caso de las Entidades Locales, la LTBG también opta, aparentemente, por una solución similar a la contenida en la LOPD, la de atribuir la competencia a un órgano independiente autonómico³⁴.

Dejando al margen a las Comunidades que han optado por suscribir convenio con el Consejo estatal y aquellas otras que no se han adaptado aún a esta obligación básica, los modelos adoptados han sido heterogéneos.

Las más optan por instituciones de nueva creación dedicadas sólo a la transparencia, con múltiples variantes: órgano colegiado de extracción parlamentaria (Cataluña) o integrado por representantes de instituciones estatutarias (Aragón), órgano unipersonal de extracción parlamentaria (Canarias); órgano colegiado con poderes ejecutivos elegido por el Parlamento y órgano colegiado consultivo con representantes de Instituciones públicas y sociales (Valencia). Andalucía ha optado por atribuir a una misma Institución de nueva creación la competencia en materia de transparencia y protección de datos, en la que las competencias ejecutivas las concentra el Presidente, de elección parlamentaria, y la Comisión, que integra a representantes institucionales y sociales

³² Se optó por este modelo y no por otro que integrara también a representantes de la sociedad civil (consumidores y usuarios, ONGs, expertos...), lo que podría haber sido una buena idea, como habían demandado algunos expertos.

³³ Han suscrito convenio al tiempo de redactar estas líneas Asturias, Cantabria, Castilla-la Mancha, La Rioja, Extremadura y Ceuta.

³⁴ Curiosamente, la Ley murciana restringe la competencia de su Consejo al ámbito autonómico y deja en el limbo a las entidades locales.

tiene funciones meramente consultivas³⁵. El modelo mayoritario ha sido el de elección parlamentaria por mayoría reforzada, mandato no renovable y causas de cese tasadas.

Otras Comunidades han residenciado la competencia para la resolución de reclamaciones en el Defensor del Pueblo autonómico (Castilla-León y Galicia) –mutando así para esta materia la hasta ahora “consustancial” naturaleza no ejecutiva de sus resoluciones– y, rocambolescamente, la Comunidad de Madrid optó en un momento inicial por atribuir la competencia a su Consejo Consultivo, que no llegó siquiera a ejercerla, puesto que la Institución fue suprimida antes de que conociera reclamación alguna, de tal modo que se ha decidido atribuir la competencia al Tribunal autonómico de recursos contractuales (j).

A mi juicio, la clave para enjuiciar la mayor o menor adecuación de estas fórmulas organizativas no es otra que la garantía de cualificación y de independencia. Elecciones por mayoría cualificada, causas de cese tasadas y mandatos no renovables parecen pautas normativas adecuadas. En cuanto a la cualificación, no se ha avanzado más allá en su caso de la exigencia de una serie de años de experiencia en materia relacionada, de forma más o menos cercana, con la materia. Habría sido conveniente un sistema de concurso y audiencias, como se propone en el modelo interamericano.

*En todo caso, y es mi cuarta y última hipótesis, es esencial que la cualificación y la independencia no se queden en el papel sino que marquen la práctica. Que los titulares de estas Instituciones estén realmente cualificados y realmente actúen con independencia. Sin ello la ley nacerá muerta y no servirá ni política ni jurídicamente*³⁶.

³⁵ Lo que, como he defendido en otros trabajos, me parece la solución idónea a nivel autonómico, en el que el principal límite a la primera es la segunda y es necesario soluciones que armonicen ambos derechos y resuelvan los conflictos a que pueda darse lugar de forma homogénea, en pro de la seguridad jurídica. Sobre las ventajas e inconvenientes de la unificación de competencias en una misma autoridad en los ámbitos estatal y autonómico, y favorable a ello en el autonómico, me pronuncié ya en *Transparencia y Acceso a la Información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011, y posteriormente en *El Proyecto de Ley de Transparencia...*, *op. cit.*, p. X.

³⁶ Al frente del Consejo de Transparencia estatal el Gobierno del Partido Popular nombró en noviembre de 2014, con la ratificación del Congreso de los Diputados en el que contaba con mayoría absoluta, a su primera Presidenta, María Esther Arizmendi Gutiérrez, licenciada en Derecho y Técnico Superior de Administración Civil del Estado y de Administración Local, tras cesar el mes anterior como Directora general de Modernización Administrativa. Procedimientos e Impulso de la Administración Electrónica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Pese a las prevenciones que podía generar el que hubiera ostentado un alto cargo justo hasta el nombramiento o su previsible retorno a la alta función pública tras la expiración de su mandato donde de ser nombrada para otro puesto, la ejecutoria hasta el momento muestra que el porcentaje de estimaciones parece razonable y que comienza a darse conflictividad judicial en casos en que los sujetos obligados a dar información discrepan de las decisiones del Consejo, cuya defensa en juicio corresponderá a abogados contratados a tal fin, y no a la Abogacía del Estado, para evitar conflictos de intereses en la defensa jurídica, lo que parece imprescindible. En el ámbito autonómico, los perfiles de las personas nombradas son muy diversos, no siempre juristas ni personas con especial cualificación en la materia. Aún es pronto para valorar su ejecutoria.

**“SI LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SE
GOBERNASEN COMO LAS SOCIEDADES COTIZADAS...”
(EXTRAPOLACIÓN DEL MODELO DE BUEN GOBIERNO
CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS
AL BUEN GOBIERNO DE LAS ADMINISTRACIONES Y
ENTIDADES PÚBLICAS).**

Xabier Unanue Ortega

*Director de Desarrollo Legislativo y Control Normativo
Gobierno Vasco*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. ¿Buen gobierno corporativo de las sociedades públicas o buen gobierno de las instituciones democráticas y Administraciones Públicas? 2. ¿Buen gobierno como buena conducta de los gobernantes o buen gobierno como buena gobernanza? 3. Transparencia, Evaluación y Participación en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. 4. La propuesta: analizar el modelo de gobernanza de las empresas cotizadas, pero aplicado a las Administraciones Públicas. II. ANEXO.

I. INTRODUCCIÓN

1. ¿Buen gobierno corporativo de las sociedades públicas o buen gobierno de las instituciones democráticas y Administraciones Públicas?

El presente texto tiene por objeto trasladar, parcialmente al menos, a un formato en prosa la intervención oral que, apoyada eso sí por un proyector y las imágenes de un PowerPoint elaborado al efecto, tuve el honor de exponer como ponente con ocasión de las XVII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, celebradas en Sevilla los días 19 y 20 de Noviembre de 2015.

Mi intervención el día 20, y más allá de las presentaciones de rigor, partía de la constatación de que el tema que originalmente se planteó para las jornadas, el buen gobierno *corporativo* de las sociedades públicas, parecería debía de tener su acomodo natural en el seno del Derecho societario. Es decir, mercantil. Punto este en el que venía a hacer más las apreciaciones de D. Guillermo Jiménez Sanchez, en la jornada anterior. Y en este sentido, sin negar la vertiente pública que supone el que las instituciones y normas mercantiles y societarias se pongan al servicio de la acción de las Administraciones públicas, advertía de entrada que no es ese el campo en que yo me considere más experto.

Ahora bien, desde otro punto de vista, una vez hecha la anterior advertencia, me veía también en la obligación de reconocer que sí me sentía apelado por el concepto de “buen gobierno”, incluso cuando viene adjetivado como “*corporativo*”. Admitía así que, aunque desde una perspectiva más cercana al Derecho administrativo o incluso constitucional que al mercantil, no puedo considerar tal concepto de “buen gobierno” como algo completamente ajeno al marco en el que se desenvuelve mi labor en el Gobierno vasco, sea desde mi responsabilidad en ejercicio de la función consultiva y de control normativo o de legalidad de las normas y los actos del Gobierno; o sea desde mi función en materia de desarrollo legislativo y, en concreto, en cuanto me pueda corresponder la tarea de proponer «... actuaciones normativas *en el ámbito del régimen jurídico, el procedimiento administrativo o la estructuración de las Administraciones Públicas Vascas...*». Razón por la que, ya desde un inicio, mostré toda mi disposición a participar en las jornadas, especialmente en cuanto luego se abrió el tema al amplio planteamiento finalmente adoptado

En este sentido, no tuve reparos en reconocer que, al preparar mi intervención, me había resultado tentador rescatar parte de los elementos (y de la presentación) que en su día me sirvieron para explicar ante el Comité de Política regulatoria de la OCDE¹ la filosofía subyacente en el entonces proyecto de ley de Administración Pública Vasca, ahora trasladado al “proyecto de ley de transparencia, participación ciudadana y *buen gobierno*”² aprobado por el Gobierno vasco, y cuyo estudio había tenido previamente la oportunidad de abordar, en distintos momentos, con ocasión del debate de ambos proyectos en el seno de la Comisión Jurídica Asesora, como vicepresidente de dicho órgano.

Aunque dicho proyecto de ley “de transparencia, participación ciudadana y buen gobierno” no sería en esta ocasión el objeto concreto de mi charla, la filosofía subyacente al mismo sí me habría de servir, no obstante, para centrar el concepto de

¹ <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Agenda-Implementing-Regulatory-Policy-Sub-National-Level-6th-November%202014.pdf>

² El texto completo del proyecto es accesible en esta dirección: https://euskadi.eus/y22-iragarki/es/contenidos/informacion_publica/inf_dncg_ley_64397_2015_02/es_def/index.shtml#

buen gobierno desde el que abordarla, para ponerlo en relación con el buen gobierno corporativo.

Explicaba así, a fin de contextualizarlo, que este proyecto responde al objetivo de “construir un puente” que sirva para salvar la creciente brecha que separa a la ciudadanía de las Administraciones públicas. Brecha, por lo demás, común a todas las democracias occidentales, que se manifiesta en una notable desafección ciudadana respecto a la política y una correlativa desconfianza en las instituciones. Y que ha sido acrecentada por una realidad de recursos financieros limitados que, a la vez que despierta críticas sobre los recortes en gasto público, conlleva mayores exigencias de eficiencia. Todo ello, además, en un contexto de retos de política pública de gran complejidad y naturaleza multifactorial, que exige tanto notables conocimientos técnicos como un mayor compromiso ciudadano con las soluciones.

Pues bien, frente a esa realidad, el proyecto plantea sustentar el puente que nos permita salvar esa brecha en tres pilares o tres elementos estructurales (podría ser el puente colgante de Bizkaia, formado por un dintel sostenido entre dos jambas), de lo que entiende puede llamarse “buen gobierno” o “buena gobernanza”: Transparencia, Evaluación y Participación³.

2. ¿Buen gobierno como buena conducta de los gobernantes o buen gobierno como buena gobernanza?

Así mismo, me vi también en la necesidad de aclarar que, tanto en este caso, como en dicho proyecto legislativo, la expresión “buen gobierno” que iba a tener en consideración, no es la misma acepción del término que la que emplea la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, donde “buen gobierno” significa, esencialmente, “buena conducta de los gobernantes”. Y ello, porque al poner mi intervención en relación con otras habidas en las jornadas, había sido común a varias intervenciones, como las de D. Alberto Palomar Olmeda o Dña. Carmen Gómez Rivero, abordar la cuestión del buen gobierno desde esta segunda perspectiva.

Sin dejar de ser relevante para el buen gobierno, explicaba, esta última vertiente del “buen gobierno”, la que atiende a las cuestiones de la ética de los gobernantes y su conducta en el cargo, ha sido abordada en el País Vasco a través de otras normas o proyectos normativos, separados o autónomos del de transparencia. Y ello, tanto en

³ Quien tenga interés puede encontrar una completa explicación del proyecto y su filosofía en <https://www.euskadi.net/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aldRevista=3&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=52&t59aContenido=2&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=2&t59aNumEjemplar=9>

relación con la conducta de los cargos públicos y directivos del nivel o naturaleza funcional, con referencia a la figura del directivo público profesional, o incluso al personal eventual de confianza (figuras ambas previstas y reguladas en el Anteproyecto de ley del empleo público de Euskadi⁴, con peculiaridades dentro del régimen general de funcionarios y empleados públicos), como en relación con los cargos públicos de naturaleza política propiamente dicha. Es decir, por referencia a los miembros del Gobierno y altos cargos, que cuentan con un régimen particular (que por lo demás es también de aplicación a directivos y personal eventual de confianza) que, en concreto, se contiene en dos normas: una, Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual⁵ autoimpuesta por el Gobierno que lo aprueba por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 28-5-2013; y otra, dictada desde el parlamento, que se impone por Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos⁶.

Por el contrario, el Proyecto de ley de transparencia, participación ciudadana y buen gobierno del sector público vasco se refiere a “Buen Gobierno” entendido esencialmente como buena gobernanza y entronca por tanto, desde una perspectiva más estructural, con otro proyecto tramitado conjuntamente en el mismo Gobierno vasco, como es el Proyecto de ley de organización y funcionamiento en el sector público vasco⁷ (al fin y al cabo, los provienen del desgajamiento en dos de un proyecto previo, el que fuera el de Ley de Administración Pública Vasca). Es esa perspectiva estructural, la que pretende diseñar un sistema o entorno que favorezca, no solo una buena conducta de los gobernantes, sino una gobernanza más efectiva y eficiente, la que en este momento interesa tener en mente, para ver si respecto a ella algo podemos aprender del gobierno de las sociedades de capital.

3. Transparencia, Evaluación y Participación en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas

Así centrado ese concepto de buen gobierno que uso de referente, de cara a analizar el sistema de gobernanza corporativa de las sociedades privadas desde el prisma de la transparencia, la evaluación y la participación, me pareció conveniente profundizar un poco en estos tres conceptos, su función y su interacción. Para ello, permitiéndome además adornar un poco así mi charla con una bonita referencia clásica, recurrí para ilustrarlos a algunos extractos del famoso “Discurso fúnebre de Pericles” recogido por

⁴ El texto completo accesible en esta dirección: http://www.euskadi.eus/contenidos/plan_programa_proyecto/py_ley_21/es_py_ley/adjuntos/proyecto%20de%20ley%20del%20empleo%20publico%20de%20euskadi.pdf

⁵ <http://www.jusap.ejgv.euskadi.eus/r47-bopvapps/es/p43aBOPVWebWar/VerParalelo.do?cd2013002551>

⁶ http://www.euskadi.eus/contenidos/plan_programa_proyecto/py_ley_21/es_py_ley/adjuntos/proyecto%20de%20ley%20del%20empleo%20publico%20de%20euskadi.pdf

⁷ https://euskadi.eus/y22-iragarki/es/contenidos/informacion_publica/inf_dncg_ley_64400_2015_02/es_def/index.shtml

Tucídides (c.460-c.399 AC.) en su libro Historias de la guerra del Peloponeso (II, 35-46), y que es considerado un discurso seminal de la idea de democracia⁸.

De esta manera, comenzaba Pericles advirtiéndonos que “...Es difícil, en efecto, hablar adecuadamente sobre un asunto respecto del cual es difícil convencer a tus oyentes de que uno dice la verdad”, es decir, que no puede haber debate o conversación posible sobre un tema sobre el que no exista cierta seguridad o no aportemos datos, y datos fiables, que permitan generar confianza como base del debate. Lo que nos remite al concepto de Transparencia, como condición o premisa del debate.

Ese debate, por lo demás, no puede ser hueco, superficial o de simple “postureo” y reafirmación de la propia posición, so pena de convertirse en una pérdida de tiempo improductiva de la acción, sino que tiene que tener por objeto, precisamente, el analizar con ánimo abierto los riesgos, las ventajas y las consecuencias de los diversos cursos de acción. Esta reflexión previa es esencial antes de lanzarse a actuar, “... pues no creemos que lo que perjudica a la acción sean la reflexión o el debate, sino precisamente el no dejarse instruir por la discusión antes de llevar a cabo lo que hay que hacer...”. Esto podemos vincularlo, hoy en día, al concepto de Evaluación y análisis de impacto, como fuente de datos y marco en el que se debe desenvolver un debate verdaderamente relevante y fructífero.

Finalmente, resulta también relevante la necesidad de implicar a la ciudadanía precisamente en ese debate, mediante la Participación activa en los asuntos y decisiones públicas, pues “...no por el hecho de que cada ateniense esté entregado a lo suyo, su conocimiento de las materias políticas es insuficiente. Somos los únicos que tenemos más por inútil que por tranquila a la persona que no asume la responsabilidad de participar en las tareas de la comunidad....”.

De esta manera, los tres elementos se necesitan y refuerzan mutuamente, ya que la EVALUACIÓN es necesaria para generar información relevante para el debate. Esa información, en virtud del principio de TRANSPARENCIA, debe ponerse a disposición de una ciudadanía activa a fin de generar opiniones informadas. Y esas opiniones informadas, a su vez, son la base para que pueda darse una PARTICIPACIÓN verdaderamente significativa y efectiva, que tenga cauces para generar influencia ciudadana. Influencia que tendrá su mayor campo de acción, precisamente, de cara, precisamente, al control y la evaluación de las políticas públicas, cerrando así el círculo virtuoso de la buena gobernanza.

¿Y qué tiene que ver esto con el “buen gobierno corporativo” al que, según se me comunicó inicialmente, se referían estas XVII jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía?

⁸ Sugiero una buena traducción del texto original griego, en este caso al inglés, en “Princeton Readings in Political Thought: Essential Texts since Plato”, editado por Mitchell Cohen, Nicole Fermon y que incluso se puede leer online en <https://books.google.es>

Para ello, primero tuve que aprender qué era eso del “gobierno corporativo” para lo que me serví como referente del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas⁹ publicado en 2015 por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV).

Un superficial contraste de este Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas desde el prisma que venimos acuñando (transparencia, evaluación y participación) nos permite advertir que, al menos en un plano semántico los conceptos manejados no parecen resultar del todo ajenos a ese mundo conceptual.

Así, simplemente poniendo en pantalla el listado de los principios de buen gobierno propugnados por la CNMV, se puede advertir trufado de léxico vinculado al concepto de transparencia (informar, claridad, política pública, comunicación, información, transparencia, transparente, informado, ...) al concepto de participación (voto, asistencia, participación, toma de decisiones, representando, participando, reunir...) o al concepto de evaluación y generación de datos y control objetivo (conocimientos, experiencias, libertad de criterio, conocer, asesoramiento independiente, evaluar, auditoría, función de control, gestión de riesgos, independencia,...).

4. La propuesta: analizar el modelo de gobernanza de las empresas cotizadas, pero aplicado a las Administraciones Públicas

Persuadido de esa manera que existía campo para establecer un paralelismo entre el buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas y el buen gobierno de las instituciones democráticas y las administraciones públicas, me lancé pues a hacer ese análisis que, no sin cierta pretenciosidad, me parecía podía aportar una perspectiva novedosa e “inteligente”¹⁰

De este modo, la pregunta que me vine a plantear para la charla, y que proponía trasladar a los oyentes era: ¿Gobernamos nuestras instituciones y entidades públicas como gobernamos nuestras grandes empresas? ¿Y cómo sería si lo hiciéramos así?

Y para responderla, lo que hice fue lanzarme a “traducir” el citado “Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas” al lenguaje del mundo de las instituciones públicas. Así pues, empecé por sustituir en el texto “Gobierno corporativo” por “Buen gobierno”; “Sociedades anónimas cotizadas” por “Instituciones o entidades públicas”; “Grupo”

⁹ http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf

¹⁰ Entendida la “inteligencia”, del latín *intelligare* («*inter*» entre y «*ligare*» atar, ligar, unir), como la capacidad que permite descubrir las conexiones que existen entre las cosas sometidas análisis. Desgraciadamente, como ya advertí en la charla, en cuanto me puse a preparar el powerpoint vine a descubrir que “inteligencia” proviene del latín *intellegere* («*inter*» entre y «*legere*» leer, escoger) y es un término acuñado por Cicerón que trata de definir la cualidad que permite elegir las mejores opciones para resolver una cuestión. Lo cual, quizás, hubiera debido de servirme como advertencia al objeto de elegir correctamente cuál de los dos campos, el del Derecho público o el del Derecho mercantil, desenvolverme, en lugar de aventurarme de esta manera en el de enfrente.

por “Sector público”; “Accionistas” por “Ciudadanos o agentes sociales”; “Consejo de administración” por “Dirección de la entidad o Gobierno”; “Junta general de accionistas” por “Parlamento”; “Consejeros” por “Altos cargos o directivos”; “Empleados de la sociedad” por “Funcionarios y empleados públicos”; “Negocio” por “Política pública”; “El mercado” por “La sociedad”, “Interés social” por “Interés público”...

Esta labor nos llevaría a reformular el texto del “Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas”, por ejemplo, de la siguiente manera:

TEXTO DEL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS	TEXTO “REFORMULADO”
<p>Recomendación 12</p> <p>Que el <i>consejo de administración</i> desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los <i>accionistas</i> que se hallen en la misma posición y se guíe por el <i>interés social</i>, entendido como la consecución de un <i>negocio rentable</i> y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor <i>económico</i> de la <i>empresa</i>. Y que en la búsqueda del <i>interés social</i>, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio <i>interés social</i> con, según corresponda, los legítimos intereses de sus <i>empleados</i>, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la <i>compañía</i> en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente.</p>	<p>Recomendación 12</p> <p>Que el <i>gobierno o dirección de la entidad</i> desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los <i>ciudadanos o agentes sociales</i> que se hallen en la misma posición y se guíe por el <i>interés público</i>, entendido como la consecución de una <i>política pública eficaz y eficiente</i> y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor <i>público o socioeconómico</i> de la <i>institución o entidad pública</i>. Y que en la búsqueda del <i>interés público</i>, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio <i>interés público</i> con, según corresponda, los legítimos intereses de sus <i>funcionarios o empleados públicos</i>, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la <i>institución o entidad pública</i> en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente.</p>

Ahora bien, como también advertía, esta misma tarea de “traducción” es en la que radica la mayor dificultad de la propuesta, y donde más fácilmente se pueden apreciar tanto los límites como las extralimitaciones del símil entre los esquemas de gobernanza de las sociedades cotizadas y las instituciones públicas. Límites que se van haciendo más evidentes a medida que uno va teniendo que sustituir y traducir más y más términos y conceptos¹¹, para que la relectura del Código de buen gobierno desde esta perspectiva tenga algo, al menos, de sentido.

¹¹ “Rentable” por “Eficaz y eficiente”; “Económica” por “Política”; “Acciones” por “Votantes o electores”; “Abuso de mercado” por “Tráfico de influencias”; “Capital social” por “Censo electoral o composición”; “Capitalización” “Representatividad poblacional”; “Accionariado” por “Electorado”; “Legislación mercantil” por “Legislación administrativa o constitucional”; “Estatutarias” por “Legales o constitucionales”; “Responsabilidad

Sin embargo, una vez finalizada la “traducción”, decía yo en Sevilla, creo que el ejercicio puede ser positivo para los que tratamos de mejorar la gobernanza de las instituciones públicas, y el buen gobierno de las sociedades cotizadas tiene lecciones e ideas que aportarnos.

Y bueno, este ejercicio nos permite, al fin y al cabo, acabar con un texto¹² sobre el que aventurar que “si España se gobernara como aconseja que se gobiernen sus sociedades cotizadas, se gobernaría así” (presentado, de forma resumida, solo algunas de las recomendaciones concretas extraídas de dicho resultado):

- Recomendación 4 (Que la institución o entidad pública defina y promueva una política de comunicación y contactos con ciudadanos o agentes sociales, inversores institucionales y asesores expertos).
- Recomendación 8 (Que se tengan que presentar las cuentas o los resultados al parlamento sin limitaciones ni salvedades en el informe de auditoría o evaluación y que, en los supuestos excepcionales en que existan salvedades, tanto el presidente del órgano de auditoría o evaluación como los auditores o evaluadores expliquen con claridad a los ciudadanos o agentes sociales el contenido y alcance de dichas limitaciones o salvedades).
- Recomendación 7 (Que la institución o entidad pública transmita en directo, a través de su página web, la celebración de la sesión del parlamento en la que se trasladen esas explicaciones).
- Recomendación 12 (Que en la búsqueda del interés público, la institución o entidad pública procure conciliar el propio interés público con, según corresponda, los legítimos intereses de sus funcionarios o empleados públicos, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés).
- Recomendación 18 (Que las instituciones o entidades públicas hagan pública a través de su página web, y mantengan actualizada, información sobre sus altos cargos o directivos).
- Recomendación 23 (Que todos los altos cargos o directivos expresen claramente su oposición cuando consideren que alguna propuesta de decisión sometida al gobierno o dirección de la entidad puede ser contraria al interés público).

social corporativa” por “Responsabilidad pública”; “Auditoría” por “Auditoría o evaluación”; “Contabilidad” por “Contabilidad o derecho”; “Comisión” por “Órgano”; “Periodo estatutario” por “Mandato o legislatura”; “Titularidad de las acciones” por “Inscripción en el censo”; “Tarjeta de asistencia” por “Participación ciudadana”; “Contrato” por “Contrato o relación de servicios”; “Índice IBEX-35” por “Niveles de gobierno superior al local”; “Dominicales” por “De filiación o designación política”; “Oferta pública de adquisición de acciones” por “Convocatoria de elecciones o iniciativa de referéndum”; “Oferente” por “Quien pretenda la convocatoria”; “Fusiones” por “Reestructuraciones”; “Cadena de valor” por “Herramientas de planificación estratégica”; “Operaciones vinculadas” por “Estructura, composición, dimensionamiento y eficiencia del sector público”; “Perímetro de consolidación” por “Imagen de la situación de control y dependencia entre entidades del sector público”...

¹² Aportaba en la charla una dirección web personal, de dropbox, en la que lo colgué el resultado final para que los asistentes pudieran descargárselo y estudiarlo en su integridad: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/65105890/C%C3%B3digo%20de%20Buen%20Gobierno%20de%20instituciones%20p%C3%BAblcas.docx>

- Recomendación 22 (Que las instituciones o entidades públicas establezcan reglas que obliguen a los altos cargos o directivos a informar y, en su caso, a dimitir en aquellos supuestos que puedan perjudicar al crédito y reputación de la institución o entidad pública y, en particular, les obliguen a informar al gobierno o dirección de la entidad de las causas penales en las que aparezcan como imputados).
- Recomendación 24 (Que cuando, ya sea por dimisión o por otro motivo, un alto cargo o directivo cese en su cargo antes del término de su mandato, explique las razones en una carta que remitirá a todos los miembros del gobierno o dirección de la entidad).
- Recomendación 29 (Que la institución o entidad pública establezca los cauces adecuados para que los altos cargos o directivos puedan obtener el asesoramiento preciso para el cumplimiento de sus funciones).
- Recomendación 32 (Que los altos cargos o directivos sean periódicamente informados de los movimientos en el electorado y de la opinión que los ciudadanos o agentes sociales significativos, los inversores y las agencias de calificación tengan sobre la institución o entidad pública y su sector público).
- Recomendación 36 (Que el gobierno o dirección de la entidad en pleno evalúe una vez al año y adopte, en su caso, un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas respecto de la buena gobernanza).
- Recomendación 52 (Que las reglas de composición y funcionamiento de los órganos de supervisión y control figuren en el reglamento del gobierno o dirección de la entidad y que sean consistentes con las aplicables a los órganos legalmente obligatorios conforme a las recomendaciones anteriores).
- Recomendación 53 (Que la supervisión del cumplimiento de las reglas de buen gobierno, de los códigos internos de conducta y de la política de responsabilidad pública se atribuya a un órgano o se reparta entre varios órganos del gobierno o dirección de la entidad).
- Recomendación 54 (Que la política de responsabilidad pública incluya los principios o compromisos que la institución o entidad pública asuma voluntariamente en su relación con los distintos grupos de interés).
- Recomendación 56 (Que la remuneración de los altos cargos o directivos sea la necesaria para atraer y retener a los altos cargos o directivos del perfil deseado y para retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que el cargo exija, pero no tan elevada como para comprometer la independencia de criterio de los altos cargos o directivos no ejecutivos).
- Recomendación 59 (Que el pago de una parte relevante de los componentes variables de la remuneración se difiera por un período de tiempo mínimo suficiente para comprobar que se han cumplido las condiciones de rendimiento previamente establecidas).

ANEXO

Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas 2015 CNMV (versión original, con las palabras que se van a cambiar resaltadas en negrita)	Cambios realizados a partir del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (versión modificada, con las palabras que se han cambiado resaltadas en negrita)
<p>III.1.1 Limitaciones estatutarias</p> <p>Principio 1: Como regla general, deberían evitarse las medidas estatutarias cuya finalidad esencial sea dificultar las posibles ofertas públicas de adquisición. La normativa societaria (Artículo 527 de la Ley de Sociedades de Capital) establece que, en las sociedades anónimas cotizadas, las cláusulas estatutarias que, directa o indirectamente, fijen con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, quedarán sin efecto cuando tras una oferta pública de adquisición, el oferente haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 70 por ciento del capital que confiera derechos de voto, salvo que dicho oferente no estuviera sujeto a medidas de neutralización equivalentes o no las hubiera adoptado.</p> <p>No obstante lo anterior, la existencia de un mercado activo y transparente en lo que respecta a transacciones que supongan toma de control de entidades constituye un estímulo de primer orden para el buen gobierno de las empresas. Por ello, resulta conveniente que las sociedades cotizadas renuncien a establecer barreras estatutarias o «blindajes» que impidan o dificulten una posible oferta pública de adquisición de acciones y el consiguiente cambio de control.</p> <p>Recomendación 1</p> <p>Que los estatutos de las sociedades cotizadas no limiten el número máximo de votos que pueda emitir un mismo accionista, ni contengan otras restricciones que dificulten la toma de control de la sociedad mediante la adquisición de sus acciones en el mercado.</p>	<p>III.1.1 Limitaciones legales o constitucionales</p> <p>Principio 1: Como regla general, deberían evitarse las medidas legales o constitucionales cuya finalidad esencial sea dificultar las posibles convocatorias de elecciones o iniciativas de referéndum. La normativa constitucional (...) establece que, en las instituciones o entidades públicas, las cláusulas legales o constitucionales que, directa o indirectamente, fijen con carácter general el número máximo de convocatorias en que puede participar un mismo ciudadano, las instituciones o entidades públicas pertenecientes a un mismo sector público o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, quedarán sin efecto cuando tras una convocatoria de elecciones o iniciativa de referéndum, quien pretenda la convocatoria haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 70 por ciento del censo electoral o la participación que confiera derechos de voto, salvo que quien pretenda la convocatoria no estuviera sujeto a medidas de neutralización equivalentes o no las hubiera adoptado.</p> <p>No obstante lo anterior, la existencia de una sociedad activa y transparente en lo que respecta a presentación de iniciativas o la convocatoria para elecciones o para la toma de otras decisiones públicas constituye un estímulo de primer orden para el buen gobierno de las instituciones o entidades públicas. Por ello, resulta conveniente que las instituciones o entidades públicas renuncien a establecer barreras legales o constitucionales o «blindajes» que impidan o dificulten una posible convocatoria de elecciones o iniciativa de referéndum y el consiguiente cambio de control.</p> <p>Recomendación 1</p> <p>Que los las normas constitucionales o legales de las instituciones o entidades públicas no limiten el número máximo de convocatorias en que puede participar un mismo ciudadano, ni contengan otras restricciones que dificulten la toma de control de la institución o entidad pública mediante convocatorias de elecciones o iniciativas de referéndum.</p>

<p>III.1.2 Cotización de sociedades integradas en grupos Principio 2: Cuando coticen varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo deben establecerse las medidas adecuadas para proteger los legítimos intereses de todas las partes involucradas y solventar los eventuales conflictos de intereses. Los grupos de sociedades se caracterizan por la unidad de dirección y por su estrategia natural de la maximización del interés del grupo, que no implica siempre, sin embargo, la del interés de cada una de las sociedades que lo integran. En ocasiones, los objetivos del grupo y de las sociedades que lo integran no están alineados y surge un potencial conflicto. El problema se plantea especialmente con las operaciones vinculadas «intra-grupo» en las que participan sociedades filiales con accionistas externos distintos a los de la sociedad dominante. Por ello, resulta oportuno que, en el caso de que coticen varias sociedades integradas en un mismo grupo se delimiten claramente las respectivas áreas de actividad de las distintas sociedades, se defina un protocolo para la aprobación de sus negocios mutuos y, en general, se cree un marco de reglas apto para atajar los potenciales conflictos. Recomendación 2 Que cuando coticen la sociedad matriz y una sociedad dependiente, ambas definan públicamente con precisión: a) Las respectivas áreas de actividad y eventuales relaciones de negocio entre ellas, así como las de la sociedad dependiente cotizada con las demás empresas del grupo. b) Los mecanismos previstos para resolver los eventuales conflictos de intereses que puedan presentarse.</p>	<p>III.1.2 Coexistencia de instituciones o entidades públicas integradas en el mismo sector público Principio 2: Cuando coexistan varias instituciones o entidades públicas pertenecientes a un mismo sector público deben establecerse las medidas adecuadas para proteger los legítimos intereses de todas las partes involucradas y solventar los eventuales conflictos de intereses. Los sectores públicos integrados de instituciones o entidades públicas se caracterizan por la unidad de dirección y por su estrategia natural de la maximización del interés del sector público, que no implica siempre, sin embargo, la del interés de cada una de las instituciones o entidades públicas que lo integran. En ocasiones, los objetivos del sector público y de las instituciones o entidades públicas que lo integran no están alineados y surge un potencial conflicto. El problema se plantea especialmente con las operaciones vinculadas «intra-sector público» en las que participan instituciones o entidades públicas filiales con particulaes o con participantes externos distintos a los de la institución o entidad pública dominante. Por ello, resulta oportuno que, en el caso de que coexistan varias instituciones o entidades públicas integradas en un mismo sector público se delimiten claramente las respectivas áreas de actividad de las distintas instituciones o entidades públicas, se defina un protocolo para la aprobación de sus políticas mutuas y, en general, se cree un marco de reglas apto para atajar los potenciales conflictos. Recomendación 2 Que cuando coexistan la institución o entidad pública matriz y una institución o entidad pública dependiente, ambas definan públicamente con precisión: a) Las respectivas áreas de actividad y eventuales relaciones políticas entre ellas, así como las de la institución o entidad pública dependiente con las demás instituciones o entidades públicas del sector público. b) Los mecanismos previstos para resolver los eventuales conflictos de intereses que puedan presentarse.</p>
---	---

<p>Principio 3: Las sociedades deben informar con claridad en la junta general sobre el grado de cumplimiento de las recomendaciones del Código de buen gobierno</p> <p>Las sociedades son plenamente libres para seguir, o no, las recomendaciones de gobierno corporativo incorporadas a este Código de buen gobierno, pues no son imperativas y algunas, por estar concebidas para el caso general o para grandes empresas, pueden no resultar adecuadas para una compañía concreta. Ahora bien, los accionistas, inversores y demás grupos de interés deben poder conocer los principios y estándares de gobierno corporativo que siguen efectivamente las sociedades cotizadas y, en particular, las razones por las que una compañía no aplica determinadas recomendaciones.</p> <p>Con la finalidad de reforzar la transparencia, se recomienda que los administradores informen en la junta general ordinaria de los cambios más relevantes acaecidos en materia de gobierno corporativo y expliquen con claridad las razones por las que, en su caso, la compañía no sigue alguna de las recomendaciones del Código de buen gobierno.</p> <p>Recomendación 3</p> <p>Que durante la celebración de la junta general ordinaria, como complemento de la difusión por escrito del informe anual de gobierno corporativo, el presidente del consejo de administración informe verbalmente a los accionistas, con suficiente detalle, de los aspectos más relevantes del gobierno corporativo de la sociedad y, en particular:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) De los cambios acaecidos desde la anterior junta general ordinaria. b) De los motivos concretos por los que la compañía no sigue alguna de las recomendaciones del Código de buen gobierno y, si existieran, de las reglas alternativas que aplique en esa materia. 	<p>Principio 3: Las instituciones o entidades públicas deben informar con claridad en el parlamento sobre el grado de cumplimiento de las recomendaciones del Código de buen gobierno</p> <p>Las instituciones o entidades públicas son plenamente libres para seguir, o no, las recomendaciones de buen gobierno incorporadas a este Código de buen gobierno, pues no son imperativas y algunas, por estar concebidas para el caso general o para grandes instituciones o entidades públicas, pueden no resultar adecuadas para una institución o entidad pública concreta. Ahora bien, los ciudadanos o agentes sociales, inversores y demás grupos de interés deben poder conocer los principios y estándares de buen gobierno que siguen efectivamente las instituciones o entidades públicas y, en particular, las razones por las que una institución o entidad pública no aplica determinadas recomendaciones.</p> <p>Con la finalidad de reforzar la transparencia, se recomienda que los administradores informen en la sesión del parlamento de los cambios más relevantes acaecidos en materia de buen gobierno y expliquen con claridad las razones por las que, en su caso, la institución o entidad pública no sigue alguna de las recomendaciones del Código de buen gobierno.</p> <p>Recomendación 3</p> <p>Que durante la celebración de la sesión del parlamento, como complemento de la difusión por escrito del informe anual de buen gobierno, el presidente del gobierno o la dirección de la entidad informe verbalmente a los ciudadanos o agentes sociales, con suficiente detalle, de los aspectos más relevantes del buen gobierno de la institución o entidad pública y, en particular:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) De los cambios acaecidos desde la anterior sesión del parlamento. b) De los motivos concretos por los que la institución o entidad pública no sigue alguna de las recomendaciones del Código de buen gobierno y, si existieran, de las reglas alternativas que aplique en esa materia.
--	---

Principio 4: Las **sociedades cotizadas** deben contar con una política pública de comunicación y contactos con **accionistas**, inversores institucionales y **asesores de voto**

Constituye un principio internacional de buen gobierno, ya reflejado en **1998** en el **Código Olivencia**, que las **sociedades cotizadas**, además de mantener una información transparente, presten especial atención a los puntos de vista de aquellos **accionistas** y grandes inversores institucionales no representados en el **consejo de administración**.

Ahora bien, deben distinguirse dos materias distintas:

- a) Las reglas y prácticas de **gobierno corporativo** de la **compañía**.
- b) La situación y perspectivas de **negocio** de la **compañía**.

La recomendación hace referencia especialmente a las primeras, aunque no excluye, lógicamente, que en el transcurso de esas reuniones o misiones informativas (road shows) con grandes inversores se debatan también cuestiones de **negocio** de interés para tales **inversores**. Ahora bien, en lo que atañe a estas últimas deberá conciliarse la prohibición absoluta de que las **sociedades** comuniquen de forma ilícita información privilegiada –lo que menoscabaría el principio imperativo de igualdad de información entre **accionistas**– con la utilidad y licitud de los debates y conversaciones de carácter general sobre la evolución de la **compañía** y de los **mercados** entre los directivos de una **compañía** y sus **accionistas** o inversores, como reconoce de forma expresa la normativa sobre **abuso de mercado** (**Considerando 19 del Reglamento (UE) n° 596/2014, de 16 de abril, sobre abuso de mercado**: «El presente Reglamento no tiene por objeto prohibir los debates de carácter general sobre la evolución **empresarial** y del **mercado** entre los **accionistas** y la dirección referentes a un **emisor**. Dichas relaciones son esenciales para un funcionamiento eficiente de los **mercados**, y el presente Reglamento no debe prohibirlas.»

Recomendación 4

Que la **sociedad** defina y promueva una política de comunicación y contactos con **accionistas**, inversores institucionales y **asesores de voto** que sea plenamente respetuosa con las normas contra el **abuso de mercado** y dé un trato semejante a los **accionistas** que se encuentren en la misma posición.

Y que la **sociedad** haga pública dicha política a través de su página web, incluyendo información relativa a la forma en que la misma se ha puesto en práctica e identificando a los interlocutores o responsables de llevarla a cabo.

Principio 4: Las **instituciones o entidades públicas** deben contar con una política pública de comunicación y contactos con **ciudadanos o agentes sociales**, inversores institucionales y **asesores expertos**

Constituye un principio internacional de buen gobierno, ya reflejado en **2001** en el **Libro Blanco de Buen Gobierno de la Unión Europea**, que las **instituciones o entidades públicas**, además de mantener una información transparente, presten especial atención a los puntos de vista de aquellos **ciudadanos o agentes sociales** y grandes inversores institucionales no representados en el **gobierno o dirección de la entidad**.

Ahora bien, deben distinguirse dos materias distintas:

- a) Las reglas y prácticas de **buen gobierno** de la **institución o entidad pública**.
- b) La situación y perspectivas **políticas** de la **institución o entidad pública**.

La recomendación hace referencia especialmente a las primeras, aunque no excluye, lógicamente, que en el transcurso de esas reuniones o misiones informativas (road shows) con grandes inversores se debatan también cuestiones de **política pública** de interés para tales **inversores o agentes sociales**. Ahora bien, en lo que atañe a estas últimas deberá conciliarse la prohibición absoluta de que las **instituciones o entidades públicas** comuniquen de forma ilícita información privilegiada –lo que menoscabaría el principio imperativo de igualdad de información entre **ciudadanos o agentes sociales**– con la utilidad y licitud de los debates y conversaciones de carácter general sobre la evolución de la **institución o entidad pública** y de la **sociedad** entre los directivos de una **institución o entidad pública** y sus **ciudadanos o agentes sociales** o inversores, como reconoce de forma expresa la normativa sobre **tráfico de influencias** (...: «El presente Reglamento no tiene por objeto prohibir los debates de carácter general sobre la evolución **institución o entidad pública** y **de la sociedad** entre los **ciudadanos o agentes sociales** y la dirección referentes a **dichas instituciones o sus entes dependientes**. Dichas relaciones son esenciales para un funcionamiento eficiente de **la sociedad**, y el presente Reglamento no debe prohibirlas.»

Recomendación 4

Que la **institución o entidad pública** defina y promueva una política de comunicación y contactos con **ciudadanos o agentes sociales**, inversores institucionales y **asesores expertos** que sea plenamente respetuosa con las normas contra el **tráfico de influencias** y dé un trato semejante a los **ciudadanos o agentes sociales** que se encuentren en la misma posición.

	<p>Y que la institución o entidad pública haga pública dicha política a través de su página web, incluyendo información relativa a la forma en que la misma se ha puesto en práctica e identificando a los interlocutores o responsables de llevarla a cabo.</p>
--	---

<p>Principio 6: La junta general de accionistas debe funcionar bajo principios de transparencia y con información adecuada</p> <p>Las sociedades cotizadas, de forma obligatoria o voluntaria, y en ejercicio de las facultades atribuidas a sus órganos de administración y a sus comisiones, elaboran diversos informes.</p> <p>El análisis y la evaluación periódica que se realiza mediante la elaboración de estos informes cumple una importante función de control de la actividad social y resulta un instrumento muy útil para el buen funcionamiento corporativo. La publicidad de tales informes es esencial para lograr que sean eficaces y los accionistas deberían tener derecho a conocerlos. Sin embargo, no siempre se hacen públicos, dado que no existe una norma que expresamente lo prevea.</p> <p>Así mismo, su publicidad debe compatibilizarse con la necesaria confidencialidad y salvaguarda de determinados contenidos que se incluyen en alguno de ellos.</p> <p>Por otro lado, la junta general de accionistas constituye uno de los momentos más relevantes de la vida societaria y de la formación de su voluntad. Por eso, su retransmisión, al dar a conocer los términos del debate sobre los distintos puntos del orden del día y las respuestas de la sociedad y sus administradores, puede resultar útil para los accionistas no asistentes, potenciales inversores y el mercado en general.</p> <p>Además, a fin de establecer vías de contacto más estrechas y directas entre la comisión de auditoría y los accionistas y para que estos últimos emitan su voto de manera informada, es conveniente que, en ejercicio de su derecho de información, puedan formular preguntas; y la respuesta a algunas de carácter técnico o especializado, especialmente en materia financiera o contable, puede requerir la intervención del presidente de la comisión de auditoría.</p> <p>Por otra parte se recomienda que sea el propio presidente de la comisión de auditoría quien informe a la junta general de accionistas sobre las reservas o salvedades que existan en el informe de los auditores externos pudiendo, en estos casos excepcionales, hacerlo también el propio auditor externo.</p> <p>En esta materia el Código conjuga lo previsto en las recomendaciones de la Comisión Europea (Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005) con lo establecido de forma imperativa por la normativa societaria española (Artículo 529 quaterdecies de la Ley de Sociedades de Capital).</p>	<p>Principio 6: El parlamento debe funcionar bajo principios de transparencia y con información adecuada</p> <p>Las instituciones o entidades públicas, de forma obligatoria o voluntaria, y en ejercicio de las facultades atribuidas a sus órganos de administración y a sus demás órganos, elaboran diversos informes.</p> <p>El análisis y la evaluación periódica que se realiza mediante la elaboración de estos informes cumple una importante función de control de la actividad del sector público y resulta un instrumento muy útil para el buen funcionamiento institucional. La publicidad de tales informes es esencial para lograr que sean eficaces y los ciudadanos o agentes sociales deberían tener derecho a conocerlos. Sin embargo, no siempre se hacen públicos, dado que no existe una norma que expresamente lo prevea.</p> <p>Así mismo, su publicidad debe compatibilizarse con la necesaria confidencialidad y salvaguarda de determinados contenidos que se incluyen en alguno de ellos.</p> <p>Por otro lado, el debate en el parlamento constituye uno de los momentos más relevantes de la vida pública y de la formación de su voluntad. Por eso, su retransmisión, al dar a conocer los términos del debate sobre los distintos puntos del orden del día y las respuestas de la institución o entidad pública y sus administradores, puede resultar útil para los ciudadanos o agentes sociales no asistentes, potenciales inversores y la sociedad en general.</p> <p>Además, a fin de establecer vías de contacto más estrechas y directas entre el órgano de auditoría o evaluación y los agentes sociales o ciudadanos y para que estos últimos emitan su voto de manera informada, es conveniente que, en ejercicio de su derecho de información, puedan formular preguntas; y la respuesta a algunas de carácter técnico o especializado, especialmente en materia financiera o contable, puede requerir la intervención del presidente del órgano de auditoría o evaluación.</p> <p>Por otra parte se recomienda que sea el propio presidente del órgano de auditoría o evaluación quien informe al parlamento sobre las reservas o salvedades que existan en el informe de los auditores e evaluadores externos pudiendo, en estos casos excepcionales, hacerlo también el propio auditor o evaluador externo.</p> <p>En esta materia el Código conjuga lo previsto en las recomendaciones de la Comisión Europea (...) con lo establecido de forma imperativa por la normativa institucional española (...)</p>
--	--

<p>Recomendación 6</p> <p>Que las sociedades cotizadas que elaboren los informes que se citan a continuación, ya sea de forma preceptiva o voluntaria, los publiquen en su página web con antelación suficiente a la celebración de la junta general ordinaria, aunque su difusión no sea obligatoria:</p> <ol style="list-style-type: none"> Informe sobre la independencia del auditor. Informes de funcionamiento de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones. Informe de la comisión de auditoría sobre operaciones vinculadas. Informe sobre la política de responsabilidad social corporativa. <p>Recomendación 7</p> <p>Que la sociedad transmita en directo, a través de su página web, la celebración de las juntas generales de accionistas.</p> <p>Recomendación 8</p> <p>Que la comisión de auditoría vele porque el consejo de administración procure presentar las cuentas a la junta general de accionistas sin limitaciones ni salvedades en el informe de auditoría y que, en los supuestos excepcionales en que existan salvedades, tanto el presidente de la comisión de auditoría como los auditores expliquen con claridad a los accionistas el contenido y alcance de dichas limitaciones o salvedades.</p>	<p>Recomendación 6</p> <p>Que las instituciones o entidades públicas que elaboren los informes que se citan a continuación, ya sea de forma preceptiva o voluntaria, los publiquen en su página web con antelación suficiente a la celebración de la sesión del parlamento, aunque su difusión no sea obligatoria:</p> <ol style="list-style-type: none"> Informe sobre la independencia del auditor o evaluador externo. Informes de funcionamiento de los órganos de auditoría o evaluación y de nombramientos y retribuciones. Informe del órgano de auditoría o evaluación sobre estructura, composición, dimensionamiento y eficiencia del sector público. Informe sobre la política de responsabilidad pública. <p>Recomendación 7</p> <p>Que la institución o entidad pública transmita en directo, a través de su página web, la celebración de la sesión del parlamento.</p> <p>Recomendación 8</p> <p>Que el órgano de auditoría o evaluación vele porque el gobierno o dirección de la entidad procure presentar las cuentas o los resultados al parlamento sin limitaciones ni salvedades en el informe de auditoría o evaluación y que, en los supuestos excepcionales en que existan salvedades, tanto el presidente del órgano de auditoría o evaluación como los auditores o evaluadores expliquen con claridad a los ciudadanos o agentes sociales el contenido y alcance de dichas limitaciones o salvedades.</p>
--	---

<p>III.2.2 Asistencia y participación en la junta general de accionistas</p> <p>Principio 7: La sociedad debe facilitar el ejercicio de los derechos de asistencia y participación en la junta general de accionistas en igualdad de condiciones</p> <p>La práctica de las sociedades cotizadas para la acreditación del derecho de asistencia y del derecho de representación en las juntas generales de accionistas es muy diversa.</p> <p>Para facilitar la participación de los accionistas en las juntas generales conviene mantener una interpretación flexible de los requisitos que deben cumplirse para acreditar la titularidad de las acciones y admitir la validez de una tarjeta de asistencia, delegación y voto a distancia o documento o medio acreditativo de la asistencia o representación. El riesgo está en que esa flexibilidad se aplique por el consejo de administración de forma estratégica o selectiva en situaciones de conflicto accionarial o cuando se formula una oferta pública de adquisición no solicitada.</p> <p>Por otra parte, en cuanto a la participación en la junta general de accionistas, la normativa societaria (Artículo 519 de la Ley de Sociedades de Capital) permite a los accionistas que representen al menos el 3 por ciento del capital social, dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria, solicitar la inclusión de puntos en el orden del día de la junta general ordinaria y presentar propuestas fundamentadas de acuerdo sobre asuntos ya incluidos o que deban incluirse en el orden del día de la junta convocada, debiendo la sociedad dar publicidad y difundir dichos complementos del orden del día y propuestas alternativas de acuerdos.</p> <p>Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE (Apartado V.A.8 de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE de 2004) señalan que <i>los procedimientos empleados en las juntas de accionistas deberán garantizar el recuento y registro adecuado de los votos</i>. La transparencia de los resultados, de especial trascendencia en situaciones de lucha por el voto, debe alcanzar también a los procedimientos de cómputo y recuento de votos sobre nuevos puntos del orden del día y propuestas alternativas de acuerdo.</p> <p>Recomendación 9</p> <p>Que la sociedad haga públicos en su página web, de manera permanente, los requisitos y procedimientos que aceptará para acreditar la titularidad de acciones, el derecho de asistencia a la junta general de accionistas y el ejercicio o delegación del derecho de voto.</p> <p>Y que tales requisitos y procedimientos favorezcan la asistencia y el ejercicio de sus derechos a los accionistas y se apliquen de forma no discriminatoria.</p>	<p>III.2.2 Asistencia y participación en el parlamento</p> <p>Principio 7: La institución o entidad pública debe facilitar el ejercicio de los derechos de asistencia y participación en el parlamento en igualdad de condiciones</p> <p>La práctica de las instituciones o entidades públicas para la acreditación del derecho de asistencia y del derecho de representación en el parlamento es muy diversa.</p> <p>Para facilitar la participación de los ciudadanos o agentes sociales en las sesiones parlamentarias conviene mantener una interpretación flexible de los requisitos que deben cumplirse para acreditar la inscripción en el censo y admitir la validez de una participación ciudadana, delegación y voto a distancia o documento o medio acreditativo de la asistencia o representación. El riesgo está en que esa flexibilidad se aplique por el gobierno o dirección de la entidad de forma estratégica o selectiva en situaciones de conflicto ciudadano o cuando se formula una convocatoria de elecciones o iniciativa de referéndum no solicitada.</p> <p>Por otra parte, en cuanto a la participación en la parlamento, la normativa institucional (...) permite a los ciudadanos o agentes sociales que representen al menos el 3 por ciento del censo electoral, dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria, solicitar la inclusión de puntos en el orden del día de la sesión del parlamento y presentar propuestas fundamentadas de acuerdo sobre asuntos ya incluidos o que deban incluirse en el orden del día de la sesión del parlamento convocada, debiendo la institución o entidad pública dar publicidad y difundir dichos complementos del orden del día y propuestas alternativas de acuerdos.</p> <p>Los Principios de Buen gobierno de la OCDE (...) señalan que <i>los procedimientos empleados en las sesiones parlamentarias deberán garantizar el recuento y registro adecuado de los votos</i>. La transparencia de los resultados, de especial trascendencia en situaciones de lucha por el voto, debe alcanzar también a los procedimientos de cómputo y recuento de votos sobre nuevos puntos del orden del día y propuestas alternativas de acuerdo.</p> <p>Recomendación 9</p> <p>Que la institución o entidad pública haga públicos en su página web, de manera permanente, los requisitos y procedimientos que aceptará para acreditar la inscripción en el censo, el derecho de asistencia al parlamento y el ejercicio o delegación del derecho de voto.</p> <p>Y que tales requisitos y procedimientos favorezcan la asistencia y el ejercicio de sus derechos a los ciudadanos o agentes sociales y se apliquen de forma no discriminatoria.</p>
---	--

<p>Recomendación 10</p> <p>Que cuando algún accionista legitimado haya ejercitado, con anterioridad a la celebración de la junta general de accionistas, el derecho a completar el orden del día o a presentar nuevas propuestas de acuerdo, la sociedad:</p> <ol style="list-style-type: none"> Difunda de inmediato tales puntos complementarios y nuevas propuestas de acuerdo. Haga público el modelo de tarjeta de asistencia o formulario de delegación de voto o voto a distancia con las modificaciones precisas para que puedan votarse los nuevos puntos del orden del día y propuestas alternativas de acuerdo en los mismos términos que los propuestos por el consejo de administración. Someta todos esos puntos o propuestas alternativas a votación y les aplique las mismas reglas de voto que a las formuladas por el consejo de administración, incluidas, en particular, las presunciones o deducciones sobre el sentido del voto. Con posterioridad a la junta general de accionistas, comunique el desglose del voto sobre tales puntos complementarios o propuestas alternativas. 	<p>Recomendación 10</p> <p>Que cuando algún ciudadano o agente social legitimado haya ejercitado, con anterioridad a la celebración de la sesión parlamentaria, el derecho a completar el orden del día o a presentar nuevas propuestas de acuerdo, la institución o entidad pública:</p> <ol style="list-style-type: none"> Difunda de inmediato tales puntos complementarios y nuevas propuestas de acuerdo. Haga público el modelo de participación ciudadana o formulario de delegación de voto o voto a distancia con las modificaciones precisas para que puedan votarse los nuevos puntos del orden del día y propuestas alternativas de acuerdo en los mismos términos que los propuestos por el gobierno o dirección de la entidad. Someta todos esos puntos o propuestas alternativas a votación y les aplique las mismas reglas de voto que a las formuladas por el gobierno o dirección de la entidad, incluidas, en particular, las presunciones o deducciones sobre el sentido del voto. Con posterioridad a la sesión del parlamento, comunique el desglose del voto sobre tales puntos complementarios o propuestas alternativas.
---	--

<p>III.2.3 Política sobre primas de asistencia Principio 8: La política sobre primas de asistencia a la junta general de accionistas debe ser transparente El pago de primas de asistencia es una práctica que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Consiste en la entrega de una compensación, con cargo a la sociedad, a aquellos accionistas que asistan a la junta general o participen en ella por otras vías, como la delegación de voto o el voto a distancia o electrónico. En unas ocasiones consiste en un obsequio a cada accionista, sin relación con su participación en el capital. En otras, una prestación dineraria en proporción a las acciones que asisten a la junta general de accionistas. Las primas tienen habitualmente el encomiable propósito de fomentar la participación de los accionistas en la junta general y mitigar el absentismo accionarial. Puede darse el riesgo, sin embargo, de que el consejo de administración las utilice de forma estratégica y selectiva para asegurar la aprobación de una determinada propuesta o defenderse de la posible iniciativa de un tercero.</p> <p>Recomendación 11 Que, en el caso de que la sociedad tenga previsto pagar primas de asistencia a la junta general de accionistas, establezca, con anterioridad, una política general sobre tales primas y que dicha política sea estable.</p>	<p>III.2.3 Política sobre primas de asistencia Principio 8: La política sobre primas de asistencia al parlamento debe ser transparente El pago de primas de asistencia es una práctica que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Consiste en la entrega de una compensación, con cargo a la institución o entidad pública, a aquellos ciudadanos o agentes sociales que asistan a la sesión parlamentaria o participen en ella por otras vías, como la delegación de voto o el voto a distancia o electrónico. En unas ocasiones consiste en un obsequio a cada ciudadano o agente social, sin relación con su representatividad en el censo electoral. En otras, una prestación dineraria en proporción a las votantes o electores que asisten al parlamento. Las primas tienen habitualmente el encomiable propósito de fomentar la participación de los ciudadanos o agentes sociales en el parlamento y mitigar el absentismo ciudadano. Puede darse el riesgo, sin embargo, de que el gobierno o dirección de la entidad las utilice de forma estratégica y selectiva para asegurar la aprobación de una determinada propuesta o defenderse de la posible iniciativa de un tercero.</p> <p>Recomendación 11 Que, en el caso de que la institución o entidad pública tenga previsto pagar primas de asistencia a la parlamento, establezca, con anterioridad, una política general sobre tales primas y que dicha política sea estable.</p>
--	--

<p>III.3 Consejo de administración III.3.1 Responsabilidad del consejo de administración</p> <p>Principio 9: El consejo de administración asumirá, colectiva y unitariamente, la responsabilidad directa sobre la administración social y la supervisión de la dirección de la sociedad, con el propósito común de promover el interés social</p> <p>Todos los consejeros, con independencia de cuál sea el origen o la causa de su nombramiento, deben tener como propósito común la defensa del «interés social».</p> <p>Adicionalmente, en el contexto actual en que estas recomendaciones van a ser aplicadas, no es posible desconocer que en toda actividad empresarial confluyen otros intereses a los que se debe dar respuesta.</p> <p>Recomendación 12</p> <p>Que el consejo de administración desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas que se hallen en la misma posición y se guíe por el interés social, entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa.</p> <p>Y que en la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente.</p>	<p>III.3 Gobierno o dirección de la entidad III.3.1 Responsabilidad del gobierno o dirección de la entidad</p> <p>Principio 9: El gobierno o dirección de la entidad asumirá, colectiva y unitariamente, la responsabilidad directa sobre la administración y la supervisión de la dirección de la institución o entidad pública, con el propósito común de promover el interés público</p> <p>Todos los altos cargos o directivos, con independencia de cuál sea el origen o la causa de su nombramiento, deben tener como propósito común la defensa del «interés público».</p> <p>Adicionalmente, en el contexto actual en que estas recomendaciones van a ser aplicadas, no es posible desconocer que en toda actividad pública confluyen otros intereses a los que se debe dar respuesta.</p> <p>Recomendación 12</p> <p>Que el gobierno o dirección de la entidad desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los ciudadanos o agentes sociales que se hallen en la misma posición y se guíe por el interés público, entendido como la consecución de una política pública eficaz y eficiente y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor público o socioeconómico de la institución o entidad pública.</p> <p>Y que en la búsqueda del interés público, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés público con, según corresponda, los legítimos intereses de sus funcionarios o empleados públicos, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la institución o entidad pública en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente.</p>
---	---

<p>III.3.2 La estructura y composición del consejo de administración</p> <p>III.3.2.1 Tamaño, diversidad y política de selección de consejeros</p> <p>Principio 10: El consejo de administración tendrá la dimensión precisa para favorecer su eficaz funcionamiento, la participación de todos los consejeros y la agilidad en la toma de decisiones, y la política de selección de consejeros promoverá la diversidad de conocimientos, experiencias y género en su composición</p> <p>La estructura y composición del consejo de administración es un elemento clave para el buen gobierno corporativo de las sociedades, en tanto en cuanto afecta a su eficacia e influye sobre la calidad de sus decisiones y su capacidad para promover efectivamente el interés social.</p> <p>Así, el consejo de administración debe contar con la dimensión adecuada para desempeñar eficazmente sus funciones con la suficiente profundidad y contraste de opiniones. Por ello, sigue pareciendo aconsejable que el tamaño del consejo de administración se sitúe entre cinco y quince miembros.</p> <p>Por otra parte, debe resaltarse la importancia de la diversidad en la composición del consejo de administración, cuestión que ha dado lugar a la introducción de una norma programática en la legislación mercantil (Artículo 529 bis de la Ley de Sociedades de Capital).</p> <p>En este marco normativo, se recomienda que las sociedades expliciten su compromiso con una composición diversa del consejo de administración desde la fase inicial de selección de posibles candidatas. Además, dada la insuficiente presencia de mujeres en los consejos de administración, se recomienda que se incluyan objetivos concretos que la favorezcan.</p> <p>Recomendación 13</p> <p>Que el consejo de administración posea la dimensión precisa para lograr un funcionamiento eficaz y participativo, lo que hace aconsejable que tenga entre cinco y quince miembros.</p> <p>Recomendación 14</p> <p>Que el consejo de administración apruebe una política de selección de consejeros que:</p> <ol style="list-style-type: none"> Sea concreta y verificable. Asegure que las propuestas de nombramiento o reelección se fundamenten en un análisis previo de las necesidades del consejo de administración. Favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias y género. 	<p>III.3.2 La estructura y composición del gobierno o dirección de la entidad</p> <p>III.3.2.1 Tamaño, diversidad y política de selección de altos cargos o directivos</p> <p>Principio 10: El gobierno o dirección de la entidad tendrá la dimensión precisa para favorecer su eficaz funcionamiento, la participación de todos los altos cargos o directivos y la agilidad en la toma de decisiones, y la política de selección de altos cargos o directivos promoverá la diversidad de conocimientos, experiencias y género en su composición</p> <p>La estructura y composición del gobierno o dirección de la entidad es un elemento clave para el buen gobierno de las instituciones o entidades públicas, en tanto en cuanto afecta a su eficacia e influye sobre la calidad de sus decisiones y su capacidad para promover efectivamente el interés público.</p> <p>Así, el gobierno o dirección de la entidad debe contar con la dimensión adecuada para desempeñar eficazmente sus funciones con la suficiente profundidad y contraste de opiniones. Por ello, sigue pareciendo aconsejable que el tamaño del gobierno o dirección de la entidad se sitúe entre cinco y quince miembros.</p> <p>Por otra parte, debe resaltarse la importancia de la diversidad en la composición del gobierno o dirección de la entidad, cuestión que ha dado lugar a la introducción de una norma programática en la legislación administrativa o constitucional (...).</p> <p>En este marco normativo, se recomienda que las instituciones o entidades públicas expliciten su compromiso con una composición diversa del gobierno o dirección de la entidad desde la fase inicial de selección de posibles candidatos. Además, dada la insuficiente presencia de mujeres en los gobiernos u órganos directivos, se recomienda que se incluyan objetivos concretos que la favorezcan.</p> <p>Recomendación 13</p> <p>Que el gobierno o dirección de la entidad posea la dimensión precisa para lograr un funcionamiento eficaz y participativo, lo que hace aconsejable que tenga entre cinco y quince miembros.</p> <p>Recomendación 14</p> <p>Que el gobierno o dirección de la entidad apruebe una política de selección de altos cargos o directivos que:</p> <ol style="list-style-type: none"> Sea concreta y verificable. Asegure que las propuestas de nombramiento o reelección se fundamenten en un análisis previo de las necesidades del gobierno o dirección de la entidad. Favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias y género.
---	---

<p>Que el resultado del análisis previo de las necesidades del consejo de administración se recoja en el informe justificativo de la comisión de nombramientos que se publique al convocar la junta general de accionistas a la que se someta la ratificación, el nombramiento o la reelección de cada consejero.</p> <p>Y que la política de selección de consejeros promueva el objetivo de que en el año 2020 el número de consejeras represente, al menos, el 30% del total de miembros del consejo de administración.</p> <p>La comisión de nombramientos verificará anualmente el cumplimiento de la política de selección de consejeros y se informará de ello en el informe anual de gobierno corporativo.</p>	<p>Que el resultado del análisis previo de las necesidades del gobierno o dirección de la entidad se recoja en el informe justificativo del órgano de nombramientos que se publique al convocar la sesión parlamentaria a la que se someta la ratificación, el nombramiento o la reelección de cada alto cargo o directivo.</p> <p>Y que la política de selección de altos cargos o directivos promueva el objetivo de que en el año 2020 el número de altas cargo o directivas represente, al menos, el 30% del total de miembros del gobierno o dirección de la entidad.</p> <p>El órgano de nombramientos verificará anualmente el cumplimiento de la política de selección de altos cargos o directivos y se informará de ello en el informe anual de buen gobierno.</p>
--	--

III.3.2.2 Composición del **consejo de administración**

Principio 11: El **consejo de administración** tendrá una composición equilibrada, con una amplia mayoría de **consejeros** no ejecutivos y una adecuada proporción entre **consejeros dominicales** e independientes, representando estos últimos, con carácter general, al menos la mitad de los **consejeros**

La legislación **mercantil** ha incorporado la definición de las distintas categorías de **consejeros**: internos o ejecutivos y externos (**dominicales**, independientes y otros externos).

Se recomienda que los **consejeros** externos, como garantes frente a los posibles conflictos de agencia entre directivos y **accionistas** y entre **accionistas** representados y no representados en el **consejo**, sean amplia mayoría en el **consejo de administración**.

Además, de acuerdo con el principio de proporcionalidad entre participación **accionarial** y representación en el **consejo de administración**, la relación entre **consejeros dominicales** y **consejeros** independientes debe reflejar la relación entre el porcentaje de **capital** representado en el **consejo de administración** por los **consejeros dominicales** y el resto del **capital**. Este principio proporcional no es, sin embargo, una regla matemática exacta, sino una regla aproximada cuyo objetivo es asegurar que los **consejeros** independientes tengan un peso suficiente en el **consejo de administración** y que ningún **accionista** significativo ejerza una influencia desproporcionada en relación a su **participación en el capital**.

Estas recomendaciones deben completarse con un adecuado régimen de transparencia en materia de nombramiento de **consejeros dominicales**. No se pretende limitar la designación de esta clase de **consejeros** en representación de **accionistas** con **participaciones accionariales** inferiores al 3%, sino invitar a las **sociedades** a que expliquen los motivos que guían sus decisiones en esta materia, especialmente, cuando tales criterios les lleven a tratar de manera diferente las peticiones de acceso al **consejo de administración** de **accionistas** con **participaciones accionariales** similares.

III.3.2.2 Composición del **gobierno o dirección de la entidad**

Principio 11: El **gobierno o dirección de la entidad** tendrá una composición equilibrada, con una amplia mayoría de **altos cargos o directivos** no ejecutivos y una adecuada proporción entre **altos cargos o directivos de filiación política** e independientes, representando estos últimos, con carácter general, al menos la mitad de los **altos cargos o directivos**

La legislación **administrativa o constitucional** ha incorporado la definición de las distintas categorías de **altos cargos o directivos**: internos o ejecutivos y externos (**de filiación política**, independientes y otros externos).

Se recomienda que los **altos cargos o directivos** externos, como garantes frente a los posibles conflictos de agencia entre directivos y **ciudadanos o agentes sociales** y entre **ciudadanos o agentes sociales** representados y no representados en el **gobierno o dirección de la entidad**, sean amplia mayoría en el **gobierno o dirección de la entidad**.

Además, de acuerdo con el principio de proporcionalidad entre participación **ciudadana** y representación en el **gobierno o dirección de la entidad**, la relación entre **altos cargos o directivos de filiación política** y **altos cargos o directivos** independientes debe reflejar la relación entre el porcentaje de **censo electoral** representado en el **gobierno o dirección de la entidad** por los **altos cargos o directivos de filiación política** y el resto del **censo electoral**. Este principio proporcional no es, sin embargo, una regla matemática exacta, sino una regla aproximada cuyo objetivo es asegurar que los **altos cargos o directivos** independientes tengan un peso suficiente en el **gobierno o dirección de la entidad** y que ningún **ciudadano o agente social** significativo ejerza una influencia desproporcionada en relación a su **representatividad en el censo electoral**.

Estas recomendaciones deben completarse con un adecuado régimen de transparencia en materia de nombramiento de **altos cargos o directivos de filiación política**. No se pretende limitar la designación de esta clase de **altos cargos o directivos** en representación de **ciudadanos o agentes sociales** con **representaciones parlamentarias** inferiores al 3%, sino invitar a las **instituciones o entidades públicas** a que expliquen los motivos que guían sus decisiones en esta materia, especialmente, cuando tales criterios les lleven a tratar de manera diferente las peticiones de acceso al **gobierno o dirección de la entidad** de **ciudadanos o agentes sociales** con **representaciones parlamentarias** similares.

<p>La relevancia que la práctica internacional y la Unión Europea atribuyen a los consejeros independientes tanto por su labor en las comisiones del consejo de administración como por su contribución al debate, al análisis y a la revisión de la estrategia de la sociedad, aconsejan cifrar su número en un porcentaje mínimo de los miembros del consejo de administración.</p> <p>Siguiendo las mejores y más consolidadas prácticas internacionales, se considera que esta proporción debe ser de, al menos, la mitad.</p> <p>No obstante, en determinadas situaciones se considera que dicho porcentaje pueda resultar excesivo. La realidad accionarial de muchas sociedades cotizadas españolas aconseja que se mitigue la aplicación de esta regla respecto de las que o bien, no tengan una elevada capitalización considerando como referencia aquellas sociedades no incluidas en el índice IBEX-35 a las que resultaría excesivamente oneroso el cumplimiento de esta regla, o bien respecto de las sociedades en cuyo accionariado tengan presencia accionistas que individual o concertadamente con otros mantengan un porcentaje elevado en su capital. Para estos casos se recomienda un porcentaje de, al menos, un tercio.</p> <p>Recomendación 15</p> <p>Que los consejeros dominicales e independientes constituyan una amplia mayoría del consejo de administración y que el número de consejeros ejecutivos sea el mínimo necesario, teniendo en cuenta la complejidad del grupo societario y el porcentaje de participación de los consejeros ejecutivos en el capital de la sociedad.</p> <p>Recomendación 16</p> <p>Que el porcentaje de consejeros dominicales sobre el total de consejeros no ejecutivos no sea mayor que la proporción existente entre el capital de la sociedad representado por dichos consejeros y el resto del capital.</p> <p>Este criterio podrá atenuarse:</p> <p>a) En sociedades de elevada capitalización en las que sean escasas las participaciones accionariales que tengan legalmente la consideración de significativas.</p>	<p>La relevancia que la práctica internacional y la Unión Europea atribuyen a los altos cargos o directivos independientes tanto por su labor en los órganos del gobierno o dirección de la entidad como por su contribución al debate, al análisis y a la revisión de la estrategia de la institución o entidad pública, aconsejan cifrar su número en un porcentaje mínimo de los miembros del gobierno o dirección de la entidad.</p> <p>Siguiendo las mejores y más consolidadas prácticas internacionales, se considera que esta proporción debe ser de, al menos, la mitad.</p> <p>No obstante, en determinadas situaciones se considera que dicho porcentaje pueda resultar excesivo. La realidad ciudadana de muchas instituciones o entidades públicas españolas aconseja que se mitigue la aplicación de esta regla respecto de las que o bien, no tengan una elevada representatividad poblacional considerando como referencia aquellas instituciones o entidades públicas no incluidas en los niveles de gobierno superior al local a los que resultaría excesivamente oneroso el cumplimiento de esta regla, o bien respecto de las instituciones o entidades públicas en cuyo electorado tengan presencia ciudadanos o agentes sociales que individual o concertadamente con otros mantengan un porcentaje elevado en el censo electoral. Para estos casos se recomienda un porcentaje de, al menos, un tercio.</p> <p>Recomendación 15</p> <p>Que los altos cargos o directivos de filiación política e independientes constituyan una amplia mayoría del gobierno o dirección de la entidad y que el número de altos cargos o directivos ejecutivos sea el mínimo necesario, teniendo en cuenta la complejidad del sector público y el porcentaje de participación de los altos cargos o directivos ejecutivos en cuanto a representatividad en el censo electoral o composición de la institución o entidad pública.</p> <p>Recomendación 16</p> <p>Que el porcentaje de altos cargos o directivos de filiación política sobre el total de altos cargos o directivos no ejecutivos no sea mayor que la proporción existente entre el censo electoral o composición de la institución o entidad pública representado por dichos altos cargos o directivos y el resto del censo.</p> <p>Este criterio podrá atenuarse:</p> <p>a) En instituciones o entidades públicas de elevada representatividad poblacional en las que sean escasas las representaciones parlamentarias que tengan legalmente la consideración de significativas.</p>
---	--

<p>b) Cuando se trate de sociedades en las que exista una pluralidad de accionistas representados en el consejo de administración y no tengan vínculos entre sí.</p> <p>Recomendación 17</p> <p>Que el número de consejeros independientes represente, al menos, la mitad del total de consejeros.</p> <p>Que, sin embargo, cuando la sociedad no sea de elevada capitalización o cuando, aun siéndolo, cuente con un accionista, o varios actuando concertadamente, que controlen más del 30% del capital social, el número de consejeros independientes represente, al menos, un tercio del total de consejeros.</p> <p>Recomendación 18</p> <p>Que las sociedades hagan pública a través de su página web, y mantengan actualizada, la siguiente información sobre sus consejeros:</p> <ol style="list-style-type: none"> Perfil profesional y biográfico. Otros consejos de administración a los que pertenezcan, se trate o no de sociedades cotizadas, así como sobre las demás actividades retribuidas que realice cualquiera que sea su naturaleza. Indicación de la categoría de consejero a la que pertenezcan, señalándose, en el caso de consejeros dominicales, el accionista al que representen o con quien tengan vínculos. Fecha de su primer nombramiento como consejero en la sociedad, así como de las posteriores reelecciones. Acciones de la compañía, y opciones sobre ellas, de las que sean titulares. <p>Recomendación 19</p> <p>Que en el informe anual de gobierno corporativo, previa verificación por la comisión de nombramientos, se expliquen las razones por las cuales se hayan nombrado consejeros dominicales a instancia de accionistas cuya participación accionarial sea inferior al 3% del capital; y se expongan las razones por las que no se hubieran atendido, en su caso, peticiones formales de presencia en el consejo procedentes de accionistas cuya participación accionarial sea igual o superior a la de otros a cuya instancia se hubieran designado consejeros dominicales.</p>	<p>b) Cuando se trate de instituciones o entidades públicas en las que exista una pluralidad de ciudadanos o agentes sociales representados en el gobierno o dirección de la entidad y no tengan vínculos entre sí.</p> <p>Recomendación 17</p> <p>Que el número de altos cargos o directivos independientes represente, al menos, la mitad del total de altos cargos o directivos.</p> <p>Que, sin embargo, cuando la institución o entidad pública no sea de elevada representatividad poblacional o cuando, aun siéndolo, cuente con un ciudadano o agente social, o varios actuando concertadamente, que controlen más del 30% del censo electoral, el número de altos cargos o directivos independientes represente, al menos, un tercio del total de altos cargos o directivos.</p> <p>Recomendación 18</p> <p>Que las instituciones o entidades públicas hagan pública a través de su página web, y mantengan actualizada, la siguiente información sobre sus altos cargos o directivos:</p> <ol style="list-style-type: none"> Perfil profesional y biográfico. Otros gobiernos u órganos directivos a los que pertenezcan, se trate o no de instituciones o entidades públicas, así como sobre las demás actividades retribuidas que realice cualquiera que sea su naturaleza. Indicación de la categoría de alto cargo o directivo a la que pertenezcan, señalándose, en el caso de altos cargos o directivos de filiación política, el ciudadano o agente social al que representen o con quien tengan vínculos. Fecha de su primer nombramiento como alto cargo o directivo en la institución o entidad pública, así como de las posteriores reelecciones. Afiliaciones a partidos políticos de las que sean titulares o partidos políticos de los que se declaren simpatizantes. <p>Recomendación 19</p> <p>Que en el informe anual de buen gobierno, previa verificación por el órgano de nombramientos, se expliquen las razones por las cuales se hayan nombrado altos cargos o directivos de filiación política a instancia de ciudadanos o agentes sociales cuya representatividad ciudadana sea inferior al 3% del censo electoral; y se expongan las razones por las que no se hubieran atendido, en su caso, peticiones formales de presencia en el gobierno o dirección de la entidad procedentes de ciudadanos o agentes sociales cuya representatividad ciudadana sea igual o superior a la de otros a cuya instancia se hubieran designado altos cargos o directivos de filiación política.</p>
---	---

Principio 12: Las causas de separación y dimisión de los **consejeros** no condicionarán su libertad de criterio, protegerán la reputación y crédito de la **sociedad**, tendrán en cuenta el cambio de circunstancias sobrevenidas y garantizarán la estabilidad en el cargo de los **consejeros** independientes que mantengan dicha condición y no incumplan sus deberes

Cambios sobrevenidos en las circunstancias que motivaron el nombramiento de un **consejero** pueden hacer recomendable que presente su dimisión.

No obstante, siempre que no incumplan sus obligaciones, los **consejeros** independientes deben gozar de cierta estabilidad en el cargo y quedar al abrigo de la voluntad de los ejecutivos de la **compañía** o de los **accionistas** significativos. De otra forma, el cumplimiento teórico de las condiciones de independencia no bastará para salvaguardar su efectiva independencia como **consejero**, especialmente si el buen desempeño de sus funciones le obliga a mantener ocasionales discrepancias con otros miembros del **consejo de administración** o de la dirección.

También se formulan recomendaciones para el caso de que acaezcan hechos que afecten a los **consejeros** y puedan perjudicar el crédito o reputación de la **sociedad**.

Recomendación 20

Que los **consejeros dominicales** presenten su dimisión cuando el **accionista** a quien representen **transmita** íntegramente su **participación accionarial**. Y que también lo hagan, en el número que corresponda, cuando dicho **accionista** rebaje su **participación accionarial** hasta un nivel que exija la reducción del número de sus **consejeros dominicales**.

Recomendación 21

Que el **consejo de administración** no proponga la separación de ningún **consejero** independiente antes del cumplimiento del **período estatutario** para el que hubiera sido nombrado, salvo cuando concurra justa causa, apreciada por el **consejo de administración** previo informe de la comisión de nombramientos. En particular, se entenderá que existe justa causa cuando el **consejero** pase a ocupar nuevos cargos o contraiga nuevas obligaciones que le impidan dedicar el tiempo necesario al desempeño de las funciones propias del cargo de **consejero**, incumpla los deberes inherentes a su cargo o incurra en algunas de las circunstancias que le hagan perder su condición de independiente, de acuerdo con lo establecido en la legislación aplicable.

Principio 12: Las causas de separación y dimisión de los **altos cargos o directivos** no condicionarán su libertad de criterio, protegerán la reputación y crédito de la **institución o entidad pública**, tendrán en cuenta el cambio de circunstancias sobrevenidas y garantizarán la estabilidad en el cargo de los **altos cargos o directivos** independientes que mantengan dicha condición y no incumplan sus deberes

Cambios sobrevenidos en las circunstancias que motivaron el nombramiento de un **alto cargo o directivo** pueden hacer recomendable que presente su dimisión.

No obstante, siempre que no incumplan sus obligaciones, los **altos cargos o directivos** independientes deben gozar de cierta estabilidad en el cargo y quedar al abrigo de la voluntad de los ejecutivos de la **institución o entidad pública** o de los **ciudadanos o agentes sociales** significativos. De otra forma, el cumplimiento teórico de las condiciones de independencia no bastará para salvaguardar su efectiva independencia como **alto cargo o directivo**, especialmente si el buen desempeño de sus funciones le obliga a mantener ocasionales discrepancias con otros miembros del **gobierno o dirección de la entidad** o de la dirección.

También se formulan recomendaciones para el caso de que acaezcan hechos que afecten a los **altos cargos o directivos** y puedan perjudicar el crédito o reputación de la **institución o entidad pública**.

Recomendación 20

Que los **altos cargos o directivos de filiación política** presenten su dimisión cuando el **ciudadano o agente social** a quien representen **les retire** íntegramente su **reconocimiento de representatividad ciudadana**. Y que también lo hagan, en el número que corresponda, cuando dicho **ciudadano o agente social** rebaje su **reconocimiento de representatividad ciudadana** hasta un nivel que exija la reducción del número de sus **altos cargos o directivos de filiación política**.

Recomendación 21

Que el **gobierno o dirección de la entidad** no proponga la separación de ningún **alto cargo o directivo** independiente antes del cumplimiento del **mandato** para el que hubiera sido nombrado, salvo cuando concurra justa causa, apreciada por el **gobierno o dirección de la entidad** previo informe del **órgano de nombramientos**. En particular, se entenderá que existe justa causa cuando el **alto cargo o directivo** pase a ocupar nuevos cargos o contraiga nuevas obligaciones que le impidan dedicar el tiempo necesario al desempeño de las funciones propias del cargo de **alto cargo o directivo**, incumpla los deberes inherentes a su cargo o incurra en algunas de las circunstancias que le hagan perder su condición de independiente, de acuerdo con lo establecido en la legislación aplicable.

También podrá proponerse la separación de **consejeros** independientes como consecuencia de **ofertas públicas de adquisición, fusiones** u otras operaciones **corporativas** similares que supongan un cambio en la estructura de **capital** de la **sociedad**, cuando tales cambios en la estructura del **consejo de administración** vengan propiciados por el criterio de proporcionalidad señalado en la recomendación 16.
Recomendación 22

Que las **sociedades** establezcan reglas que obliguen a los **consejeros** a informar y, en su caso, a dimitir en aquellos supuestos que puedan perjudicar al crédito y reputación de la **sociedad** y, en particular, les obliguen a informar al **consejo de administración** de las causas penales en las que aparezcan como imputados, así como de sus posteriores vicisitudes procesales.

Y que si un **consejero** resultara procesado o se dictara contra él auto de apertura de juicio oral por alguno de los delitos señalados en la legislación **societaria**, el **consejo de administración** examine el caso tan pronto como sea posible y, a la vista de sus circunstancias concretas, decida si procede o no que el **consejero** continúe en su cargo. Y que de todo ello el **consejo de administración** dé cuenta, de forma razonada, en el informe anual de **gobierno corporativo**.

Recomendación 23

Que todos los **consejeros** expresen claramente su oposición cuando consideren que alguna propuesta de decisión sometida al **consejo de administración** puede ser contraria al interés **social**. Y que otro tanto hagan, de forma especial, los independientes y demás **consejeros** a quienes no afecte el potencial conflicto de intereses, cuando se trate de decisiones que puedan perjudicar a los **accionistas** no representados en el **consejo de administración**.

Y que cuando el **consejo de administración** adopte decisiones significativas o reiteradas sobre las que el **consejero** hubiera formulado serias reservas, este saque las conclusiones que procedan y, si optara por dimitir, explique las razones en la carta a que se refiere la recomendación siguiente.

Esta recomendación alcanza también al secretario del **consejo de administración**, aunque no tenga la condición de **consejero**.

También podrá proponerse la separación de **altos cargos o directivos** independientes como consecuencia de **convocatorias de elecciones o iniciativas de referéndum, reestructuraciones** u otras operaciones **institucionales** similares que supongan un cambio en la estructura de **censo electoral o composición** de la **institución o entidad pública**, cuando tales cambios en la estructura del **gobierno o dirección de la entidad** vengan propiciados por el criterio de proporcionalidad señalado en la recomendación 16.
Recomendación 22

Que las **instituciones o entidades públicas** establezcan reglas que obliguen a los **altos cargos o directivos** a informar y, en su caso, a dimitir en aquellos supuestos que puedan perjudicar al crédito y reputación de la **institución o entidad pública** y, en particular, les obliguen a informar al **gobierno o dirección de la entidad** de las causas penales en las que aparezcan como imputados, así como de sus posteriores vicisitudes procesales.

Y que si un **alto cargo o directivo** resultara procesado o se dictara contra él auto de apertura de juicio oral por alguno de los delitos señalados en la legislación **administrativa o constitucional**, el **gobierno o dirección de la entidad** examine el caso tan pronto como sea posible y, a la vista de sus circunstancias concretas, decida si procede o no que el **alto cargo o directivo** continúe en su cargo. Y que de todo ello el **gobierno o dirección de la entidad** dé cuenta, de forma razonada, en el informe anual de **buen gobierno**.

Recomendación 23

Que todos los **altos cargos o directivos** expresen claramente su oposición cuando consideren que alguna propuesta de decisión sometida al **gobierno o dirección de la entidad** puede ser contraria al interés **público**. Y que otro tanto hagan, de forma especial, los independientes y demás **altos cargos o directivos** a quienes no afecte el potencial conflicto de intereses, cuando se trate de decisiones que puedan perjudicar a los **ciudadanos o agentes sociales** no representados en el **gobierno o dirección de la entidad**.

Y que cuando el **gobierno o dirección de la entidad** adopte decisiones significativas o reiteradas sobre las que el **alto cargo o directivo** hubiera formulado serias reservas, este saque las conclusiones que procedan y, si optara por dimitir, explique las razones en la carta a que se refiere la recomendación siguiente.
Esta recomendación alcanza también al secretario del **gobierno o dirección de la entidad**, aunque no tenga la condición de **alto cargo o directivo**.

<p>Recomendación 24 Que cuando, ya sea por dimisión o por otro motivo, un consejero cese en su cargo antes del término de su mandato, explique las razones en una carta que remitirá a todos los miembros del consejo de administración. Y que, sin perjuicio de que dicho cese se comunique como hecho relevante, del motivo del cese se dé cuenta en el informe anual de gobierno corporativo.</p>	<p>Recomendación 24 Que cuando, ya sea por dimisión o por otro motivo, un alto cargo o directivo cese en su cargo antes del término de su mandato, explique las razones en una carta que remitirá a todos los miembros del gobierno o dirección de la entidad. Y que, sin perjuicio de que dicho cese se comunique como hecho relevante, del motivo del cese se dé cuenta en el informe anual de buen gobierno.</p>
---	--

<p>III.3.3 El funcionamiento del consejo de administración</p> <p>III.3.3.1 Dedicación de los consejeros</p> <p>Principio 13: Los consejeros dedicarán el tiempo suficiente para el eficaz desarrollo de sus funciones y para conocer el negocio de la sociedad y las reglas de gobierno que la rigen, participando en los programas de orientación y actualización que organice la sociedad</p> <p>El desempeño de sus funciones exige que los consejeros dediquen suficiente tiempo a informarse, a conocer la realidad de la sociedad y la evolución de sus negocios y a participar en las reuniones del consejo de administración y las comisiones de las que, en su caso, formen parte. Este principio general ha sido recogido recientemente en la legislación mercantil (Artículo 225.2 de la Ley de Sociedades de Capital), que establece que los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.</p> <p>A estos efectos, se entiende que no es posible delimitar unos estándares de dedicación de los consejeros recomendables con carácter general. Es imposible delimitar las muchas actividades que un consejero puede realizar al margen de su labor como administrador de la sociedad cotizada y es muy difícil valorar el tiempo y la dedicación que cada una de ellas le pueden exigir.</p> <p>De esta forma, se recomienda que las sociedades y, especialmente, las comisiones de nombramientos presten especial atención a estas reglas, que deben ser abordadas de forma concreta en el reglamento del consejo de administración, en particular en cuanto al número máximo de consejos de administración de sociedades ajenas al grupo de las que el consejero puede formar parte.</p> <p>Recomendación 25</p> <p>Que la comisión de nombramientos se asegure de que los consejeros no ejecutivos tienen suficiente disponibilidad de tiempo para el correcto desarrollo de sus funciones.</p> <p>Y que el reglamento del consejo establezca el número máximo de consejos de sociedades de los que pueden formar parte sus consejeros.</p>	<p>III.3.3 El funcionamiento del gobierno o dirección de la entidad</p> <p>III.3.3.1 Dedicación de los altos cargos o directivos</p> <p>Principio 13: Los altos cargos o directivos dedicarán el tiempo suficiente para el eficaz desarrollo de sus funciones y para conocer el la política pública de la institución o entidad pública y las reglas de gobierno que la rigen, participando en los programas de orientación y actualización que organice la institución o entidad pública</p> <p>El desempeño de sus funciones exige que los altos cargos o directivos dediquen suficiente tiempo a informarse, a conocer la realidad de la institución o entidad pública y la evolución de sus políticas y a participar en las reuniones del gobierno o dirección de la entidad y las órganos de las que, en su caso, formen parte. Este principio general ha sido recogido recientemente en la legislación administrativa o constitucional (...), que establece que los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la institución o entidad pública.</p> <p>A estos efectos, se entiende que no es posible delimitar unos estándares de dedicación de los altos cargos o directivos recomendables con carácter general. Es imposible delimitar las muchas actividades que un alto cargo o directivo puede realizar al margen de su labor como administrador de la institución o entidad pública y es muy difícil valorar el tiempo y la dedicación que cada una de ellas le pueden exigir.</p> <p>De esta forma, se recomienda que las instituciones o entidades públicas y, especialmente, las órganos de nombramientos presten especial atención a estas reglas, que deben ser abordadas de forma concreta en el reglamento del gobierno o dirección de la entidad, en particular en cuanto al número máximo de gobiernos u órganos directivos de instituciones o entidades públicas ajenas al sector público de las que el alto cargo o directivo puede formar parte.</p> <p>Recomendación 25</p> <p>Que el órgano de nombramientos se asegure de que los altos cargos o directivos no ejecutivos tienen suficiente disponibilidad de tiempo para el correcto desarrollo de sus funciones.</p> <p>Y que el reglamento del gobierno o dirección de la entidad establezca el número máximo de gobiernos o puestos de dirección de instituciones o entidades públicas de los que pueden formar parte sus altos cargos o directivos.</p>
--	--

<p>III.3.3.2 Frecuencia de sus reuniones y asistencia de los consejeros</p> <p>Principio 14: El consejo de administración se reunirá con la frecuencia necesaria para el correcto desarrollo de sus funciones de administración y supervisión y con la presencia de todos o una amplia mayoría de sus miembros</p> <p>El consejo de administración debe mantener una presencia constante en la vida de la sociedad. Para ello, debe reunirse con la frecuencia necesaria para desempeñar con eficacia sus funciones de administración, de supervisión y de control del equipo directivo, de las distintas comisiones y de, en caso de existir, la comisión ejecutiva.</p> <p>Se recomienda para las sociedades cotizadas un mínimo de ocho reuniones del consejo de administración al año, debiendo ajustarse a un calendario y a asuntos previamente establecidos y permitiendo que cada consejero pueda proponer puntos adicionales al orden del día inicialmente no previstos.</p> <p>Deberían evitarse las ausencias de los consejeros y, cuando estas sean inevitables, la representación debería conferirse con instrucciones precisas de voto. A este respecto, con el objetivo de evitar que se modifique de facto el equilibrio del consejo de administración, la legislación mercantil establece que los consejeros podrán delegar, en estos casos, su representación en otro consejero y que, en el caso de los consejeros no ejecutivos, sólo podrán hacerlo en otro no ejecutivo (Artículo 529 quáter de la Ley de Sociedades de Capital).</p> <p>Recomendación 26</p> <p>Que el consejo de administración se reúna con la frecuencia precisa para desempeñar con eficacia sus funciones y, al menos, ocho veces al año, siguiendo el programa de fechas y asuntos que establezca al inicio del ejercicio, pudiendo cada consejero individualmente proponer otros puntos del orden del día inicialmente no previstos.</p> <p>Recomendación 27</p> <p>Que las inasistencias de los consejeros se reduzcan a los casos indispensables y se cuantifiquen en el informe anual de gobierno corporativo. Y que, cuando deban producirse, se otorgue representación con instrucciones.</p> <p>Recomendación 28</p> <p>Que cuando los consejeros o el secretario manifiesten preocupación sobre alguna propuesta o, en el caso de los consejeros, sobre la marcha de la sociedad y tales preocupaciones no queden resueltas en el consejo de administración, a petición de quien las hubiera manifestado, se deje constancia de ellas en el acta.</p>	<p>III.3.3.2 Frecuencia de sus reuniones y asistencia de los altos cargos o directivos</p> <p>Principio 14: El gobierno o dirección de la entidad se reunirá con la frecuencia necesaria para el correcto desarrollo de sus funciones de administración y supervisión y con la presencia de todos o una amplia mayoría de sus miembros</p> <p>El gobierno o dirección de la entidad debe mantener una presencia constante en la vida de la institución o entidad pública. Para ello, debe reunirse con la frecuencia necesaria para desempeñar con eficacia sus funciones de administración, de supervisión y de control del equipo directivo, de las distintas órganos y de, en caso de existir, el órgano ejecutivo.</p> <p>Se recomienda para las instituciones o entidades públicas un mínimo de ocho reuniones del gobierno o dirección de la entidad al año, debiendo ajustarse a un calendario y a asuntos previamente establecidos y permitiendo que cada alto cargo o directivo pueda proponer puntos adicionales al orden del día inicialmente no previstos.</p> <p>Deberían evitarse las ausencias de los altos cargos o directivos y, cuando estas sean inevitables, la representación debería conferirse con instrucciones precisas de voto. A este respecto, con el objetivo de evitar que se modifique de facto el equilibrio del gobierno o dirección de la entidad, la legislación administrativa o constitucional establece que los altos cargos o directivos podrán delegar, en estos casos, su representación en otro alto cargo o directivo y que, en el caso de los altos cargos o directivos no ejecutivos, sólo podrán hacerlo en otro no ejecutivo (...).</p> <p>Recomendación 26</p> <p>Que el gobierno o dirección de la entidad se reúna con la frecuencia precisa para desempeñar con eficacia sus funciones y, al menos, ocho veces al año, siguiendo el programa de fechas y asuntos que establezca al inicio del ejercicio, pudiendo cada alto cargo o directivo individualmente proponer otros puntos del orden del día inicialmente no previstos.</p> <p>Recomendación 27</p> <p>Que las inasistencias de los altos cargos o directivos se reduzcan a los casos indispensables y se cuantifiquen en el informe anual de buen gobierno. Y que, cuando deban producirse, se otorgue representación con instrucciones.</p> <p>Recomendación 28</p> <p>Que cuando los altos cargos o directivos o el secretario manifiesten preocupación sobre alguna propuesta o, en el caso de los altos cargos o directivos, sobre la marcha de la institución o entidad pública y tales preocupaciones no queden resueltas en el gobierno o dirección de la entidad, a petición de quien las hubiera manifestado, se deje constancia de ellas en el acta.</p>
---	--

<p>III.3.3.3 Información y asesoramiento a los consejeros</p> <p>Principio 15: Los consejeros contarán con información suficiente y adecuada para el ejercicio de sus funciones y tendrán derecho a obtener de la sociedad el asesoramiento preciso</p> <p>La legislación mercantil (Artículo 225.3 de la Ley de Sociedades de Capital) ha recogido expresamente que en el ejercicio de sus funciones los consejeros tienen el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones. Estos deberes y derechos se enfatizan, aún más, para el supuesto de sociedades cotizadas (Artículo 529 quinquies de la Ley de Sociedades de Capital).</p> <p>Con la finalidad de reforzar aún más este aspecto, esencial para el funcionamiento eficaz del consejo de administración, se recomienda que los consejeros conozcan con la debida antelación los asuntos que van a ser tratados en las sesiones, de forma que puedan valorar si la información con la que cuentan es suficiente y, en su caso, recabar la información precisa. Asimismo, es relevante que los consejeros reciban información permanente sobre determinados aspectos que resulten de especial importancia para desempeñar su cometido.</p> <p>Por su parte, dada la complejidad de las diferentes cuestiones que los consejeros deben atender, estos podrán requerir, en ocasiones, asesoramiento especializado. Para ello, la sociedad deberá articular los cauces o mecanismos necesarios para el ejercicio efectivo de ese derecho que podrá, en su caso, incluir el recurso al asesoramiento externo cuando excepcionalmente sea menester por la trascendencia o el carácter controvertido de la decisión a adoptar.</p> <p>Recomendación 29</p> <p>Que la sociedad establezca los cauces adecuados para que los consejeros puedan obtener el asesoramiento preciso para el cumplimiento de sus funciones incluyendo, si así lo exigieran las circunstancias, asesoramiento externo con cargo a la empresa .</p> <p>Recomendación 30</p> <p>Que, con independencia de los conocimientos que se exijan a los consejeros para el ejercicio de sus funciones, las sociedades ofrezcan también a los consejeros programas de actualización de conocimientos cuando las circunstancias lo aconsejen.</p>	<p>III.3.3.3 Información y asesoramiento a los altos cargos o directivos</p> <p>Principio 15: Los altos cargos o directivos contarán con información suficiente y adecuada para el ejercicio de sus funciones y tendrán derecho a obtener de la institución o entidad pública el asesoramiento preciso</p> <p>La legislación administrativa o constitucional (...) ha recogido expresamente que en el ejercicio de sus funciones los altos cargos o directivos tienen el deber de exigir y el derecho de recabar de la institución o entidad pública la información adecuada y necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones. Estos deberes y derechos se enfatizan, aún más, para el supuesto de instituciones o entidades públicas (...).</p> <p>Con la finalidad de reforzar aún más este aspecto, esencial para el funcionamiento eficaz del gobierno o dirección de la entidad, se recomienda que los altos cargos o directivos conozcan con la debida antelación los asuntos que van a ser tratados en las sesiones, de forma que puedan valorar si la información con la que cuentan es suficiente y, en su caso, recabar la información precisa. Asimismo, es relevante que los altos cargos o directivos reciban información permanente sobre determinados aspectos que resulten de especial importancia para desempeñar su cometido.</p> <p>Por su parte, dada la complejidad de las diferentes cuestiones que los altos cargos o directivos deben atender, estos podrán requerir, en ocasiones, asesoramiento especializado. Para ello, la institución o entidad pública deberá articular los cauces o mecanismos necesarios para el ejercicio efectivo de ese derecho que podrá, en su caso, incluir el recurso al asesoramiento externo cuando excepcionalmente sea menester por la trascendencia o el carácter controvertido de la decisión a adoptar.</p> <p>Recomendación 29</p> <p>Que la institución o entidad pública establezca los cauces adecuados para que los altos cargos o directivos puedan obtener el asesoramiento preciso para el cumplimiento de sus funciones incluyendo, si así lo exigieran las circunstancias, asesoramiento externo con cargo a la institución o entidad pública .</p> <p>Recomendación 30</p> <p>Que, con independencia de los conocimientos que se exijan a los altos cargos o directivos para el ejercicio de sus funciones, las instituciones o entidades públicas ofrezcan también a los altos cargos o directivos programas de actualización de conocimientos cuando las circunstancias lo aconsejen.</p>
--	--

<p>Recomendación 31</p> <p>Que el orden del día de las sesiones indique con claridad aquellos puntos sobre los que el consejo de administración deberá adoptar una decisión o acuerdo para que los consejeros puedan estudiar o recabar, con carácter previo, la información precisa para su adopción.</p> <p>Cuando, excepcionalmente, por razones de urgencia, el presidente quiera someter a la aprobación del consejo de administración decisiones o acuerdos que no figuraran en el orden del día, será preciso el consentimiento previo y expreso de la mayoría de los consejeros presentes, del que se dejará debida constancia en el acta.</p> <p>Recomendación 32</p> <p>Que los consejeros sean periódicamente informados de los movimientos en el accionariado y de la opinión que los accionistas significativos, los inversores y las agencias de calificación tengan sobre la sociedad y su grupo.</p>	<p>Recomendación 31</p> <p>Que el orden del día de las sesiones indique con claridad aquellos puntos sobre los que el gobierno o dirección de la entidad deberá adoptar una decisión o acuerdo para que los altos cargos o directivos puedan estudiar o recabar, con carácter previo, la información precisa para su adopción.</p> <p>Cuando, excepcionalmente, por razones de urgencia, el presidente quiera someter a la aprobación del gobierno o dirección de la entidad decisiones o acuerdos que no figuraran en el orden del día, será preciso el consentimiento previo y expreso de la mayoría de los altos cargos o directivos presentes, del que se dejará debida constancia en el acta.</p> <p>Recomendación 32</p> <p>Que los altos cargos o directivos sean periódicamente informados de los movimientos en el electorado y de la opinión que los ciudadanos o agentes sociales significativos, los inversores y las agencias de calificación tengan sobre la institución o entidad pública y su sector público.</p>
---	--

<p>III.3.3.4 El presidente del consejo</p> <p>Principio 16: El presidente es el máximo responsable del eficaz funcionamiento del consejo de administración y, en caso de ser también ejecutivo de la sociedad, se ampliarán las competencias del consejero independiente coordinador</p> <p>El presidente está llamado a desempeñar un papel de primer orden para lograr un adecuado funcionamiento del consejo de administración, lo que ha sido recogido expresamente por la legislación mercantil (Artículo 529 sexies de la Ley de Sociedades de Capital).</p> <p>El debate surge, sin embargo, a la hora de determinar si es oportuno que el cargo de presidente del consejo de administración pueda recaer en un consejero ejecutivo de la sociedad.</p> <p>A este respecto, se considera que cualquiera de las soluciones ofrece ventajas e inconvenientes. La acumulación de cargos puede proporcionar a la compañía un liderazgo claro en el ámbito interno y en el externo, así como reducir los costes de información y coordinación. Pero ello no debe hacernos olvidar la principal desventaja que presenta esta solución, a saber, la concentración de mucho poder en manos de una única persona.</p> <p>En estas circunstancias, a la vista también de la falta de uniformidad en la práctica internacional y de la inexistencia de base empírica para formular una recomendación taxativa a favor de uno u otro criterio, se mantiene el criterio de no pronunciarse sobre la conveniencia, o no, de separar ambos cargos.</p> <p>No obstante, se considera necesario que cuando sean ejercidos por la misma persona se establezcan medidas correctoras. Así, la normativa societaria establece una mayoría reforzada de dos tercios para el nombramiento del presidente en estos casos y recoge como norma (Artículo 529 septies de la Ley de Sociedades de Capital) la obligación de nombrar un consejero coordinador de entre los consejeros independientes, estableciendo como cautela adicional que en su nombramiento deberán abstenerse los consejeros ejecutivos.</p> <p>En este contexto, se recomienda que, para consolidar y hacer más eficaz su desempeño, las funciones del consejero coordinador se extiendan a aspectos adicionales como las relaciones con los accionistas de la sociedad en materia de gobierno corporativo o la dirección del plan de sucesión del presidente.</p>	<p>III.3.3.4 El presidente del gobierno o dirección de la entidad</p> <p>Principio 16: El presidente es el máximo responsable del eficaz funcionamiento del gobierno o dirección de la entidad y, en caso de ser también ejecutivo de la institución o entidad pública, se ampliarán las competencias del alto cargo o directivo independiente coordinador</p> <p>El presidente está llamado a desempeñar un papel de primer orden para lograr un adecuado funcionamiento del gobierno o dirección de la entidad, lo que ha sido recogido expresamente por la legislación administrativa o constitucional (...).</p> <p>El debate surge, sin embargo, a la hora de determinar si es oportuno que el cargo de presidente del gobierno o dirección de la entidad pueda recaer en un alto cargo o directivo ejecutivo de la institución o entidad pública.</p> <p>A este respecto, se considera que cualquiera de las soluciones ofrece ventajas e inconvenientes. La acumulación de cargos puede proporcionar a la institución o entidad pública un liderazgo claro en el ámbito interno y en el externo, así como reducir los costes de información y coordinación. Pero ello no debe hacernos olvidar la principal desventaja que presenta esta solución, a saber, la concentración de mucho poder en manos de una única persona.</p> <p>En estas circunstancias, a la vista también de la falta de uniformidad en la práctica internacional y de la inexistencia de base empírica para formular una recomendación taxativa a favor de uno u otro criterio, se mantiene el criterio de no pronunciarse sobre la conveniencia, o no, de separar ambos cargos.</p> <p>No obstante, se considera necesario que cuando sean ejercidos por la misma persona se establezcan medidas correctoras. Así, la normativa administrativa o constitucional establece una mayoría reforzada de dos tercios para el nombramiento del presidente en estos casos y recoge como norma(...) la obligación de nombrar un alto cargo o directivo coordinador de entre los altos cargos o directivos independientes, estableciendo como cautela adicional que en su nombramiento deberán abstenerse los altos cargos o directivos ejecutivos.</p> <p>En este contexto, se recomienda que, para consolidar y hacer más eficaz su desempeño, las funciones del alto cargo o directivo coordinador se extiendan a aspectos adicionales como las relaciones con los ciudadanos o agentes sociales de la institución o entidad pública en materia de buen gobierno o la dirección del plan de sucesión del presidente.</p>
---	---

<p>Recomendación 33</p> <p>Que el presidente, como responsable del eficaz funcionamiento del consejo de administración, además de ejercer las funciones que tiene legal y estatutariamente atribuidas, prepare y someta al consejo de administración un programa de fechas y asuntos a tratar; organice y coordine la evaluación periódica del consejo, así como, en su caso, la del primer ejecutivo de la sociedad; sea responsable de la dirección del consejo y de la efectividad de su funcionamiento; se asegure de que se dedica suficiente tiempo de discusión a las cuestiones estratégicas, y acuerde y revise los programas de actualización de conocimientos para cada consejero, cuando las circunstancias lo aconsejen.</p> <p>Recomendación 34</p> <p>Que cuando exista un consejero coordinador, los estatutos o el reglamento del consejo de administración, además de las facultades que le corresponden legalmente, le atribuya las siguientes: presidir el consejo de administración en ausencia del presidente y de los vicepresidentes, en caso de existir; hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros no ejecutivos; mantener contactos con inversores y accionistas para conocer sus puntos de vista a efectos de formarse una opinión sobre sus preocupaciones, en particular, en relación con el gobierno corporativo de la sociedad; y coordinar el plan de sucesión del presidente.</p>	<p>Recomendación 33</p> <p>Que el presidente, como responsable del eficaz funcionamiento del gobierno o dirección de la entidad, además de ejercer las funciones que tiene legal o constitucionalmente atribuidas, prepare y someta al gobierno o dirección de la entidad un programa de fechas y asuntos a tratar; organice y coordine la evaluación periódica del gobierno o dirección de la entidad, así como, en su caso, la del primer ejecutivo de la institución o entidad pública; sea responsable de la dirección del gobierno o dirección de la entidad y de la efectividad de su funcionamiento; se asegure de que se dedica suficiente tiempo de discusión a las cuestiones estratégicas, y acuerde y revise los programas de actualización de conocimientos para cada alto cargo o directivo, cuando las circunstancias lo aconsejen.</p> <p>Recomendación 34</p> <p>Que cuando exista un alto cargo o directivo coordinador, la constitución o las leyes o el reglamento del gobierno o dirección de la entidad, además de las facultades que le corresponden legalmente, le atribuya las siguientes: presidir el gobierno o dirección de la entidad en ausencia del presidente y de los vicepresidentes, en caso de existir; hacerse eco de las preocupaciones de los altos cargos o directivos no ejecutivos; mantener contactos con inversores y ciudadanos o agentes sociales para conocer sus puntos de vista a efectos de formarse una opinión sobre sus preocupaciones, en particular, en relación con el buen gobierno de la institución o entidad pública; y coordinar el plan de sucesión del presidente.</p>
---	--

<p>III.3.3.5 El secretario del consejo</p> <p>Principio 17: El secretario del consejo de administración facilitará el buen funcionamiento del consejo de administración</p> <p>La figura del secretario resulta fundamental en el correcto funcionamiento del consejo de administración. Con objeto de reforzar su función se recomienda que vele de forma especial por la actuación del consejo de administración en materia de .</p> <p>Recomendación 35</p> <p>Que el secretario del consejo de administración vele de forma especial para que en sus actuaciones y decisiones el consejo de administración tenga presentes las recomendaciones sobre buen gobierno contenidas en este Código de buen gobierno que fueran aplicables a la sociedad.</p>	<p>III.3.3.5 El secretario del gobierno o dirección de la entidad</p> <p>Principio 17: El secretario del gobierno o dirección de la entidad facilitará el buen funcionamiento del gobierno o dirección de la entidad</p> <p>La figura del secretario resulta fundamental en el correcto funcionamiento del gobierno o dirección de la entidad. Con objeto de reforzar su función se recomienda que vele de forma especial por la actuación del gobierno o dirección de la entidad en materia de .</p> <p>Recomendación 35</p> <p>Que el secretario del gobierno o dirección de la entidad vele de forma especial para que en sus actuaciones y decisiones el gobierno o dirección de la entidad tenga presentes las recomendaciones sobre buen gobierno contenidas en este Código de buen gobierno que fueran aplicables a la institución o entidad pública.</p>
--	--

III.3.3.6 Evaluación periódica del consejo

Principio 18: El **consejo** evaluará periódicamente su desempeño y el de sus miembros y comisiones, contando con el auxilio de un consultor externo independiente al menos cada tres años

La evaluación periódica del desempeño del **consejo de administración** y de sus miembros y comisiones se considera una práctica fundamental. Por ello, se ha recogido con carácter obligatorio para las **sociedades cotizadas** en la legislación **mercantil** (**Artículo 529 nonies de la Ley de Sociedades de Capital**) la evaluación anual del funcionamiento del **consejo de administración** y del de sus comisiones y la preparación, sobre la base de los resultados obtenidos, de un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas.

Se considera, además, que es una práctica recomendable que regularmente consultores externos independientes colaboren con el **consejo de administración** en la realización de esta evaluación, de forma que pueda enriquecerse con aportaciones objetivas.

Recomendación 36

Que el **consejo de administración** en pleno evalúe una vez al año y adopte, en su caso, un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas respecto de:

- La calidad y eficiencia del funcionamiento del **consejo de administración**.
- El funcionamiento y la composición de sus comisiones.
- La diversidad en la composición y competencias del **consejo de administración**.
- El desempeño del presidente del **consejo de administración** y del primer ejecutivo de la **sociedad**.
- El desempeño y la aportación de cada **consejero**, prestando especial atención a los responsables de las distintas comisiones del **consejo**.

Para la realización de la evaluación de las distintas comisiones se partirá del informe que estas eleven al **consejo de administración**, y para la de este último, del que le eleve la comisión de nombramientos.

Cada tres años, el **consejo de administración** será auxiliado para la realización de la evaluación por un consultor externo, cuya independencia será verificada por la comisión de nombramientos.

Las relaciones de **negocio** que el consultor o cualquier **sociedad** de su **grupo** mantengan con la **sociedad** o cualquier **sociedad** de su **grupo** deberán ser desglosadas en el informe anual de **gobierno corporativo**.

El proceso y las áreas evaluadas serán objeto de descripción en el informe anual de **gobierno corporativo**.

III.3.3.6 Evaluación periódica del **gobierno o dirección de la entidad**

Principio 18: El **gobierno o dirección de la entidad** evaluará periódicamente su desempeño y el de sus miembros y **órganos**, contando con el auxilio de un consultor externo independiente al menos cada tres años

La evaluación periódica del desempeño del **gobierno o dirección de la entidad** y de sus miembros y **órganos** se considera una práctica fundamental. Por ello, se ha recogido con carácter obligatorio para las **instituciones o entidades públicas** en la legislación **administrativa o constitucional** (...) la evaluación anual del funcionamiento del **gobierno o dirección de la entidad** y del de sus **órganos** y la preparación, sobre la base de los resultados obtenidos, de un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas.

Se considera, además, que es una práctica recomendable que regularmente consultores externos independientes colaboren con el **gobierno o dirección de la entidad** en la realización de esta evaluación, de forma que pueda enriquecerse con aportaciones objetivas.

Recomendación 36

Que el **gobierno o dirección de la entidad** en pleno evalúe una vez al año y adopte, en su caso, un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas respecto de:

- La calidad y eficiencia del funcionamiento del **gobierno o dirección de la entidad**.
- El funcionamiento y la composición de sus **órganos**.
- La diversidad en la composición y competencias del **gobierno o dirección de la entidad**.
- El desempeño del presidente del **gobierno o dirección de la entidad** y del primer ejecutivo de la **institución o entidad pública**.
- El desempeño y la aportación de cada **alto cargo o directivo**, prestando especial atención a los responsables de las distintas **órganos** del **gobierno o dirección de la entidad**.

Para la realización de la evaluación de las distintas **órganos** se partirá del informe que estas eleven al **gobierno o dirección de la entidad**, y para la de este último, del que le eleve la **órgano** de nombramientos.

Cada tres años, el **gobierno o dirección de la entidad** será auxiliado para la realización de la evaluación por un consultor externo, cuya independencia será verificada por la **órgano** de nombramientos.

Las relaciones de **políticas o de negocio** que el consultor o cualquier **institución o entidad pública** de su **sector público** mantengan con la **institución o entidad pública** de su **sector público** deberán ser desglosadas en el informe anual de **buen gobierno**.

El proceso y las áreas evaluadas serán objeto de descripción en el informe anual de **buen gobierno**.

<p>III.3.4 La organización del consejo de administración</p> <p>La importancia y variedad de las funciones de supervisión y control que corresponden al consejo de administración aconsejan que, con independencia de que le corresponda las facultades últimas de decisión, este cuente con órganos de apoyo, con informes y estudios y preparación en asuntos que deban ser objeto de decisiones especialmente relevantes.</p>	<p>III.3.4 La organización del gobierno o dirección de la entidad</p> <p>La importancia y variedad de las funciones de supervisión y control que corresponden al gobierno o dirección de la entidad aconsejan que, con independencia de que le corresponda las facultades últimas de decisión, este cuente con órganos de apoyo, con informes y estudios y preparación en asuntos que deban ser objeto de decisiones especialmente relevantes.</p>
--	--

<p>III.3.4.1 La comisión ejecutiva</p> <p>Principio 19: La comisión ejecutiva, en caso de existir, tendrá una composición por categorías similar a la del propio consejo de administración, al que mantendrá puntualmente informado de las decisiones que adopte</p> <p>Las comisiones ejecutivas son una realidad en buena parte de las sociedades cotizadas españolas y cumplen una función importante.</p> <p>Sin embargo, su existencia plantea dos riesgos para un adecuado gobierno corporativo. En primer lugar que, <i>de facto</i>, sustituyan el consejo de administración, vaciando de contenido sus funciones. En segundo lugar, que su composición no refleje adecuadamente la del consejo de administración y, por ello, que sus funciones sean ejercidas con una perspectiva distinta.</p> <p>El primero de los riesgos apuntados queda anulado por la regulación legal de las facultades indelegables del consejo de administración, que se corresponden con la regulación del núcleo esencial de la gestión y supervisión, introducida en la legislación mercantil (Artículos 249 bis y 529 ter de la Ley de Sociedades de Capital).</p> <p>El segundo queda también compensado con el mantenimiento de la recomendación de que la estructura de la comisión ejecutiva debe ser similar a la del propio consejo de administración y su secretario el mismo que el de este último.</p> <p>Además, se recomienda que el consejo de administración en pleno tenga conocimiento completo de las decisiones adoptadas por la comisión ejecutiva.</p> <p>Recomendación 37</p> <p>Que cuando exista una comisión ejecutiva, la estructura de participación de las diferentes categorías de consejeros sea similar a la del propio consejo de administración y su secretario sea el de este último.</p> <p>Recomendación 38</p> <p>Que el consejo de administración tenga siempre conocimiento de los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas por la comisión ejecutiva y que todos los miembros del consejo de administración reciban copia de las actas de las sesiones de la comisión ejecutiva.</p>	<p>III.3.4.1 El órgano ejecutivo</p> <p>Principio 19: El órgano ejecutivo, en caso de existir, tendrá una composición por categorías similar a la del propio gobierno o dirección de la entidad, al que mantendrá puntualmente informado de las decisiones que adopte</p> <p>Los órganos ejecutivos son una realidad en buena parte de las instituciones o entidades públicas españolas y cumplen una función importante.</p> <p>Sin embargo, su existencia plantea dos riesgos para un adecuado buen gobierno. En primer lugar que, <i>de facto</i>, sustituyan el gobierno o dirección de la entidad, vaciando de contenido sus funciones. En segundo lugar, que su composición no refleje adecuadamente la del gobierno o dirección de la entidad y, por ello, que sus funciones sean ejercidas con una perspectiva distinta.</p> <p>El primero de los riesgos apuntados queda anulado por la regulación legal de las facultades indelegables del gobierno o dirección de la entidad, que se corresponden con la regulación del núcleo esencial de la gestión y supervisión, introducida en la legislación administrativa o constitucional (...).</p> <p>El segundo queda también compensado con el mantenimiento de la recomendación de que la estructura de el órgano ejecutivo debe ser similar a la del propio gobierno o dirección de la entidad y su secretario el mismo que el de este último.</p> <p>Además, se recomienda que el gobierno o dirección de la entidad en pleno tenga conocimiento completo de las decisiones adoptadas por el órgano ejecutivo.</p> <p>Recomendación 37</p> <p>Que cuando exista un órgano ejecutivo, la estructura de participación de las diferentes categorías de altos cargos o directivos sea similar a la del propio gobierno o dirección de la entidad y su secretario sea el de este último.</p> <p>Recomendación 38</p> <p>Que el gobierno o dirección de la entidad tenga siempre conocimiento de los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas por el órgano ejecutivo y que todos los miembros del gobierno o dirección de la entidad reciban copia de las actas de las sesiones de el órgano ejecutivo</p>
---	---

<p>III.3.4.2 La comisión de auditoría</p> <p>Principio 20: La comisión de auditoría, además de cumplir los requisitos legales, estará compuesta por una mayoría de consejeros independientes y sus miembros, en particular el presidente, se designarán teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o gestión de riesgos, y sus normas de funcionamiento reforzarán su especialización, independencia y ámbito de actuación</p> <p>La comisión de auditoría es objeto de regulación en la legislación mercantil (Artículos 529 terdecies y 529 quaterdecies de la Ley de Sociedades de Capital) tanto por lo que se refiere a su obligatoriedad para las sociedades cotizadas como a su composición, presidencia y funciones mínimas (informar a la junta general de accionistas; supervisar la eficacia del control interno, de la auditoría interna, de los sistemas de gestión de riesgos y del proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva; proponer la selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor externo y supervisar su independencia).</p> <p>En esta materia, las recomendaciones van dirigidas a reforzar las normas legales en relación con la función de la auditoría interna, a ampliar las funciones de la comisión de auditoría y a establecer determinados criterios adicionales sobre su composición que refuercen su especialización e independencia.</p> <p>Recomendación 39</p> <p>Que los miembros de la comisión de auditoría, y de forma especial su presidente, se designen teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o gestión de riesgos, y que la mayoría de dichos miembros sean consejeros independientes.</p> <p>Recomendación 40</p> <p>Que bajo la supervisión de la comisión de auditoría, se disponga de una unidad que asuma la función de auditoría interna que vele por el buen funcionamiento de los sistemas de información y control interno y que funcionalmente dependa del presidente no ejecutivo del consejo o del de la comisión de auditoría.</p> <p>Recomendación 41</p> <p>Que el responsable de la unidad que asuma la función de auditoría interna presente a la comisión de auditoría su plan anual de trabajo, informe directamente de las incidencias que se presenten en su desarrollo y someta al final de cada ejercicio un informe de actividades.</p>	<p>III.3.4.2 La órgano de auditoría o evaluación</p> <p>Principio 20: La órgano de auditoría o evaluación, además de cumplir los requisitos legales, estará compuesta por una mayoría de altos cargos o directivos independientes y sus miembros, en particular el presidente, se designarán teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad o derecho, auditoría o evaluación o gestión de riesgos, y sus normas de funcionamiento reforzarán su especialización, independencia y ámbito de actuación</p> <p>La órgano de auditoría o evaluación es objeto de regulación en la legislación administrativa o constitucional (...) tanto por lo que se refiere a su obligatoriedad para las instituciones o entidades públicas como a su composición, presidencia y funciones mínimas (informar a la parlamento; supervisar la eficacia del control interno, de la auditoría o evaluación interna, de los sistemas de gestión de riesgos y del proceso de elaboración y presentación de la información financiera o jurídica preceptiva; proponer la selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor externo y supervisar su independencia).</p> <p>En esta materia, las recomendaciones van dirigidas a reforzar las normas legales en relación con la función de la auditoría o evaluación interna, a ampliar las funciones del órgano de auditoría o evaluación y a establecer determinados criterios adicionales sobre su composición que refuercen su especialización e independencia.</p> <p>Recomendación 39</p> <p>Que los miembros del órgano de auditoría o evaluación, y de forma especial su presidente, se designen teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad o derecho, auditoría o evaluación o gestión de riesgos, y que la mayoría de dichos miembros sean altos cargos o directivos independientes.</p> <p>Recomendación 40</p> <p>Que bajo la supervisión del órgano de auditoría o evaluación, se disponga de una unidad que asuma la función de auditoría o evaluación interna que vele por el buen funcionamiento de los sistemas de información y control interno y que funcionalmente dependa del presidente no ejecutivo del gobierno o dirección de la entidad o del del órgano de auditoría o evaluación.</p> <p>Recomendación 41</p> <p>Que el responsable de la unidad que asuma la función de auditoría o evaluación interna presente a la órgano de auditoría o evaluación su plan anual de trabajo, informe directamente de las incidencias que se presenten en su desarrollo y someta al final de cada ejercicio un informe de actividades.</p>
---	--

<p>Recomendación 42</p> <p>Que, además de las previstas en la ley, correspondan a la comisión de auditoría las siguientes funciones:</p> <p>1. En relación con los sistemas de información y control interno:</p> <p>a) Supervisar el proceso de elaboración y la integridad de la información financiera relativa a la sociedad y, en su caso, al grupo, revisando el cumplimiento de los requisitos normativos, la adecuada delimitación del perímetro de consolidación y la correcta aplicación de los criterios contables.</p> <p>b) Velar por la independencia de la unidad que asume la función de auditoría interna; proponer la selección, nombramiento, reelección y cese del responsable del servicio de auditoría interna; proponer el presupuesto de ese servicio; aprobar la orientación y sus planes de trabajo, asegurándose de que su actividad esté enfocada principalmente hacia los riesgos relevantes de la sociedad; recibir información periódica sobre sus actividades; y verificar que la alta dirección tenga en cuenta las conclusiones y recomendaciones de sus informes.</p> <p>c) Establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si resulta posible y se considera apropiado, anónima, las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa.</p> <p>2. En relación con el auditor externo:</p> <p>a) En caso de renuncia del auditor externo, examinar las circunstancias que la hubieran motivado.</p> <p>b) Velar que la retribución del auditor externo por su trabajo no comprometa su calidad ni su independencia.</p> <p>c) Supervisar que la sociedad comunique como hecho relevante a la CNMV el cambio de auditor y lo acompañe de una declaración sobre la eventual existencia de desacuerdos con el auditor saliente y, si hubieran existido, de su contenido.</p>	<p>Recomendación 42</p> <p>Que, además de las previstas en la ley, correspondan a la órgano de auditoría o evaluación las siguientes funciones:</p> <p>1. En relación con los sistemas de información y control interno:</p> <p>a) Supervisar el proceso de elaboración y la integridad de la información financiera o jurídica relativa a la institución o entidad pública y, en su caso, al sector público, revisando el cumplimiento de los requisitos normativos, la adecuada delimitación de la imagen fiel de la situación socio-económica de la institución o entidad pública y las entidades de su sector público, con el objeto de informar de la posible situación de control y dependencia entre las mismas, y la correcta aplicación de los criterios contables o legales.</p> <p>b) Velar por la independencia de la unidad que asume la función de auditoría o evaluación interna; proponer la selección, nombramiento, reelección y cese del responsable del servicio de auditoría o evaluación interna; proponer el presupuesto de ese servicio; aprobar la orientación y sus planes de trabajo, asegurándose de que su actividad esté enfocada principalmente hacia los riesgos relevantes de la institución o entidad pública; recibir información periódica sobre sus actividades; y verificar que la alta dirección tenga en cuenta las conclusiones y recomendaciones de sus informes.</p> <p>c) Establecer y supervisar un mecanismo que permita a los funcionarios o empleados públicos comunicar, de forma confidencial y, si resulta posible y se considera apropiado, anónima, las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente legales financieras y contables, que adviertan en el seno de la institución o entidad pública.</p> <p>2. En relación con el auditor o evaluador externo:</p> <p>a) En caso de renuncia del auditor o evaluador externo, examinar las circunstancias que la hubieran motivado.</p> <p>b) Velar que la retribución del auditor o evaluador externo por su trabajo no comprometa su calidad ni su independencia.</p> <p>c) Supervisar que la institución o entidad pública comunique como hecho relevante al Comité de ética pública u órgano equivalente el cambio de auditor o evaluador y lo acompañe de una declaración sobre la eventual existencia de desacuerdos con el auditor o evaluador saliente y, si hubieran existido, de su contenido.</p>
--	--

<p>d) Asegurar que el auditor externo mantenga anualmente una reunión con el pleno del consejo de administración para informarle sobre el trabajo realizado y sobre la evolución de la situación contable y de riesgos de la sociedad.</p> <p>e) Asegurar que la sociedad y el auditor externo respetan las normas vigentes sobre prestación de servicios distintos a los de auditoría, los límites a la concentración del negocio del auditor y, en general, las demás normas sobre independencia de los auditores.</p> <p>Recomendación 43 Que la comisión de auditoría pueda convocar a cualquier empleado o directivo de la sociedad, e incluso disponer que comparezcan sin presencia de ningún otro directivo.</p> <p>Recomendación 44 Que la comisión de auditoría sea informada sobre las operaciones de modificaciones estructurales y corporativas que proyecte realizar la sociedad para su análisis e informe previo al consejo de administración sobre sus condiciones económicas y su impacto contable y, en especial, en su caso, sobre la ecuación de canje propuesta.</p>	<p>d) Asegurar que el auditor o evaluador externo mantenga anualmente una reunión con el pleno del gobierno o dirección de la entidad para informarle sobre el trabajo realizado y sobre la evolución de la situación legal, contable y de riesgos de la institución o entidad pública.</p> <p>e) Asegurar que la institución o entidad pública y el auditor o evaluador externo respetan las normas vigentes sobre prestación de servicios distintos a los de auditoría o evaluación, los límites a la concentración del negocio del auditor y, en general, las demás normas sobre independencia de los auditores o evaluadores.</p> <p>Recomendación 43 Que el órgano de auditoría o evaluación pueda convocar a cualquier funcionario o empleado público o directivo de la institución o entidad pública, e incluso disponer que comparezcan sin presencia de ningún otro directivo.</p> <p>Recomendación 44 Que el órgano de auditoría o evaluación sea informado sobre las operaciones de modificaciones estructurales e institucionales que proyecte realizar la institución o entidad pública para su análisis e informe previo al gobierno o dirección de la entidad sobre sus condiciones políticas y su impacto legal y contable y, en especial, en su caso, sobre la ecuación de canje propuesta.</p>
---	--

<p>III.3.4.3 La función de control y gestión de riesgos</p> <p>Principio 21: La sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración</p> <p>Como consecuencia de la crisis económica y financiera, diversos organismos internacionales y, en especial, la OCDE y la Unión Europea han mostrado especial preocupación por el establecimiento de un adecuado control y una eficiente y prudente gestión de los riesgos.</p> <p>La legislación mercantil (Artículo 529 ter de la Ley de Sociedades de Capital) incluye entre las facultades indelegables del consejo de administración la aprobación de una política de control y gestión de riesgos.</p> <p>A este respecto, se desarrolla el contenido mínimo recomendado de esta política. Además, dada la importancia capital de esta cuestión, se avanza un paso más y se incorpora la recomendación de que las sociedades cotizadas cuenten con una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad interna de la sociedad a la que se le asignen expresamente esas funciones, bajo la supervisión de una comisión especializada del consejo de administración (que podrá ser la comisión de auditoría u otra comisión con una composición adecuada).</p> <p>Recomendación 45</p> <p>Que la política de control y gestión de riesgos identifique al menos:</p> <ol style="list-style-type: none"> Los distintos tipos de riesgo, financieros y no financieros (entre otros los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medio ambientales, políticos y reputacionales) a los que se enfrenta la sociedad, incluyendo entre los financieros o económicos, los pasivos contingentes y otros riesgos fuera de balance. La fijación del nivel de riesgo que la sociedad considere aceptable. Las medidas previstas para mitigar el impacto de los riesgos identificados, en caso de que llegaran a materializarse. Los sistemas de información y control interno que se utilizarán para controlar y gestionar los citados riesgos, incluidos los pasivos contingentes o riesgos fuera de balance. 	<p>III.3.4.3 La función de control y gestión de riesgos</p> <p>Principio 21: La institución o entidad pública dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa del órgano de auditoría o evaluación o, en su caso, de otro órgano especializado del gobierno o dirección de la entidad</p> <p>Como consecuencia de la crisis política y financiera, diversos organismos internacionales y, en especial, la OCDE y la Unión Europea han mostrado especial preocupación por el establecimiento de un adecuado control y una eficiente y prudente gestión de los riesgos.</p> <p>La legislación administrativa o constitucional (...) incluye entre las facultades indelegables del gobierno o dirección de la entidad la aprobación de una política de control y gestión de riesgos.</p> <p>A este respecto, se desarrolla el contenido mínimo recomendado de esta política. Además, dada la importancia capital de esta cuestión, se avanza un paso más y se incorpora la recomendación de que las instituciones o entidades públicas cuenten con una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad interna de la institución o entidad pública a la que se le asignen expresamente esas funciones, bajo la supervisión de un órgano especializado del gobierno o dirección de la entidad (que podrá ser el órgano de auditoría o evaluación u otro órgano con una composición adecuada).</p> <p>Recomendación 45</p> <p>Que la política de control y gestión de riesgos identifique al menos:</p> <ol style="list-style-type: none"> Los distintos tipos de riesgo, financieros y no financieros (entre otros los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medio ambientales, políticos y reputacionales) a los que se enfrenta la institución o entidad pública, incluyendo entre los financieros o público o socioeconómicos, los costes o impactos dudosos y otros riesgos no cuatificados o no considerados. La fijación del nivel de riesgo que la institución o entidad pública considere aceptable. Las medidas previstas para mitigar el impacto de los riesgos identificados, en caso de que llegaran a materializarse. Los sistemas de información y control interno que se utilizarán para controlar y gestionar los citados riesgos, incluidos los costes o impactos dudosos o riesgos no cuatificados o no considerados.
--	--

<p>Recomendación 46</p> <p>Que bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de una comisión especializada del consejo de administración, exista una función interna de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno de la sociedad que tenga atribuidas expresamente las siguientes funciones:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de control y gestión de riesgos y, en particular, que se identifican, gestionan, y cuantifican adecuadamente todos los riesgos importantes que afecten a la sociedad.b) Participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgos y en las decisiones importantes sobre su gestión.c) Velar por que los sistemas de control y gestión de riesgos mitiguen los riesgos adecuadamente en el marco de la política definida por el consejo de administración.	<p>Recomendación 46</p> <p>Que bajo la supervisión directa del órgano de auditoría o evaluación o, en su caso, de una órgano especializada del gobierno o dirección de la entidad, exista una función interna de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno de la institución o entidad pública que tenga atribuidas expresamente las siguientes funciones:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de control y gestión de riesgos y, en particular, que se identifican, gestionan, y cuantifican adecuadamente todos los riesgos importantes que afecten a la institución o entidad pública.b) Participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgos y en las decisiones importantes sobre su gestión.c) Velar por que los sistemas de control y gestión de riesgos mitiguen los riesgos adecuadamente en el marco de la política definida por el gobierno o dirección de la entidad.
---	--

<p>III.3.4.4 La comisión de nombramientos y retribuciones</p> <p>Principio 22: La comisión de nombramientos y retribuciones, que en las sociedades de elevada capitalización serán dos comisiones separadas, además de cumplir los requisitos legales, estará compuesta por una mayoría de consejeros independientes y sus miembros se designarán teniendo en cuenta los conocimientos, aptitudes y experiencia necesarios, y sus normas de funcionamiento reforzarán su especialización, independencia y ámbito de actuación</p> <p>El acierto en el nombramiento y motivación posterior de los consejeros resulta decisivo para el eficaz funcionamiento del consejo de administración, para lo que resulta esencial la colaboración de una comisión especializada que auxilie al consejo de administración en el logro de este objetivo.</p> <p>Asimismo, la pluralidad de consideraciones técnicas a tener en cuenta al diseñar los sistemas de remuneración para consejeros y altos directivos hace igualmente necesario el concurso de una comisión especializada con una capacidad de juicio y comprensión acordes con la consustancial complejidad de esta tarea.</p> <p>Así las cosas, se incorporan algunas recomendaciones que pretenden completar las funciones de ambas comisiones y que refuerzan su independencia y la especialización de sus miembros.</p> <p>Además, se recomienda que, en cuanto a la composición, la mayoría sean consejeros independientes y que las sociedades con elevada capitalización separen ambas comisiones (nombramientos y retribuciones). A estos efectos se consideran empresas de elevada capitalización aquellas incluidas en el índice IBEX-35.</p> <p>Recomendación 47</p> <p>Que los miembros de la comisión de nombramientos y de retribuciones –o de la comisión de nombramientos y la comisión de retribuciones, si estuvieren separadas– se designen procurando que tengan los conocimientos, aptitudes y experiencia adecuados a las funciones que estén llamados a desempeñar y que la mayoría de dichos miembros sean consejeros independientes.</p> <p>Recomendación 48</p> <p>Que las sociedades de elevada capitalización cuenten con una comisión de nombramientos y con una comisión de remuneraciones separadas.</p>	<p>III.3.4.4 La órgano de nombramientos y retribuciones</p> <p>Principio 22: La órgano de nombramientos y retribuciones, que en las instituciones o entidades públicas de elevada representatividad poblacional serán dos órganos separadas, además de cumplir los requisitos legales, estará compuesta por una mayoría de altos cargos o directivos independientes y sus miembros se designarán teniendo en cuenta los conocimientos, aptitudes y experiencia necesarios, y sus normas de funcionamiento reforzarán su especialización, independencia y ámbito de actuación</p> <p>El acierto en el nombramiento y motivación posterior de los altos cargos o directivos resulta decisivo para el eficaz funcionamiento del gobierno o dirección de la entidad, para lo que resulta esencial la colaboración de una órgano especializada que auxilie al gobierno o dirección de la entidad en el logro de este objetivo.</p> <p>Asimismo, la pluralidad de consideraciones técnicas a tener en cuenta al diseñar los sistemas de remuneración para altos cargos o directivos y altos directivos hace igualmente necesario el concurso de una órgano especializada con una capacidad de juicio y comprensión acordes con la consustancial complejidad de esta tarea.</p> <p>Así las cosas, se incorporan algunas recomendaciones que pretenden completar las funciones de ambas órganos y que refuerzan su independencia y la especialización de sus miembros.</p> <p>Además, se recomienda que, en cuanto a la composición, la mayoría sean altos cargos o directivos independientes y que las instituciones o entidades públicas con elevada representatividad poblacional separen ambas órganos (nombramientos y retribuciones). A estos efectos se consideran instituciones o entidades públicas de elevada representatividad poblacional aquellas incluidas en niveles de gobierno superiores al local.</p> <p>Recomendación 47</p> <p>Que los miembros del órgano de nombramientos y de retribuciones –o del órgano de nombramientos y la órgano de retribuciones, si estuvieren separadas– se designen procurando que tengan los conocimientos, aptitudes y experiencia adecuados a las funciones que estén llamados a desempeñar y que la mayoría de dichos miembros sean altos cargos o directivos independientes.</p> <p>Recomendación 48</p> <p>Que las instituciones o entidades públicas de elevada representatividad poblacional cuenten con una órgano de nombramientos y con una órgano de remuneraciones separadas.</p>
--	--

<p>Recomendación 49</p> <p>Que la comisión de nombramientos consulte al presidente del consejo de administración y al primer ejecutivo de la sociedad, especialmente cuando se trate de materias relativas a los consejeros ejecutivos.</p> <p>Y que cualquier consejero pueda solicitar de la comisión de nombramientos que tome en consideración, por si los encuentra idóneos a su juicio, potenciales candidatos para cubrir vacantes de consejero.</p> <p>Recomendación 50</p> <p>Que la comisión de retribuciones ejerza sus funciones con independencia y que, además de las funciones que le atribuya la ley, le correspondan las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> Proponer al consejo de administración las condiciones básicas de los contratos de los altos directivos. Comprobar la observancia de la política retributiva establecida por la sociedad. Revisar periódicamente la política de remuneraciones aplicada a los consejeros y altos directivos, incluidos los sistemas retributivos con acciones y su aplicación, así como garantizar que su remuneración individual sea proporcionada a la que se pague a los demás consejeros y altos directivos de la sociedad. Velar por que los eventuales conflictos de intereses no perjudiquen la independencia del asesoramiento externo prestado a la comisión. Verificar la información sobre remuneraciones de los consejeros y altos directivos contenida en los distintos documentos corporativos, incluido el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros. <p>Recomendación 51</p> <p>Que la comisión de retribuciones consulte al presidente y al primer ejecutivo de la sociedad, especialmente cuando se trate de materias relativas a los consejeros ejecutivos y altos directivos.</p>	<p>Recomendación 49</p> <p>Que la órgano de nombramientos consulte al presidente del gobierno o dirección de la entidad y al primer ejecutivo de la institución o entidad pública, especialmente cuando se trate de materias relativas a los altos cargos o directivos ejecutivos.</p> <p>Y que cualquier alto cargo o directivo pueda solicitar de la órgano de nombramientos que tome en consideración, por si los encuentra idóneos a su juicio, potenciales candidatos para cubrir vacantes de alto cargo o directivo.</p> <p>Recomendación 50</p> <p>Que la órgano de retribuciones ejerza sus funciones con independencia y que, además de las funciones que le atribuya la ley, le correspondan las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> Proponer al gobierno o dirección de la entidad las condiciones básicas de los contratos de los altos directivos. Comprobar la observancia de la política retributiva establecida por la institución o entidad pública. Revisar periódicamente la política de remuneraciones aplicada a los altos cargos o directivos y altos directivos, incluidos los sistemas retributivos con acciones y su aplicación, así como garantizar que su remuneración individual sea proporcionada a la que se pague a los demás altos cargos o directivos y altos directivos de la institución o entidad pública. Velar por que los eventuales conflictos de intereses no perjudiquen la independencia del asesoramiento externo prestado a la órgano. Verificar la información sobre remuneraciones de los altos cargos o directivos y altos directivos contenida en los distintos documentos institucionales, incluido el informe anual sobre remuneraciones de los altos cargos o directivos. <p>Recomendación 51</p> <p>Que la órgano de retribuciones consulte al presidente y al primer ejecutivo de la institución o entidad pública, especialmente cuando se trate de materias relativas a los altos cargos o directivos ejecutivos y altos directivos.</p>
---	--

<p>III.3.4.5 Otras comisiones especializadas del consejo</p> <p>Principio 23: La composición y organización de las comisiones que, en el ejercicio de sus facultades de auto-organización, constituyan las sociedades deben ser similares en su configuración a las de las comisiones legalmente obligatorias</p> <p>En el caso de que la opción elegida por el consejo de administración en ejecución de sus facultades de auto-organización fuera la creación de comisiones especializadas, adicionales a las legalmente obligatorias (Artículo 529 terdecies de la Ley de Sociedades de Capital), se recomienda que sus reglas de composición y funcionamiento sigan pautas similares a las de las comisiones obligatorias.</p> <p>Dada la relevancia de las cuestiones relativas al gobierno corporativo y a la responsabilidad social corporativa, se recomienda la identificación y atribución de funciones específicas en esta materia a una comisión especializada, que podrá ser la comisión de auditoría, la comisión de nombramientos o una comisión ad hoc de gobierno corporativo y responsabilidad social, con el objetivo de impulsar una gestión de estos asuntos más intensa y comprometida.</p> <p>Recomendación 52</p> <p>Que las reglas de composición y funcionamiento de las comisiones de supervisión y control figuren en el reglamento del consejo de administración y que sean consistentes con las aplicables a las comisiones legalmente obligatorias conforme a las recomendaciones anteriores, incluyendo:</p> <ol style="list-style-type: none"> Que estén compuestas exclusivamente por consejeros no ejecutivos, con mayoría de consejeros independientes. Que sus presidentes sean consejeros independientes. Que el consejo de administración designe a 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 que rindan cuentas, en el primer pleno del consejo de administración posterior a sus reuniones, de su actividad y que respondan del trabajo realizado. Que las comisiones puedan recabar asesoramiento externo, cuando lo consideren necesario para el desempeño de sus funciones. Que de sus reuniones se levante acta, que se pondrá a disposición de todos los consejeros. 	<p>III.3.4.5 Otras órganos especializados del gobierno o dirección de la entidad</p> <p>Principio 23: La composición y organización de las órganos que, en el ejercicio de sus facultades de auto-organización, constituyan las instituciones o entidades públicas deben ser similares en su configuración a las de las órganos legalmente obligatorias</p> <p>En el caso de que la opción elegida por el gobierno o dirección de la entidad en ejecución de sus facultades de auto-organización fuera la creación de órganos especializadas, adicionales a las legalmente obligatorias (...), se recomienda que sus reglas de composición y funcionamiento sigan pautas similares a las de las órganos obligatorias.</p> <p>Dada la relevancia de las cuestiones relativas al buen gobierno y a la responsabilidad pública, se recomienda la identificación y atribución de funciones específicas en esta materia a una órgano especializada, que podrá ser la órgano de auditoría o evaluación, la órgano de nombramientos o una órgano ad hoc de buen gobierno y responsabilidad pública, con el objetivo de impulsar una gestión de estos asuntos más intensa y comprometida.</p> <p>Recomendación 52</p> <p>Que las reglas de composición y funcionamiento de las órganos de supervisión y control figuren en el reglamento del gobierno o dirección de la entidad y que sean consistentes con las aplicables a las órganos legalmente obligatorias conforme a las recomendaciones anteriores, incluyendo:</p> <ol style="list-style-type: none"> Que estén compuestas exclusivamente por altos cargos o directivos no ejecutivos, con mayoría de altos cargos o directivos independientes. Que sus presidentes sean altos cargos o directivos independientes. Que el gobierno o dirección de la entidad designe a los miembros de estas órganos teniendo presentes los conocimientos, aptitudes y experiencia de los altos cargos o directivos y los cometidos de cada órgano, delibere sobre sus propuestas e informes; y que rindan cuentas, en el primer pleno del gobierno o dirección de la entidad posterior a sus reuniones, de su actividad y que respondan del trabajo realizado. Que las órganos puedan recabar asesoramiento externo, cuando lo consideren necesario para el desempeño de sus funciones. Que de sus reuniones se levante acta, que se pondrá a disposición de todos los altos cargos o directivos.
--	---

<p>Recomendación 53</p> <p>Que la supervisión del cumplimiento de las reglas de gobierno corporativo, de los códigos internos de conducta y de la política de responsabilidad social corporativa se atribuya a una o se reparta entre varias comisiones del consejo de administración que podrán ser la comisión de auditoría, la de nombramientos, la comisión de responsabilidad social corporativa, en caso de existir, o una comisión especializada que el consejo de administración, en ejercicio de sus facultades de auto-organización, decida crear al efecto, a las que específicamente se les atribuyan las siguientes funciones mínimas:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La supervisión del cumplimiento de los códigos internos de conducta y de las reglas de gobierno corporativo de la sociedad. b) La supervisión de la estrategia de comunicación y relación con accionistas e inversores, incluyendo los pequeños y medianos accionistas. c) La evaluación periódica de la adecuación del sistema de gobierno corporativo de la sociedad, con el fin de que cumpla su misión de promover el interés social y tenga en cuenta, según corresponda, los legítimos intereses de los restantes grupos de interés. d) La revisión de la política de responsabilidad corporativa de la sociedad, velando por que esté orientada a la creación de valor. e) El seguimiento de la estrategia y prácticas de responsabilidad social corporativa y la evaluación de su grado de cumplimiento. f) La supervisión y evaluación de los procesos de relación con los distintos grupos de interés. g) La evaluación de todo lo relativo a los riesgos no financieros de la empresa –incluyendo los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medio ambientales, políticos y reputacionales. h) La coordinación del proceso de reporte de la información no financiera y sobre diversidad, conforme a la normativa aplicable y a los estándares internacionales de referencia. 	<p>Recomendación 53</p> <p>Que la supervisión del cumplimiento de las reglas de buen gobierno, de los códigos internos de conducta y de la política de responsabilidad pública se atribuya a un o se reparta entre varios órganos del gobierno o dirección de la entidad que podrán ser la órgano de auditoría o evaluación, el de nombramientos, el órgano de responsabilidad pública, en caso de existir, o un órgano especializado que el gobierno o dirección de la entidad, en ejercicio de sus facultades de auto-organización, decida crear al efecto, a los que específicamente se les atribuyan las siguientes funciones mínimas:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La supervisión del cumplimiento de los códigos internos de conducta y de las reglas de buen gobierno de la institución o entidad pública. b) La supervisión de la estrategia de comunicación y relación con ciudadanos o agentes sociales e inversores, incluyendo los pequeños y medianos agentes sociales o movimientos ciudadanos. c) La evaluación periódica de la adecuación del sistema de buen gobierno de la institución o entidad pública, con el fin de que cumpla su misión de promover el interés público y tenga en cuenta, según corresponda, los legítimos intereses de los restantes grupos de interés. d) La revisión de la política de responsabilidad pública de la institución o entidad pública, velando por que esté orientada a la creación de valor. e) El seguimiento de la estrategia y prácticas de responsabilidad pública y la evaluación de su grado de cumplimiento. f) La supervisión y evaluación de los procesos de relación con los distintos grupos de interés. g) La evaluación de todo lo relativo a los riesgos no financieros de la institución o entidad pública –incluyendo los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medio ambientales, políticos y reputacionales. h) La coordinación del proceso de reporte de la información no financiera y sobre diversidad, conforme a la normativa aplicable y a los estándares internacionales de referencia.
---	--

<p>III.3.5 La responsabilidad social corporativa</p> <p>Principio 24: La sociedad promoverá una política adecuada de responsabilidad social corporativa, como facultad indelegable del consejo de administración, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados</p> <p>La apertura y sensibilidad hacia el entorno, el sentido de comunidad, la capacidad innovadora y la consideración del largo plazo, se añaden a la imprescindible creación de valor como fundamentos de la actividad empresarial.</p> <p>Por tanto, es recomendable que las empresas analicen cómo impacta su actividad en la sociedad y cómo esta impacta, a su vez, en la empresa. De esta manera, utilizando como referencia la cadena de valor, la empresa puede identificar cuestiones sociales que permitan la creación de valor compartido.</p> <p>En este sentido, se plantea la conveniencia de desarrollar el contenido mínimo recomendado de la política de responsabilidad social cuya aprobación corresponde al consejo de administración (Artículo 529 ter de la Ley de Sociedades de Capital) y de plasmar el principio de mantener una comunicación transparente basada en la necesidad de informar tanto sobre los aspectos financieros como sobre los aspectos no financieros de negocio.</p> <p>Recomendación 54</p> <p>Que la política de responsabilidad social corporativa incluya los principios o compromisos que la empresa asuma voluntariamente en su relación con los distintos grupos de interés e identifique al menos:</p> <ol style="list-style-type: none"> Los objetivos de la política de responsabilidad social corporativa y el desarrollo de instrumentos de apoyo. La estrategia corporativa relacionada con la sostenibilidad, el medio ambiente y las cuestiones sociales. Las prácticas concretas en cuestiones relacionadas con: accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de conductas ilegales. Los métodos o sistemas de seguimiento de los resultados de la aplicación de las prácticas concretas señaladas en la letra anterior, los riesgos asociados y su gestión. Los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, la ética y la conducta empresarial. Los canales de comunicación, participación y diálogo con los grupos de interés. 	<p>III.3.5 La responsabilidad pública</p> <p>Principio 24: La institución o entidad pública promoverá una política adecuada de responsabilidad pública, como facultad indelegable del gobierno o dirección de la entidad, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados</p> <p>La apertura y sensibilidad hacia el entorno, el sentido de comunidad, la capacidad innovadora y la consideración del largo plazo, se añaden a la imprescindible creación de valor como fundamentos de la actividad pública.</p> <p>Por tanto, es recomendable que las instituciones o entidades públicas analicen cómo impacta su actividad en la sociedad y cómo esta impacta, a su vez, en la institución o entidad pública. De esta manera, utilizando como referencia herramientas de planificación estratégica, la institución o entidad pública puede identificar cuestiones sociales que permitan la creación de valor compartido.</p> <p>En este sentido, se plantea la conveniencia de desarrollar el contenido mínimo recomendado de la política de responsabilidad pública cuya aprobación corresponde al gobierno o dirección de la entidad (...) y de plasmar el principio de mantener una comunicación transparente basada en la necesidad de informar tanto sobre los aspectos financieros o jurídicos como sobre los aspectos no financieros o no jurídicos de la política pública seguida.</p> <p>Recomendación 54</p> <p>Que la política de responsabilidad pública incluya los principios o compromisos que la institución o entidad pública asuma voluntariamente en su relación con los distintos grupos de interés e identifique al menos:</p> <ol style="list-style-type: none"> Los objetivos de la política de responsabilidad pública y el desarrollo de instrumentos de apoyo. La estrategia pública relacionada con la sostenibilidad, el medio ambiente y las cuestiones sociales. Las prácticas concretas en cuestiones relacionadas con: ciudadanos o agentes sociales, funcionarios o empleados públicos, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de conductas ilegales. Los métodos o sistemas de seguimiento de los resultados de la aplicación de las prácticas concretas señaladas en la letra anterior, los riesgos asociados y su gestión. Los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, la ética y la conducta pública. Los canales de comunicación, participación y diálogo con los grupos de interés.
---	--

<p>g) Las prácticas de comunicación responsable que eviten la manipulación informativa y protejan la integridad y el honor.</p> <p>Recomendación 55</p> <p>Que la sociedad informe, en un documento separado o en el informe de gestión, sobre los asuntos relacionados con la responsabilidad social corporativa, utilizando para ello alguna de las metodologías aceptadas internacionalmente.</p>	<p>g) Las prácticas de comunicación responsable que eviten la manipulación informativa y protejan la integridad y el honor.</p> <p>Recomendación 55</p> <p>Que la institución o entidad pública informe, en un documento separado o en el informe de buen gobierno, sobre los asuntos relacionados con la responsabilidad pública, utilizando para ello alguna de las metodologías aceptadas internacionalmente.</p>
---	---

III.3.6 Remuneraciones de los **consejeros**

Principio 25: La remuneración del **consejo de administración** será la adecuada para atraer y retener a los **consejeros** del perfil deseado y retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que exija el cargo sin comprometer la independencia de criterio de los **consejeros** no ejecutivos, con la intención de promover la consecución del interés **social**, incorporando los mecanismos precisos para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables

La estructura, nivel, procedimiento de fijación y régimen de transparencia de las remuneraciones de los **consejeros** es un elemento esencial del sistema de buen gobierno **corporativo** de toda **sociedad**.

Sin embargo, la experiencia de los últimos años pone de manifiesto que, en ocasiones, las estructuras de remuneración se han hecho excesivamente complejas, demasiado centradas en el corto plazo y carentes de una correlación razonable con los resultados obtenidos. Por ello, sin menoscabar la capacidad de gestión de las **sociedades** y su competitividad, se hace necesario considerar, desde la perspectiva del **gobierno corporativo**, los distintos aspectos que inciden en su estructura, fijación y determinación.

La legislación **mercantil** (**Artículos 217 a 220 y 529 sexdecies a 529 novodecies de la Ley de Sociedades de Capital**) ya ha incorporado normas que (i) exigen la necesaria adecuación de los sistemas de remuneración a la importancia de la **sociedad**, su situación **económica** en cada momento y los estándares de **mercado**; (ii) establecen un procedimiento para su determinación y aprobación que prevenga el eventual conflicto de intereses de los participantes en la adopción de las decisiones; y (iii) garantizan la transparencia de la remuneración de los **consejeros**.

En este contexto y partiendo del principio fundamental de autonomía **privada**, se considera conveniente, siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea sobre la materia, formular determinadas recomendaciones sobre la estructura, composición y forma de la remuneración de los **consejeros** de manera que, dentro del marco legal anteriormente mencionado, se favorezca la consecución de los objetivos **empresariales** y del interés **social**.

Las recomendaciones parten de la diferenciación entre los distintos componentes de la remuneración (fijos, variables, entrega de acciones u otros instrumentos financieros referenciados a su valor, y pagos por resolución contractual) y de los distintos tipos de **consejeros** (**consejeros** ejecutivos y externos).

III.3.6 Remuneraciones de los **altos cargos o directivos**

Principio 25: La remuneración del **gobierno o dirección de la entidad** será la adecuada para atraer y retener a los **altos cargos o directivos** del perfil deseado y retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que exija el cargo sin comprometer la independencia de criterio de los **altos cargos o directivos** no ejecutivos, con la intención de promover la consecución del **interés público**, incorporando los mecanismos precisos para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables

La estructura, nivel, procedimiento de fijación y régimen de transparencia de las remuneraciones de los **altos cargos o directivos** es un elemento esencial del sistema de **buen gobierno** de toda **institución o entidad pública**.

Sin embargo, la experiencia de los últimos años pone de manifiesto que, en ocasiones, las estructuras de remuneración se han hecho excesivamente complejas, demasiado centradas en el corto plazo y carentes de una correlación razonable con los resultados obtenidos. Por ello, sin menoscabar la capacidad de gestión de las **instituciones o entidades públicas** y su competitividad, se hace necesario considerar, desde la perspectiva del **buen gobierno**, los distintos aspectos que inciden en su estructura, fijación y determinación.

La legislación **administrativa o constitucional** (...) ya ha incorporado normas que (i) exigen la necesaria adecuación de los sistemas de remuneración a la importancia de la **institución o entidad pública**, su situación **política** en cada momento y los estándares de **mercado o sociales**; (ii) establecen un procedimiento para su determinación y aprobación que prevenga el eventual conflicto de intereses de los participantes en la adopción de las decisiones; y (iii) garantizan la transparencia de la remuneración de los **altos cargos o directivos**.

En este contexto y partiendo del principio fundamental de autonomía **institucional**, se considera conveniente, siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea sobre la materia, formular determinadas recomendaciones sobre la estructura, composición y forma de la remuneración de los **altos cargos o directivos** de manera que, dentro del marco legal anteriormente mencionado, se favorezca la consecución de los objetivos **públicos** y del **interés público**.

Las recomendaciones parten de la diferenciación entre los distintos componentes de la remuneración (fijos, variables, entrega de acciones u otros instrumentos financieros referenciados a su valor, y pagos por resolución contractual) y de los distintos tipos de **altos cargos o directivos** (**altos cargos o directivos** ejecutivos y externos).

<p>Con carácter general, la remuneración de los consejeros debe ser la necesaria para atraer y retener el talento y para retribuir su dedicación, cualificación y responsabilidad, pero no tan elevadas como para comprometer la independencia de criterio de los consejeros externos.</p> <p>Es conveniente que los consejeros no ejecutivos queden excluidos de las remuneraciones variables ligadas al rendimiento de la sociedad y del consejero así como de la entrega de acciones, opciones u otros instrumentos financieros y de los sistemas de ahorro y previsión social, con algunas excepciones. Se pretende con ello evitar los potenciales conflictos de intereses que afectarían a los consejeros externos cuando tengan que enjuiciar prácticas contables u otro tipo de decisiones que puedan alterar los resultados inmediatos de la sociedad, si tales resultados y valores tuvieran efectos retributivos para ellos.</p> <p>Por lo que a la remuneración variable de los consejeros ejecutivos se refiere, se debe establecer sobre la base de criterios que guarden relación con su rendimiento y con factores financieros y no financieros, que sean medibles y que promuevan la sostenibilidad y la rentabilidad de la empresa en el largo plazo.</p> <p>Su percepción deberá incorporar un elemento de diferimiento que permita comprobar el efectivo cumplimiento de los objetivos y estar sujeta a cláusulas de reembolso.</p> <p>Además, la remuneración mediante entrega de acciones, opciones o derechos sobre acciones u otros instrumentos vinculados al valor de la acción debe estar, al igual que la remuneración variable, sujeta a periodos de diferimiento y cláusulas de reembolso.</p> <p>Asimismo, se recomienda que las políticas retributivas incorporen las cautelas técnicas precisas para que las remuneraciones variables guarden la debida relación con el desempeño de sus profesionales y no reflejen la mera evolución general del mercado o del sector de actividad de la compañía u otras circunstancias similares.</p> <p>Recomendación 56</p> <p>Que la remuneración de los consejeros sea la necesaria para atraer y retener a los consejeros del perfil deseado y para retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que el cargo exija, pero no tan elevada como para comprometer la independencia de criterio de los consejeros no ejecutivos.</p>	<p>Con carácter general, la remuneración de los altos cargos o directivos debe ser la necesaria para atraer y retener el talento y para retribuir su dedicación, cualificación y responsabilidad, pero no tan elevadas como para comprometer la independencia de criterio de los altos cargos o directivos externos.</p> <p>Es conveniente que los altos cargos o directivos no ejecutivos queden excluidos de las remuneraciones variables ligadas al rendimiento de la institución o entidad pública y del alto cargo o directivo así como de la entrega de acciones, opciones u otros instrumentos financieros y de los sistemas de ahorro y previsión social, con algunas excepciones. Se pretende con ello evitar los potenciales conflictos de intereses que afectarían a los altos cargos o directivos externos cuando tengan que enjuiciar prácticas jurídicas y contables u otro tipo de decisiones que puedan alterar los resultados inmediatos de la institución o entidad pública, si tales resultados y valores tuvieran efectos retributivos para ellos.</p> <p>Por lo que a la remuneración variable de los altos cargos o directivos ejecutivos se refiere, se debe establecer sobre la base de criterios que guarden relación con su rendimiento y con factores financieros o jurídicos y no financieros o no jurídicos, que sean medibles y que promuevan la sostenibilidad y la eficacia y eficiencia de la institución o entidad pública en el largo plazo.</p> <p>Su percepción deberá incorporar un elemento de diferimiento que permita comprobar el efectivo cumplimiento de los objetivos y estar sujeta a cláusulas de reembolso.</p> <p>Además, la remuneración mediante entrega de acciones, opciones o derechos sobre acciones u otros instrumentos vinculados al valor de la acción debe estar, al igual que la remuneración variable, sujeta a periodos de diferimiento y cláusulas de reembolso.</p> <p>Asimismo, se recomienda que las políticas retributivas incorporen las cautelas técnicas precisas para que las remuneraciones variables guarden la debida relación con el desempeño de sus profesionales y no reflejen la mera evolución general dla sociedad o del sector de actividad de la institución o entidad pública u otras circunstancias similares.</p> <p>Recomendación 56</p> <p>Que la remuneración de los altos cargos o directivos sea la necesaria para atraer y retener a los altos cargos o directivos del perfil deseado y para retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que el cargo exija, pero no tan elevada como para comprometer la independencia de criterio de los altos cargos o directivos no ejecutivos.</p>
---	--

<p>Recomendación 57</p> <p>Que se circunscriban a los consejeros ejecutivos las remuneraciones variables ligadas al rendimiento de la sociedad y al desempeño personal, así como la remuneración mediante entrega de acciones, opciones o derechos sobre acciones o instrumentos referenciados al valor de la acción y los sistemas de ahorro a largo plazo tales como planes de pensiones, sistemas de jubilación u otros sistemas de previsión social.</p> <p>Se podrá contemplar la entrega de acciones como remuneración a los consejeros no ejecutivos cuando se condicione a que las mantengan hasta su cese como consejeros. Lo anterior no será de aplicación a las acciones que el consejero necesite enajenar, en su caso, para satisfacer los costes relacionados con su adquisición.</p> <p>Recomendación 58</p> <p>Que en caso de remuneraciones variables, las políticas retributivas incorporen los límites y las cautelas técnicas precisas para asegurar que tales remuneraciones guardan relación con el rendimiento profesional de sus beneficiarios y no derivan solamente de la evolución general de los mercados o del sector de actividad de la compañía o de otras circunstancias similares.</p> <p>Y, en particular, que los componentes variables de las remuneraciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> Estén vinculados a criterios de rendimiento que sean predeterminados y medibles y que dichos criterios consideren el riesgo asumido para la obtención de un resultado. Promuevan la sostenibilidad de la empresa e incluyan criterios no financieros que sean adecuados para la creación de valor a largo plazo, como el cumplimiento de las reglas y los procedimientos internos de la sociedad y de sus políticas para el control y gestión de riesgos. Se configuren sobre la base de un equilibrio entre el cumplimiento de objetivos a corto, medio y largo plazo, que permitan remunerar el rendimiento por un desempeño continuado durante un período de tiempo suficiente para apreciar su contribución a la creación sostenible de valor, de forma que los elementos de medida de ese rendimiento no giren únicamente en torno a hechos puntuales, ocasionales o extraordinarios. <p>Recomendación 59</p> <p>Que el pago de una parte relevante de los componentes variables de la remuneración se difiera por un período de tiempo mínimo suficiente para comprobar que se han cumplido las condiciones de rendimiento previamente establecidas.</p>	<p>Recomendación 57</p> <p>Que se circunscriban a los altos cargos o directivos ejecutivos las remuneraciones variables ligadas al rendimiento de la institución o entidad pública y al desempeño personal, así como la remuneración mediante entrega de acciones, opciones o derechos sobre acciones o instrumentos referenciados al valor de la acción y los sistemas de ahorro a largo plazo tales como planes de pensiones, sistemas de jubilación u otros sistemas de previsión social.</p> <p>Se podrá contemplar la entrega de acciones como remuneración a los altos cargos o directivos no ejecutivos cuando se condicione a que las mantengan hasta su cese como altos cargos o directivos. Lo anterior no será de aplicación a las acciones que el alto cargo o directivo necesite enajenar, en su caso, para satisfacer los costes relacionados con su adquisición.</p> <p>Recomendación 58</p> <p>Que en caso de remuneraciones variables, las políticas retributivas incorporen los límites y las cautelas técnicas precisas para asegurar que tales remuneraciones guardan relación con el rendimiento profesional de sus beneficiarios y no derivan solamente de la evolución general de la sociedad o del sector de actividad de la institución o entidad pública o de otras circunstancias similares.</p> <p>Y, en particular, que los componentes variables de las remuneraciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> Estén vinculados a criterios de rendimiento que sean predeterminados y medibles y que dichos criterios consideren el riesgo asumido para la obtención de un resultado. Promuevan la sostenibilidad de la institución o entidad pública e incluyan criterios no financieros o no jurídicos que sean adecuados para la creación de valor a largo plazo, como el cumplimiento de las reglas y los procedimientos internos de la institución o entidad pública y de sus políticas para el control y gestión de riesgos. Se configuren sobre la base de un equilibrio entre el cumplimiento de objetivos a corto, medio y largo plazo, que permitan remunerar el rendimiento por un desempeño continuado durante un período de tiempo suficiente para apreciar su contribución a la creación sostenible de valor público, de forma que los elementos de medida de ese rendimiento no giren únicamente en torno a hechos puntuales, ocasionales o extraordinarios. <p>Recomendación 59</p> <p>Que el pago de una parte relevante de los componentes variables de la remuneración se difiera por un período de tiempo mínimo suficiente para comprobar que se han cumplido las condiciones de rendimiento previamente establecidas.</p>
---	--

<p>Recomendación 60 Que las remuneraciones relacionadas con los resultados de la sociedad tomen en cuenta las eventuales salvedades que consten en el informe del auditor externo y minoren dichos resultados.</p> <p>Recomendación 61 Que un porcentaje relevante de la remuneración variable de los consejeros ejecutivos esté vinculado a la entrega de acciones o de instrumentos financieros referenciados a su valor.</p> <p>Recomendación 62 Que una vez atribuidas las acciones o las opciones o derechos sobre acciones correspondientes a los sistemas retributivos, los consejeros no puedan transferir la propiedad de un número de acciones equivalente a dos veces su remuneración fija anual, ni puedan ejercer las opciones o derechos hasta transcurrido un plazo de, al menos, tres años desde su atribución. Lo anterior no será de aplicación a las acciones que el consejero necesite enajenar, en su caso, para satisfacer los costes relacionados con su adquisición.</p> <p>Recomendación 63 Que los acuerdos contractuales incluyan una cláusula que permita a la sociedad reclamar el reembolso de los componentes variables de la remuneración cuando el pago no haya estado ajustado a las condiciones de rendimiento o cuando se hayan abonado atendiendo a datos cuya inexactitud quede acreditada con posterioridad.</p> <p>Recomendación 64 Que los pagos por resolución del contrato no superen un importe establecido equivalente a dos años de la retribución total anual y que no se abonen hasta que la sociedad haya podido comprobar que el consejero ha cumplido con los criterios de rendimiento previamente establecidos.</p>	<p>Recomendación 60 Que las remuneraciones relacionadas con los resultados de la institución o entidad pública tomen en cuenta las eventuales salvedades que consten en el informe del auditor o evaluador externo y minoren dichos resultados.</p> <p>Recomendación 61 Que un porcentaje relevante de la remuneración variable de los altos cargos o directivos ejecutivos esté vinculado a la entrega de acciones o de instrumentos financieros referenciados a su valor.</p> <p>Recomendación 62 Que una vez atribuidas las acciones o las opciones o derechos sobre acciones correspondientes a los sistemas retributivos, los altos cargos o directivos no puedan transferir la propiedad de un número de acciones equivalente a dos veces su remuneración fija anual, ni puedan ejercer las opciones o derechos hasta transcurrido un plazo de, al menos, tres años desde su atribución. Lo anterior no será de aplicación a las acciones que el alto cargo o directivo necesite enajenar, en su caso, para satisfacer los costes relacionados con su adquisición.</p> <p>Recomendación 63 Que los acuerdos contractuales o de relación de servicios incluyan una cláusula que permita a la institución o entidad pública reclamar el reembolso de los componentes variables de la remuneración cuando el pago no haya estado ajustado a las condiciones de rendimiento o cuando se hayan abonado atendiendo a datos cuya inexactitud quede acreditada con posterioridad.</p> <p>Recomendación 64 Que los pagos por resolución del contrato o la relación de servicios no superen un importe establecido equivalente a dos años de la retribución total anual y que no se abonen hasta que la institución o entidad pública haya podido comprobar que el alto cargo o directivo ha cumplido con los criterios de rendimiento previamente establecidos.</p>
--	--

**APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA
Y BUEN GOBIERNO A LA ACTUACIÓN
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN PARTICULAR
AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
RETOS DE LA NUEVA REGULACIÓN.**

Mercedes Izquierdo Barragán
Letrada de la Junta de Andalucía
Jefa de la Asesoría Jurídica
Consejería de Hacienda y Administración Pública

SUMARIO: I. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO A LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. APROXIMACIÓN. II. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO A LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS. 1. La organización. 2. La inercia. 3. La importancia del presupuesto. 4. La aversión al riesgo. 5. La dificultad de gestión. 6. La imagen de descrédito. III. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 1. Resolviendo como si de un juez se tratara. 2. El procedimiento administrativo mediante el que la Administración actúa dictando normas. 3. El procedimiento administrativo en el que se realizan actos, normas y políticas públicas elaborados en el entorno de las nuevas formas de gobernanza. IV. LAS NUEVAS REGULACIONES: RETOS PARA MEJORAR LA ADMINISTRACIÓN.

**I. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA
Y BUEN GOBIERNO A LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA. APROXIMACIÓN.**

Junto con el análisis de los principios de transparencia y buen gobierno y su aplicación tanto a la actuación con carácter general de las Administraciones Públicas como de los administradores públicos como lucha contra la patología de la corrupción, es

decir desde el punto de vista de los aspectos negativos a los que se dirige, y no a los positivos, dichos principios han de analizarse como principios y exigencias básicas de la Administración pública contemporánea.

La nueva gobernanza enfatiza estos principios, propiciando cambios orientados hacia la transparencia y debida participación en la elaboración de las políticas en todas las etapas del proceso de decisión, reforzando así la interacción con los organismos públicos y la sociedad civil. De este modo se refuerza la imparcialidad, la formación de una opinión pública informada y libre que implique a la ciudadanía, dando lugar a una participación social que refuerza la legitimidad democrática del actuar de la Administración.

En este sentido, en el informe emitido en 2014 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre “España de la reforma administrativa a la mejora continua”, dentro de los estudios de dicha organización sobre Gobernanza Pública, destaca que:

«La reforma de la gobernanza no es un fin en sí mismo; es un medio para lograr resultados de políticas públicas para los ciudadanos y las empresas de manera eficiente y eficaz. La buena gobernanza es la construcción de un mejor entorno nacional y local en el cual las personas puedan vivir (...) La buena gobernanza es la mejora de la confianza en el gobierno, en sus instituciones, en la calidad de sus servicios y decisiones, porque se perciben como algo que se hace en beneficio del interés público general».

Así, como recomendaciones para la creación de un entorno para la mejora continua resalta las siguientes:

- Medidas sobre estructura y racionalización administrativa.
- Simplificación administrativa y mejora regulatoria.
- Impulsar una administración moderna y eficiente con la utilización de las TIC y el gobierno electrónico.
- Medidas sobre finanzas públicas: nueva técnica para presupuestar gastos corrientes o la creación de una institución fiscal independiente.
- Reformas en el ámbito de la contratación pública, mediante el uso de sistemas de contratación centralizada y estímulo a la participación de pequeñas y medianas empresas (Pymes) en la contratación pública.
- Medidas en materia de empleo público mediante un sistema de gestión estratégica de RR.HH.
- Atención a los aspectos de gobernanza multinivel mediante la mejora los órganos de cooperación entre los diferentes niveles de gobierno
- La transparencia.

- Necesidad del diálogo ya que la reforma a largo plazo exige un consenso entre todos sujetos implicados.

Por otra parte, se asiste a una mayor revalorización del procedimiento administrativo, en la que inciden tales principios. Dando lugar a la necesidad de la adecuación de los procedimientos administrativos que reglan, como no podía ser de otra forma, el actuar administrativo.

En este sentido, para realizar un diagnóstico actualizado de la situación resultan plenamente aplicables a la situación actual las conclusiones que se podían extraer del Libro Blanco “Modernizar la Administración” (Reino Unido, marzo 1999), tal y como han sido expuesto por el profesor Rodríguez-Arana¹.

Así, la principal conclusión que resulta del mismo es que se debe Gobernar no para quienes trabajan en la Administración, sino para la gente de a pie: para el consumidor, para el «*ciudadano*».

Pero si central es el ciudadano para la modernización, resulta que quienes trabajan en el servicio público son «*cruciales*».

Los empleados públicos son fundamentales porque la Administración pública está en sus manos y de ellos depende en buena medida que la maquinaria funcione bien.

Los empleados públicos durante demasiado tiempo han sido desacreditados. La buena administración no debe olvidar el papel medular que juega el propio personal público en los procesos de reforma. En muchas ocasiones no se cuenta con el personal de la Administración por pensar que es más eficiente la contratación de personas del sector privado, y eso acaba haciendo daño a la Administración y a los propios ciudadanos.

Por tanto, resulta preciso un cambio en las organizaciones públicas que pongan en alza los valores en la Administración pública que son los que dan sentido y orientación hacia lo que es conveniente en un momento preciso, acompañan en cada actuación que se hace en el trabajo y permiten orientar el comportamiento.

Por ello, como señala el profesor DIEGO BAUTISTA² un verdadero cambio en las organizaciones públicas no se reduce a la simple modificación de normas y leyes, ignorando la transmisión y asimilación de valores, sino que resulta preciso la

¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

² DIEGO BAUTISTA, O. *Los códigos éticos en el marco de las Administraciones Públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno*. Revista de las Cortes Generales, núm. 65, 2007.

progresiva implementación de dichos valores, de modo que la integración de los valores personales con los valores institucionales den lugar a la eficiencia tanto desde el ámbito institucional como desde los servidores públicos en orden a caminar juntos a objetivos comunes.

En esta idea coincide el profesor MUÑOZ MACHADO³ al decir: «*Las instituciones actuales permiten afirmar que aquellas culturas en las que los empleados se identifican con los objetivos de la empresa, se trabaja en grupo, se tiene en cuenta el bienestar de los empleados a la hora de tomar decisiones, se confía en el bien hacer del empleado al que se convierte en participe y a quien se le remunera de manera equitativa, donde se permite la iniciativa de los empleados, donde se busca como origen de toda actividad la satisfacción de los clientes, y donde se basa la gestión en los procesos, de modo que se haga más eficiente la cadena de valor y, a la vez, se eviten las rupturas en el tejido social, suelen aparecer, con mucha más frecuencia, en las organizaciones con buenos resultados y son, casi las únicas posibles en empresas u organizaciones que emplean tecnologías sofisticadas y personas con un alto grado de preparación*».

II. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO A LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

La actuación de los servidores públicos está sujeta a la visibilidad de los ciudadanos, no sólo por sí mismos, sino a través de los medios de comunicación, los tradicionales, y los actuales, como las redes sociales de comunicación, por lo que es necesario identificar a cada uno por la responsabilidad que tiene en sus tareas y por su conducta. Por ello, la mejor transparencia en sus actividades incluye la claridad y explicación de la información que maneja.

La nueva Administración pública, no debe ser un simple instrumento ejecutor de las órdenes políticas, sino que ha de reorientar su actividad hacia el logro de resultados, hacia una cultura con calidad de servicio, hacia mayores niveles de autonomía y responsabilidad de los directivos y de los funcionarios.

La mayoría de los países miembros de la Unión Europea tradicionalmente han contado con leyes, códigos o normas en los que incluían ciertos principios comunes para sus servidores públicos tales como: imparcialidad, honestidad, responsabilidad, integridad, respeto, fiabilidad, lealtad. No obstante, la incorporación de nuevos valores dará

³ MUÑOZ MACHADO, A. *Las Infocomunicaciones y la nueva cultura organizativa. Importancia de la persona y del trabajo en equipo*. Revista Economía Industrial, núm. 331.

lugar a la realización práctica de actuaciones eficaces y eficientes que den respuesta a las necesidades sociales de forma satisfactoria y con calidad adecuada y, además, con el menor coste posible.

En concreto, pueden señalarse como valores a tener en cuenta: la profesionalidad, la eficiencia, la eficacia, la calidad en el producto final, la atención y el servicio al ciudadano, la objetividad, la transparencia, la imparcialidad y la sensibilidad suficiente para percatarse de que el ciudadano es el centro de referencia de toda actividad.

En definitiva, los valores del servidor público son, según la profesora CAMPS CERVEZA⁴: *«El servicio al interés general, la imparcialidad, la transparencia, el uso adecuado de los bienes públicos, la responsabilidad profesional, la lealtad a la administración así como la humanización de la administración»*.

Junto a los valores de la organización pública, resulta imprescindible conjugar la propia realidad con la opinión de los ciudadanos de cómo deben ser los servicios públicos del futuro. Ello funda la disponibilidad y posibilidad permanente de corregir y rectificar lo que la experiencia muestra como desviaciones de los objetivos propuestos.

Igualmente, resulta necesaria la cercanía de la Administración pública a los casos concretos de los servicios públicos: prestar mejores servicios, en todos los ámbitos en que la Administración está presente, en los colegios, en los hospitales, en las consultas médicas, en las oficinas de desempleo, en los centros de colocación, entre otros servicios al ciudadano.

Ejemplo del beneficio de dicha cercanía es que a pesar de la descrédito que sufren los funcionarios con carácter general, sin embargo los servidores públicos mejor valorados son los que están cerca del ciudadano en la prestación de servicios públicos (médicos, profesores, bomberos, policía, etc...). Así, las personas deben poder dirigirse a la Administración pública fácilmente, sin derivarlos de una oficina a otra.

La idea de la Administración Única o Común, también llamada Administración integradas, como modelo para facilitar a la gente sus relaciones con la Administración Pública. Se trabaja mejor juntas para mejorar la forma de prestación de los servicios.

De ahí, la incidencia de las nuevas tecnologías en la modernización de las estructuras públicas: resulta necesario asegurar que los servicios públicos se presten por medio de las mejores y más modernas técnicas, equiparables a las mejores del sector privado, entre ellas los centros de servicio integral, los puntos de contacto unificados

⁴ CAMPS CERVEZA, V. *El malestar en la vida pública*. Grijalbo. Barcelona, 1996. *Virtudes Públicas*. Austral. Madrid, 2003

que permitan enlazar desde un solo punto de acceso con una multiplicidad de departamentos ministeriales, y, especialmente, los servicios del área de la información electrónica.

No obstante, modernizar la Administración integrando las nuevas tecnologías es un proceso largo y lento, tiene que tener como objetivo central hacer mejor la vida de los ciudadanos.

Para ello, es imprescindible contar con el potencial que alberga el cuerpo de funcionarios para impulsar el programa de modernización del conjunto de la Administración puesto que contar con la gente es elemental.

No se puede seguir dirigiendo desde la cúpula a base de esquemas verticales, ni desde la fría distancia de quien se esconde en la jerarquía, por tanto hay que saber delegar, saber contar con los colaboradores, saber pedir consejo y confiar en los demás.

La dualidad servicios públicos-servicios privados ya no debe plantearse en términos de oposición, sino en un marco de complementariedad. Lo definitivo es hacer mejor la vida a la gente.

Ello entraña una nueva forma de diseñar políticas y programas públicos, una nueva forma de prestar servicios públicos, en definitiva una nueva manera de ejecutar las funciones de una Administración pública moderna.

No obstante, para ello resulta preciso superar las sombras e individualizar las razones de la ineficiencia, como pueden ser:

1. La organización:

En la organización no hay auténticos directivos públicos con ideas claras y con sensibilidad hacia los derechos de las personas, sino que los que mandan en la organización precisamente son los más interesados en proteger y mantener el «status quo existente».

2. La inercia:

Es otra de las dificultades de cualquier proceso de reforma y modernización. Es más fácil modificar las leyes que incidir sobre la inercia de las mentalidades que pesa mucho en la Administración y sus agentes, por lo que es necesario mantener siempre vivo el espíritu renovador y reformador cada día y ser capaz de encontrar personas en los expedientes y no sólo largas y monótonas horas de trabajo anónimo.

Los que de verdad saben dirigir, saben reconocer el trabajo de sus colaboradores y saben estimular su capacidad de trabajo a la par que saben llamar la atención sobre la importancia de la labor administrativa y su importancia en la transformación de la sociedad.

3. La importancia del presupuesto:

La excesiva importancia que se da al presupuesto en detrimento del resultado. A veces es más importante haber consumido el presupuesto asignado que obtener resultados, no se miden los resultados ni se conocen.

4. La aversión al riesgo:

Normalmente, en la Administración pública, la recompensa del éxito cuando se puede medir es muy limitada, mientras que la penalización del fracaso suele ser grave, de ahí que ello suscite una aversión al riesgo.

5. La dificultad de gestión:

El ordenamiento administrativo está repleto de normas que no siempre favorecen una Administración pública que de verdad pueda hacer mejor la vida de la gente. Hay que buscar el equilibrio entre legalidad, eficacia y servicio a la gente, lo que da lugar a que el ordenamiento jurídico-administrativo se esté revisando permanentemente para facilitar la gestión.

6. La imagen de descrédito:

Los funcionarios públicos trabajan con afán y dedicación, y muchos son tan innovadores y emprendedores como cualquier persona que no sea miembro de la Administración. Pero han sido desacreditados y desmoralizados injustamente durante bastante tiempo. Ha existido la presunción de que el sector privado siempre es mejor, y en el sector público no se ha prestado atención suficiente a la recompensa del éxito ni a equiparar a la Administración con las destrezas necesarias para elaborar y ejecutar políticas y servicios estratégicos de un modo moderno y eficaz.

Conforme a todo lo expuesto si el objetivo de la modernización de la Administración es hacer mejor la vida a los ciudadanos se requieren *5 compromisos esenciales*:

1. Diseño de una política de futuro: entendida como proceso por el que los Gobiernos han de traducir su visión política en programas y actuaciones para producir

resultados (nuevos principios de la Ley 40/2015). Para ello resulta preciso entender la política como un proceso continuo, de aprendizaje, no como una serie de iniciativas aisladas, y en el que se debe incorporar al público, a expertos externos, a los colectivos concernidos y a los responsables de la ejecución de las medidas.

2. Servicios públicos para la gente: es decir es necesario asegurar que los servicios públicos satisfagan las necesidades de los ciudadanos no la comodidad de quienes lo prestan, de ahí que modernizar signifique establecer un lazo de cooperación entre quienes prestan el servicio y quienes lo reciben.

3. Servicios públicos de calidad: se trata de ofrecer servicios públicos eficientes, de alta calidad y no tolerar la mediocridad. Para ello ha de apostarse por el compromiso con la calidad, la mejora permanente y la evaluación del trabajo.

4. Uso de las nuevas tecnologías: Se debe provocar un cambio fundamental de nuestro modo de usar las tecnologías de la información. Resulta imprescindible modernizar el propio procedimiento administrativo, logrando el funcionamiento conjunto de las distintas partes de la Administración y ofreciendo a los ciudadanos nuevos modos, eficientes y cómodos, de comunicar con la Administración y recibir sus servicios.

5. Potenciación de los servicios públicos: en un ambiente de transformación permanente, de competencia y de mejora continua.

Para todo ello resulta capital: la formación, la motivación e implicación del personal a través del mejor uso de los incentivos no salariales y de la recompensa en función del rendimiento y del trabajo bien hecho.

Igualmente ha de reivindicarse la tradición de los servicios públicos en el compromiso con la equidad y la diversidad de la sociedad.

Necesidad de impulsar los llamados laboratorios de aprendizaje para la búsqueda de soluciones a los problemas, de facilitar la movilidad del personal, de crear oportunidades para que el personal joven capacitado sea promocionado razonablemente y de potenciar la innovación, la cooperación y la excelencia en la prestación de los servicios.

En definitiva, se trata de impregnar a la Administración Pública de la filosofía de una nueva forma de trabajar pensando más en los ciudadanos, por una metodología del entendimiento, por una mentalidad abierta y por un compromiso creciente con la equidad y la solidaridad: lo que puede entenderse por buena administración.

Conforme a lo expuesto, el profesor VILLORIA⁵, ha señalado una serie de propuestas para hacer efectivas las medidas de transparencia y buen gobierno en la actuación de la Administración, para una necesaria regeneración democrática, entre las que desde el punto de vista jurídico pueden destacarse:

- Código ético del diputado y actualización de la normativa de incompatibilidades y conflictos de interés.
- Normativa de incompatibilidades de funcionarios y de altos cargos para asegurar que no existen puertas giratorias en sus diversas variantes.
- Mejoras procesales para hacer más eficaz la persecución de la corrupción.
- Desarrollo de la Contabilidad Analítica y el cálculo y publicación de los costes reales de las diferentes actividades y servicios de los organismos públicos.
- Sistemas de fortalecimiento de los empleados públicos (con el posible establecimiento de premios o incentivos para las mejores iniciativas).
- Independencia suficiente a la Oficina de Conflictos de Interés.
- Ley de protección al denunciante de corrupción, fraude, abuso o despilfarro.
- Dirección Pública profesional.
- Reforzar la independencia de la Fiscalía con respecto al gobierno.
- Creación de una Agencia Anticorrupción o un órgano de Promoción de la ética que desarrolle mecanismos preventivos, coordine actividades, proporcione información/formación y proponga mejoras.
- Mejorar el funcionamiento del Tribunal de Cuentas.
- Coordinación de la labor de los órganos de fiscalización externa.
- Creación de comités de ética en cada organismo público.
- Implantación de políticas de responsabilidad social corporativa.
- Promover la implantación plena de la Responsabilidad Social de las Empresas.
- Cumplimiento del Plan de Acción para la Reducción de Cargas Administrativas y las actuaciones correspondientes en mejoras regulatorias.
- Introducción en los distintos niveles educativos de materias y contenidos éticos, de valores, y contra la corrupción.
- Modificar la regulación del proceso de elaboración de proyectos de leyes y de reglamentos para tratar de asegurar un campo de juego equilibrado entre los intereses en juego en cada materia regulada: mayor garantía de participación para todos los afectados, mayor información y mejora de los canales de comunicación entre ciudadanos y gobierno/parlamento y mejora de la técnica legislativa y la calidad de los informes de impacto.
- Facilitar el conocimiento de los estudios e informes que motivan las propuestas de ley.

⁵ VILLORIA, M. *La regeneración democrática: Diagnóstico y propuesta*, en MARCO MARCO, J Y NICASIO VAREA, B (coord.): *La regeneración del sistema: reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*. I Congreso Internacional sobre Calidad Democrática. Buen Gobierno y Lucha contra la corrupción. AVAPOL, Valencia, 2014.

- En materia de contratación pública es necesario incorporar la obligación de todas las empresas que contratan con la Administración de detallar claramente quiénes son sus reales propietarios.
- Implantación efectiva de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información:
 - Sistema de archivos y de almacenamiento de decisiones eficaz, que dé lugar a una buena gestión del conocimiento.
 - Simplificación de normas y procedimientos.
 - Interoperabilidad eficaz entre los sistemas o componentes para intercambiar información y utilizar la información intercambiada.
 - Agilidad en la provisión de información y en el tratamiento y renovación de la misma.
 - Garantía de reutilización de los datos, por todos los usuarios que lo deseen, gratis o a bajo coste.
 - Sistema de incentivos al cumplimiento.
 - Sistema de sanciones eficaz de los incumplimientos.
 - Buen procedimiento de solicitud, demanda, quejas y recursos.
 - Formación de los funcionarios afectados, técnica y en valores.
 - Presupuesto suficiente.
 - Órgano impulsor con relevancia y peso político.
 - Órgano de gestión del sistema con medios suficientes, independencia, transparencia, que rinde cuentas y que asegura la integridad de sus miembros.

III. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Expuesto lo anterior, como todos sabemos, la mayor garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la actuación de las Administraciones Públicas es el procedimiento administrativo, pues a través de éste aquélla se somete plenamente a la Ley y al Derecho.

Asimismo, una buena regulación del procedimiento administrativo responde al impulso de una economía competitiva que exige como base una actuación administrativa eficiente, transparente y ágil.

Ahora bien, cómo se traduce dicha aplicación a una institución tan fundamental en el actuar de la Administración y con la tradición existente en nuestro Derecho al haber sido pionero en leyes de procedimiento a finales del siglo XIX.

En este sentido, siguiendo al profesor Barnés⁶, resulta preciso identificar el procedimiento administrativo y clasificarlo, no ya en función de la materia, sino en el

⁶ BARNÉS VÁZQUEZ, J. *Tres generaciones del procedimiento administrativo*. Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 67, 2011.

modelo de administración y en la forma de gobierno y regulación en el que la Administración se inserta, pues dependiendo del modelo de gobierno y regulación el procedimiento cumple funciones cualitativamente distintas. En unos casos, se utiliza el procedimiento como herramienta de una correcta aplicación del Derecho mientras que en otros cumple una función, de dirección política.

En este sentido, el profesor Barnés distingue entre tres clases de generaciones de procedimientos dependiendo del actuar de la Administración a través del mismo. Así:

1. Resolviendo como si de un juez se tratara

Es el típico diseño de las primeras leyes de procedimiento administrativo inspirándose en el esquema judicial: iniciación, instrucción, y terminación. Y el producto estrella del procedimiento administrativo es el acto administrativo.

De ahí que esté dotado de las presunciones y de las prerrogativas propias de las decisiones jurisdiccionales, además de acompañarse de las técnicas coercitivas propias del poder.

Su función es de garantía de acierto y de respeto de la legalidad subjetiva.

Este es el procedimiento administrativo como proceso decisorio, como método de la correcta aplicación del Derecho, de una aplicación imparcial, igual para todos y sin discriminaciones, previsible y fiable.

Notas que singularizan estos procedimientos administrativos:

Constituye ante todo un instrumento o mecanismo para la correcta aplicación de Derecho en manos de la administración imperativa.

Función adjetiva, accesoria o subordinada respecto del Derecho material, es decir, una función instrumental o al servicio de la mejor aplicación del Derecho. Lo relevante es que la decisión adoptada sea correcta en términos jurídicos. La consecuencia más conocida reside en la teoría de los vicios del acto y del procedimiento, donde se aprecia una menor severidad: la nulidad absoluta como excepción, la regla de la anulabilidad –matizada a su vez con el criterio de las irregularidades no invalidantes–, la subsanabilidad y conservación, entre otras.

Se estructura conforme a una visión procesalista que todo lo impregna: las fases en que se articula, las potestades de impulso, la prueba y su práctica, las formas de terminación, etcétera.

Constituye, un proceso decisorio puesto que sirve para dictar actos, aprobar normas, celebrar contratos, elaborar normas, redactar planes, confeccionar proyectos, entre otras funciones.

Sin embargo, la administración no se limita a dictar resoluciones formales en aplicación del Derecho, sino que crea y establece nuevas reglas y normas, es decir, hace muchas más cosas que decidir, por lo que en la práctica, dicho procedimiento llamado de primera generación se ha quedado corto en relación con la realidad administrativa contemporánea.

Igualmente, la Administración utiliza normas y figuras del derecho privado para prestar servicios que también quedan fuera de dicho procedimiento imperativo o decisorio.

De ahí, que, conforme se ha indicado, ofrezca un retrato insuficiente de la realidad. Por ello, la legislación actual de procedimiento no serviría para retratar a la Administración contemporánea, pues no es representativa de la realidad actual que es más compleja, por la llamada vida privada de la administración, la vida pública de entidades privadas que llevan a cabo actividades de interés general, la vida exterior de la administración más allá del Estado y la vida pública de la administración cuando no actúa con instrumentos formales.

2. El procedimiento administrativo mediante el que la Administración actúa dictando normas

Tiene por objeto la aprobación de normas administrativas infralegales –reglamentos ejecutivos o independientes, planes territoriales o urbanísticos, circulares de organismos reguladores o agencias independientes, ordenanzas locales, etcétera–. Se trata de un proceso decisorio.

Con carácter general, la producción normativa que contemplan las leyes de procedimiento se canaliza a través de un proceso, en manos de una administración jerárquica e imperativa, y con una participación ciudadana que tiene lugar en una fase tardía, cuando la norma está ya por completo prefigurada.

Procedimientos un tanto rudimentarios, sin tener en cuenta la trascendencia de la actividad reglamentaria. Pueden citarse dos tipos característicos: los procedimientos de elaboración de disposiciones reglamentarias y aquellos otros que tienen por objeto la gestación del planeamiento urbanístico y territorial. Pero también existe el de elaboración de normas no vinculantes.

Esa tendencia comienza a ser corregida debido a los impulsos de las múltiples iniciativas tendentes a mejorar las políticas regulatorias en el plano interno, regional (europeo) e internacional –señaladamente, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y del Banco Mundial–.

Precisamente, como consecuencia de las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), es la nueva regulación otorgada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo título VI bajo la rúbrica “De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones”, con arreglo a la cual, según señala su Exposición de Motivos, ha de *«desenvolverse la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica»*.

3. El procedimiento administrativo en el que se realizan actos, normas y políticas públicas elaborados en el entorno de las nuevas formas de gobernanza

Por último, la administración necesita de las demás administraciones y del sector privado para realizar numerosas políticas públicas.

Cuando la magnitud de los problemas excede la talla de una determinada administración o de la del Estado, y/o cuando las cuestiones que han de afrontarse están marcadas por la incertidumbre, es necesario colaborar y gobernar de un modo diferente al tradicional. Así surge lo que puede denominarse como «gobernanza» en ámbitos y sectores diversos.

La forma tradicional de legislar y administrar ha perdido su monopolio como consecuencia de las profundas transformaciones del Estado y de la administración contemporáneos, como consecuencia de:

1. Caída del muro que divide el plano nacional y el supranacional. La acción exterior de las administraciones nacionales ha crecido exponencialmente.
2. La disolución de la frontera separaba lo público y lo privado. El Estado y la sociedad, y la administración y el ciudadano no constituyen ámbitos aislados que nunca se tocan. A su vez, la administración no define en solitario en tantos sectores lo que conviene al interés general, ni el sector privado puede vivir desinteresado de la regulación.

3. Se relativiza la distinción entre la formulación de las políticas y su gestión posterior, así como la creación del Derecho y de su aplicación. La administración ya no encuentra en la ley la receta a aplicar, para superar esto habrá que idear, en compensación, mecanismos, foros y reglas para hallar la solución correcta, en términos de eficacia, de legitimidad democrática y de control. Por tanto, el legislador ha de establecer procedimientos cualitativamente distintos a los tradicionales, a través de los cuales dirige a la administración y asegura la búsqueda de la solución más adecuada.

En definitiva, el proceso regulatorio se concibe como un ciclo en permanente movimiento. Por tanto, la administración adquiere, en consecuencia, una mayor responsabilidad y protagonismo, puesto que su papel se aleja de la mera ejecución de una previa ley material que programe y predetermine su acción.

El nuevo Derecho administrativo no es solo nacional o supranacional, sino global, no es solo Derecho público, sino también privado, no es ya solo el Derecho que controla la aplicación administrativa de las leyes y regula los instrumentos de que esta se sirve, sino el que guía la creación de normas, reglas, soluciones y, más ampliamente, la realización de las amplias políticas públicas que a la administración contemporánea se le confían.

Será necesario organizar las cosas de otro modo (nuevos modelos o modos de gobernanza [sectores regulados] para regular la salud pública, la seguridad aérea o alimentaria, los mercados financieros, las telecomunicaciones o los servicios en el marco de la Unión Europea).

Y ahí, el procedimiento tiene un protagonismo especial, pues ha de abandonar su molde procesal para desempeñar nuevas y más altas funciones: la elaboración de normas públicas o privadas con relevancia pública, la dirección, guía o asistencia en las nuevas políticas públicas en las que la ley no ha establecido la solución material, sino que difiere su hallazgo al procedimiento.

El procedimiento como instrumento de dirección de la administración por parte del parlamento y de dirección del sector regulado por parte de la Administración.

El procedimiento no opera aquí como una mera herramienta para la correcta aplicación del Derecho material, ni persigue preferentemente controlar la discrecionalidad administrativa en sentido defensivo o ex post, como acontece en el procedimiento tradicional.

El procedimiento cumple una finalidad de dirección, y no es ya un mecanismo de aplicación del Derecho, sino de creación e innovación jurídicas, de búsqueda de soluciones.

Las nuevas reglas de procedimiento implicarán:

- Mayor responsabilidad del ciudadano en la gestión del procedimiento
- Constante intercambio de información entre administraciones a todos los niveles,
- Evaluación de las distintas opciones o alternativas,
- Análisis de impacto regulatorio o de coste-beneficio,
- Supervisión de las decisiones adoptadas y su modificación cuando se detecte la desviación de los objetivos propuestos, entre otras.

En ese proceso regulatorio participan no solo las administraciones territoriales y los organismos reguladores investidos de autoridad, sino también otros actores, que contribuyen de alguna manera al conjunto (entidades y empresas del sector público, el sector privado en régimen de autorregulación, el sector privado en el desempeño o prestación de servicios de interés general, las organizaciones privadas subvencionadas, contratistas de la administración, el público, entre otros)

El procedimiento se extiende a las Administraciones Públicas, al sector privado y al sector público.

En base a ello, por ejemplo, el procedimiento se ocupará de resolver:

- Los problemas de intercambio de información entre las administraciones actuantes, y entre éstas y el público o los interesados, así como la forma de hallar un consenso entre los expertos.
- Asegurar, la transparencia del sector privado en la toma de decisiones que afectan a los interesados, consumidores o usuarios, o para garantizar la representatividad de todos los productores o prestadores de servicios en el ámbito de la autorregulación.
- Transparencia en la toma de decisiones, a la publicidad de sus actividades y del presupuesto, a la observancia y control de los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad, al respeto de los principios de la contratación pública, entre otros.

Como se ha señalado anteriormente, la manera clásica de entender el procedimiento no se ajusta totalmente a la realidad de su aplicación, puesto que hay *modelos de procedimiento* muy diferentes. De ahí que resulte preciso distinguir y matizar cada uno de los pilares o elementos del procedimiento administrativo clásico.

Así, la instrucción, la participación, la motivación de las decisiones, los vicios del procedimiento, la estabilidad y conservación del producto final, entre otras cosas no admiten una consideración unitaria y uniforme.

Una de esas cosas es la transparencia. Así, en relación con el procedimiento no se puede hablar «la» transparencia, sino de «las» diversas formas de transparencia,

según el tipo de procedimiento del que se trate y, en última instancia, de acuerdo con las distintas formas o modos de regulación y administración en los cuales aquel se inscriba.

Y ello por cuanto, la transparencia constituye, un fenómeno transversal que recorre y atraviesa el terreno de todos los modelos de procedimiento, en relación con los que tiene una modulación o proyección diferente.

El derecho de acceso a la información administrativa, no es reconducible a la unidad, a un régimen unitario, puesto que, según se inserte en uno u otro modelo de procedimiento funciona de manera diversa.

Por ejemplo, una cosa es el acceso a la información administrativa con fines de defensa de los propios derechos e intereses, y otra, muy distinta, el acceso a la información medioambiental del público como instrumento de supervisión y control de la legalidad medioambiental.

Así, en los que hemos llamado procedimientos decisorios, la transparencia presenta diversas vertientes o funciones:

- Vertiente defensiva: expresándose en el derecho de acceso al expediente en que se articula el procedimiento, o en el acceso a otros expedientes análogos para su contraste o comparación, así como en una motivación adecuada de la decisión adoptada.
- Instrumento regulatorio en los procedimientos de carácter o contenido prestacional: la transparencia asegura el ejercicio de otros derechos, pues mediante la entrega de la información requerida al ciudadano, se podrá permitir el control y la supervisión de la acción administrativa y del sector privado, y actuar en consecuencia. (acción popular)
- Asegurar un mercado interior en el acceso a la información administrativa en condiciones equitativas, proporcionadas y no discriminatorias con observancia de las normas de la competencia., en el procedimiento de solicitudes de reutilización de documentos administrativos (información social, económica, geográfica, meteorológica o turística y sobre empresas, patentes y educación)

En los procedimientos que hemos llamado de creación de normas (elaboración de normas o planes urbanísticos), la transparencia garantiza el conocimiento anticipado de lo perseguido y, por consiguiente, la defensa y participación del colectivo afectado y, en su caso, la búsqueda del consenso. Sirve como presupuesto o nutriente del derecho a ser informado.

Por último, en los llamados procedimientos en base a la nueva gobernanza, la transparencia cumple funciones diversas y heterogéneas, pues diversos y heterogéneos

son los procedimientos que pueden encuadrarse en esta definición. Así, si la base de estos procedimientos reside en la colaboración, para que ésta pueda producirse resulta imprescindible que la transparencia impregne todo el proceso, extendiéndose a todas las fases del mismo, a tanto en la realización de las diversas políticas públicas (- fijación de prioridades y agenda, determinación de las líneas básicas, ponderación de las diversas opciones, aprobación definitiva, constante revisión sobre su efectividad, modificación, entre otras), y como cuando intervienen una multiplicidad de sujetos o actores, públicos y privados, insertos en una red o proceso regulatorio, convirtiéndose en el nexo que permite la participación de todos, permitiendo un control continuado de todos los agentes intervinientes.

En consonancia con esto, resulta novedoso la introducción en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, de la que llama Planificación normativa, estableciendo la obligación de las Administraciones públicas de publicar en el Portal de la Transparencia correspondiente, anualmente un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente.

Sin embargo, para la posibilidad de incumplimiento de esta obligación o del Plan previamente publicado no se prevé ninguna consecuencia jurídica.

Igualmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, incorpora entre los principios de actuación y de funcionamiento del sector público español, además de los ya mencionados en la Constitución Española, los de transparencia y de planificación y dirección por objetivos, como exponentes de los nuevos criterios que han de guiar la actuación de todas las unidades administrativas. Y los completan con los previstos en la normativa de responsabilidad, calidad, seguridad, accesibilidad, proporcionalidad, neutralidad y servicio a los ciudadanos.

IV. LAS NUEVAS REGULACIONES: RETOS PARA MEJORAR LA ADMINISTRACIÓN

Hasta la fecha, se han dado pasos tanto por la Administración General del Estado como por la de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en orden a la implantación de la nueva gobernanza, mediante la aprobación de nuevas regulaciones que faciliten la misma. Así:

- En el orden estatal:
 - Ley Orgánica 2/2012 de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera;
 - Ley Orgánica 6/2013 de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIRF);

- Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno;
 - Ley 20/2013 de unidad de mercado;
 - Ley 14/2013 de Apoyo al Emprendimiento y la Internacionalización;
 - Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local;
 - Ley 15/2014 de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.
 - Real Decreto-Ley 17/2014, de medidas de sostenibilidad financiera de las CCAA y EELL y otras de carácter económico.
 - Ley 3/2015 reguladora del ejercicio de Alto cargo en la Administración General del Estado.
 - Ley 18/2015, modifica la Ley 37/2007 sobre reutilización de la información del sector público.
 - Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
 - Ley 40/2015, de Régimen jurídico del Sector Público.
- En el orden autonómico andaluz destacan:
- Decreto-ley 5/2014, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas.
 - Decreto-ley 7/2014, de medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.
 - Ley 1/2014, de Transparencia Pública Administrativa.
 - Decreto 289/2015, regula la organización administrativa en materia de transparencia pública en el ámbito de la Administración de Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales.
 - Decreto 434/2015, regula el Estatuto del Consejo de la Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.

Junto con el desarrollo y aplicación práctica de toda la normativa expuesta, en el ámbito andaluz, existe necesidad de adaptar nuestra legislación a los principios señalados, para lo que se han anunciado diversas medidas legislativas como:

- El desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público
- Modificación de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía.
- Ley de Buen Gobierno y Estatuto de los Altos Cargos.
- Ley de Acceso a los Beneficios Públicos y de medidas contra el fraude fiscal.
- Modificación de la legislación patrimonial

En definitiva, las medidas legislativas son necesarias e imprescindibles para aplicar la nueva gobernanza en el actuar administrativo, pero para su efectiva aplicación han de venir acompañadas de medios suficientes para ponerlas en marcha y sobre todo para su continua transformación como se ha expuesto a lo largo de esta breve exposición.

LA INCORPORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA VISIÓN DEL APROVECHAMIENTO ENERGÉTICO SOSTENIBLE

Luisa Wic Galván

Letrada de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. II. EL PAPEL DEL SECTOR PÚBLICO. III. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL APROVECHAMIENTO ENERGÉTICO SOSTENIBLE. IV. CONCLUSIONES.

Un planteamiento honesto de los objetivos medioambientales en la lucha contra el cambio climático exige la incorporación estratégica del elemento de desarrollo sostenible en la actuación empresarial, siendo la responsabilidad social corporativa elemento catalizador de este aspecto junto al social y al económico. Frente a una visión monista de la empresa, la función social ha acaparado el protagonismo desde que en los años 50 del siglo pasado se toma conciencia del importante papel que desempeña. Frente a la exteriorización de los intangibles respaldada en la pasividad de la colectividad, en los últimos años resurge la capacidad crítica de la ciudadanía reaccionaria ante casos de corrupción, injusticias sociales, accidentes laborales y medioambientales. Es en este punto cuando la Administración Pública no puede quedar rezagada, debiendo liderar la responsabilidad social corporativa como modelo de gestión propio.

Este enfoque estratégico prescrito legalmente supone no sólo garantizar estos principios en la propia estructura organizativa sino en la de sus proveedores. A partir de aquí la Administración Pública juega un papel esencial en el fomento de la responsabilidad social corporativa, puesto que incorporarla a la contratación pública, que supone actualmente aproximadamente un 18% del PIB, ya como solvencia, como criterio de adjudicación o como obligación en la ejecución del contrato supone un reto al que las licitadoras han de adecuar su gestión.

Sin embargo, este gran cambio no está exento de obstáculos. Desde la multiplicidad de guías, códigos de conducta, certificados, *ratings*, o verificadores, hasta el dificultoso encuadre de las exigencias proporcionadas a la prestación en el aspecto contractual a que vayamos a referirla.

Tratándose el aprovechamiento energético una de las actividades antropogénicas de mayor impacto medioambiental, este trabajo pretende arrojar luz sobre los mecanismos con que cuenta la Administración Pública contratante en sentido amplio en la exigencia de una actuación sostenible energéticamente. La eco-etiqueta, los certificados de eficiencia energética, las medidas de eficiencia energética, la auditoría energética, y el autoconsumo, son alguno de los aspectos que pueden ser incorporados al proceso de licitación.

De esta forma, la incorporación de la responsabilidad social corporativa en la contratación pública sirve al interés general desde un concepto global en que la buena gobernanza preside el contexto en que interactúan los distintos *stakeholders*, superando la barrera meramente reputacional de una responsabilidad social corporativa de marketing, erigiéndola sino en requisito, en plus de valoración, como acicate para este nuevo paradigma en la gestión empresarial.

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El gran reto actual que supone el grave riesgo de la supervivencia de la vida, tal y como la conocemos en el planeta hoy, exige un cambio de paradigma global que implique a todos los actores en las sociedades modernas. La sostenibilidad con su carácter transversal se erige así como elemento necesario que aporta competitividad. No obstante, en un escenario de escasez en el que las crisis cíclicas y, a su vez, el dinamismo y complejidad de las nuevas tecnologías, se suceden a una velocidad vertiginosa casi inasumible, los actores se ven abocados a una huida hacia adelante. De esta forma, la inercia de la maximización del beneficio y la avidez del consumidor, generan un sistema perverso en el que no existe realmente la consecución de un bienestar real, sino un daño irremediable, por el uso incontrolado de recursos y la destrucción de nuestro sistema cultural¹ tradicional. Elemento común y, si no generador, sí contribuyente a esta deleznable realidad es la ceguera moral. Punto común en que convergen la empresa que, aún a pesar de las infracondiciones laborales de su personal deslocaliza la producción, o el consumidor que, aún a sabiendas del proceso productivo, opta por ello, retroalimentando el sistema.

¹ En este sentido, Baudrillard, J. (1970). *La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras*. Paris: Éditions Denoël.

La primera cuestión a plantear gravita sobre la connaturalidad de la moral a la empresa, siendo así que muchas opiniones niegan este aserto sobre la base de que es una mera ficción sin que su actuación pueda estar presidida por la moral que es por esencia humana^{2 3 4}, propia de la persona natural, que no jurídica^{5 6}.

Sin embargo, el comportamiento puramente económico conduce a que las externalidades negativas generadas sean repercutidas a la colectividad injusta y desproporcionadamente. Por ello, surge la responsabilidad social corporativa o empresarial. De hecho, si fuera posible contabilizar completamente las externalidades negativas, los intangibles negativos, en el balance de la empresa la responsabilidad social corporativa no sería necesaria⁷. Mediante la RSC⁸ se pretende incorporar todos los impactos negativos derivados de la actividad productiva a la propia generadora de los mismos, lo que hasta el momento por pasividad, ignorancia o comodidad se hacía repercutir en la colectividad^{9 10}. O desde otra perspectiva, la empresa pasa a conceptuarse como un actor principal en la era de la globalización, competitividad, y sostenibilidad¹¹ y pasa de ser considerada aisladamente como mero generador de beneficios a protagonista contribuyente del bienestar y coadyuvante en la superación de los grandes desafíos actuales¹² y siempre bajo el principio de desarrollo sostenible, lo que ineludiblemente requiere la incorporación de los impactos en la empresa¹³. Se trasciende así de un

² Rendtorff, J. D. (2014). Risk Management, Banality of Evil and Moral Blindness in Organizations and Corporations. *Business Ethics and Risk Management. Ethical Economy*, 43, 45-70.

³ De hecho, las primeras obras sugieron en el seno de organizaciones religiosas en Norteamérica. La obra *Social Responsibilities of de Business man*, escrita por Howard Bowen en 1953 en el seno del proyecto promovido por *Federal Council of Churches of the Christ in America*.

⁴ Newton, L (2014). Business Ethics in the Social Context. *SpringerBriefs in Ethics*, 1-26.

⁵ Rendtorff, J. D (2014) apunta que el comportamiento de la empresa basado en la responsabilidad limitada y la maximización del beneficio puede caracterizarse más como una actitud de psicópata (Pág. 66).

⁶ Compt-Sponville (2005).

⁷ Beschoner, T. (2014). Beyond Risk Management, Toward Ethics: Institutional und Evolutionary Perspectives. *Business Ethics and Risk Management. Ethical Economy* 43, 99-110.

⁸ En adelante, por Responsabilidad Social Corporativa.

⁹ González, J. C (2014). Responsabilidad social de las empresas: ¿truco o trato?. RSC. Para superar la retórica. *Economías de sin fronteras. DOSIER EsF*, 14. Recuperado el 12 de octubre de 2015 de Www.ecosfron.org.

¹⁰ La Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2010, sobre la responsabilidad social de las empresas en los acuerdos de comercio internacional (2009/2201(INI)). Responsabilidad social de las empresas en los acuerdos de comercio internacional P7_TA(2010)0446 . (2012/C 99 E/19). DOUE, 03/04/2012. El Considerando M recoge la falta de respeto a los principios de RSC como *dumping* social y medioambiental. (Diario Oficial de la Unión Europea, 03. 04.2012).

¹¹ Según el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Instrumentos de información y evaluación de la responsabilidad social de las empresas en una economía globalizada» (2005/C 286/04), DOUE 17.11.2005, «La RSE es una plasmación microeconómica del concepto macroeconómico de desarrollo sostenible».

¹² COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO PONER EN PRÁCTICA LA ASOCIACIÓN PARA EL CRECIMIENTO Y EL EMPLEO: HACER DE EUROPA UN POLO DE EXCELENCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS. Bruselas, 22.3.2006. COM(2006) 136 final.

¹³ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development. Brussels, 2.7.2002. COM(2002) 347 final

concepto monista a uno pluralista¹⁴ en que la empresa como forma de propiedad también está delimitada por su función social (artículo 33 CE). Esta función social multidimensional¹⁵ se ajusta en cada caso a la dinámica y al sector concreto afectado por el proceso productivo. Este mismo dinamismo es el que provoca que la RSC sea una estrategia voluntaria por esencia, siendo un plus a los estándares legalmente impuestos más allá de la coerción. Debido a esta complejidad intrínseca y a las distintas orientaciones según se ponga el acento en lo económico o en lo social¹⁶ se hace necesario una definición de lo que haya de entenderse por RSC que lo aleje de la mera actuación filantrópica¹⁷, del mecenazgo, el patrocinio, la donación, o el marketing.

Más allá de estos aspectos puntuales, el comportamiento ético imprime todo el proceso de producción de bienes y prestación de servicios en una visión holística, global, o estructural que tiene vocación de permanencia y que supone un nuevo modelo de gestión empresarial con una estrategia corporativa filantrópica¹⁸. La buena gobernanza, el desarrollo sostenible y la globalización pasan a ser aspectos estructurales del nuevo modelo de gestión^{19,20}.

Partiendo de estas consideraciones, algunas definiciones de la RSC, son:

“La Responsabilidad Social de la Empresa es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en su gobierno y gestión,

¹⁴ Esteban Velasco. G., Gondram. J. M., Moneva Abadía. J. M., y Rivero Torre, P. (2005). *Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídico-económicos*. Castello de la Plana: Publicacions de la Univewrsitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions.

¹⁵ “Según estos principios y directrices, la RSE abarca, como mínimo, los derechos humanos, las prácticas de trabajo y de empleo (como la formación, la diversidad, la igualdad de género y la salud y el bienestar de los trabajadores), las cuestiones medioambientales (como la biodiversidad, el cambio climático, el uso eficiente de los recursos, la evaluación del ciclo de vida y la prevención de la contaminación) y la lucha contra el fraude y la corrupción. La participación de las comunidades locales y el desarrollo, la integración de las personas con discapacidad y los intereses de los consumidores, incluida la intimidad, forman parte también de la agenda sobre la RSE. Se admite que la promoción de la responsabilidad social y medioambiental en la cadena de suministro y la divulgación de información no financiera son aspectos transversales importantes”. Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES- Bruselas, 25.10.2011. COM(2011) 681 final

¹⁶ García Echevarría. S. (2006). Responsabilidad social corporativa: La responsabilidad social corporativa como orientación del *management* empresarial. Este texto corresponde a la conferencia impartida en las I Jornadas Empresariales de Acción Social Empresarial (ASE) celebradas en Madrid el día 18 de Octubre de 2005. *Instituto de Dirección y Organización de Empresa*, 303.

¹⁷ Libro Verde sobre como fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. Dictamen de 12 de agosto 2002 del Comité de las Regiones. DOC 12 agosto 2002, núm. 192. (Considerando 1.4).

¹⁸ Fernández García., R. (2009). *Responsabilidad social corporativa. Una nueva cultura empresarial*. Alicante: Club universitario.

¹⁹ Satorras Fioretti., R. M (2008). *Responsabilidad social corporativa. La “nueva conciencia de las empresas y entidades”*. Barcelona: librería Bosh SL.

²⁰ En el mismo sentido, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development. Brussels, 2.7.2002. COM(2002) 347 final

en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medio ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones” según el Foro de Expertos²¹.

“A los efectos de esta ley, se considerarán empresas socialmente responsables de la Comunidad Autónoma de Extremadura aquellas que, calificadas de acuerdo con el procedimiento previsto en esta norma, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, hayan adoptado la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, y en sus políticas y procedimientos, los valores y códigos éticos de las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparente con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que derivan de sus acciones”, definición auténtica prevista en el artículo 3 de la Ley de responsabilidad social empresarial en Extremadura²²

Partiendo de estas definiciones, y habiendo desaparecido el concepto de la empresa como mero eslabón en la economía, erigiéndose en componente activo de la sociedad a través de la RSC, ya fuere por su aptitud como ventaja competitiva (teoría instrumental), como elemento legitimador del poder en la sociedad²³ (teoría política), como respuesta a las demandas sociales de los *stakeholders*, (teoría integradora), o como mero deber de hacer una sociedad mejor (teoría ética), la empresa que teniendo en cuenta los *stakeholders* evalúe, mejore e informe sobre el impacto social, económico y medioambiental disfrutará de ventajas socio-económicas²⁴, reputacionales y de orden legal²⁵. Sin embargo, el ámbito económico, el *business case* impide la realización que cualquier actuación que aún moralmente deseable, no resulte económicamente rentable, mientras que el *moral case* pretende la realización de lo éticamente deseable aunque no sea rentable²⁶. Ante esta situación, la promoción de

²¹ INFORME DEL FORO DE EXPERTO EN RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS. Recuperado el 29 de diciembre de 2015 en sitio web http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/RespoSocEmpresas/foro_expertos/contenidos/INFORME_FOROEXPERTOS_RSE.pdf.

²² DO. Extremadura núm. 239, de 15/12/2010; BOE núm. 314, de 27/12/2010.

²³ Según la “*ley de hierro de la responsabilidad*”, quien no ejerza su poder con responsabilidad lo perderá.

²⁴ Stanwick. P. A, y Stanwick. S. D (2013). Chapter 26 The Relationship Between Corporate Social Performance, and Organizational Size, Financial Performance, and Environmental Performance: An Empirical Examination. *Citation Classics from the Journal of Business Ethics, Advances in Business Ethics Research* (2). 513-524. En un estudio durante seis años se demostró la correlación. No obstante, existen opiniones en contra.

²⁵ De la Cuesta González, M (2004). El porqué de la responsabilidad social corporativa. *BOLETÍN ECONÓMICO DE ICE* (2813) DEL 2 DE AGOSTO AL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2004. 45-58. En esta artículo se rasalta la ventaja competitiva de lo que viene en denominar el “*first mover advantage*”, como el gestor que con actitud pro-activa se adelanta a las exigencias legales.

²⁶ En este sentido, ha de tenerse presente la fina línea que el *moral case* pretende dibujar, pues lo éticamente deseable aunque no rentable a corto plazo, debe ser beneficioso para la sociedad bajo el riesgo de infracción de los deberes propios, ya sean mediante acuerdos sociales contrarios al interés social en beneficio de terceros (Artículo 124.1 de Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de

la RSC requiere la actuación ejemplarizante del sector público y medidas incentivadoras atractivas para las empresas.

II. EL PAPEL DEL SECTOR PÚBLICO

El sector público ha de desempeñar necesariamente un papel activo en la implantación de la RSC, ya sea como protagonista, a través de su implantación en el seno de las distintas organizaciones (sociedades mercantiles, fundaciones, agencias de distintos tipos)²⁷ o como incentivador de la adopción de este nuevo modelo por las empresas.

Desde la primera de las perspectivas, la Ley de economía sostenible²⁸, recoge en su artículo 35.1.c) el fomento de la responsabilidad social corporativa en el seno de la Administración General del Estado, las sociedades mercantiles estatales, las entidades públicas empresariales adscritas y las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. En su desarrollo se ha aprobado la Estrategia Española de Responsabilidad social de las empresas, administraciones públicas y resto de organizaciones²⁹, y se ha creado el Consejo Estatal de Responsabilidad social corporativa³⁰³¹³².

Por lo que respecta a las Comunidades autónomas, y entidades locales, la Unión Europea promueve lo que viene en denominar la “*socially responsible region*” (SRR)³³. El mapa autonómico ha sido en este sentido irregular, gozando desde Comunidades autonómicas con legislación propia en la materia y/o órgano

la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161, de 03/07/2010), o por el deber de lealtad del administrador en el mejor interés de la sociedad (art 227 y artículos 236 y siguientes del mismo texto refundido).

²⁷ Punto 7.7 de COMMUNICATION FROM THE COMMISSION concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development. Brussels, 2.7.2002. COM(2002) 347 final.

²⁸ Ley de Economía Sostenible, Ley 2/2011, de 4 de marzo. BOE núm. 55, de 05/03/2011.

²⁹ ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS (2015). Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Subdirección General de Información. Recuperado a fecha de 13 de diciembre de 2015, en el sitio *web* http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/EERSE_WEB.pdf.

³⁰ Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas. BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2008.

³¹ Más recientemente, consta el borrador de PLAN DE EMPRESA Y DERECHOS HUMANOS GOBIERNO DE ESPAÑA de 26-06-2014. Borrador para tramitar en el Consejo de Ministros. Recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015 en el sitio *web* <http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/02/February-20-Preparatory-Materials.-Spanish-National-Action-Plan-ESP.pdf>.

³² Otras medidas a nivel estatal, el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se Regula las prácticas no laborales en empresas. BOE núm. 278, de 18/11/2011.

³³ Opinion of the European Economic and Social Committee on ‘Industrial change, territorial development and responsibility of companies’ (2009/C 175/11).

específicos (Valencia³⁴, Murcia^{35 36}, Extremadura^{37 38 39 40}, Galicia⁴¹, Islas Baleares⁴²,

³⁴ La comunidad autónoma de Valencia está actualmente trabajando con el borrador de la Ley de responsabilidad social corporativa. Recuperado a fecha de 14 de enero de 2016 del sitio *web* <http://www.europapress.es/epsocial/rsc/noticia-generalitat-valenciana-trabaja-tener-listo-primer-borrador-ley-responsabilidad-social-antes-verano-20160113132644.html>.

³⁵ En Murcia se ha creado un organismo especializado denominado Comisión Interdepartamental de Responsabilidad Social Corporativa de la Región de Murcia (Decreto 55/2011, de 29 de abril. BO. Región de Murcia núm. 100, de 04/05/2011). Otras normativas recogen el fomento de la RSC en Educación (artículo 5 de la Ley de Apoyo a los emprendedores y a la competitividad e internacionalización de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) de la Región de Murcia, BO. Región de Murcia núm. 158, de 10/07/2013 y BOE núm. 195, de 15/08/2013), y en general (artículo 11 del mismo texto legal) y en relación a la protección ambiental (art 14).

³⁶ En Murcia consta informado el Anteproyecto de ley de buen gobierno y estatuto del cargo publico, informado por el Consejo Económico y social de Murcia (Dictamen 03/2015). Recuperado a fecha de 28 de diciembre de 2015 en el sitio *web* <https://www.cesmurcia.es/cesmurcia/paginas/publicaciones/PublicacionDetail.seam?cid=233>.

³⁷ Ley de responsabilidad social empresarial en Extremadura (DO. Extremadura núm. 239, de 15/12/2010; BOE núm. 314, de 27/12/2010). Desarrollada por el DECRETO 110/2013, de 2 de julio, por el que se crea el Consejo Autonómico para el fomento de la responsabilidad social de Extremadura, la Oficina de Responsabilidad Social Empresarial, y se regula el procedimiento para la calificación e inscripción en el Registro de empresas socialmente responsables de Extremadura (doe núm. 130, de 08/07/2013). Mediante la Resolución de 30 de marzo 2015 de la Consejería Empleo, Mujer y Políticas Sociales (DOE núm. 65, de 07/04/2015) se dispone la publicación de la Estrategia Extremeña de Responsabilidad Social Empresarial 2015-2017.

³⁸ El artículo 2 de la Ley extremeña recoge el ámbito subjetivo empresas que desarrollen su actividad en la Comunidad Autónoma de Extremadura y los poderes públicos extremeños. La disposición adicional segunda de la ley extremeña prevé la elaboración de una memoria anual de responsabilidad social gubernamental. La MEMORIA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA DE EXTREMADURA para 2014 está disponible. Recuperado a fecha de 28 de diciembre de 2015 en sitio *web* http://www.rsextremadura.es/portada/Memoria%202014_interactivo_opt.pdf.

³⁹ En Extremadura, se prevé un sistema de calificación como “socialmente responsable” a otorgar por la Consejería competente, (art 5 y 7 ley) con una duración de dos años prorrogable, (art 8 ley), debiendo elaborar una memoria de sostenibilidad que harán pública. Para la obtención de esta calificación se hace necesario una puntuación mínima de 250 puntos en global y 50 en cada uno de los ejes analizados (art 24.1 Decreto 110/2013, de 2 de julio y Resolución de 13 de enero de 2015, de la Dirección General de Trabajo, por la que se hace pública la puntuación mínima exigida para optar al reconocimiento de empresa socialmente responsable (DOE núm. 16, de 26/01/2015). Esta memoria será objeto de verificación a través de auditoría externa (art 6 ley). Se crea un Registro de empresas socialmente responsables (art 10 ley) y el Consejo Autonómico para el fomento de la Responsabilidad Social de Extremadura

⁴⁰ El gobierno extremeño pone a disposición de las empresas el sistema de auto-evaluación ORSE para obtener la certificación GRI. Recuperado a fecha de 28 de diciembre de 2015 en el sitio *web* <http://www.gobex.es/comunicacion/noticia?idPub=9212>.

⁴¹ El Observatorio permanente sobre la sobre la aplicación de la Responsabilidad Social Empresarial en las empresas gallegas ha presentado su Décimo primer Informe de Resultados – Noviembre de 2015. Recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015 del sitio *web* https://rse.xunta.es/index.php?option=com_content&view=article&id=1148:informes-observatorio-rse-galicia&catid=19:novas&Itemid=47&lang=es.

Pone a disposición de las empresas Xunta PRO-RSE para su autoevaluación adaptada a la nueva versión G4 de GRI. Recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015 en el sitio *web* https://rse.xunta.es/index.php?option=com_content&view=article&id=680&Itemid=37. El gobierno gallego pone a disposición guías de RSE para sectores específicos (construcción, turismo, bodeguero, sector TIC, textil, conservero de pescados y mariscos, automóvil, madera), recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015 en el sitio https://rse.xunta.es/index.php?option=com_content&view=article&id=771&Itemid=63&lang=es.

Galicia aprobó el Plan estratégico gallego para la responsabilidad social corporativa 2012-2014, recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015, en el sitio https://rse.xunta.es/images/stories/Plan_Estrategico_Gallego_RSE_es.pdf.

⁴² El Art. 3 d) de la Ley 2/2012, de 4 de abril, de emprendedores de las Illes Balears (BO. Illes Balears núm. 53, de 14/04/2012 y BOE núm. 105, de 02/05/2012) promueve la RSC en la Educación; Art. 6.2 Ley de emprendedores

Cataluña⁴³, Madrid⁴⁴), pasando por otras Comunidades autónomas que han aprobado medidas de fomento a través de planes o portales específicos de ayuda a las empresas (Navarra⁴⁵, País Vasco⁴⁶, Castilla y León⁴⁷, la Rioja⁴⁸) y finalmente,

recoge el fomento de la RSC así como el Art. 43 de la ley 4/2011, de 31 de marzo, de buena administración y gobierno de Illes Balears (BO. Illes Balears núm. 53, de 09/04/2011, y BOE núm. 103, de 30/04/2011).

Baleares ha publicado el catálogo de empresas socialmente responsables. Recuperado a fecha de 28 de diciembre de 2015 en el sitio <http://www.caib.es/sacmicrofront/contenido.do?cont=37277&mkey=M09060509173826537760&&lang=es>.

⁴³ En Cataluña, se ha creado el portal RScat de apoyo a la RSC. Recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015 en el sitio web http://rscat.gencat.cat/es/rscat_presentacio/rscat_entitats_impulsores/.

Se aprobó el Plan de medidas de responsabilidad social de la Generalitat de Catalunya 2009-2012. recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015 en el sitio web <http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/0F81C85F-CDF9-4D5D-93ED-9CBB45ACC1E0/156531/PLANDECATALUNYA.pdf>.

Existe un Observatorio de responsabilidad social de las empresas y ponen a disposición de las empresas varios sistemas (RSE.coop de responsabilidad social; RSE.PIME gestión responsable, empresa sostenible, destinado a la pyme catalana).

⁴⁴ En Madrid, la Subdirección General de Voluntariado, Cooperación Internacional y Responsabilidad Social Corporativa Comunidad de Madrid creada por el Decreto 197/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Políticas Sociales y Familia (BOCM n.º 185, de 6 de agosto)

⁴⁵ En Navarra se ha aprobado el II programa general de incentivación, promoción e impulso de la responsabilidad social en Navarra horizonte 2020, recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015 en el sitio web http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/50C56572-C822-4927-88FC-0293A32E6F46/300010/IIProgramaRSCNavarra_Horizonte2020_IncluyendoAnexo.pdf.

De otro lado, la Fundación Centro de Recursos Ambientales de Navarra (CRANA) ha aprobado la GUÍA PARA IMPLANTAR PLANES DE ACTUACIÓN DE RSE EN PYMES DE NAVARRA, (Pamplona, 2010). recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015 en el sitio [web http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/0F81C85F-CDF9-4D5D-93ED-9CBB45ACC1E0/157644/GUIAPLANESDEACTUACIONRSE.pdf](http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/0F81C85F-CDF9-4D5D-93ED-9CBB45ACC1E0/157644/GUIAPLANESDEACTUACIONRSE.pdf).

⁴⁶ En la comunidad autónoma vasca, se crea la Dirección de Economía Social y Responsabilidad Social Empresarial, mediante Decreto 42/2011, de 22 de marzo, del Departamento Empleo y Asuntos Sociales, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales (BO. País Vasco núm. 59, de 25/03/2011).

En el Programa de Gobierno del País vasco se incluye como iniciativa 2 la promoción de la responsabilidad social empresarial.

Consta la aplicación de memorias de RSC por empresas públicas, tales como Alokabide y Visesa, que han optado por el modelo GRI-Global Reporting Initiative. Recuperado a fecha de 28 de diciembre de 2015 en el sitio [web http://www.alokabide.euskadi.eus/albiste/2015/alokabide-y-visesa-sociedades-publicas-del-departamento-de-empleo-y-politicas-sociales-de-gobierno-vasco-publican-su-memoria-de-sostenibilidad-un-ejercicio-de-transparencia-con-la-sociedad/aa10-noticia/es/](http://www.alokabide.euskadi.eus/albiste/2015/alokabide-y-visesa-sociedades-publicas-del-departamento-de-empleo-y-politicas-sociales-de-gobierno-vasco-publican-su-memoria-de-sostenibilidad-un-ejercicio-de-transparencia-con-la-sociedad/aa10-noticia/es/).

La comarca de Bilbao lleva elaborando memorias de RSC desde 2006. La última disponible es la memoria 2011. Recuperado a fecha de 28 de diciembre de 2015 en el sitio web http://www.osakidetza.euskadi.eus/contenidos/informacion/cbil_responsabilidad_social/es_cbil/adjuntos/RSC2011.pdf. Está adscrito al sistema GRI y goza de calificación A+ por AENOR

El gobierno vasco pone a disposición de las empresas la metodología xertatu:adi. Recuperado a 29 de diciembre de 2015 en el sitio [web http://www.xertatu.net/ca_plantilla.asp?idMenu=21&idSubMenu=91](http://www.xertatu.net/ca_plantilla.asp?idMenu=21&idSubMenu=91).

⁴⁷ En Castilla y León, el artículo 35 de la Ley 6/2014, de 12 de septiembre, de Industria de Castilla y León (BO. Castilla y León núm. 181, de 19/09/2014 y BOE núm. 239, de 02/10/2014) y el artículo 7 de la Ley 5/2013, de 19 de junio, de Estímulo a la Creación de Empresas en Castilla y León, recogen el fomento de la RSC.

El ANEXO AL III ACUERDO MARCO PARA LA COMPETITIVIDAD E INNOVACIÓN INDUSTRIAL 2014-2020 recoge el PLAN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL DE CASTILLA Y LEÓN (2014-2020) recuperado a fecha de 28 de diciembre de 2015 en el sitio [web http://www.economia.jcyl.es/web/jcyl/Economia/es/Plantilla100/1284369389174/_/_/_/](http://www.economia.jcyl.es/web/jcyl/Economia/es/Plantilla100/1284369389174/_/_/_/).

⁴⁸ La Rioja ha aprobado el Plan Estratégico para el Impulso de la Responsabilidad Social de las Empresas Riojanas. Recuperado a fecha de 02 de enero de 2016, en el sitio [web http://www.larioja.org/npRioja/default/defaultpage.jsp?idtab=456129](http://www.larioja.org/npRioja/default/defaultpage.jsp?idtab=456129).

aquellas otras comunidades autónomas que forman parte de algún organismo específico o han aprobado algunas medidas parciales sobre la RSC (Asturias⁴⁹, Aragón⁵⁰ y Andalucía⁵¹). Respecto a los entes locales, destacan las medidas el Ayuntamiento de Madrid⁵² y la Diputación provincial de Málaga⁵³.

Esbozadas las medidas que principalmente se están llevando a cabo por el sector público en aras a fomentar la RSC en sus propias organizaciones y en las empresas, merece resaltar una segunda perspectiva, no por ello de menor importancia, se trata de la RSC en el ámbito de los proveedores. En el ámbito de la contratación pública, ello se traduce en la priorización de aquellas empresas que sigan el modelo de la RSC⁵⁴ o en la inclusión de condiciones de carácter social o medioambiental en la ejecución de los contratos. En este sentido, son numerosas las disposiciones europeas⁵⁶, nacionales,

⁴⁹ El gobierno asturiano forma parte del Instituto de responsabilidad social. Portal *web* recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015 del sitio *web* <http://www.clubcalidad.com/institutoderesponsabilidadsocial/index.asp?MP=4#cat2>, última entrada 29/12/2015.

⁵⁰ La Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa del Gobierno de Aragón elabora las Buenas Prácticas y prevé la creación del Observatorio Aragonés de Responsabilidad Social. La Confederación de Empresarios de Aragón (CREA), con el apoyo del Gobierno de Aragón, presentó el Plan Director de Responsabilidad Social Corporativa. Recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015 en el sitio *web* http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Departamentos/IndustrialInnovacion/Areas/Responsabilidad_social_empresa/PRSE/Informe%20COMPLETO.pdf.

⁵¹ En Andalucía, Consejería de Gobernación, a través de la Agencia Andaluza del Voluntariado, y Comisiones Obreras Andalucía editan un Catálogo de Buenas Prácticas de Responsabilidad Social de las Empresas que, bajo el título “*Y tu empresa... ¿Responde?*”. Recuperado a fecha de 31 de diciembre de 2015 en el sitio *web* http://www.cepes-andalucia.es/fileadmin/media/docs/Proyectos/Estudio_RSE_y_E.S.pdf.

⁵² Con el Catálogo de Buenas prácticas de la ciudad de Madrid obligatorio para todas las empresas públicas de capital íntegro municipal. Recuperado a 02 de enero de 2016 en sitio *web* <http://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/RelacionesInternacionales/Publicaciones/CatalogoBuenasPracticas/GestinGobierno/2.Implantaci%C3%B3n%20Resp%20Social%20Corp%202014.pdf>.

⁵³ <http://www.malaga.es/rsc/>. Recuperado el 02 de enero de 2016.

⁵⁴ Políticas públicas y responsabilidad social corporativa. Septiembre 2015. Página 11. Observatorio de responsabilidad social corporativa. Recuperado a fecha de 29 de noviembre de 2015 en el sitio *web* http://observatoriorse.org/wp-content/uploads/2015/10/Políticas_publicas_RSC_sept2015.pdf.

⁵⁵ ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS (2015). Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Subdirección General de Información. En la medida 6. 6: “Desde la perspectiva de la compra pública, cabe destacar el papel que puede desempeñar en cuanto al fomento del emprendimiento a través de la adopción de medidas que faciliten, siempre que sea posible, el acceso a las licitaciones públicas a las nuevas empresas, así como de actuaciones que amplíen, en situación de igualdad competitiva, sus posibilidades de éxito en las mismas” pag 46) y medida 38 (página 48). Ver nota al pie núm. 28.

⁵⁶ Punto 17 de la Comunicación relativa a la responsabilidad social de las empresas, una contribución empresarial al desarrollo sostenible del Parlamento Europeo, aprobada por Resolución de 13 de mayo 2003 (DOC 17 marzo 2004, núm. 67-E); La Resolución de 6 de febrero 2003 del Consejo denominada Responsabilidad social de las empresas (DOC 18 febrero 2003, núm. 39); punto 2. 4. 4. del Libro Verde sobre como fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. Dictamen de 12 de agosto 2002 del Comité de las Regiones (DOC 12 agosto 2002, núm. 192); punto 4. 4. 2. y punto 6 de la Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Bruselas, 25.10.2011. COM(2011) 681 final; punto 10, 27 y 28 del Dictamen

(artículo 35.1. c) de la Ley de Economía sostenible) y autonómicas⁵⁷ que establecen la incorporación de cláusulas sociales y medioambientales y la necesidad de introducir la RSC como medida incentivadora en la licitación pública.

Sin perjuicio de las muchísimas disposiciones que con distinto rango se han venido aprobando como criterios o directrices de la introducción de las cláusulas sociales y medioambientales y de las guías publicadas, el objetivo de esta comunicación se ciñe a las cláusulas, o criterios de la contratación que estimulen un mayor ahorro energético, o el aprovechamiento de “energía limpias”. A continuación procede exponer los mecanismos que en la contratación pública existen para el reconocimiento de las prácticas de aprovechamiento energético medioambientalmente responsable en el ámbito de la RSC.

III. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL APROVECHAMIENTO ENERGÉTICO SOSTENIBLE

La reducción de demanda energética y aumento de rendimiento energético tienen evidentes ventajas en la protección del medio ambiente, confort humano y salud, con la evitación de emisiones de gases de efectos invernadero, pero, esta no es la

del Comité de las Regiones sobre el paquete «Empresas responsables» (2012/C 277/17). Diario Oficial de la Unión Europea 13.9.2012; Brussels, 25.10.2011 COM(2011) 682 final, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS. Social Business Initiative. Creating a favourable climate for social enterprises, key stakeholders in the social economy and innovation; punto 7. 5 Brussels, 2.7.2002. COM(2002) 347 final. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development; punto 4. 3. 4 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Instrumentos de información y evaluación de la responsabilidad social de las empresas en una economía globalizada» (2005/C 286/04), Diario Oficial de la Unión Europea 17.11.2005.

⁵⁷ En Murcia, el Art. 11.2. d) de la Ley de Apoyo a los emprendedores y a la competitividad e internacionalización de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) de la Región de Murcia, BO. Región de Murcia núm. 158, de 10/07/2013 y BOE núm. 195, de 15/08/2013); en Extremadura los arts 12. 3, 16, 21, 22. 4 (comercio justo, eco-etiquetas y otros distintivos) y 23 (ahorro energético) de la Ley de responsabilidad social empresarial en Extremadura (DO. Extremadura núm. 239, de 15/12/2010; BOE núm. 314, de 27/12/2010), y mediante la Resolución de 30 de marzo 2015 de la Consejería Empleo, Mujer y Políticas Sociales (DOE núm. 65, de 07/04/2015) se dispone la publicación de la Estrategia Extremeña de Responsabilidad Social Empresarial 2015-2017 (Pág. 4, 29, –punto 7. 10– y Págs. 36-37, - línea estratégica 1. 1. 1); en Galicia, el Plan estratégico gallego para la responsabilidad social corporativa 2012-2014, (objetivo específico 2.3: Impulsar la RSE en las convocatorias de subvenciones y en los contratos públicos; medidas 2.3.1); en Cataluña, se aprobó el Plan de medidas de responsabilidad social de la Generalitat de Catalunya 2009-2012 (Pág. 20); en Navarra, se ha aprobado el II programa general de incentivación, promoción e impulso de la responsabilidad social en Navarra horizonte 2020, (medida 3, proyecto 1. A1, A2, A3, A4); en Castilla y León, el ANEXO AL III ACUERDO MARCO PARA LA COMPETITIVIDAD E INNOVACIÓN INDUSTRIAL 2014-2020 recoge el PLAN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL DE CASTILLA Y LEÓN (2014-2020) (Pág. 12, C3); en Andalucía, artículos 117 y 120 LEY 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, (BOJA núm. 251, de 31/12/2003).

única ventaja asociada, siendo cada vez más patente los efectos que en términos de competitividad puede suponer para las empresas que incluyen el sistema de gestión de demanda energética, no sólo como elemento decisivo en la imagen de la misma, sino también como potente reductor de costes energéticos⁵⁸, y por consiguiente económicos⁵⁹, maximizando su beneficio⁶⁰.

La estructura sectorial de la demanda de energía está conformada en España por un 40% del sector del transporte, un 25% del sector industrial, un 18,7 % residencial, un 12,1 % servicios, 3,3% agricultura y pesca y un 0,9% otros⁶¹. Comparando estos datos con los consumos a nivel mundial, el sector edificación⁶² consume un 30% del consumo final total, (de los que $\frac{3}{4}$ partes corresponde a los hogares), el sector industrial consume un 30%, el sector transporte un 27%, la agricultura un 2% y otros usos no energéticos (asfaltos, lubricantes, etc.) un 9%⁶³

En su papel ejemplarizante la Administración Pública ha venido imprimiendo a todas sus políticas con el principio de eficiencia energética⁶⁴, de tal forma, que en la contratación⁶⁵ se viene a dar prioridad a la opción más eficiente, con una indudable apuesta por el sector de la eficiencia energética^{66 67}. En este sentido, la Ley de racionalización

⁵⁸ Los ahorros calculados equivalen a 977,9 millones de barriles de petróleo, lo que se calcula en 70.000 millones de euros (Plan de Eficiencia energética de España 2011-2020, pág. 105)

⁵⁹ Incluyendo el ahorro de costes que comporta el sistema europeo de control y mercado de los gases de efecto invernadero e impuestos.

⁶⁰ “Este encaje transversal de la Estrategia Energética de Andalucía se garantiza mediante la coherencia de sus principios con la Estrategia de Competitividad de Andalucía (ECA) 2014-2020, que constituye el marco estratégico de desarrollo para Andalucía. En concreto, en lo que respecta a su Eje 4: Favorecer la transición a una economía baja en carbono” Borrador de la Estrategia Energética de Andalucía, sometido a información pública mediante Acuerdo de 26 de febrero de 2013 del Consejo de Gobierno, publicado en BOJA núm. 42, de 01/03/2013. (Pág. 4).

⁶¹ La energía en España 2013. MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO. (Pág. 161)

⁶² Nótese: en el sector de la edificación se incluye el sector servicios tales como actividades comerciales, servicios públicos (como hospitales, universidades escuelas, Administración Pública). World Energy Investment Outlook 2014, Pág. 144.

⁶³ World Energy Investment Outlook 2014, Pág. 139.

⁶⁴ Artículo 3.5 de la ley de Economía Sostenible; artículos 3. b) y 5. 1 de la ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía (BOJA 10/04/2007).

⁶⁵ Artículo 85.2 de ley de Economía sostenible exige la la calificación energética en la adquisición de bienes, edificios y vehículos.

⁶⁶ Artículo 35.2 e) de la Ley de Economía Sostenible que recoge aspectos de sostenibilidad en la gestión de empresas públicas; optimización del consumo energético mediante contratos de servicios energéticos. El artículo 85.2 de la ley de economía sostenible recoge para todo el sector público (sociedades estatales y fundaciones incluidas el objetivo de reducción de un 20% para 2016; Disposición adicional 10ª de la ley de economía sostenible; artículo 24 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía (BOJA 10/04/2007)

⁶⁷ EL PLAN DE MEDIDAS DE AHORRO Y EFICIENCIA ENERGETICA DE 04/03/2011 ADMINISTRACION GENERAL ESTADO recoge la Medida 9: fomento medios de transporte públicos en la AGE; Medida 1: Plan de activación de la eficiencia energética de los edificios de la AGE (acuerdo de Consejo de Ministro de 11/12/2009); Medida 12: introducción de calderas de biomasa en los edificios de la Administración; Medida 13: nacionalización consumo energético en edificios de la AGE; Medida 16; alumbrado municipal, renovación

del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, Ley 15/2014, de 16 de septiembre (BOE núm. 226, de 17/09/2014), recoge en su Disposición adicional decimotercera, la necesidad de la contratación de “(...) bienes, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético, en la medida que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica, así como una competencia suficiente, según lo indicado en el Anexo”. Resalta en el ámbito andaluz, la Red de Energía de la Administración de la Junta de Andalucía (REDEJA)⁶⁸ creada para la gestión energética de los Centros de consumo de la Administración general de la Junta de Andalucía, y otros organismos y entidades que quieran adherirse⁶⁹. Dada la amplitud del ámbito objetivo de la RSC, también desde este prisma se viene a incentivar la valoración del aprovechamiento energético, promovándose la contratación verde desde la perspectiva energética⁷⁰.

Así las cosas, una cuestión inicial es la forma de acreditación del aprovechamiento energético sostenible. Dentro del amplio espectro, se pueden considerar los sistemas de gestión de la electricidad (la energía reactiva, el estudio de patrones de conducta con adaptación a las horas valle con el mecanismo de discriminación horaria), el aprovechamiento de energías alternativas como el gas, la iluminación, bombillas, óptima gestión de iluminación (detectores de presencia, temporizadores, fotocélulas, relojes programadores...), la climatización (aspectos constructivos, calderas, sistemas de refrigeración (bombas de calor, bombas de calor geotérmica), motores de alto rendimiento, mecanismos de cogeneración, autoconsumo de energía renovable, biomasa (caldera), mecanismos de eficiencia energética implementados de todo tipo más allá de los deberes legalmente dispuestos⁷¹, estrategias de reducción y compensación de gases de efecto invernadero, incorporación de vehículos eléctricos o híbridos en la empresa, huellas ecológicas de los productos.

por otros más eficientes; Medida 17: plan de eficiencia en la red de carreteras del Estado; Reducir el consumo en alumbrado de red de carreteras y túneles; Medida 18: sustitución de luces de semáforos por led.

⁶⁸ Acuerdo de 26/06/2007 del Consejo de Gobierno por el que se crea la Red de Energía de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA, de 10/07/2007)

⁶⁹ Entidades adheridas estén disponibles en sitio web: https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/sites/default/files/Redeja/2013.06.26_entidades_adheridas_redeja.pdf (última entrada, a 04/01/2015).

⁷⁰ Medida 44 de la ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS (2015). Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Ver nota al pie núm. 28; Opinion of the European Economic and Social Committee on ‘Industrial change, territorial development and responsibility of companies’ (2009/C 175/11); Opinion of the European Economic and Social Committee on the ‘Promotion of sustainable production and consumption in the EU’ (exploratory opinion) (2012/C 191/02). Rapporteur: An LE NOUAIL MARLIÈRE. Official Journal of the European Union 29.6.2012 (punto 3).

⁷¹ A este respecto, se ha de traer a colación la observación efectuada en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Instrumentos de información y evaluación de la responsabilidad social de las empresas en una economía globalizada» (2005/C 286/04) (Diario Oficial de la Unión Europea 17.11.2005), en el punto 3.3.3 sobre la conveniencia de tener como base el acervo comunitario para que empresas de países con criterios sociales o medioambientales menos estrictos no tengan una ventaja de partida frente aquellos con regímenes más severos o exigentes.

A esta enorme diversidad de aspectos⁷² a tener en cuenta, le corresponde un amplio abanico de mecanismos de acreditación, tales como los informes o memorias de sostenibilidad, los comités de ética, las auditorías y los códigos éticos. Todos estos instrumentos, han de ser transparentes, reales, veraces y completos, conformados mediante diálogo con los *stakeholders*. Igualmente, su comparabilidad exige uniformidad dentro de cada sector de actividad, debiendo estar adaptados, sugiriéndose la estandarización⁷³ de las memorias/códigos y el uso de estándares internacionales, tales como el *Global Reporting initiative GRI*^{74,75}. Otro aspecto es la periodicidad y la conveniencia de la verificación por un ente ajeno^{76,77}.

Las memorias⁷⁸ pueden ajustarse a normas internacionales tales como la GRI⁷⁹, *Social accountability SA 8000*⁸⁰, *Caux Round Table*⁸¹, *Global Compact*⁸², los criterios

⁷² A este respecto, merece traer a colación las observaciones efectuadas por algunas Instituciones comunitarias sobre la ausencia de conocimiento específico sobre lo que el comprador público puede exigir al producto o al servicio. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development. Brussels, 2.7.2002 COM(2002) 347 final (punto 7. 5).

⁷³ La ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS (2015). Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Ver nota al pie núm. 28. Esta Estrategia prevé la aprobación de una norma reglamentaria que disponga el contenido de las memorias de RSC, encargando al Consejo Estatal de Responsabilidad Social corporativa la función de homogeneizar el contenido de los códigos.

⁷⁴ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development. Brussels, 2.7.2002. COM(2002) 347 final

⁷⁵ Bowie, N. E. (2013). Chapter 7 Constructing the Universal Norms of International Business. *Business Ethics in the 21st Century, Issues in Business Ethics* 39. 113-142.

⁷⁶ Responsabilidad social de las empresas en los acuerdos de comercio internacional P7_TA(2010)0446. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2010, sobre la responsabilidad social de las empresas en los acuerdos de comercio internacional (2009/2201(INI)). (2012/C 99 E/19). Diario Oficial de la Unión Europea, 03. 04.2012. Punto 15.

⁷⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Instrumentos de información y evaluación de la responsabilidad social de las empresas en una economía globalizada» (2005/C 286/04) Diario Oficial de la Unión Europea 17.11.2005. En el punto 2. 3. 3. y 2. 3. 4 recoge la figura de los operadores especializados como aquellos agentes independientes que transforman en criterios cuantitativos y cualitativos los aspectos sociales y medioambientales según normativa internacional y de acuerdo a la norma CSRR-QS 1.0. En el punto 3.3.3 y 4.3.3. se aconseja un tercero competente e independiente y la labor de un agente institucional que evalúe las memorias y las declaraciones de los *stakeholders*.

⁷⁸ Especial cautela ha de tenerse en cuenta con las memorias pues según el Informe Global sobre *Reporting de Responsabilidad Corporativa de KPMG* correspondiente a 2015, concluye que el 84% de las grandes empresas españolas reporta algún tipo de información de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y sostenibilidad, siendo no obstante la información escasa. Recuperado a fecha de 29 de diciembre de 2015 en el sitio *web* <http://www.oarse.es/noticias/aumentan-las-empresas-espanolas-que-reportan-informacion-de-rsc-y-sostenibilidad-pero-baja-la-calidad-de-sus-informes/>, 29/12/2015.

⁷⁹ Recuperado a fecha de 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx>.

⁸⁰ Recuperado a fecha de 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <http://www.sa-intl.org/index.cfm?fuseaction=Page.ViewPage&PageID=937>

⁸¹ Recuperado a fecha de 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <http://www.cauxroundtable.org/>

⁸² Recuperado a fecha de 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <https://www.unglobalcompact.org/>

de la OCDE⁸³, la norma ISO 26000⁸⁴, la SGE 21⁸⁵, las guías de *The European Business Network for Corporate Social Responsibility*⁸⁶.

Sin perjuicio del carácter global de los anteriores, las memorias de sostenibilidad afectantes a aspectos medioambientales pueden regirse por el convenio AARHUS (OCDE), las directrices para el informe sobre seguridad, higiene y medioambiente (HSE) del CEFIC (*European Chemical Industry Council*)⁸⁷, el protocolo sobre gases de efecto invernadero (*GHG protocol*), y *World bussiness council for sustainable development*⁸⁸, entre otros. Existen también numerosas organizaciones que evalúan la sostenibilidad de las empresas, tales como, la publicación de *Sustainability Year Book 2015*⁸⁹, *CDP Global 500 Climate Change Report*⁹⁰, *Global 100 most sustainable Corporations in tne world*⁹¹, *Newsweek Green Rankings*⁹², *Reputation Institute*⁹³, y Club de la excelencia de la sostenibilidad⁹⁴, entre otros.

Otro de los mecanismos que garantizan el cumplimiento de los estándares⁹⁵ en medioambiente, son las Norma ISO 14000, sobre auditoría ambiental, recogiendo los requisitos que ha de tener la gestión medioambiental, o el *ecomangement-*

⁸³ Recuperado a fecha de 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <http://www.oecd.org/corporate/mne/>

⁸⁴ La norma ISO 26000 RS no puede ser certificable, pues no es una norma de sistema de gestión, solamente es una guía, que no contiene requisitos susceptibles de certificación.

⁸⁵ Recuperado el 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <http://sge21.foretica.org/>

⁸⁶ Recuperado a 12 de diciembre de 2015 en el sitio *web* http://www.csreurope.org/sites/default/files/publications/Enterprise2020_manifiesto.pdf. Está conformado por 59 empresas multinacionales, y más de 10. 000 empresas de todos los sectores y publican guías de ayuda en todos los ámbitos

⁸⁷ Recuperado el 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <http://www.cefic.org/CeficSustainabilityReport2013-2014/>

⁸⁸ Recuperado el 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <http://www.wbcsd.org/work-program/business-role/previous-work/corporate-social-responsibility.aspx>

⁸⁹ Recuperado el 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <http://yearbook.robecosam.com/home.html>

⁹⁰ Recuperado el 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <https://www.cdp.net/en-US/Pages/HomePage.aspx>

⁹¹ Recuperado el 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <http://www.corporateknights.com/reports/2015-global-100/>

⁹² Recuperado el 3 de enero de 2016 en el sitio *web* <http://www.newsweek.com/green-2015>

⁹³ *Reputation Institute* elabora un ranking de empresas con mas reputación. Publican un ranking europeo (se ciñe a UK, Alemania, Francia y España) -, y mundial. Recuperado a fecha de 12 de diciembre de 2015 en el sitio *web* <http://www.reputationinstitute.com/CMSPages/GetAzureFile.aspx?path=~\media\media\documents\europereprak100.pdf&hash=8a712d6c45575eb1516c1ce5213b9c3995449019ce5abfbe1cae5f09093ed4c5y> mundial (ultima entrada 12/12/2015).

⁹⁴ Asociación empresarial conformada por 22 empresas. Recuperado a 12 de diciembre de 2015 en el sitio *web* http://www.club sostenibilidad.org/main.asp?id_pagina=3

⁹⁵ La exigencia de certificados han de incluirse en los pliegos con la mención “o equivalente” o similar ex artículo 46 TRLCSP, (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales Resolución de 20 septiembre. JUR 2014\258345, entre otros). Ello de acuerdo a la *COMMISSION DECISION of 4 March 2013 establishing the user’s guide setting out the steps needed to participate in EMAS, under Regulation (EC) No 1221/2009 of the European Parliament and of the Council on the voluntary participation by organisations in a Community eco-management and audit scheme (EMAS) (notified under document C(2013) 1114) (2013/131/EU)*, *Official Journal of the European Union* 19.3.2013.

EMAS^{96 97}. Más concretamente, por lo que respecta a la auditoría energética, la norma UNE-EN 16247-1:2012 establece los requisitos generales de la auditoría energética para cualquier organización, excluida para las viviendas particulares. Esta norma se ha completado con la norma para los edificios (UNE-EN 16247-2:2014), procesos industriales, (UNE-EN 16247-3:2014) y transportes (UNE-EN 16247-4:2014). En adición, la UNE-EN ISO 50001:2011, se ha aprobado como Sistemas de gestión de la energía. La ISO 50001:2011⁹⁸, es una herramienta basada en la mejora continua del desempeño energético que puede ser certificada por organismo externo. Se basa en ciclo de mejora continua Planificar-HACER-verificar-actuar (PHVA). También las agencias de la energía de las comunidades autónomas⁹⁹ han publicado guías. En la Comunidad autónoma andaluza, el artículo 53 del Decreto andaluz 169/11, de 31 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de fomento de energías renovables, el ahorro y la eficiencia energética, viene a regular el Plan de gestión de la energía, cuyo cumplimiento ha de recogerse en el Informe anual a remitir a la Consejería con competencia (artículo 59. 1. b). El artículo 48. e) del Decreto andaluz 169/11, de 31 de mayo, establece como obligación el Plan de gestión, la obtención del certificado energético^{100 101} y la evaluación energética para aquellas instalaciones con consumo anual superior a 250 Tep. Las medidas voluntariamente aplicadas serían susceptibles de valoración.

Sin perjuicio a lo expuesto, la eco-tiqueta ha sido también promovida por numerosa normativa, siendo la norma 14020 la correspondiente al Etiquetado ambiental, y la FSC (gestión forestal responsable), sin ánimo de ser exhaustivo.

Otro mecanismo a tener en cuenta es el conjunto de medidas de eficiencia energética implementadas más allá de las exigencias legales. De hecho, en el ámbito autonómico

⁹⁶ Se trata una declaración medioambiental para información general y debe ser certificada por un verificador ambiental autorizado (verificadores medioambientales), en su supervisión y en la adaptación de la acreditación según lo previsto en el Reglamento (CE) N.º 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) N.º 339/93. El Reglamento (CE) N.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (conocido como Reglamento EMAS III).

⁹⁷ Es de destacar que el artículo 62.2 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, da prioridad al certificado EMAS sobre el resto de medios de prueba.

⁹⁸ Aplicada como solvencia técnica en la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi de 6 septiembre. JUR 2014/256844

⁹⁹ Recuperado a 5 de enero de 2015, de <https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/tipo-de-documento/manuales-y-publicaciones-tecnicas>

¹⁰⁰ Los artículos 60 y 65.1 del Decreto andaluz 169/11, de 31 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de fomento de energías renovables, el ahorro y la eficiencia energética recogen el certificado energético andaluz del proyecto de industria y de instalación en funcionamiento respectivamente.

¹⁰¹ Con carácter general, los artículos 33. c), 34. e) y 35. b) de la Ley 2/2007, 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía, tipifican como muy grave, grave y leve, aquellas situaciones en que se superen en más de 100%, un 30%, o hasta un 30%, en índice de eficiencia energética certificado, respectivamente.

andaluz se prevé una serie de medidas de eficiencia para cada instalación nueva si su consumo anual previsto supera el del Anexo para cada sector de actividad^{102 103}, siendo voluntario para las ya existentes. De esta forma, cada proyecto de instalación, traslado o modificación se ha de someter a la evaluación energética para el ahorro que incluirá la estimación de los consumos, las propuestas de mejoras, las medidas correctoras, y el índice de eficiencia energética^{104 105 106}. Resultaría posible tener en cuenta estas medidas para las mejoras voluntariamente llevadas a cabo por las empresas.

Este heterogéneo conjunto de instrumentos puede ser utilizado en el procedimiento de licitación¹⁰⁷. Inicialmente en la elaboración de las prescripciones técnicas pueden referirse en términos de rendimiento o exigencias funcionales¹⁰⁸ (pudiendo referirlas a la etiqueta ecológica¹⁰⁹). También se puede exigir certificados de garantía de calidad¹¹⁰ o sistemas de gestión medioambiental¹¹¹. Estas exigencias deben tener una justificación circunstanciada y razonable bajo el principio de discrecionalidad técnica de la Administración en relación con el objeto y características del contrato. Adicionalmente, los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental sólo garantizan esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad de ésta para la cual se han expedido, y *“no se acreditan respecto de otras empresas aunque pertenezcan al mismo grupo, ni pueden servir para acreditar el cumplimiento por parte de las restantes que forman parte de una unión temporal de empresas”* (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, núm. 870/2014 de 20 Nov. 2014; TSJ Navarra Sentencia núm. 152/2014, de 14 marzo).

¹⁰² Artículo 66 del Decreto andaluz 169/11, de 31 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de fomento de energías renovables, el ahorro y la eficiencia energética

¹⁰³ Artículo 43 del Decreto andaluz 169/11, de 31 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de fomento de energías renovables, el ahorro y la eficiencia energética

¹⁰⁴ Artículo 50 y 51.

¹⁰⁵ En la Comunidad autónoma andaluza, el índice no podrá ser inferior a D (artículo 49).

¹⁰⁶ El nuevo anteproyecto de ley andaluza de cambio climático prevé el sistema andaluz de compensación de emisiones (SACE), (art 35) , que incluye un sistema de control obligatorio para aquellas unidades de consumo que tengan un nivel de emisiones significativo (que se determinará reglamentariamente), teniendo estos obligación de auditoría anual y plan de reducción y compensación. También existe la posibilidad de adherirse voluntariamente.

¹⁰⁷ Comunicación COM (2001) 274, de 4 de julio. LCEur 2001\2439, sobre Legislación comunitaria de contratos públicos y posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública.

¹⁰⁸ Artículo 34. 4 b) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de procedimientos de contratación en los sectores del agua, energía, transportes y servicios (BOE, de 31/10/2007) y 117.3. b) del Real Decreto legislativo 3/2011, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (BOE, de 16/11/2011).

¹⁰⁹ Artículo 34. 7 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y 117. 6 del Real Decreto legislativo 3/2011, de 4 de noviembre.

¹¹⁰ Artículo 35 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y 117. 7 del Real Decreto legislativo 3/2011, de 4 de noviembre.

¹¹¹ Artículo 36.1.

En adición, existe la posibilidad de la inclusión como solvencia técnica de la gestión medioambiental¹¹² (artículo 76. 1 d) TRLCSP para lo contratos de obra y artículo 78. 1 f) TRLCSP para los contratos de servicios) siempre y cuando resulte adecuado. Es posible también exigir como solvencia técnica una determinada maquinaria, material y equipo técnico (artículo 76. 1 f) TRLCSP) en los contratos de obra. Como requisito también de capacidad pero aplicados únicamente a los contratos sujetos a regulación armonizada se prevé la posibilidad de exigir determinadas normas de gestión medioambiental, como la EMAS ya citada (artículo 80 y 81 TRLCSP). No obstante, la exigencia de las normas de gestión medioambiental¹¹³ ha de ser proporcionada y adecuada al objeto del contrato, (artículo 62 TRLCSP), habiendo sido declarada como inadecuadas en el contrato de consultoría y asistencia técnica al proceso de expropiación forzosa (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 16 de febrero de 2011, rec. 014/2011).

De otro lado, teniendo en cuenta los criterios de adjudicación¹¹⁴ permite a priori considerar el artículo 134. 1 y el artículo 150.1 de la LCSP¹¹⁵. Este último dispone un listado de carácter ejemplificativo (Informe JCCA núm. 28/1995, de 24 de octubre; Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 643/2013, de 19 de diciembre), que tiene como requisito la vinculación directa con el objeto del contrato (Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 130/2011, de 27 de abril; núm. 264/2012, 21 de noviembre; jurisprudencia del TJUE (sentencia de 20 de septiembre de 1988, (caso Beentjes), sentencias de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/98), de 18 de octubre de 2001 (asunto C 19/00), de 17 de septiembre de 2002 (asunto C 513/99) y de 19 de junio de 2003 (asunto C-315/01)). Ello por cuanto han de permitir valorar las cualidades

¹¹² A este respecto merece aclarar que el *numerus clausus* de los artículos 75 y ss no resulta de aplicación a aquellos entes que sin tener la consideración de Administración Pública en sentido estricto, que celebren contratos no sujetos a regulación armonizada (ex art 74. 3 TRLCSP).

¹¹³ Es de destacar que tradicionalmente, los certificados de calidad no se han considerado incluíbles como criterios de adjudicación, sino como requisito de solvencia técnica, pues describen el proceso y no un producto terminado (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares Informe núm. 6/2003 de 29 mayo. JUR 2003\277953 y Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal Informe núm. 73/2004 de 11 marzo 2005. JUR 2005\279295).

¹¹⁴ Resulta de interés la enumeración que efectúa la Resolución 6/2008, de 2 de junio, por el que se aprueba el Acuerdo del Consejo de Gobierno «sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público» (BO. País Vasco núm. 116, 19 junio 2008) que en su punto VII. 2 referido a criterios de adjudicación de carácter medioambiental, entre otros, dispone: “a) La reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI)s tales como el CO₂, HFC, PFC y SF₆; b) La reducción de emisiones contaminantes tales como las partículas (PM₁₀, PM_{2,5}), los disolventes (COV) y óxidos de nitrógeno; c) La eficiencia energética y utilización de fuentes de energía renovables(...); f) La minimización del consumo de recursos naturales como materias primas, combustibles y agua(...); i) Cumplimiento de algunas etiquetas ecológicas, Norma UNE 150301 de ecodiseño y otros distintivos de calidad del producto o servicio”.

¹¹⁵ Los artículos 82 y 83 de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero y los artículos 67. 2 y 68 Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, recogen la posibilidad de incluir estos elementos como criterios de adjudicación, incluyendo en el ciclo de vida las externalidades medioambientales.

intrínsecas de un producto o servicio. Por ejemplo, cuando la ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente se valorará la eficiencia energética¹¹⁶. Por ello habrá de estarse al ámbito concreto del contrato e investigar en cada caso concreto en qué medida existe una vinculación directa con una medida de eficiencia, rendimiento energético, o eco-etiqueta¹¹⁷, y siempre orientado a la obtención de la mayor ventaja económica que no tiene que coincidir con la más barata.

Otra posibilidad es introducir estos elementos como mejora/variante. En este caso, se ha de especificar si se trata de una oferta alternativa, o una variante prestacional sometidas a un mismo precio contractual, sin coste alguno. En el pliego debe reconocerse, en su caso, expresamente dicha posibilidad y en el anuncio ha de incluirse sobre qué elementos y en qué condiciones (STJUE de 16 de octubre de 2003 (TJCE 2003, 322) (Traunfellner), y 137.2 TRLCSP). Por su parte, el art. 67.2.j) del Reglamento de la ley de contratos de sector público establece que el pliego de cláusulas administrativas particulares debe contener, “(...) en su caso, de la autorización de variantes o alternativas, con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas”. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado la obligación que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la presentación de las variantes en aras al respecto al principio de igualdad de trato de los licitadores, debiendo detallarse y precisarse las condiciones y requisitos, siendo así que, además, el art. 71.3.f) RGLCAP precisa que el contrato deberá recoger las variantes presentadas por el empresario adjudicatario que hayan sido admitidas por el órgano de contratación.

Finalmente, la inclusión de las condiciones de ejecución medioambientales viene actualmente previstas en el artículo 118 del TRLCSP y en el artículo 36. 2. Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transporte y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (LCEur 2004\1836) (DOL núm. 94, 28 marzo 2014) y artículos 18. 2 y 70 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de Contratación pública y que deroga la Directiva 2004/18/CE¹¹⁸. La condición de ejecución consiste en una actuación que obligatoriamente debe desarrollar la empresa establecida como

¹¹⁶ Artículo 62. 1. párrafo 3º de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, y artículo 150.3 h) del Real Decreto legislativo 3/2011, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (BOE, de 16/11/2011). En el ámbito autonómico andaluz, el artículo 72. 3 del Decreto andaluz 169/11, de 31 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de fomento de energías renovables, el ahorro y la eficiencia energética establece tanto para contratos administrativos como privados la posibilidad de incluir en el pliego de cláusulas administrativas como criterios las características funcionales de ahorro y eficiencia energética.

¹¹⁷ Destaca el este sentido la Sentencia de 10 mayo 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) Caso Comisión Europea contra Países Bajos. TJCE 2012\114 señala la posibilidad de establecer la eco-etiqueta con carácter general siempre y cuando las especificaciones técnicas sean accesibles y se puede acreditar a través de otros medios.

¹¹⁸ Ambas Directivas han de ser objeto de transposición a lo más tardar el 18 de abril de 2016 según el art. 106 Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero y artículo 90 Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero.

constitutiva de la prestación o actividad objeto del contrato (Informe de JCCE núm. 32/2011 de 1 marzo 2012). Estas condiciones han de estar justificadas y han de ser adecuadas para la garantizar el objetivo que persiguen siempre bajo el paraguas del principio de proporcionalidad.

Todas estas posibilidades no obstante, han de ser matizadas con el principio de igualdad y no discriminación¹¹⁹ (artículo 1, 117. 2 TRLCSP), existiendo numerosas voces críticas¹²⁰¹²¹ que consideran que la contratación debe reconocer a la empresa mejor por su idoneidad y no obligarla a realizar procedimientos costosos de certificación que muchas no pueden asumir. En este sentido, también el Comité de las Regiones afirma “*las ofertas competitivas no deben resultar demasiado costosas y complejas, ni requerir trámites administrativos desproporcionados*”¹²².

IV. CONCLUSIONES

La Nueva agenda mundial para el desarrollo sostenible celebrada en París en noviembre de 2015 incluye entre sus diecisiete objetivos medidas de eficiencia y uso racional de los recursos que hacen protagonistas a las empresas. En efecto, la empresa pasa a ser actor en la estrategia del desarrollo sostenible contribuyendo no sólo a la generación de riqueza sino de bienestar. En este marco, el gasto público ineludiblemente ha de estar vinculado a estos objetivos, contribuyendo la RSC al equilibrio de los tres pilares de la Estrategia de Lisboa: economía y crecimiento, empleo y modelo social europeo, y medio ambiente.

Entre los instrumentos de fomento hallamos la contratación pública que sin discriminar a la pequeña o mediana empresa ha de encontrar los mecanismos adecuados y proporcionados según cada caso para priorizar y establecer exigencias en el producto o

¹¹⁹ En este sentido la Ley Foral 1/2015, de 22 de enero, por la que se modifica la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, para la introducción de cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas (Boletín Oficial de Navarra de 2 de febrero de 2015) modifica en su artículo 3, el artículo 49 e incluye entre los requerimientos medioambientales, “*la eficiencia energética de los productos o servicios*”, haciendo la siguiente proscripción “*2. Dichos requerimientos no podrán constituir especificaciones técnicas, criterios de selección o criterios de adjudicación encubiertos ni tener carácter discriminatorio, de tal forma que cualquier licitador dotado de solvencia técnica para la ejecución del contrato pueda cumplirlos*”.

¹²⁰ Cuevas, J. M (2006). La voluntariedad: elemento esencial de la RSC. *EMPLEO #11* año 5 de febrero de 2006. Recuperado a fecha de 13 de diciembre de 2015 en el sitio web <http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/RevistaEmpleoNum11.pdf> (última entrada 13/12/2015)

¹²¹ En el mismo sentido, el Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas, aprobado por unanimidad en su reunión del pasado día 27 de junio de 2006, Boletín Oficial de las Cortes Generales, 4 de agosto de 2006.—Serie D. Núm. 424, cuando recoge la consulta a la (ORE), Organizaciones y Redes Empresariales, (Pág. 106).

¹²² Considerando 31 del Dictamen del Comité de las Regiones sobre el paquete «Empresas responsables» (2012/C 277/17).

el servicio. Ya sea desde la capacidad (solvenca técnica) o mediante las prescripciones técnicas o los criterios de adjudicación o condiciones de ejecución, la inversión pública debe premiar el uso eficiente, racional y sostenible de los recursos naturales.

LA TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: EL MODELO DE LA ORDENANZA TIPO DE LA FEMP

Francisco TOSCANO GIL

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. 1. Sujetos obligados. 1.1. Entidades locales. 1.2. Entidades instrumentales vinculadas o dependientes de las entidades locales. 1.3. Asociaciones constituidas por entidades locales o por entidades instrumentales vinculadas o dependientes de las mismas. 1.4. Determinados particulares. 2. Sujetos titulares de derechos. III. DERECHOS RECONOCIDOS. 1. Derecho a la publicidad activa. 2. Derecho de acceso a la información pública. IV. MEDIOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS. 1. La publicación de la información en la publicidad activa. 1.1. Publicación por medios electrónicos. 1.2. Competencia para publicar. 1.3. Plazos de publicación. 2. El procedimiento para el acceso a la información pública. 2.1. Solicitud. 2.2. Competencia para resolver. 2.3. Resolución. 2.4. Materialización del acceso. V. GARANTÍAS. 1. Jurisdiccionales. 2. No jurisdiccionales. 2.1. Quejas. 2.2. Reclamación previa.

I. PLANTEAMIENTO

En un contexto de grave crisis económica que parece no terminar nunca, y bajo una percepción de crisis democrática y de nuestras instituciones que parece acompañar a la anterior, bajo un continuo martilleo en los medios de comunicación de sangrantes casos de corrupción política¹, tiene lugar la publicación en el BOE de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública

¹ En este mismo sentido, véase ALMONACID LAMELAS, V. “Nociones sobre transparencia y gobierno abierto. Su aplicación a los gobiernos municipales”, en ALMONACID LAMELAS, V. (coord.): *Implantación práctica de la Ley de transparencia en los Ayuntamientos*, El Derecho, Madrid, 2014, p. 64.

y buen gobierno (en adelante LT). Si bien esta Ley no pretende ser bálsamo de Fierabrás que acabe con todos los males, sí es anunciada por el Gobierno de la Nación como una de las medidas de regeneración democrática que contribuirán a mejorar la calidad de ésta. Las obligaciones de transparencia que impone esta Ley se aplican de manera transversal a todos los ámbitos de organización del Estado, incluyendo a las entidades locales. Éstas tienen un plazo máximo de dos años para adaptarse a estas obligaciones, según el texto de la Ley (Disposición final 9ª).

Si bien, esta adaptación a la LT no pasa necesariamente por la aprobación de una norma propia reguladora de la transparencia, lo cierto es que la transposición de esta materia a la especificidad del ámbito local se está llevando a cabo en muchos casos mediante ordenanza, con un número significativo de estas normas aprobadas durante este periodo, especialmente en los últimos meses.

Aunque pueden observarse diversos modelos normativos², sin duda alguna, el mayoritario, ha sido el diseñado por la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante FEMP), con su Ordenanza tipo de transparencia, acceso a la información y reutilización (en adelante OTFEMP), aprobada en junta de gobierno de la misma el 27 de mayo de 2014.

El objeto de este trabajo es analizar el modelo normativo de transparencia propuesto por la FEMP para la Administración local, mediante la citada OTFEMP. De entre los distintos contenidos que puede asumir una regulación local de la transparencia, la FEMP ha optado por incluir, junto a la regulación propiamente dicha de la transparencia, la de la reutilización de la información del sector público. Aunque esta última materia está relacionada con la primera, lo que explica la opción de su regulación conjunta, nosotros nos limitaremos al análisis de la transparencia propiamente dicha, entendida, por un lado, como obligación de publicidad activa para la Administración, y, por el otro, como derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Por las lógicas limitaciones de espacio de un trabajo de estas características, no haremos un estudio exhaustivo de todo el contenido de la OTFEMP, ni de todos los problemas que ésta pueda plantear, sino que nos centraremos en las principales medidas regulatorias, suficientemente ilustrativas.

² Véase al respecto, el análisis más detenido que llevamos a cabo en nuestro trabajo TOSCANO GIL, F. “La regulación local de la transparencia”, *Anuario de Derecho municipal* 2014, núm. 8, 2015, pp. 57-84.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

1. Sujetos obligados

1.1. Entidades locales

La LT sujeta a su ámbito de aplicación a “las entidades que integran la Administración local” (art. 2.1.a). Dentro de esta expresión deben entenderse comprendidas todas las entidades locales enumeradas en el art. 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), tanto las entidades locales territoriales de su apartado 1 (municipio, provincia, e isla), como las entidades locales de carácter dispositivo del apartado 2 (comarcas, áreas metropolitanas, y mancomunidades de municipios). Pero también entidades locales no listadas expresamente en dicho artículo, como las que puedan crear las Comunidades Autónomas (con fundamento en el mismo art. 3.2.a LBRL), y las entidades de ámbito territorial inferior al municipal, aunque estas últimas hayan sido suprimidas de dicho listado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local³.

Estas entidades locales pueden decidir, en el ejercicio de su autonomía, dotarse de una regulación propia que vaya más allá de las obligaciones establecidas por la Ley, o que las particularicen en su aplicación a las mismas. Esta regulación autónoma tiene su mayor sentido en el caso de las entidades locales dotadas de una autonomía constitucionalmente garantizada, esto es, municipios, provincias e islas (arts. 137, 140, y 141 CE). En esta línea, el art. 4.1.a) de la LBRL atribuye potestad normativa, en todo caso, a estas entidades.

Por otra parte, aunque en ningún caso pueda hablarse de autonomía garantizada constitucionalmente, ni de una potestad normativa derivada de la misma, ello no obsta a que el resto de entidades locales también puedan dotarse de una regulación propia sobre transparencia. Ello es así porque la LBRL contempla la posibilidad de atribuir potestad normativa a estas otras entidades locales. Dicha atribución queda en manos de la legislación autonómica, tratándose de áreas metropolitanas, comarcas, entidades de ámbito territorial inferior al municipal⁴, y demás entidades locales que

³ Pese a que las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipal ya no aparecen expresamente enunciadas en el art. 3.2 LBRL, tras la supresión efectuada por la Ley 27/2013, lo cierto es que estas entidades no han desaparecido, como puede colegirse de la Disposición transitoria 4ª de esta misma Ley, que respeta la supervivencia de las entidades preexistentes. Por tanto, aunque ya no puedan volver a crearse en el futuro, al menos como entidades dotadas de personalidad jurídica (art. 24 bis LBRL), la LT es plenamente aplicable a las que ya estén constituidas.

⁴ Aunque, como hemos dicho, las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipal ya no aparecen expresamente enunciadas en el art. 3.2 LBRL, sí que se mantiene la mención a las mismas en el art. 4.2 LBRL, como entidades a las que la legislación autonómica puede atribuir potestad normativa.

pueda crear ésta (art. 4.2 LBRL). Mientras que para el caso de las mancomunidades de municipios, la atribución de potestad normativa se deriva a sus estatutos (art. 4.3 LBRL), esto es, queda en última instancia a la disposición de los municipios que se asocian en su seno⁵.

En esta línea, la OTFEMP (art. 2.1.a) parte de la aplicación de sus disposiciones a “La Entidad Local de...”, esto es, la que toque, según el tipo de ente local de que se trate.

1.2. Entidades instrumentales vinculadas o dependientes de las entidades locales

La LT también sujeta a su ámbito de aplicación a todo tipo de entidades vinculadas o dependientes de las entidades locales, trátase de entidades instrumentales con personalidad jurídico-pública (art. 2.1.d), trátase de entidades instrumentales jurídico-privadas (art. 2.1, letras g y h). Por tanto, en línea con la definición del sector público a la que ya nos ha venido acostumbrando la legislación de estos últimos años, como la presupuestaria y la de contratos, la LT se aplica no sólo a las Administraciones públicas propiamente dichas, sino también a sus entes instrumentales, tengan la naturaleza que tengan.

En consonancia con estas previsiones, la OTFEMP no deja fuera a las entidades instrumentales de la Administración local, respecto de las cuales también tiene sentido ampliar, en su caso, las obligaciones de transparencia, o particularizar las establecidas en la Ley. Estas entidades instrumentales, tengan personalidad jurídica pública o privada, deberán incluirse bajo el ámbito de aplicación de la norma dictada por la entidad local de la que dependan. Así lo tiene en cuenta la OTFEMP al introducir en las letras b, c y d de su art. 2.1, la mención a este tipo de entidades: organismos autónomos locales, entidades públicas empresariales, y sociedades y fundaciones del sector público local, además de cualesquiera otras entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la entidad local de referencia, al margen de la tipología y nomenclatura adoptada⁶.

1.3. Asociaciones constituidas por entidades locales o por entidades instrumentales vinculadas o dependientes de las mismas

Las obligaciones establecidas por la LT se aplican también a “las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades” sujetas expresamente al

⁵ Sobre la potestad normativa de las entidades locales, puede verse nuestro libro TOSCANO GIL, F. *Autonomía y potestad normativa local*, Comares, Granada, 2006.

⁶ Por ejemplo, en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, se distingue entre agencia pública administrativa local, agencia pública empresarial local y agencia especial local (art. 33.3).

ámbito de aplicación de la misma (art. 2.1.i). En nuestra opinión, con esta expresión tan omnicompreensiva, no se trataría tanto de sujetar a figuras asociativas que podrían encajar sin duda en otros apartados del art. 2.1 LT⁷, como de incluir a aquellas que podrían quedarse fuera. Muy claramente las asociaciones de naturaleza privada que se constituyen, con fundamento en la Disposición adicional 5ª LBRL, para la defensa y promoción de los intereses de las entidades locales, como la propia FEMP.

No obstante, la trasposición casi literal de esta previsión legal a la OTFEMP (art. 2.1.e) plantea algunas dudas. Aunque tiene sentido que una entidad asociativa de este tipo, en cuanto sujeta a obligaciones legales de transparencia, se dote de una normativa propia sobre la aplicación de ésta a su organización, no lo tiene tanto que se incluya dentro del ámbito de aplicación de la norma propia de transparencia de todas aquellas entidades que se asocien en ella. Ello supondría la sujeción a distintas normas, una por cada entidad local que se hubiera dotado de norma propia, pudiendo generarse antinomias. Todo ello sin perjuicio de que las entidades asociadas decidieran su sujeción a una sola de estas normas.

1.4. *Determinados particulares*

Una de las novedades más destacadas de la LT (art. 4) es la sujeción a la misma, aunque en un grado menor, de determinados particulares que no pueden considerarse en ningún caso que formen parte del sector público, pero que caen bajo su ámbito de aplicación a los efectos de cumplir con ciertas obligaciones de suministro de información a la entidad a la que se encuentren vinculados, para permitir que ésta cumpla a su vez con sus propias obligaciones de transparencia. La Ley se refiere tanto a personas físicas como jurídicas, distintas de las personas jurídicas obligadas con fundamento en los supuestos anteriores, que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas. También incluye a los adjudicatarios de contratos del sector público, supuesto que puede solaparse, o no, con el anterior, siendo en cualquier caso su ámbito de aplicación más amplio, pues no se limita a contratos de los que se deriven la facultad de ejercer potestades administrativas o de prestar servicios públicos⁸.

Esta previsión legal es trasladada a la OTFEMP (art. 2.2), sin aportar novedades, limitándose a reproducir lo establecido en la LT (art. 12.1 OTFEMP por el art. 4 LT, y art.

⁷ No plantean dudas, siendo entidades asociativas, las mancomunidades de municipios o los consorcios locales. Las primeras se entienden comprendidas claramente dentro de la expresión “entidades que integran la Administración local” que utiliza la letra a) del art. 2.1 LT, y los segundos, en cualquier caso, aunque no se consideraran entidades locales, sí serían “entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia” vinculadas o dependientes de las Administraciones locales, en los términos de la letra d) del art. 2.1 LT.

⁸ Aunque la LT también tiene en cuenta a los perceptores de subvenciones (art. 3.b), la OTFEMP no los considera, bastándole con la aplicación directa de la LT. No es éste el modelo seguido por todas las ordenanzas de transparencia, como puede verse en TOSCANO GIL, F. “La regulación...”, *op. cit.*, p. 70.

25.3 OTFEMP por el art. 17.1 LT). Para los adjudicatarios de contratos, la OTFEMP (art. 2.2) se remite también a las especificaciones que puedan establecerse en los respectivos contratos.

2. Sujetos titulares de derechos

Aunque la LT establece obligaciones para los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, no contiene un listado al uso de los derechos que se sitúan frente a esas obligaciones, si bien es obvio que estos derechos sí están en la LT, como correlato de las respectivas obligaciones. Sólo cuando regula el derecho de acceso, reconoce expresamente el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, en los términos previstos en el art. 105.b) de la CE, y conforme a la propia LT (art. 12).

Se ha destacado ya por la doctrina que la LT, en lo que hace al derecho de acceso, no utiliza el término ciudadano propio del art. 105.b) CE, sino que opta por uno más omnicompreensivo, el de persona, que no plantea dudas de ningún tipo sobre si deben o no considerarse incluidos en el mismo a los extranjeros y a las personas jurídicas⁹. Por más que esta cuestión pueda entenderse ya superada, dada la interpretación que del término ciudadano se ha hecho en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), no nos parece mala solución que la LT opte por el término persona, y despeje toda duda, refiriéndose además, de forma categórica, a todas las personas.

También se ha subrayado que, frente a la regulación del derecho de acceso que contenía la LRJPAC, previa a la aprobación de la LT, la nueva regulación no distinga a la hora de conceder el acceso sobre si el sujeto es o no interesado en el procedimiento, sobre si el procedimiento se encuentra o no terminado, sobre si hay o no procedimiento, simplemente reconoce el derecho de acceso sin más, a todas las personas. Añadiendo además que el solicitante de acceso a la información no estará obligado a motivar su solicitud (art. 17.3 LT)¹⁰.

En esta línea, expansiva del reconocimiento de los titulares de los derechos de transparencia, se sitúa la OTFEMP, en la que se utiliza el término persona (art. 4.2). De esta forma, se reconoce el ejercicio de los derechos reconocidos por la ordenanza, a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, sin que quepa exigirle para ello requisitos tales como la posesión de una nacionalidad, ciudadanía, vecindad o residencia determinada.

⁹ En tal sentido, véase, FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 149-150.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 151-154.

Esta definición del sujeto titular de los derechos se hace sin distinción, tanto para exigir el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa como para solicitar el derecho de acceso a la información pública, esto es, para ambas vertientes de la transparencia. Es obvio que no tendría sentido, especialmente para el caso de la publicidad activa, que cuando la información se proporciona, habitualmente, por medios electrónicos, el derecho se reconozca solo a los vecinos. Al mismo tiempo, si la solicitud de acceso no tiene que ser motivada, y si este se ejerce al margen de la consideración de interesado en un procedimiento, tampoco tiene sentido establecer restricciones de corte subjetivo para ejercer el derecho¹¹.

Finalmente, en una solución que, creemos que mejora la técnica normativa empleada por la LT, la OTFEMP ha optado por incluir un listado de derechos, comprensivos tanto de los que guardan relación con el derecho de acceso como de los que permiten exigir el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa (art. 4). En la misma línea, establece un listado expreso de obligaciones, que se suman a las establecidas en los preceptos de la ordenanza donde se especifican las obligaciones de publicidad activa y se regula la forma de ejercer el derecho de acceso (art. 3).

III. DERECHOS RECONOCIDOS

La regulación de la transparencia por la OTFEMP gravita en torno al reconocimiento de dos derechos principales, el derecho a la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública. Al mismo tiempo se reconocen otros derechos, accesorios o instrumentales respecto de los anteriores. Los primeros son derechos ya reconocidos por la LT, pero a los que la regulación por ordenanza puede dotar de un contenido nuevo, distinto del establecido en ésta.

El papel de la norma autónoma local no debería limitarse al de una mera repetición de los preceptos legales estatales o autonómicos, por mucho que deba respetarlos. La función de la norma local debe ser la de particularizar la aplicación de estos derechos cuando se quieran hacer valer frente a la Administración local. Y efectivamente, ello tendrá que pasar por especificar algunas de las obligaciones legales en su aplicación a lo local, aclarando en su ejecución las determinaciones de las mismas. Pero también podrá añadir nuevas facultades al contenido de estos derechos, aumentando las garantías de las personas titulares de los mismos, dotándoles de una situación jurídica más favorable.

¹¹ Esta nueva regulación desplaza la conocida previsión del art. 18.1.d) LBRL, el derecho “de los vecinos” a “ser informado, previa petición razonada (...) en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución”. Ni es ya un derecho solo del vecino, cosa que ya se entendía superada por la nueva redacción del art. 70.3 LBRL, ni la petición tiene que ser razonada. Véase al respecto FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M., *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 150.

1. Derecho a la publicidad activa

El primero de estos derechos, el derecho a la publicidad activa, es un correlato de la obligación que tienen las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la ordenanza, de publicar información sobre determinadas materias sin que medie solicitud (art. 4.1.a OTFEMP). De entre los posibles derechos accesorios de este derecho, cabe destacar el derecho a ser asistido en la búsqueda de esta información (art. 4.1.c OTFEMP).

Este derecho a la publicidad activa se concreta en una serie de materias, respecto de las cuales la ordenanza establece obligaciones de publicidad, cuyos destinatarios no tienen que ser necesariamente en todo caso todas las entidades y personas sujetas a la norma, sino que pueden variar en atención a la naturaleza de la materia sujeta a publicidad. No puede exigirse, por ejemplo, a una sociedad mercantil de la Administración, que publique una ordenanza municipal, en cuanto no tiene potestad para aprobarla, siendo ésta una exigencia de publicidad específica del Ayuntamiento (art. 18.a OTFEMP).

Las materias sobre las que recaen estas obligaciones de publicidad son enumeradas mediante su inclusión en distintos grupos, con pretensión de homogeneidad. Aunque sigue, en general, la clasificación establecida por la LT, la particulariza, incluyendo obligaciones nuevas, o creando grupos o subgrupos de materias no contempladas por ésta. También se incorporan obligaciones de publicidad no exigidas por la LT, pero sí por otras leyes especiales, como las existentes en materia medioambiental o urbanística¹².

Los grupos de materias establecidos por la OTFEMP (arts. 16-22) son los siguientes: información sobre la institución, su organización, planificación y personal; información sobre altos cargos y personas que ejercen la máxima responsabilidad de las entidades; información de relevancia jurídica y patrimonial; información sobre contratación, convenios y subvenciones; información económica, financiera y presupuestaria; información sobre servicios y procedimientos; e información medioambiental y urbanística¹³.

¹² Es el caso de la información medioambiental y urbanística que se debe publicar por la entidad local según el art. 22 de la OTFEMP, que responde a exigencias de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (arts. 7 y 8), y del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo (Disposición adicional 9ª que modifica la LBRL introduciendo el art. 70 ter).

¹³ Para un análisis más detallado de las obligaciones de publicidad activa, puede verse CAMPOS ACUÑA, M.ª C. “Las entidades locales ante las obligaciones de transparencia. Una primera aproximación a la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Revista digital CEMCI*, núm. 23, 2014, pp.12-17, y CAMPOS ACUÑA, M.ª C. “Implantación de la LT en los Ayuntamientos (I). Aspectos jurídicos y organizativos”, en ALMONACID LAMELAS, V. (coord.): *Implantación práctica de la Ley de transparencia en los Ayuntamientos*, El Derecho, Madrid, 2014, pp. 112-119.

Más allá de la concreta delimitación de una serie de materias de obligada publicación, la OTFEMP (art. 12.2) establece dos obligaciones generales que conectan con el derecho de acceso. La primera es la obligación de publicar la información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia, y la segunda la obligación de publicar las resoluciones que denieguen o limiten el acceso a la información, previa disociación de los datos de carácter personal, si los hubiera. La novedad de esta solución radica en que la primera obligación solo se establecía en la LT para la Administración General del Estado (arts. 10.2 y 21.2.f), por lo que la ordenanza va más allá de lo exigido por la Ley. En una línea similar, la segunda obligación se refiere en la LT a las resoluciones que limiten el acceso a la información (art. 14.3), nada se dice sobre las que lo denieguen, por lo que la ordenanza también aquí va más allá de lo impuesto por la norma básica¹⁴.

2. Derecho de acceso a la información pública

El segundo derecho regulado por la ordenanza es el derecho de acceso a la información pública, previa solicitud. Aunque se trata de un derecho ya reconocido por la LT (art. 12), el margen de innovación de la ordenanza local estaría en establecer una regulación más garantista, más favorable para la persona que solicita el acceso a la información.

El derecho de acceso lo es a acceder a la información pública, entendiendo ésta en sentido amplio, en los mismos términos que en la LT (art. 13), lo que no podía ser de otra forma, pues no hubiera cabido una definición más restrictiva de la establecida en la norma básica. Por información pública se entienden los contenidos o documentos, cualquiera que sea su forma o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la ordenanza, y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones¹⁵.

Como derechos instrumentales del derecho de acceso, la OTFEMP (art. 4) recoge los siguientes: a ser informados si los documentos que contienen la información solicitada o de los que puede derivar dicha información, obran o no en poder del órgano o entidad, en cuyo caso, éstos darán cuenta del destino dado a dichos documentos; a recibir el asesoramiento adecuado y en términos comprensibles para el ejercicio del derecho de acceso; a recibir la información solicitada dentro de los plazos y en la forma o formato elegido de acuerdo con lo establecido en la Ordenanza; a conocer las razones en que se fundamenta la denegación del acceso a la información solicitada y, en su caso, en una forma o formato distinto al elegido; a obtener la información

¹⁴ Aunque el art. 24.5 LT exige la publicidad sin distinción de todas las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, no hay una norma similar para la de los órganos que resuelvan solicitudes de acceso.

¹⁵ Véase FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *Transparencia...*, *op. cit.*, pp. 154-162.

solicitada de forma gratuita, sin perjuicio del abono, en su caso, de las exacciones que correspondan por la expedición de copias o transposición a formatos diferentes del original.

Como límites al derecho de acceso, que también operan para la publicidad activa, la ordenanza se remite a los establecidos en la LT (art. 14.1), e incluye la protección de datos de carácter personal, ya contemplada en la Ley estatal (art. 15). Aunque no por ello renuncia a particularizar la aplicación de estos límites, como ocurre en el art. 10 OTFEMP, donde se prevé la posibilidad de limitar la información pública también “en relación al ejercicio delegado de otras competencias estatales y autonómicas, según prevea la norma de delegación o, en su caso, respecto a cualquier información que la entidad local posea y que pudiera afectar a competencias propias o exclusivas de otra Administración, cuyo derecho de acceso esté igualmente limitado por las Leyes”.

IV. MEDIOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

1. La publicación de la información en la publicidad activa

1.1. Publicación por medios electrónicos

La realización del derecho a la transparencia que se deriva de las obligaciones de publicidad activa no requiere de solicitud por parte de la persona titular del derecho, ni, por tanto, de la puesta en marcha de procedimiento alguno. Esta idea es consustancial al propio concepto de publicidad activa. El cumplimiento de estas obligaciones se lleva a cabo mediante una actividad material de la entidad obligada, que, por iniciativa propia, pone a disposición del titular del derecho la información relevante cuya publicidad le exigen las normas. Dado que titulares de estos derechos son todas las personas, sin discriminación de ningún tipo, el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa se realiza publicando la información, esto es, comunicándosela a todo el mundo.

La forma en la que se publica esta información es por medios electrónicos, en la medida en que, aun admitiendo la existencia de la brecha digital para ciertos colectivos, es indudable que es este el medio por el que la información puede llegar a más personas, ser más pública. Para ello, la OTFEMP (art. 13.1) dispone la publicación de la información en la página web o en la sede electrónica de la entidad obligada, o, en su caso, en un portal de la transparencia creado a tal efecto. En nuestra opinión, la creación de un portal específico de la transparencia debe contemplarse en positivo, en cuanto proporciona mayor visualización al ejercicio de la publicidad activa, y le otorga, a efectos organizativos, un tratamiento específico.

Por otra parte, la OTFEMP (art. 13.2) establece también la obligación de que existiendo relaciones de dependencia o vinculación entre las distintas entidades con obligaciones de publicidad activa sujetas al ámbito de aplicación de la misma, en el sitio web o sede electrónica de la entidad matriz se contengan enlaces a los sitios web o sedes electrónicas de las entidades dependientes o vinculadas.

1.2. *Competencia para publicar*

Una cuestión importante a resolver es la determinación del órgano al que se atribuye la competencia de publicar la información. Sin embargo, la OTFEMP no resuelve esta cuestión con toda la claridad que sería deseable, limitándose a establecer, en su art. 6, la exigencia de que la entidad local designe o identifique una unidad administrativa responsable de la información pública, cuyas funciones no se limitan a las de publicidad activa, y que actuará bajo la dirección y responsabilidad de la Secretaría de la entidad local. No creemos que el órgano titular de la competencia en estos casos sea la Secretaría, por mucho que se le atribuya cierta responsabilidad, puesto que la Secretaría no es un órgano ejecutivo y dicha responsabilidad debe ser entendida en términos de asistencia y control.

En cualquier caso, tratándose del Ayuntamiento o de la Diputación, entendemos que operaría la cláusula residual prevista en la LBRL (arts. 21.1.s, 34.1.o y 124.4.ñ), según la cual son competencia del Alcalde o del Presidente de la Diputación aquellas que la legislación asigne a la entidad local en la que se integran y no atribuya a otros órganos de la misma Administración.

Pensamos que en esta solución adoptada por la ordenanza han podido influir dos factores. Por un lado, la naturaleza de actuación material, no de acto jurídico formalizado, que tiene la publicación de la información. Por el otro, la rigidez que hubiera supuesto la identificación en la misma de la atribución de la competencia a un órgano en concreto, especialmente si se hubiera hecho respecto de todos los entes vinculados a la entidad local. Se ha preferido diferir la solución a normas organizativas, los reglamentos orgánicos de las entidades locales o los estatutos de los entes instrumentales. En nuestra opinión, aunque las opciones de desconcentración y delegación de la competencia son legítimas, hubiera aportado mayor seguridad jurídica, sin perjuicio del ejercicio posterior de estas opciones, la identificación de los órganos competentes en la ordenanza¹⁶.

¹⁶ No nos parece un tema menor. Es cierto que la publicación de la información es una actividad material, llevada a cabo, en el caso de la Administración, por unidades administrativas, no por órganos, al no requerir ni de procedimiento administrativo ni de actos de resolución. Pero no debe olvidarse que la ausencia de actividad formalizada no supone ausencia de Derecho, ni un campo de actuación exento del control judicial. La entidad competente para llevar a cabo la actuación material de publicar la información puede incurrir en actuaciones contrarias a Derecho, por ejemplo, vulnerando las limitaciones a la publicación establecidas en las normas

Ahora bien, sin perjuicio de las consideraciones críticas que acabamos de exponer, debe valorarse positivamente que, lo que sí que hace la OTFEMP es establecer la obligación de que la entidad local identifique y dé la publicidad suficiente a la información relativa a los órganos competentes responsables de la publicidad activa en cada caso (art. 14.1).

1.3. *Plazos de publicación*

Otra cuestión que no resolvía la LT, y que, por tanto, deja un amplio margen para la ordenanza local, son los plazos por los que debe regirse la publicidad activa, esto es, cuándo hay que publicar, cada cuánto tiempo, y por cuánto tiempo debe mantenerse lo publicado. El art. 5.1 de la LT se limitaba a exigir la publicación “de forma periódica y actualizada” de la información relevante. Pero luego, por lo general, cuando descendía a la definición de obligaciones específicas de publicidad, no concretaba, salvo en algunos supuestos¹⁷.

La OTFEMP repite la obligación de publicar la información de forma actualizada, “atendiendo a las peculiaridades propias de la información de que se trate” (art. 15.1). En el apartado 3 del mismo artículo se dispone que “la información publicada deberá ser objeto de actualización en el plazo más breve posible y, en todo caso, respetando la frecuencia de actualización anunciada, de acuerdo con las características de la información, las posibilidades técnicas y los medios disponibles”.

En lo que hace al tiempo que debe mantenerse publicada la información, la OTFEMP distingue en su art. 15.2 en atención al tipo de información: a) la información sobre la institución, su organización, planificación y personal, altos cargos y personas que ejerzan la máxima responsabilidad, la de relevancia jurídica y patrimonial, y la relativa a servicios y procedimientos, se mantendrá publicada mientras mantenga su vigencia; b) la información sobre contratos, convenios y subvenciones, mientras persistan las obligaciones derivadas de los mismos y, al menos dos años después de que éstas cesen; c) la información económica, financiera y presupuestaria, durante cinco años a contar desde el momento en que fue generada; d) la información medioambiental y urbanística mientras mantenga su vigencia y, al menos, cinco años después de que cese la misma.

reguladoras, dando pie a existencia de responsabilidad patrimonial, o incumpliendo obligaciones de publicar determinada información, cayendo en lo que se conoce como inactividad material. Desde esta perspectiva, la ordenanza debería identificar al órgano competente para la publicidad activa, simplemente para facilitar el control de la actuación de la entidad obligada a publicar.

¹⁷ Como el establecido en el art.7.b) LT, aplicable, con matices, a las entidades locales, y según el cual, los proyectos de reglamentos se publicarán una vez hayan sido solicitados a los órganos consultivos los dictámenes preceptivos. También el art. 8.1.a) LT establece la publicación trimestral de la información relativa a los contratos menores.

2. El procedimiento para el acceso a la información pública

2.1. *Solicitud*

El derecho de acceso a la información pública se ejerce previa solicitud de la persona titular del derecho, solicitud ésta que inicia el correspondiente procedimiento, y que, como es lógico, no está sujeta a plazo (art. 26.3 OTFEMP). Se trata de un procedimiento administrativo, aunque el mismo se tramite ante una entidad que no sea propiamente una Administración pública, pero que esté sujeta a la obligación de conceder el acceso. Ello es así en la medida en que el procedimiento está sometido en todo caso a reglas de Derecho público. Nada extraño, por otra parte, puesto que es lo mismo que ocurre, por ejemplo, en materia de contratación.

En un afán de reducción de cargas administrativas¹⁸, la OTFEMP acierta al disponer que no se requieran a los solicitantes más datos sobre su identidad que los imprescindibles para resolver su solicitud y notificar las actuaciones (art. 26.1). Además de los datos de identidad del solicitante y de la acreditación de la misma, la LT (art. 17.2) exige como requisitos de contenido de la solicitud: la información que se solicita, una dirección de contacto a efectos de comunicaciones, preferentemente electrónica, y, en su caso, la elección del medio que se quiera utilizar para formalizar el acceso (en consonancia con el art. 22.1 LT).

Entendemos que esta previsión sobre el contenido de la solicitud debe cohererse, al menos para las Administraciones públicas, con lo dispuesto en el art. 70.1 LRJPAC, pero debiendo entenderse desplazadas las disposiciones de éste que sean contrarias a la LT, que es ley especial. Así, no podrá exigirse que, conforme al art. 70.1.b) LRJPAC, el solicitante exprese las razones que fundamentan su solicitud, pues, como ya se ha apuntado, dado los términos tan amplios en los que está reconocido el derecho de acceso, no es necesario motivarla¹⁹.

Finalmente, debe apuntarse la remisión que hace la OTFEMP (art. 27) a las causas de inadmisión a trámite establecidas por la LT (art. 18), que hace propias, pero que exige se interpreten restrictivamente, en favor del principio de máxima accesibilidad de la información pública. Se concretan además algunos aspectos sobre éstas, completando la regulación establecida en la Ley. Así, cuando la inadmisión se fundamente en que la información está en curso de elaboración o publicación general, la resolución deberá informar del tiempo previsto para su conclusión (art. 27.2). Y, por

¹⁸ Acerca del concepto de carga administrativa, véase REGO BLANCO, M. D. “Las cargas administrativas: concepto y régimen jurídico para su reducción”, en GAMERO CASADO, E. (coord.): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2014, pp. 239-282.

¹⁹ Ello debe entenderse sin perjuicio de que dicha motivación, como indica la LT (art. 17.3) y precisa la OTFEMP (art. 26.2), pueda ser útil para ponderar los intereses en conflicto en caso de que se den alguna de las limitaciones al acceso establecidas por la norma, como la protección de datos de carácter personal.

otra parte, se añade que los informes preceptivos no se considerarán información de carácter auxiliar o de apoyo que justifique la inadmisión (art. 27.3).

2.2. Competencia para resolver

Sin mucha precisión, la LT (art. 17.1) establece que la solicitud deberá dirigirse “al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información”. Y, tratándose de “información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas”, o sea, particulares, la solicitud se dirigirá a la entidad a las que se encuentren vinculadas. La misma solución adopta la OTFEMP (art. 25), sin precisar el órgano competente en cada entidad, limitándose a señalar que “las entidades locales identificarán y darán publicidad suficiente a la información relativa a los órganos competentes para resolver las solicitudes de acceso a la información pública”. Muchas de las consideraciones ya hechas cuando abordamos esta misma indeterminación en la publicidad activa son trasladables ahora a aquí, por lo que no nos extenderemos más para no reiterarnos.

2.3. Resolución

En lo que hace al plazo máximo para resolver y notificar la resolución, la OTFEMP no establece expresamente cuál entiende que deba ser dicho plazo. Por tanto, acoge el plazo establecido por la ley estatal, que es de un mes (art. 20.1 LT). Ello no impide, en nuestra opinión, que una entidad local pudiera regular un plazo inferior al de la ley, al tratarse de una opción más garantista o favorable para el solicitante²⁰, que no perjudica lo dispuesto en la ley²¹. De hecho, así se ha hecho en algún caso, estableciendo un plazo máximo de veinte días²².

Lo mismo puede decirse respecto del sentido del silencio administrativo, que la LT fija como desestimatorio (art. 20.4). Aunque podría discutirse mucho sobre la operatividad u oportunidad de un silencio administrativo estimatorio en esta materia, lo cierto es que, en principio, por ordenanza podría dársele tal sentido a la ausencia de resolución y notificación en plazo, al tratarse también de una opción más favorable

²⁰ Así se ha entendido también en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *Transparencia...*, *op. cit.*, pp. 236-237, aunque en lo que hace a la fijación de un plazo más breve por ley autonómica. Y, en el mismo sentido, en GUICHOT REINA, E. “Transparencia: aspectos generales”, en GUICHOT REINA, E. (coord.): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 50.

²¹ Máxime si se tiene en cuenta que la LRJPAC remite el plazo de resolución a la norma reguladora del procedimiento, que aquí es la ordenanza, y que aunque no se puede establecer un plazo superior a seis meses por norma que no tenga rango de ley, sí se puede establecer un plazo inferior (art. 42.2).

²² Al respecto, véase TOSCANO GIL, F. “La regulación...”, *op. cit.*, p. 80.

para el solicitante, que en nada perjudica la solución legal²³. No es esta la solución de la OTFEMP, que aquí también se limita a no contradecir la norma estatal. No obstante, tenemos que decir que alguna ordenanza sí que se ha atrevido a hacerlo²⁴.

Finalmente, la resolución deberá tener en cuenta las limitaciones al acceso establecidas en la LT, a las que ya nos referimos (arts. 14 y 15), sin perjuicio de que pueda concederse en su caso un acceso parcial (art. 16), como solución coherente con un elemental principio de proporcionalidad, y motivando en cualquier caso la denegación del acceso por este motivo (arts. 20.2 y 3). Todo esto es contemplado por los arts. 24 y 29.1 de la OTFEMP, añadiendo, a su vez, el art. 29.2, que “el acceso podrá condicionarse al transcurso de un plazo determinado cuando la causa de denegación esté vinculada a un interés que afecte exclusivamente a la entidad local competente”.

2.4. *Materialización del acceso*

La OTFEMP regula lo que la LT denomina “formalización” del acceso (art. 22), y ella “materialización” (art. 31). Como novedad, se establece que el efecto suspensivo de la materialización del acceso que produce el derecho a interponer recurso contencioso-administrativo por parte de terceros que se hubieran opuesto en el trámite de audiencia, también opere mientras no se resuelva la reclamación potestativa previa contemplada en la Ley.

V. GARANTÍAS

1. Jurisdiccionales

La posibilidad de acudir al recurso contencioso-administrativo como garantía del derecho de acceso a la información pública, ante su denegación o concesión parcial,

²³ Téngase en cuenta en este punto lo dispuesto sobre la determinación del sentido del silencio en el art. 43.1 LRJPAC en los procedimientos iniciados a instancia de parte, que es, como regla general, estimatorio, salvo que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general establezca lo contrario. Podría argumentarse que la LT ha establecido el carácter desestimatorio del silencio administrativo por la concurrencia de razones imperiosas de interés general, aunque nos parece difícil de defender cuando ni la Ley ni su Exposición de Motivos se molestan siquiera en explicitar dichas razones. No existiendo éstas, qué problema debería haber en que una ordenanza optara por la solución contraria, respetuosa con el art. 43.1 LRJPAC. Si alguna norma no respeta este precepto de la LRJPAC, es precisamente la LT. Con más detalle, puede verse el análisis que se hace de este tema en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *Transparencia...*, *op. cit.*, pp. 237-241. En contra, pueden verse las argumentaciones expuestas por BARRERO RODRÍGUEZ, M.ª C. “El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva”, en GUICHOT REINA, E. (coord.): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 231-235, y GUICHOT REINA, E. “Transparencia...”, *op. cit.*, p. 50.

²⁴ Véase TOSCANO GIL, F. “La regulación...”, *op. cit.*, p. 81.

está fuera de toda duda. Puede interponerse este recurso incluso cuando el derecho se ejerce frente a entidades que no son propiamente Administraciones públicas (sociedades y fundaciones de la Administración), pues el procedimiento está publicado, y el recurso al contencioso previsto expresamente en la LT (art. 20.5), igual que ocurre en contratación²⁵. En este sentido debe entenderse la exigencia de incluir dicha posibilidad en el pie de recursos de la notificación, que establece el art. 30.1 de la OTFEMP.

Más débil resulta la garantía jurisdiccional de acudir al recurso contencioso-administrativo para exigir el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa establecidas por las ordenanzas. En principio tal opción sería posible, mediante el recurso contra la inactividad material regulado en el art. 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, aún teniendo en cuenta la problemática que ha tenido en sede jurisdiccional la aplicación de este precepto²⁶. Pero, claro, aún así, al no estar prevista expresamente esta garantía en la LT, y tratarse de legislación procesal (art. 149.1.6ª CE), nada puede hacer la ordenanza para extenderla más allá de las Administraciones públicas propiamente dichas. Esto es, dicho recurso podría activarse frente a la inactividad material de las entidades locales y de sus entes instrumentales con personalidad jurídico-pública, pero muy difícilmente frente al resto de sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ordenanza.

2. No jurisdiccionales

La OTFEMP dedica un capítulo específico a otras garantías que nosotros denominaremos garantías no jurisdiccionales, en cuanto se caracterizan por ser medios de control del ejercicio de los derechos que no se llevan a cabo por el poder judicial. Tratamos a continuación del sistema de quejas y de la reclamación previa. No abordamos el régimen de sanciones porque las reguladas en la ordenanza no responden a la transparencia, sino a la reutilización de la información, que, como sabemos, es cosa distinta, aunque esté relacionada.

2.1. Quejas

Siendo, como acabamos de indicar en el apartado anterior, el derecho a la publicidad activa el que cuenta con un régimen de garantías más débil, el art. 41.1 de la

²⁵ No cuestionando la extensión del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa a estos sujetos privados, la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa es defendida, por razones de seguridad jurídica, en BARRERO RODRÍGUEZ, M.ª C. “El derecho...”, *op. cit.*, p. 245.

²⁶ Véase GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 591-593.

OTFEMP prevé la posibilidad de formular una queja ante el órgano competente en materia de información pública, si la información a la que obliga la norma no estuviera publicada. Registrada la queja, el órgano competente deberá atenderla en un plazo máximo de diez días, o incluso en uno menor, si así se hubiera determinado en los compromisos de calidad relativos al correspondiente sistema de avisos, quejas y sugerencias.

Si bien esta solución es mejor que nada, no es más que una medida de control de calidad del funcionamiento de la organización de que se trate, que en ningún caso puede suplir la falta de un auténtico mecanismo de garantía del derecho, bien jurisdiccional, bien mediante algún tipo de recurso administrativo especial, lo que no se prevé ni en la Ley ni en la ordenanza.

2.2. *Reclamación previa*

Finalmente, se contempla por la OTFEMP (art. 41.2) la posibilidad de interponer una reclamación potestativa previa a la vía jurisdiccional, sustitutiva de los recursos administrativos ordinarios, conforme al art. 107.2 LRJPAC, esto es, un recurso administrativo especial ante un órgano independiente. Debe subrayarse que esta es una garantía específica del derecho de acceso a la información pública, prevista frente a las “resoluciones, actos u omisiones” del órgano competente en materia de acceso. Por tanto, aunque desde el punto de vista subjetivo, esta reclamación cabe frente a cualquier entidad sujeta a la obligación de facilitar el acceso a la información pública a las personas, no solo frente a Administraciones públicas, desde el punto de vista objetivo no puede interponerse frente al incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa.

La regulación establecida por la OTFEMP responde a la prevista en los artículos 23 y 24 de la LT, que respeta, pues se limita a remitirse a ella, sin particularizarla. En este sentido, la ordenanza prevé que la reclamación se interpondrá ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno creado por la LT, que es el organismo independiente con competencias en la materia. No obstante, debe hacerse la salvedad de que la Comunidad Autónoma en la que se ubique el ente local, haya decidido crear su propio órgano de control de la transparencia, en cuyo caso la competencia para resolver la reclamación la tendrá éste. Esto es algo que se deriva del propio art. 24.6 LT, así como de la Disposición adicional 4ª de la misma.

Una última cuestión de relevancia que se plantea en relación a esta reclamación es si las entidades locales pueden crear su propio órgano independiente de control de la transparencia. La LT no entra en este tema, ni la OTFEMP ha optado por sugerirlo siquiera, quedando a disposición de la Comunidad Autónoma en la que se ubiquen

territorialmente los entes locales (apartado 1 de la Disposición adicional 4ª de la LT). Lo mismo que hacía la legislación de contratos del sector público²⁷, al amparo de la cual se han creado tribunales administrativos de recursos contractuales en el ámbito local, al menos en los casos en que en la normativa autonómica ha habido una previsión específica²⁸.

En nuestra opinión, al margen de que se pueda defender la creación de estos órganos en el ejercicio de la potestad de autoorganización local, aún faltando previsión legal, el debate debería centrarse en otros términos. Más allá del acierto de la decisión de no crearlos desde el punto de vista de la estabilidad presupuestaria, pensamos que lo que debe valorarse aquí es la independencia real de un órgano de este tipo creado en el seno de la Administración local, y, por tanto, su utilidad y eficacia (art. 103.1 CE).

²⁷ Como puede verse en el art. 41.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

²⁸ Podemos citar el caso del art. 10.1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en el que expresamente se reconoce la potestad de las entidades locales andaluzas de crear sus propios tribunales administrativos de recursos contractuales.

MESA REDONDA TERCERA.
ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE PREVENCIÓN DE FRAUDE:
«PUBLIC COMPLIANCE». LA EXPERIENCIA EUROPEA: LA OFICINA
EUROPEA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE

**ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS
DE PREVENCIÓN DEL FRAUDE:
“PUBLIC COMPLIANCE”**

Luis García del Río
Abogado del Estado (exc.)

SUMARIO: I. ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE PREVENCIÓN DEL FRAUDE. 1. Consideraciones en torno a la situación de partida. 2. Los delitos propios de funcionarios públicos. Breve referencia a su evolución en nuestro ordenamiento jurídico. 3. Delitos contra la Administración Pública, corrupción y corruptelas. 4. Reflexiones en relación con la situación a nivel internacional. 5. La existencia de corrupción y la percepción de la corrupción. 6. Remedios reales y *cosméticos*. 7. La respuesta penal como elemento de lucha contra la corrupción. 8. El efecto devastador sobre la sociedad. II. ¿TIENE SENTIDO EL PUBLIC COMPLIANCE? 1. La necesaria afirmación de los valores que inspiran la gestión pública. 2. El *public compliance* como un elemento que no trata de sustituir los controles propios de la gestión pública, sino de completar aquéllos con un adecuado programa de prevención. 3. La prevención en un doble plano: El del funcionamiento interno de las Administraciones Públicas y el de los operadores privados en su relación con las Administraciones Públicas. III. CONSIDERACIONES FINALES: LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. 1. Honestidad intelectual en el planteamiento. Hipocresía y demagogia como elementos que lastran la lucha real contra los factores generadores de corrupción. 2. La profesionalización de las Administraciones Públicas. El prestigio de la función pública. 3. La profesionalización de los centros directivos. 4. La afirmación real del principio de coordinación. 5. La restricción de las potestades discrecionales. 6. La reforma del Derecho administrativo. El fortalecimiento de los controles intra-administrativos. 7. Intervencionismo y corrupción.

I. ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE PREVENCIÓN DEL FRAUDE

1. Consideraciones en torno a la situación de partida

Debo indicar que esta primera parte del trabajo nace, ante todo, de una reflexión estrictamente personal. Por ello he de pedir disculpas si el contenido de este trabajo responde más a la técnica del ensayo, que a la de la estricta aportación científica. He dedicado una tercera parte de mi carrera al servicio público, otro tanto a la defensa en derecho de una gran Compañía por la que siempre tendré una inmensa sensación de gratitud y otro tanto al ejercicio privado de la abogacía, situación en la que me encuentro actualmente.

En ese tránsito he aprendido que en todos los ámbitos hay situaciones mejorables, que todos, tanto en lo público como en lo privado, pueden contribuir de forma decidida al bien común y, sobre todo, que desde la arrogancia intelectual, desde la superioridad ética y moral, desde el dogmatismo y la prepotencia ideológica, ni se lucha contra la corrupción, ni se mejora absolutamente nada.

Por razón de mi trabajo en el que no infrecuentemente desarrollo mi actividad fuera de España y por el lógico espíritu crítico que informa y debe informar la práctica del Derecho, creo comprender hacia donde nos dirigimos como sociedad y hacia qué modelos absolutamente rechazables vamos propendiendo, haciendo exactamente lo contrario de aquello que proclamamos.

Como ciudadano percibo con enorme preocupación el programa paulatino de demolición de los consensos esenciales en los que se asentó nuestra convivencia social y cómo se utiliza el argumento de la corrupción como arma arrojadiza de una sociedad enferma que dispara de todo y contra todos y que considera que el corrupto siempre es el otro, el de enfrente, que siempre tiene capacidad para culpar a los demás de sus propios fallos, que siempre es capaz de auto-justificarse y que se ha introducido en una maraña de judicialización poco ejemplar, que está provocando un auténtico destroz de nuestras reglas de convivencia y de nuestra capacidad de entendimiento.

Por ello creo que es necesario hacer una reflexión sosegada, seguramente ni más ni menos acertada que la que puedan llevar a cabo otros, pero al menos sosegada, sobre la espiral de descalificación, de devastación del entramado institucional, de desprestigio y, por qué no decirlo, de auténtica depravación en la que nos hemos introducido como sociedad, jugando con el honor, la vida y la hacienda de las personas con una frivolidad insoportable.

Como operadores jurídicos, en una u otra función, tenemos el deber de realizar una reflexión meditada y autocrítica, acerca de la situación que estamos viviendo, así

como tratar de analizar la respuesta que, frente a ella, está proporcionando el Estado de Derecho. Diferenciar qué soluciones constituyen auténticas mejoras en el funcionamiento de las Administraciones Públicas, y cuáles son remedios *cosméticos* que sólo persiguen adornar un discurso electoral. Es más, debemos valorar si los remedios en los que se está poniendo todo el énfasis en el tratamiento de este tipo de situaciones son los adecuados y si el enfoque en la lucha contra la corrupción está siendo el más acertado. Si detrás de esa *lucha* subyace un verdadero interés de mejora en el funcionamiento de las administraciones públicas o simplemente el mero aprovechamiento y la obtención de ventajas en el seno del debate político. En definitiva, debemos valorar si nuestra reacción frente a la corrupción nace de un verdadero sentido de la justicia y, como consecuencia de ello, tenemos una verdadera intención de lucha eficaz contra la misma, o bien si lo que hemos vivido en estos últimos años, constituye algo diferente y poco ejemplar, que se encuentra lejos de constituirse en un elemento de persecución eficaz de las conductas impropias de determinados sujetos públicos y privados.

2. Los delitos propios de funcionarios públicos. Breve referencia a su evolución en nuestro ordenamiento jurídico.

La definición de los *delicta propria* parte del sistema jurídico de la República romana. Es muy gráfico en ese sentido, el trabajo –evidentemente más divulgativo que científico– de Brioschi¹. Como señala, por su parte, Marco Antonio Terragni² el primer ejemplo de un tratamiento normativo referido a los delitos de corrupción, lo encontramos en el año 149 a.C. con la *Lex Calpurnia* a la que cita como un *plebiscito propuesto por el tribuno Calpurnio Pisón* que dio lugar a un *procedimiento regular, bajo la dirección del pretor peregrino*. A esa norma se refiere igualmente José María Arbizu³ explicando que el motivo de la misma venía determinado por el incremento de protección a las provincias contra los *magistrados y senadores acusados de corrupción, ya que el Senado no estaba dispuesto a tomar medidas oficiales contra éstos*. De esta forma *se introduce un tribunal especial para el delito de corrupción, quaestio perpetua de repetundis, bajo la presidencia de un pretor*. Este último autor nos muestra algunos datos adicionales interesantes. El primero, que el deber de devolución de lo ilícitamente obtenido no se exigía con carácter punitivo y, en segundo lugar, *que los procesos de corrupción que se celebraron entre los años 149 y 124 a.C. terminaron todos con sentencia absoluta*.

¹ BRIOSCHI, CARLO ALBERTO. BREVE HISTORIA DE LA CORRUPCIÓN: DE LA ANTIGÜEDAD A NUESTROS DÍAS, TAURUS, 2010.

² TERRAGNI, MARCO ANTONIO. DELITOS PROPIOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. EDICIONES JURÍDICAS CUYO.

³ ARBIZU, JOSE MARÍA RES PUBLICA OPPRESSA Política popular en la crisis de la República (133-44 a.C. Editorial Complutense. (Pág. 81)

En todo caso, el sólo hecho de que se dispusiese el enjuiciamiento de tales delitos por medio de un tribunal compuesto por equites y senadores y no sólo por estos últimos, ante la propia pasividad del Senado, ya podemos considerarlo un avance, con independencia del resultado práctico de tales procesos, al menos en los estadios iniciales de la referida *Lex Calpurnia*.

Como nos explica Arbizu, la necesidad de romper con el *dominio senatorial de los procesos judiciales* incorporada a la *lex Acilia repetundarum del año 123/122 a.C.*, se constituyó en un paso más en la lucha contra los abusos en el desempeño de determinadas magistraturas.

Si bien es en Roma donde se contienen los antecedentes básicos y de donde nace la propia definición de los principales tipos penales en la materia –de hecho la diferenciación entre delitos propios e impropios en esta modalidad de comportamientos ilícitos, nace igualmente del propio ordenamiento romano–, la reflexión que debe ofrecernos el tratamiento histórico de estas figuras parte del hecho de que, desde el momento en el que existe una determinada organización social, con asignación de roles jerarquizados y con atribución de funciones que incorporan una determinada capacidad de decisión que se proyecta sobre terceros, ya sea en lo político, en lo judicial, o incluso en lo religioso, existen referencias a la corrupción. Basta citar, desde luego sin tanta elaboración jurídico-procesal como las que estas figuras alcanzaron en Roma, las propias citas del Antiguo Testamento:

Isaías: “...*el que rehúsa ganancias fraudulentas, el que se sacude la palma de la mano para no aceptar soborno, el que se tapa las orejas para no oír hablar de sangre, y cierra sus ojos para no ver el mal. Ese morará en las alturas, subirá a refugiarse en la fortaleza de las peñas, se le dará su pan y tendrá el agua segura*”. (Is. 33, 15-16)”.⁴

Levítico: “*no hurtaréis; no mentiréis ni os defraudaréis unos a otros*” (Lv 19, 11). “*no haréis sentencias injustas, ni cometeréis injusticias en pesos y medidas. Tened balanza, pesas y medidas exactas*” (Lv 19, 35).

Deuteronomio: “*no torcerás el derecho, no harás acepción de personas, no aceptarás soborno, porque el soborno cierra los ojos de los sabios y corrompe las palabras de los justos*”. (Dt, 16, 19). “*maldito quien acepte soborno para quitar la vida a un inocente*” (Dt 27, 25). Etc...⁴

Es evidente no obstante, que la corrupción no es una especie de maldición inherente a la propia existencia de una organización social y es evidente también, que el enfoque de la lucha contra la misma, desde luego, no puede afrontarse desde el

⁴ LOZANO, JAVIER. LAS CITAS DE LA BIBLIA SOBRE LA CORRUPCIÓN QUE HARÁN TEMBLAR A LOS POLÍTICOS.. 30-11-14. <http://actualidadenoticias.esy.es/20818/opinion-catolicos/las-citas-de-la-biblia-sobre-la-corrupcion-que-haran-temblar-a-los-politicos.html>. NOTICIAS DE MÉXICO Y EL MUNDO.

plano de la resignación, ahora bien no es menos cierto que nos encontramos ante comportamientos profundamente arraigados que nacen prácticamente con el propio nacimiento del concepto de civilización.

Señala Vicente Fernández en su artículo Historia de la Corrupción⁵:

“Sin salir de Egipto, tenemos el Decreto de Horemheb, de 1300 a. C., y en el que ya se recogen normas contra estas prácticas. “Se castigará con implacable rigor a los funcionarios que, abusando de su poder, roben cosechas o ganado a los campesinos bajo el pretexto de cobrar impuestos. El castigo será de cien bastonazos. Si el involucrado fuera un juez, la pena será de muerte”, se señala en dicho código.”

Otro tanto se refleja respecto de Mesopotamia⁶ o de cualquiera otra de las primeras civilizaciones. De hecho, sólo los discursos muy ideologizados que tratan de deformar la Historia reflejando pasados grandilocuentes e idílicos, silencian el fenómeno de la corrupción, tal y como sucede por ejemplo, con determinados estudios extremadamente benévolos con la América precolombina. De hecho hasta nuestros muy afamados Balbos, prósperos explotadores gaditanos del *garum* se vieron salpicados por escándalos de corrupción, como refleja –con título muy gráfico– el Artículo de Fernando Soto: *Los Balbos sabían latín*⁷

En el análisis del tratamiento de los delitos contra la Administración Pública en el Derecho Histórico Español seguimos el trabajo de Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas⁸. En este trabajo no sólo encontramos referencias de utilidad a la hora de conocer la evolución histórica de la plasmación normativa de estos delitos en nuestro ordenamiento, sino reflexiones que consideramos, de enorme interés, a la hora de analizar las implicaciones de esa evolución. De esta forma, la evolución histórica de la tipificación y el tratamiento de los delitos contra la Administración Pública, nos ofrece las siguientes consideraciones:

- A. Se trata de un proceso que se plantea en nuestro Derecho histórico en la medida en la que se van afirmando las instituciones del Estado. Así señala Vázquez-Portomeñe (página 79):

“Los modernos sistemas de responsabilidad jurídico-penal de los funcionarios públicos por las actuaciones desarrolladas en el ejercicio de sus cargos encuentran su

⁵ FERNÁNDEZ, VICENTE HISTORIA DE LA CORRUPCIÓN. La corrupción desde la antigüedad Vicente Fernández - 17/04/2015. Revista Quo. <http://www.quo.es/ser-humano/historia-de-la-corrupcion>.

⁶ FERNÁNDEZ CASTAÑEDA, LUIS.-La corrupción en el país de Sumer. Luis Fernández Castañeda. <http://www.lacavernadepaton.com/articulosbis/sumer1415.htm>

⁷ SOTO, FERNANDO <http://ocultismocadiz3000.blogspot.com.es/2014/05/los-balbos-sabian-latin.html>

⁸ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS FERNANDO. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Teoría General. INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA.

origen histórico en las instituciones de control formal de los oficios públicos aparecidas en la Baja Edad Media, en el marco de un significativo fenómeno de profesionalización y tecnificación de la función pública”.

- B. En efecto, es en la Baja Edad Media, cuando se van afirmando las instituciones del poder Real y cuando se va generando de forma incipiente el nacimiento del Estado más antiguo de Europa. En definitiva cuando se va afirmando la existencia de los oficios públicos. De esta forma, la protección de la integridad de su ejercicio se desarrolla en paralelo con el propio fortalecimiento de las instituciones del Estado.
- C. En segundo lugar, ya la propia evolución histórica de nuestro ordenamiento nos muestra que no basta con la tipificación de comportamientos ilícitos y con la mera reacción penal, como elemento de prevención. Así señala Vázquez-Portomeñe (página 81), que además de sancionar conductas, se establecieron procedimientos especiales para la rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos:

“...Unos y otros factores se traducirán en la cada vez mayor concentración en manos de los agentes públicos de un poder cuya gestión resultará paulatinamente más difícil al monarca. Será en este estado de cosas en el que se establezcan por vez primera instituciones de control procedimental, al objeto de determinar si en el cumplimiento de sus funciones los oficiales habían respetado las directrices reales o si habían incurrido en abuso de autoridad en perjuicio de terceros. El Juicio de Residencia castellano, con su equivalente en el Reino de Cataluña de la “Purga de Taula”, y la Visita se orientarán a asegurar, de esta forma, una administración honesta, recta y eficiente por parte de los funcionarios”.

- D. Los sistemas de rendición de cuentas operaron bajo los sucesivos reinados de los Austrias, siendo sonados algunos escándalos como los del Duque de Lerma en época de Felipe III⁹. No obstante, en no pocas ocasiones –poniendo de manifiesto ya en ese momento una penosa tendencia de nuestra tradición jurídico-política–, tales denuncias se pusieron más al servicio de las intrigas y ambiciones de la Corte, que a disposición de un verdadero y coherente sentido de la Justicia.
- E. Decíamos que ya en nuestro Derecho Histórico se había entendido que no bastaba con la reacción jurídico penal o meramente sancionadora para prevenir comportamientos ilícitos por parte de funcionarios públicos –cuestión que merecería la pena recordasen algunos hoy en día– por cuanto en el S. XVIII y seguimos la propia obra de Vázquez-Portomeñe, se entenderá que el propio fortalecimiento

⁹ CERVERA, CÉSAR. EL DUQUE DE LERMA, CRÓNICA DEL MAYOR DESFALCO DE LA HISTORIA DE ESPAÑA. 9-4-2015. DIARIO ABC. <http://www.abc.es/espana/20141113/abci-duque-lerma-caso-corrupcion-201411121704.html>

del estatuto jurídico y de las garantías de quien desempeña un cargo público, constituirá una garantía de su recto desempeño. Señala dicho autor (página 83):

“De entre las reformas introducidas por los Borbones en la organización administrativa durante el siglo XVIII merece destacarse el reconocimiento expreso del derecho a ocupar un cargo público, esto es, la declaración de inamovilidad de los funcionarios, sancionada por el Real Decreto de 18 de enero de 1721. Con dicha norma llega a su fin el arbitrio de los secretarios del Rey para remover a los oficiales de las Secretarías, limitándose en lo sucesivo a los supuestos en que, mediando una orden real, quedasen acreditados la insuficiencia o demérito del sujeto o su incursión en delito.”

- F. Como señala el autor al que venimos haciendo referencia en este punto, se producirá una progresiva ampliación en la definición de supuestos típicos frente a los tradicionales procedentes del Derecho Romano, siendo buena prueba de ello las distintas menciones a comportamientos ilícitos por parte de funcionarios públicos contenidas en la Novísima Recopilación, todo ello en paralelo con un proceso de progresiva tecnificación de la función pública, definición de cuerpos generales y especiales, etc.
- G. En este punto, será importante la cita del Decreto de Cortes de 24 de marzo de 1813, debiendo volver a citar a Vázquez-Portomeñe:
- H. “Casabó Ruiz ha llamado la atención sobre la extraordinaria relevancia de esta disposición “una auténtica ley penal que describe los distintos delitos que pueden cometer tanto los magistrados y jueces como los demás empleados”¹⁰
- I. En este texto se situará por parte de los autores citados, el antecedente más relevante de la definición como un grupo definido de delitos en nuestros distintos códigos penales, de aquellos que son identificados como Delitos de Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Funciones.

De esta forma, el primer Código Penal español de 1822¹¹ (consecuencia del Art. 258. de la Constitución de Cádiz: “*El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes.*”) , contendrá en su Parte Primera: “De los Delitos Contra la Sociedad” el Título VI: “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, regulándose en el mismo los tipos delictivos siguientes:

¹⁰ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Teoría General. . INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA. En su página 86 se cita la obra de JR Casabó Ruiz, Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en Escritos penales, 1979.

¹¹ <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf>

- a) *La prevaricación,*
- b) *el soborno, cohecho y regalos que se hagan a los que ejercen algún empleo o cargo público,*
- c) *el extravío, usurpación y malversación de caudales y efectos públicos por los que los tienen a su cargo, las extorsiones y estafas cometidas por funcionarios públicos,*
- d) *los funcionarios públicos que ejercen negociaciones, o contraten obligaciones incompatibles con su destino, los funcionarios públicos que no obedecen o no cumplen las leyes u órdenes superiores.*
- e) *de los que impiden o embarazan o se conciertan para impedir o embarazar su ejecución, o la de algún acto de justicia; y de los que incurrn en otras faltas de subordinación y asistencia al desempeño de sus obligaciones.*
- f) *De los funcionarios públicos de mala conducta; y de los que tratan mal a sus inferiores y a las personas que tienen que acusar a ellos por razón de su oficio: de los que cometen violencias en el ejercicio de sus funciones; y de los que abusan de la autoridad o poder que tengan por su empleo para asuntos particulares.*
- g) *De los funcionarios públicos que anticipan o prolongan indebidamente sus funciones, o ejercen las que no les corresponden.*
- h) *De los funcionarios públicos omisos en perseguir a los delincuentes; y de los que niegan o retardan la administración de justicia, la protección o los remedios legales que deben aplicar; no cooperan y auxilian, debiendo, a los actos del servicio público.*
- i) *De los tribunales y jueces eclesiásticos que hacen fuerza.*
- j) *De otros delitos y culpas de los funcionarios públicos en la administración de justicia.*
- k) *De los delitos de los asentistas, proveedores y empleados públicos que suministran, venden, compran, o administran algunas cosas por cuenta del Gobierno*

Sin perjuicio de lo anterior, el Código de 1822 no acota el tratamiento jurídico penal de los funcionarios públicos al ámbito estricto del citado Título VI, sino que se contienen referencias a tipos específicamente previstos para los detentadores de funciones públicas, por ejemplo, en el Capítulo Primero del Título Primero: “Delitos contra la libertad de la Nación”; Capítulo IV: “Delitos contra la Libertad Individual de los Españoles”; Capítulo Primero del Título II Delitos contra la Seguridad Exterior del Estado; Capítulo II: Delitos contra el derecho de gentes o en el Título V De los delitos contra la fe pública, especialmente en el Capítulo II De las falsedades, supresiones y omisiones que se cometan en escrituras, actas judiciales , u otros documentos públicos o de comercio.

El Código Penal de 1848¹² mantuvo el criterio de establecer un Título específico el VIII del Libro Segundo, dedicado a los *Delitos de los empleados públicos en el*

¹² <http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf>

ejercicio de sus cargos, si bien se contenían tipos específicos de funcionarios y responsables públicos y eclesiásticos, fuera del referido título, por ejemplo, en el caso de las falsedades.

El Código Penal de 1850¹³ dedica igualmente un título específico, el VIII del libro II, a los "*Delitos de empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*".

En el Código Penal de 1870¹⁴ en su Libro II ofrece una regulación más prolija de los delitos de funcionarios públicos. De esta forma dedica la Sección II del Capítulo II del Título II "*Delitos contra la Constitución*" a los "*Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales reconocidos por la Constitución*. A su vez, dedica el Capítulo IV del Título IV (Sección Primera) a las *falsedades de documentos públicos, oficiales y de comercio y de los demás despachos telegráficos*. Y Finalmente el Título VII a "*los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*."

El Código Penal de 1928¹⁵, aprobado en plena Dictadura del General Primo de Rivera, resulta muy sintomático de su propio contexto político, al regular los tipos referidos a los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, al quedar éstos reducidos a un Artículo el 269, en el que básicamente, se dejaba la regulación de aquellos a leyes especiales. Con una estructura similar a los códigos anteriores en esta materia, se dedicó el Título V del Libro II a los "*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos*" regulando fuera de ese Título la falsedad en documento público y las usurpaciones, al igual que en supuestos precedentes.

El Código Penal de 1932¹⁶ contemplaba en los Artículos 190 a 227 los "*Delitos cometidos por los funcionarios públicos con infracción de los deberes constitucionales*." En los Artículos 273 y siguientes se contemplaban los tipos propios de la falsedad con los específicos de funcionarios públicos y en los Artículos 356 y siguientes los "*Delitos de los Funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*".

De ahí pasamos al Código Penal de 1944, texto refundido de 1973 y posteriormente el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. En el caso del texto refundido de 1973 se mantiene el criterio de establecer un Título específico, el VII del Libro II a los "*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de*

¹³ <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1850/5823/A00001-00002.pdf>
<http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1850/5824/A00001-00003.pdf>
<http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1850/5825/A00001-00003.pdf>
<http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1850/5830/A00001-00003.pdf>

¹⁴ <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf>

¹⁵ <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1928/257/A01450-01526.pdf>

¹⁶ <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1932/310/A00818-00856.pdf>

sus cargos” aunque se diera la paradoja –en ese Código al igual que en todos los de nuestro derecho histórico–, en el sentido de que al margen del mismo se contuvieran un buen número de tipos específicos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos, como los referidos a la lesión de los derechos de la persona, o las falsedades. Ni que decir tiene que ya el texto refundido de 1973 recibe los efectos de la denominada *legislación en caliente* con definiciones de tipos penales como las del *tráfico de influencias*, tan casuistas y detalladas en la descripción de conductas, que prácticamente parecen estar haciendo referencia a sucesos perfectamente conocidos y en la memoria de todos, todo ello sin perjuicio de su discutible técnica legislativa y de su más que discutible eficacia. Debemos citar en este sentido el interesante trabajo de Miriam Cugat Mauri¹⁷ en el que se llega a la conclusión acerca de la plena prescindibilidad de un tipo que en los supuestos en los que concurre, tiene pleno acomodo en la prevaricación, el cohecho o en la malversación. En todo caso, constituye un ejemplo claro de la penosa técnica legislativa seguida desde entonces, consistente en responder a la detección de comportamientos impropios, con la automática tipificación de los mismos, en un discurso político, tan pacato de una parte, como poco inocente de otra, como veremos posteriormente.

En el caso del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/95, se acude a un criterio sistemático, en nuestra opinión más correcto, dado que se definen los tipos propios de funcionarios públicos en razón del bien jurídico lesionado. De esta forma el tradicional Título dedicado a los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, se define como “De los Delitos contra la Administración Pública” integrándose en el mismo la prevaricación, la malversación, el cohecho, el tráfico de influencias, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos, el abandono y la omisión del deber de perseguir delitos, la desobediencia y denegación de auxilio, la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos y los fraudes y exacciones ilegales. A su vez, se agrupan los tipos delictivos cometidos tanto por funcionarios –en particular los Artículos 446 a 449 se refieren a Jueces y Magistrados–, como por particulares con incidencia en la administración de la justicia, como delitos contra la propia Administración de Justicia y finalmente se contiene la regulación de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, conteniéndose en ellos, los delitos cometidos por funcionarios contra la libertad individual, contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad y contra otros derechos individuales. Por lo tanto nos encontramos con tres grandes bloques de tipos penales asociados a la condición de autoridad o funcionario público que se definen por el bien jurídico protegido: Administración Pública, Administración de Justicia y Derechos de los Ciudadanos.

¹⁷ CUGAT MAURI, MIRIAM *Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona*. EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Un tipo prescindible . Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ARTÍCULOS ISSN 1695-0194 RECPC 16-07 (2014)

Una vez más no acaban en los títulos específicamente referidos a funcionarios públicos, los elementos tipificadores de conductas atribuibles a ellos por el desempeño de su cargo, dado que nos encontraremos con tipos propios de funcionarios en otros pasajes del Código Penal, por ejemplo el Artículo 167 en el ámbito de las detenciones ilegales y secuestros; los Artículos 174 y 175 en el ámbito de las torturas y otros delitos contra la integridad moral; el Artículo 177 bis 3, en el ámbito de la trata de seres humanos; el Artículo 204 en el ámbito de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio; el Artículo 222 en el ámbito de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor; el Artículo 303 en el ámbito de la receptación y el blanqueo de capitales; el Artículo 318 bis 4, en el ámbito de los delitos contra los ciudadanos extranjeros, los Artículos 320, 322 y 329 en el ámbito de los de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente; los Artículos 362 quater 1, 369.1 y 372 en el ámbito de los delitos contra la seguridad colectiva. Además de ello, debemos hacer referencia a los tipos propios de funcionarios en materia de falsedades, Artículos 391, 394 y 398. A su vez, en el caso de los delitos contra la Constitución y excepción hecha de los ya citados referidos a los delitos de funcionarios contra los derechos de la persona, se contienen referencias igualmente a tipos propios de funcionarios en los Artículos 476 (militares) 478 (autoridad) 482 (autoridades) 499, 500, 501, 502, 506, 508, 509 y 521 (autoridades, funcionarios públicos y judiciales según los distintos supuestos); Artículos 545, 557 bis 5 y 562 en el ámbito de los delitos contra el orden público; Artículos 588, 599.1 y 601 en el ámbito de los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional y Artículo 615 bis en el ámbito de los delitos contra la comunidad internacional.

Debemos señalar, que si bien no es un delito propio de funcionarios públicos, presenta una evidente incidencia en el ámbito de la corrupción, la incorporación del *Delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales*. Al respecto citamos¹⁸ a Arzamendi y Blanco en la identificación de dicha reforma como consecuencia de la suscripción y ratificación por España del Convenio de la OCDE *Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, incorporándose por Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación del nuevo Código penal en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Esta figura se incorporará en la Reforma de 2015 como uno de los tipos comprendidos en los Delitos de Corrupción en los Negocios.

Mención aparte merece igualmente la regulación del delito de financiación ilegal de partidos políticos, que si bien no es un delito específico de funcionarios públicos,

¹⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. BLANCO CORDERO, I. "Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales", Revista de ciencias penales, vol. 4, 2001-2002, pp. 9-29.

presenta una incidencia evidente con los ámbitos de corrupción que afectan al funcionamiento de las administraciones públicas. Al respecto citar la obra de Inés Olaizola Nogales.¹⁹

Finalmente debemos remitirnos a la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015. Al respecto de las materias que nos ocupan, debemos hacer referencia a la Exposición de Motivos de la misma:

Se acomete una revisión técnica de la regulación del decomiso y de algunos aspectos de la parte especial del Código Penal, en concreto, de los delitos contra la propiedad, del catálogo de agravantes de la estafa, administración desleal, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, insolvencias punibles, corrupción privada, malversación, corrupción de agentes públicos extranjeros, delitos de atentado y desobediencia, alteraciones del orden público, incendios, detención ilegal, e intrusismo.

(...)

“Se refuerza la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública. Con carácter general, se elevan las penas de inhabilitación previstas para este tipo de delitos, y se añade la imposición de penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Además, se introducen nuevas figuras delictivas relacionadas con la financiación ilegal de partidos políticos.”

(...)

Se crea, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, una nueva sección referida a los «Delitos de corrupción en los negocios», en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero).

(...)

Se introducen determinadas modificaciones para reforzar la punición de los llamados delitos contra la corrupción en el ámbito de la Administración pública.

De una parte, se establece una previsión especial en materia de libertad condicional: podrá denegarse cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado. Con ello se pretende que los condenados a penas privativas de libertad por delitos contra la Administración pública, cuando se haya acreditado una sustracción de fondos públicos o un daño económico a la Administración, no puedan acceder al beneficio de la libertad condicional si no han procedido a la correspondiente reparación económica.

Por otro lado, se revisan las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública, con el fin de elevar las condenas previstas en la actualidad. En primer lugar, la reforma lleva a cabo el aumento

¹⁹ OLAIZOLA NOGALES, INÉS. La Financiación Ilegal de los Partidos Políticos: un Foco de Corrupción. Tirant Lo Blanch. 2014.

generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Así sucede en los delitos de prevaricación administrativa, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, en la apropiación indebida y administración desleal cometida por funcionario público, fraudes y exacciones ilegales, entre otros. Y en segundo lugar, en los delitos más graves en los que ya se prevé la posible imposición de una pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, se añade la imposición adicional (no alternativa) de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. La inhabilitación especial para cargo público alcanza únicamente al que se ostenta al cometer el delito. De este modo, se impide que el condenado por el delito de corrupción pueda optar durante el tiempo de la condena a un cargo electivo. Así se ha establecido, entre otros, en los delitos de cohecho, prevaricación de funcionario público o tráfico de influencias."

Creo que no se puede calificar de excesiva nuestra valoración, si ponemos de manifiesto que las sucesivas reformas del Código Penal han evidenciado un tratamiento de la punición de los funcionarios públicos, cercana a la *histeria*. El legislador no ofrece otra cosa que elevación de las penas y ese discurso se entiende que, en sí mismo es positivo, dado que ni siquiera la Exposición de Motivos aporta explicación alguna al respecto.

Para empezar, y en ello enlazamos con el punto siguiente de nuestra exposición, se manejan los conceptos con singular falta de rigor. De hecho se emplea el término "*corrupción*" sin definir aquella y cómo si el titular de prensa o el propio clima social auspiciado por los mismos operadores jurídicos que tienen en sus manos la modificación del texto normativo, fuera el elemento inspirador de la propia elaboración de una norma tan determinante y clave para una sociedad democrática y para un Estado de Derecho como el Código Penal. En segundo lugar, se blande como elemento de justificación y de culminación de un discurso político simplista, el mero endurecimiento de las penas, como si con ello ya se hubiesen conjurado todos los males y como si con ello el legislador quedase plenamente justificado ante la sociedad en su *implacable* lucha contra la corrupción.

Permítasenos que adelantemos aquí una reflexión que vamos a promover a lo largo de este texto. Creemos que sin perjuicio de que pudieran ser recomendables determinadas medidas como las referidas al fortalecimiento de los mecanismos de reparación de los daños patrimoniales ocasionados a los intereses públicos, las principales líneas de ataque a los comportamientos ilícitos en las que nuestros responsables públicos se encuentran enfrascados, no reflejan un enfoque acertado de la cuestión. Esas líneas son:

- A. Tipificar conductas con un nivel de casuismo que las dota de escasa eficacia, pero que permite sin embargo, responder a cada debate público en la materia con una

nueva Ley Orgánica de reforma del Código Penal. Por lo demás, en no pocas ocasiones esa nueva tipificación de conductas lo que permite es que queden impunes comportamientos anteriores a la misma que, sin embargo, con una racional ponderación de los tipos de la prevaricación, el cohecho o la malversación, podrían haber tenido adecuada cabida.

- B. Endurecer penas y no sólo ello, sino las condiciones de ejercicio de la pena. De esta forma, estamos alcanzando una situación en la que determinados tipos penales en su aplicación a funcionarios públicos, adquieren un nivel de desproporción absolutamente exorbitante.
- C. Argumentar que se lucha contra la corrupción incrementando las plazas de jueces y de fiscales.²⁰Curiosamente no se contempla que sea positivo luchar contra la corrupción incorporando al proceso selectivo de acceso a la carrera judicial mayores conocimientos en derecho administrativo o tributario, no, en vez de ello *sacamos pecho* aludiendo a más plazas, mas judicialización y más proceso penal y como pondré de manifiesto a lo largo de este trabajo, y sin perjuicio obviamente de la máxima relevancia de la función de jueces y fiscales, cuando empleamos ese tipo de discurso político como elemento de auto-justificación a mi juicio, estamos ante un enfoque erróneo de la cuestión.

Una última mención habría que hacer en este punto en lo referido al tratamiento en nuestro ordenamiento de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Nos referimos a la responsabilidad civil. La posibilidad de acción civil directa contra el funcionario público –sin perjuicio de la responsabilidad civil derivada del delito– estaba prevista en la Ley de 5 de abril de 1904²¹ conocida como la Ley Maura, que permaneció en vigor hasta la reforma de la Ley 30/92, llevada a cabo por Ley 4/99. A partir de esa reforma, la posibilidad de reclamación por el ciudadano lo es por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin perjuicio de las eventuales acciones de regreso contra el funcionario, que pudieran articularse por parte de la Administración.

3. Delitos contra la Administración Pública, corrupción y corruptelas

Si bien he hecho referencia anteriormente de forma breve a la tradición histórica en la regulación de determinados delitos contra las administraciones públicas, conviene tratar de precisar algo más acerca de aquellas cuestiones a las que estamos haciendo referencia.

²⁰ <http://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2014/271114rajoyregeneracion.aspx>

²¹ http://www.memoriademadrid.es/fondos/OTROS/Imp_25300_ia_028.pdf

En primer lugar digamos que no hay una definición legal de corrupción. La corrupción, en mi opinión, tiene una aproximación al concepto de carácter legal y otra de carácter meramente social.

Nuestros textos legislativos, *cada vez más precisos y técnicos* –pido perdón por la ironía– pese a citar repetidamente el concepto de corrupción, sin embargo no lo definen, más que por referencia a la descripción de determinados tipos penales, curiosamente no de funcionarios públicos. De ahí que debamos remitirnos a la doctrina. En este sentido me parece muy sencilla y acertada la definición que cita por referencia a Senturia²², JJ. Michel Rowland²³ y que define aquella como “*el abuso de poder público para obtener beneficio particular* “. De hecho esta definición nos sirve también para calificar la corrupción entre particulares, en lo que podríamos calificar como el abuso de poder de administración para obtener un beneficio particular. Interesante es también la definición de Guillermo Brizio²⁴: “*Se designa a la corrupción como un fenómeno social, a través del cual un servidor público es impulsado a actuar en contra de las leyes, normatividad y prácticas implementados, a fin de favorecer intereses particulares*”. También podemos citar la definición de corrupción que proclama Transparencia Internacional como *todo abuso de poder dirigido a la obtención de ganancias privadas*.²⁵

En todo caso, si comparamos las aproximaciones al concepto, con la propia definición de los delitos contra la Administración Pública o de aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos, podremos concluir en que la corrupción se remite a aquellos supuestos de delitos contra la Administración Pública o contra la Administración de Justicia a los que subyace un aprovechamiento económico por parte del autor del hecho delictivo. Por lo pronto, esta aproximación nos remite a una primera consideración que valdría no perder de vista en la situación que afrontamos actualmente y es que difícilmente se puede ser un corrupto por inobservancia, por falta de diligencia o por el incalificable argumento de imputación del *usted tenía que conocer* o *usted no podía ignorar*.

Si esto se indica en el plano legal, también debemos hacer referencia al ámbito social. Al concepto que para los ciudadanos tiene la corrupción que se encuentra muy presente en sus inquietudes y en sus demandas sociales, como de hecho reflejan con

²² SENTURIA. Encyclopedia of Social Sciences, Vol.VI, 1993 citada por Rowland en la obra que relacionamos a continuación. .

²³ ROWLAND, MICHEL. Fundación Esquel, Ecuador. Título: “Visión contemporánea de la corrupción” Fuente: La hora de la transparencia en América Latina. El manual de anticorrupción en la función pública. Buenos Aires, Argentina. Granica/Ciedla, 1998. Págs. 31-42.

²⁴ GUERRA CORREA, KARIME DANIELA LA CORRUPCIÓN <http://www.monografias.com/trabajos88/la-corrupcion-politica/la-corrupcion-politica.shtml>

²⁵ Esta definición es citada por CAMISÓN YAGÜE, JOSÉ ÁNGEL. EL INFORME ANTICORRUPCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA *Profesor Titular (A) Derecho Constitucional Universidad de Extremadura*

frecuencia los estudios sociológicos²⁶. Para los ciudadanos y pido perdón si trato de interpretar un sentir general cuando no manejo conceptos técnicos de la sociología, la corrupción es un fenómeno esencialmente asociado a la clase política.

De esta forma, y con ello me adentro en el sentido de patología social al que nos enfrenta esta situación, la organización de un espectáculo acerca de la corrupción nos conduce a los siguientes elementos:

- A. Deterioro gravísimo de las instituciones.
- B. Desprestigio de la función pública y de sus servidores.
- C. Denuncia generalizada de supuestos de corrupción que, en ocasiones, no se entienden muy bien o cuya entraña penal se ignora con aquello de *cuando el río suena, algo habrá o son todos iguales*.
- D. Deterioro del clima social de convivencia: Los corruptos son siempre los del otro bando. Los *nuestros pobrecillos para una vez que hacen algo, les han pillado*. De hecho, el argumento a veces se prostituye de tal manera que se llega a pretender diferenciar entre una especie de *corrupción de interés particular* y una corrupción por decirlo en términos gráficos *más capilar o más socializada*.
- E. Y diría que, casi lo peor de todo ello, auto-justificación del ciudadano ante su propio comportamiento ético. De esta forma no es corrupción trabajar y cobrar el desempleo, no es corrupción cobrar sin emitir factura y sin asumir la carga tributaria correspondiente, no es corrupción pretender que algún familiar acceda a un puesto sostenido por fondos públicos por cauces ajenos a los dispuesto en los Artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución. En definitiva, los corruptos siempre son los demás y el clima generalizado nos da *carta de naturaleza* para nuestras pequeñas corruptelas del día a día que, al final, nos dañan de forma irremisible como sociedad y como proyecto en común.

En último lugar también habría que hacer referencia a los factores de intermediación en la percepción social de la corrupción. Me refiero a los medios de comunicación. En España merece el reproche social del delito, aquello que los medios de comunicación deciden que sea considerado como tal. En España estamos asistiendo a auténticos autos de fe por haber cobrado una dieta de 300€, sencillamente porque se desconoce o no se comprende el mecanismo jurídico que da soporte a la misma, mientras en los años más duros de nuestra crisis, ha habido cientos de empresas liquidadas para pagar unos estipendios, en ocasiones absolutamente desproporcionados, en el marco de

²⁶ CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS. http://www.cis.es/opencms/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html

administraciones concursales bendecidas por nuestro ordenamiento. Esto último es perfectamente legal, pero demuestra hasta qué punto se juega con los conceptos éticos en una sociedad de delatores en la que hemos sustituido los conceptos del "*Honeste vivere, naeminem laedere et jus sum cuique tribuere*" por el de "*lo mejor es que no llames la atención*".

Hay unos causantes máximos y primeros de la percepción social de la corrupción que, a su vez se convierte en el cauce para la generalización de las corruptelas. Evidentemente estos son quienes cometen los hechos ilícitos en la materia, ahora bien, también hay serias y graves responsabilidades en quienes han convertido la lucha contra la corrupción en un espectáculo obsceno en beneficio, en ocasiones, de su propio protagonismo y en la generación de un daño severo y grave a esta sociedad.

Evidentemente a esta última situación no escapan las fuerzas políticas que han cometido un gigantesco acto de irresponsabilidad al delegar en los tribunales la consecución de sus objetivos políticos. Sin duda son los principales culpables de lo sucedido. De esta forma, han conseguido varios objetivos, todos ellos indeseables:

- A. Implicar a los tribunales en el debate político.
- B. Perturbar en su ejercicio a una carrera judicial mayoritariamente profesional, independiente y ajena a cualquier afán de protagonismo, como corresponde al recto detentador de una función pública. Subrayo lo de mayoritariamente.
- C. Convertir la lucha contra la corrupción en una cuestión de banderías, ajena a cualquier planteamiento de Estado o a cualquier percepción de consenso nacional en torno a la misma.
- D. Pervertir ante la sociedad absolutamente los conceptos y principios penales. A esta sociedad, en el marco de una nefasta pedagogía social, se la ha concienciado de que lo importante son las instrucciones y, sobre todo, el paseillo en el tribunal de que se trate. A ser posible con el correspondiente abucheo. Después de ese paseillo que debería llenarnos de vergüenza a cualesquiera de los que trabajamos en el mundo del Derecho y que sin embargo nos lleva a esgrimir una sonrisa cuando quien lo hace es el adversario político, lo que suceda en el juicio oral, nos da igual. Si el acusado es absuelto es porque en prueba suprema de su malévol capacidad para la corrupción, habrá tenido abogados lo suficientemente caros como para obtener esa absolución o porque los jueces del órgano penal a los que frecuentemente se coloca en una difícil situación, no habrán tenido el arrojo y la gallardía de condenar a quienes fueron imputados bajo los muy constitucionales principios del *usted no podía ignorar o usted tenía que conocer*.

Por lo tanto, y sin ánimo de entrar en un planteamiento exhaustivo, podríamos indicar que la corrupción en el plano legal, se refiere a aquellos comportamientos ilícitos de funcionarios y administradores tras los cuales subyace una finalidad de aprovechamiento particular, mientras que en el plano social la percepción de corrupción viene determinada por un fenómeno asociado esencialmente al ámbito de la clase política y de las administraciones públicas, tamizado por los medios de comunicación, en el que basado en la generalizada e injusta convicción de que quienes desempeñan tales funciones, persiguen una finalidad de aprovechamiento económico ilícito, se selecciona en virtud de criterios, a veces de gravedad, a veces de conveniencia u oportunidad, a los sujetos que han de ser expuestos ante la ciudadanía como responsables de tales actos.

La corrupción también se traduce socialmente en comportamientos o procedimientos que, sin tener relevancia penal, sin embargo son percibidos por los ciudadanos como ejemplos de malos funcionamientos del sistema, cuestión que nos remite a la cuestión de las “corrupciones autorizadas” del propio sistema y finalmente las corruptelas, vienen a constituir el margen de autocomplacencia particular que el ciudadano auto-justificado por el grave clima de corrupción política, se concede a sí mismo, en la inobservancia de determinadas disposiciones y reglas de actuación, también, en la mayor parte de casos, con aprovechamiento particular y lucrativo en perjuicio de los intereses públicos, teniendo estas últimas, sin embargo, un elevado nivel de aceptación social.

4. Reflexiones en relación con la situación a nivel internacional

Abandonemos siquiera brevemente las referencias a nuestro país, para pasar a referirnos a la situación a nivel internacional. Creo que, sin perjuicio de que cualquier índice puede ser erróneo en cuanto a simplificar en exceso las situaciones, la mejor referencia viene determinada por el Índice sobre percepción de la corrupción que publica anualmente Transparencia Internacional, que puede ser consultado en su página web.²⁷

A nivel internacional creo sinceramente que los esfuerzos en la lucha contra la corrupción presentan –si los comparamos con la situación que se vive en nuestro país–, más luces que sombras. A nivel internacional, se ha percibido claramente que la lucha contra la corrupción no puede descansar exclusivamente en la reacción penal. En ese sentido expondré varios ejemplos.

De una parte, la generación de acuerdos internacionales de lucha contra la corrupción que, especialmente en el caso de la OCDE, han ofrecido resultados importantes.

²⁷ <http://www.transparency.org/cpi2014/results> Corruption Perception Index 2014 “CPI” 2014.

Hacemos referencia a la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

La convención OCDE ha supuesto, entre otras cuestiones:

- A. Impulso a la modificación de los textos legales internos en la prevención de la corrupción, especialmente de agentes extranjeros.
- B. Establecimiento de un marco normativo, cada vez más cercano entre sus países miembros, en la regulación de las normas anti-corrupción.
- C. Establecimiento de recomendaciones y buenas prácticas dirigidas a sujetos públicos y privados en la prevención de supuestos de corrupción.

De hecho, buena prueba de que no hacemos una referencia meramente teórica, es que a nivel global la pertenencia a la OCDE a la hora de valorar transacciones internacionales, incluso en términos referidos a la propia valoración económica de las mismas, es un factor que añade y –pedimos perdón por la reiteración del término– valor a las propias transacciones. No es lo mismo adquirir activos o llevar a cabo inversiones en países OCDE que hacerlo en otros y eso es algo que entienden los mercados.

Citamos también otras iniciativas supranacionales, éstas últimas en el caso de la Unión Europea, para hacer referencia finalmente al Consejo de Europa:

- REPORT FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL AND THE EUROPEAN PARLIAMENT. EU ANTI-CORRUPTION REPORT²⁸
- INFORME DE LA COMISIÓN AL CONSEJO sobre las modalidades de participación de la Unión Europea en el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO).²⁹
- OLAF³⁰ OFICINA EUROPEA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE.
- Group of States Against Corruption del Consejo de Europa (GRECO)³¹

Sin perjuicio de la actuaciones que acabo de citar, tengo que indicar que en el ámbito internacional se ha tratado la cuestión en los dos frentes posibles, el de los sujetos públicos de una parte, pero también el de los sujetos privados, asumiendo igualmente que hay fórmulas mucho más eficaces de luchar contra la corrupción que la mera justicia penal y sobre todo que la justicia penal elevada a la categoría de fenómeno cotidiano sin respetar el carácter de *última ratio* que de la misma es predicable.

²⁸ http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf

²⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52011DC0307>

³⁰ http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_es.htm

³¹ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp

Hay mucha más eficacia en los controles y en las reglas de transparencia que, por ejemplo, aplica la *Sarvanes Oxley* para las empresas cotizadas en la Bolsa de Nueva York, que en los mecanismos de represión puramente penal. De hecho, fue precisamente la aplicación de la *Sarvanes Oxley* el factor determinante de la aprobación de una reforma muy relevante de la U.S. Foreign Corrupt Practices Act a la que nos referiremos posteriormente.

En este sentido es evidente que la lucha contra la corrupción implica también la concienciación y el trabajo con el sector privado. Los elementos de autorregulación y de recomendación de buenas prácticas en el sector privado constituyen factores muy relevantes de cara a la mejora de los procesos y a la aplicación de mecanismos de transparencia en las transacciones y en los negocios que, si bien, se formulan generalmente a nivel internacional, serían perfectamente predicables en el ámbito interno.

Veamos distintos ejemplos de ello, que se aplican, tanto en el ámbito de organizaciones internacionales y supranacionales, como en el propio ámbito de la autorregulación de las compañías y sociedades:

- *ÉTICA ANTICORRUPCIÓN Y ELEMENTOS DE CUMPLIMIENTO, MANUAL PARA EMPRESAS*³² formuladas por Naciones Unidas, la OCDE y el Banco Mundial.
- *REGLAS DE LA ICC PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN*³³ formuladas por la Cámara Internacional de Comercio.

³² <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorruption-Elementos-Cumplimiento.pdf>

La idea de este manual comenzó cuando los gobiernos del G20 buscaban formas de implementar de manera práctica su Plan de Acción Contra la Corrupción de 2010. Este Plan reconoce el papel integral que desempeña el sector privado en la lucha contra la corrupción y reclama un vínculo más fuerte entre los sectores público y privado para realizar este esfuerzo. Desde la adopción del Plan, los gobiernos del G20 y sus contrapartes del sector privado se han reunido en varias ocasiones para analizar las formas en que se puede construir este vínculo.

Un planteamiento que ha surgido en las discusiones ha sido la observación de las compañías en cuanto a que los miles de principios anticorrupción establecidos para las compañías pueden ser confusos, especialmente para las empresas pequeñas y medianas de recursos limitados, las cuales buscan formas concretas de evitar la corrupción en sus negocios en un ambiente operacional cada vez más complejo y globalizado.

Para enfrentar este reto, este manual ha sido desarrollado por las compañías para las compañías, con la ayuda de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y el Banco Mundial. Estas tres organizaciones solamente facilitaron el trabajo de las organizaciones del sector privado que ofrecieron su experiencia y su tiempo. Estas organizaciones incluyen representantes de profesiones como contabilidad y auditoría, el Instituto de Basilea sobre Buen Gobierno, el Comité Asesor de Empresas e Industrias (BIAC, por su siglas en inglés) de la OCDE, la International Bar Association (IBA), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Iniciativa Alianza Contra la Corrupción (PACI, por su siglas en inglés) del Foro Económico Mundial, Transparencia Internacional (TI por su siglas en inglés) y el Pacto Global de las Naciones Unidas.

El manual no pretende crear nuevas normas ni es un requisito legal que vincule a las empresas. Ha sido desarrollado para que sirva de herramienta útil y práctica a compañías que busquen asesoría sobre cumplimiento en una sola publicación de referencia fácil.

³³ https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAAahUKewjL-zvnogIXJAhUCxRQKHS6IAJU&url=http%3A%2F%2Fwww.iccwbo.org%2FDData%2FPolicies%2F2011%2FReglas-de-la-ICC-para-Combatir-laCorrupci%25C3%25B3n%2F&usg=AFQjCNENBYtG_hVRJAblJ-VUKgB8Cv2lrZw

- *OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*³⁴, formulada por la OCDE.
- *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*,³⁵ formulada por la OCDE.
- *OECD calls on businesses to step up their fight against bribery*, igualmente procedente de la OCDE.
- *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Program for Business: A practical Guide*³⁶ de Naciones Unidas.

En esta misma línea de planteamiento, tenemos que hacer referencia a la propia regulación privada de las empresas. Citemos algunos ejemplos:

- *Toyota: Ensuring Thorough Compliance with anti-bribery regulations*³⁷
- *Siemens: Compliance Guide Anti-Corruption*.³⁸

Incluso la autorregulación como elemento de prevención de la corrupción se presenta a nivel de organizaciones profesionales:

- Health and Care Professions Council. Anti-Bribery Policy³⁹ como autorregulación incluso de un determinado sector profesional⁴⁰.

Igualmente se formulan recomendaciones a nivel de organizaciones no gubernamentales:

- ANTI-BRIBERY PRINCIPLES AND GUIDANCE FOR NGOS⁴¹

En definitiva, se aprueban y divulgan recomendaciones útiles para todos los sujetos ya sean públicos o privados en la detección de comportamientos impropios. Nos referimos, por ejemplo, al Woolf Committee's Report⁴². En este sentido, tiene mucho interés explicar lo sucedido en el asunto de BAE Systems.

Se detectó un comportamiento impropio en el marco de una empresa dedicada a la venta de armamento, respecto de sujetos públicos de otro país y la consecuencia de

³⁴ <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oeccantibriberyrecommendation2009.htm>

³⁵ <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/44884389.pdf>

³⁶ https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf

³⁷ http://www.toyota-global.com/sustainability/csr/stakeholders/partners/pdf/anti-bribery_en.pdf

³⁸ http://w3.siemens.no/home/no/no/omsiemens/Documents/sc_upload_file_antikorruption_handbook.pdf

³⁹ <http://www.hcpc-uk.org/assets/documents/10004571Enc15-Anti-BriberyPolicy.pdf>

⁴⁰ Sobre iniciativas empresariales de lucha contra la corrupción citar igualmente el trabajo de ARGANDOÑA ANTONIO Y MOREL RICARDO. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: UNA PERSPECTIVA EMPRESARIAL http://www.iese.edu/es/files/Cuaderno%20N%4%20Final_tcm5-35716.pdf

⁴¹ https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&ved=0CCwQFjACOApqFQoTCJCP5tzlMkCFQICFAodjnkDLg&url=http%3A%2F%2Fwww.transparency.org.uk%2Fpublications%2F7uncategorised%2Fdownload%2F54_8f4a072f7d46e7b5658290563aa35e63&usq=AFQjCNEwGA9fjv-qwzNxp-BHuF3qxtxEuQ

⁴² <http://www.giacentre.org/documents/WOOLFREPORT2008.pdf>

ello, sin perjuicio de las implicaciones legales correspondientes, fue que el Parlamento Británico encomendó a una Comisión presidida por Lord Woolf el análisis de lo sucedido y el establecimiento de una serie de reglas que permitieran identificar indicios de contratación irregular en el seno de las transacciones internacionales. A partir de ese momento el informe Woolf, con un sentido claro y muy práctico, constituye una regla básica bajo la que enjuiciar determinadas modalidades de contratos y analizar si en ellos concurren indicios de encubrimiento de transacciones potencialmente ilícitas, especialmente en el ámbito de los contratos de representación, agencia y mediación en las actividades de desarrollo de negocios, incluyendo procesos de licitación a nivel nacional e internacional.

A partir de la emisión del informe, la empresa afectada BAE Systems tuvo que proceder a su aplicación y a explicar, con toda transparencia –de hecho los documentos están en internet–, qué medidas había implementado para aplicar las conclusiones de dicho informe a su propia organización y a sus propias pautas de comportamiento⁴³. Creo que la comparación entre el proceso que acabo de describir y nuestro espectáculo patrio, nos exime de cualquier consideración adicional.

Lo verdaderamente importante del Woolf Report y de esta forma de proceder, es que el mismo, se ha constituido en una herramienta básica para los operadores privados a la hora de analizar indicios de legalidad o ilegalidad de determinadas modalidades de contratos. En el informe se establece un régimen de alertas que, en el caso de concurrir exigen a la Compañía la realización de una *due diligence* detallada respecto de la persona del eventual contratista y que, en otros supuestos, caso de presentarse, desaconsejan expresamente que se lleve a cabo la contratación.

Ni que decir tiene que la aplicación de reglas éticas en el sector privado, favorece un mejor comportamiento de los sujetos públicos y, sobre todo, tiende a mejorar el clima de transparencia y la percepción acerca de comportamientos éticos en el curso de los negocios. Estas reglas establecen estándares y las compañías que no los cumplen saben que están asumiendo un riesgo de ilicitud que va a repercutir gravemente en los intereses de sus accionistas y en la responsabilidad patrimonial y personal de sus administradores.

Mención aparte merecen en este punto dos disposiciones la FCPA de los Estados Unidos y la Anti-Bribery Act del Reino Unido. En primer lugar, tenemos que preguntarnos el por qué acerca de la importancia y el impacto que han tenido estas disposiciones. En nuestra opinión, básicamente por el hecho de que, por razón, bien de ser dichos países centro de importantes mercados de valores, bien de centros financieros relevantes, especialmente en el caso de Londres, tales disposiciones afectan a

⁴³ <http://www.annualreport08.baesystems.com/responsibility/corporate-responsibility-review/woolf-committee.aspx>

un ingente número de compañías a nivel mundial, hasta el punto de que, en el caso de la FCPA, se ha aludido a un cierto elemento de extraterritorialidad en su aplicación.

En segundo lugar merece la pena destacar que ambas disposiciones se han caracterizado por la dureza de los mecanismos aplicados en ellas, especialmente a nivel de control y prevención y, por lo tanto, no sólo de mera punición de las conductas ya incurridas. De hecho los propios fallos en los controles y en los mecanismos de prevención del fraude se consideran por ambas disposiciones como elementos relevantes en la atribución de responsabilidad y, por lo tanto, ambas disposiciones no pueden ser desvinculadas de la aplicación de los mecanismos de cumplimiento normativo que resultan exigibles. En ese sentido, la reciente reforma de nuestro código penal, se hace eco en su artículo 31 bis. 4 y .5 de la necesaria implementación de los programas de cumplimiento normativo introduciendo un factor de prevención que es elogiado, pese a que, como veremos en su momento, no resulte directamente aplicable a las administraciones públicas.

Evidentemente se emiten normas, pero además de ello se realiza un esfuerzo considerable a la hora de promover su aplicación y facilitar herramientas que permitan a los operadores públicos y privados, llevar a cabo una adecuada ejecución de las mismas. así podemos citar la a *Resource guide to the U.S. FCPA*⁴⁴ emitida por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y por la Securities Exchange Commission y en el mismo sentido podemos citar la Anti-Bribery Act Guidance emitida en el Reino Unido.⁴⁵

En este panorama no todo es perfecto, baste recordar que el mayor número de paraísos fiscales que existen en el Mundo y, sobre todo, los que mayor número de transacciones incorporan, están vinculados al Reino Unido, no obstante, hay que reconocer que se está avanzando con un enfoque global contra la corrupción en el que se actúa sobre los sujetos privados y sobre los sujetos públicos, en el que se imparten reglas de juego y normas de conducta, a ser posible claras, y en el que se va extendiendo poco a poco, la conciencia de que no todo vale en el mundo de los negocios y que la actuación fuera de los estándares reputacionales exigibles, constituye a quien incurre en ella, cada vez más, en un socio u operador poco recomendable.

⁴⁴ <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>

We are pleased to announce the publication of A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. e Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) is a critically important statute for combating corruption around the globe. Corruption has corrosive effects on democratic institutions, undermining public accountability and diverting public resources from important priorities such as health, education, and infrastructure. When business is won or lost based on how much a company is willing to pay in bribes rather than on the quality of its products and services, law-abiding companies are placed at a competitive disadvantage—and consumers lose. For these and other reasons, enforcing the FCPA is a continuing priority at the Department of Justice (DOJ) and the Securities and Exchange Commission (SEC).

⁴⁵ <https://www.gov.uk/anti-bribery-policy>

Evidentemente las compañías van llegando a este convencimiento por una doble vía. De una parte porque son conscientes del peso de los aspectos reputacionales sobre su actividad, pero también de otra, porque son igualmente conscientes del gravísimo daño patrimonial que la detección de una conducta de esta naturaleza conlleva. Un escándalo de corrupción, por ejemplo, para una sociedad cotizada en la Bolsa de Nueva York, supone, además de la aplicación de las correspondientes consecuencias de índole sancionadora, la posible apertura de una *class action*. A través de ella, los miles de accionistas o titulares de ADRs que consideran que la conducta impropia de los responsables de la empresa puede haber provocado un daño a la cotización de sus títulos, emprenden reclamaciones multimillonarias, que pueden suponer el fin de una corporación.

Creo sinceramente que todas estas vías muestran tendencias interesantes de lucha contra la corrupción por las que discurren países de nuestro entorno que, poco o nada tienen que ver con aquellos elementos en los que tenemos focalizada la cuestión en nuestro país.

De hecho, hay un factor sobre el que me gustaría llamar la atención. Son precisamente los países que mayores niveles de corrupción presentan a nivel global, aquéllos que contemplan como único remedio a este tipo de comportamientos ilícitos, la reacción jurídico penal. De hecho, en esos países en los que la justicia penal tiene un elevado protagonismo, la denuncia periódica de corrupción se utiliza como mecanismo de *purga* periódica de las instituciones y del sistema a medida en que determinados responsables *caen en desgracia* ante los máximos detentadores del poder.

El sistema en tales regímenes, es tan turbio como eficaz. Todo el mundo se mueve bajo una sospecha general de corrupción que se activa a conveniencia cuando determinados resortes en los entornos del poder hacen que determinados responsables y, con ellos sus equipos, pierdan el favor de los mismos y, para ello, nada mejor que una acusación de corrupción.

El plano de Transparencia Internacional que hemos citado, nos permite realizar algunas consideraciones adicionales. En primer lugar, los niveles de corrupción son menores en los países con sistemas democráticos más consolidados. Esto debería hacernos reflexionar acerca de los discursos de descalificación global de las instituciones y de la apelación a la corrupción generalizada, como vehículo de acceso al poder de ideologías y planteamientos totalitarios.

El esquema se ha repetido ya en muchas ocasiones. Primero se desmonta todo el entramado institucional con la queja acerca de la corrupción generalizada y, una vez en el poder, se emplean mecanismos de ocupación de las instituciones que permiten que aquella –la corrupción– se ejerza sin tasa ni límite, camuflada en un sólido discurso ideológico basado en la fractura social en el que la corrupción de los nuevos

gobernantes se presenta como la justa y legítima reacción frente a los desmanes de la clase dominante anterior. El problema es que, en tales casos, la corrupción es generalizada, mayor y más grave, cuenta con el expreso respaldo del poder y los mecanismos de reacción legal y judicial frente a la misma, encuentran un mucho más difícil ámbito de actuación como consecuencia de ello. La pregunta que tenemos que hacernos como sociedad es si verdaderamente queremos ir a ese modelo porque desde luego afirmo, y precedentes hay de ello, así como procesos históricos previos en los que reflejarnos, que si es ese el modelo hacia el que queremos ir, estamos haciendo méritos sobrados para ello.

5. La existencia de corrupción y la percepción de la corrupción

Volviendo a la situación en nuestro país, y aún cuando ya hemos hecho alguna referencia previa a ello, querría aludir a un matiz que me parece importante, como es el referido a la distinción entre la existencia de corrupción y la percepción de la misma.

Cualquiera que haya observado los últimos cuarenta años de nuestro país, puede constatar que la denuncia y el incremento del clima de corrupción se produce en paralelo con las situaciones de crisis económica. Eso sucedió en los años 1993-1996 y eso ha sucedido, sin duda, en términos desconocidos hasta este momento, en los años 2008 en adelante.

Ahora bien, que los momentos de crisis económica sean aquéllos en los que se produce una reacción social más airada contra la corrupción no supone, en modo alguno, que tales períodos sean aquellos en los que las prácticas ilícitas sean mayores ni más graves.

No son pocos los artículos que hacen referencia a la relación entre corrupción y crisis económica⁴⁶, de hecho, en el que citamos al pié de esta nota, se hace alusión al impacto social de estos comportamientos y a la reacción que los mismos generan. Igualmente desde el ámbito también de la sociología⁴⁷, se analiza el efecto de dichos comportamientos en el segundo de los artículos que citamos, que centra más su valoración en términos de impacto demoscópico y electoral.

El problema es que tan poderosa como la existencia de la corrupción es la percepción social de la misma y en esa percepción social se puede incurrir, y de hecho se incurre,

⁴⁶ ZUNZUNEGUI, FERNANDO ABOGADO, Y MANSILLA FERNANDO, PSICÓLOGO. [HTTP://WWW.RDMF.ES/2009/10/28/CRISIS-ECONOMICA-Y-CORRUPCION/CRISIS ECONOMICA Y CORRUPCIÓN](http://www.rdmf.es/2009/10/28/CRISIS-ECONOMICA-Y-CORRUPCION/CRISIS%20ECONOMICA%20Y%20CORRUPCION). Revista de Derecho del Mercado Financiero.

⁴⁷ TOHARIA, JOSE JUAN *EL COSTE POLÍTICO DE LA CRISIS ECONÓMICA (...Y DE LA CORRUPCIÓN)*. José Juan Toharia es catedrático de Sociología y presidente de Metroscopia. El País 7 de febrero de 2015.

en planteamientos gravemente desenfocados, máxime cuando, como venimos indicando, una y otra no coinciden.

De esta forma la corrupción no se convierte en un fenómeno que responda a la entraña real de las conductas, sino que se vincula, por decirlo de alguna manera, a la gestión e instrumentalización social, mediática y política del asunto. De hecho, podemos decir sin ambages que la corrupción es un buen negocio para determinados operadores sociales.

El efecto derivado de ello es grave porque a partir de ese punto, la persecución y el enjuiciamiento sereno, sosegado y riguroso de los hechos ilícitos se convierte en un imposible. Asumido el hecho de que estamos ante un fenómeno más social que jurídico, más político que vinculado a la aplicación de mecanismos de prevención y represión de hechos ilícitos, la posibilidad de que el tratamiento de la corrupción no se preste al juego de las posiciones de parte, al ventajismo y al mutuo desprestigio de todos los operadores públicos y políticos, se convierte en una pura ficción que abre las puertas a gravísimos daños a nuestra sociedad comparables incluso con los provocados por los propios comportamientos ilícitos que se dicen perseguir.

Es cierto que en muchos países concurren fenómenos de corrupción, ahora bien, no es menos cierto que pocas sociedades se replantean su propia existencia a consecuencia de los mismos. En la España de los años 90 afloraron casos de corrupción que, en su mayor parte, procedían de la década anterior, sin embargo, la percepción social y lo que aún se mantiene en el imaginario colectivo es que tales casos tuvieron lugar, no cuando se cometieron, sino cuando se depuraron. Aún hoy en día se hace referencia a una determinada trayectoria de Gobierno indicando que fue impecable al principio y que, con el tiempo, se produjeron los comportamientos impropios, cuando en buena parte de casos, fue exactamente al revés.

En mi opinión, el trabajo de Manuel Villoria y Fernando Jiménez⁴⁸ refleja perfectamente lo que venimos indicando. Dichos autores ponen de manifiesto la desconexión evidente que existe entre los datos objetivos y reales de corrupción política y la percepción social de la misma. Señalan Villoria y Jiménez en su trabajo:

“Estos estudios fundamentan en gran medida nuestras hipótesis. Por una parte, los datos objetivos de corrupción política no tienen apenas influencia en la percepción en tanto no tengan una repercusión mediática. Una vez que tienen esa repercusión, sobre todo si esta tiene dimensión nacional, se produce una conciencia del problema que incrementa la percepción y, a partir de la mayor percepción, se generan efectos

⁴⁸ VILLORIA, MANUEL y JIMÉNEZ, FERNANDO. Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas. Centro de Investigaciones Sociológicas España: LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA (2004-2010): DATOS, PERCEPCIÓN Y EFECTOS.

sociales y políticos, como la influencia en la desafección o cierta pérdida de voto –no mucha– para los candidatos corruptos (Costas-Pérez et al., 2011)."

Es más, si tomamos en consideración el cuadro que dichos autores incorporan a su trabajo por referencia al CIS, podemos constatar que la percepción de corrupción y la repulsa social respecto de la misma coincide, no tanto con la entidad de los comportamientos corruptos, como con los ciclos de crisis económica.

Una vez más, el factor de la corrupción como un poderoso elemento de orden sociológico, vinculado a la reacción social frente a la determinadas situaciones, entre ellas muy especialmente las de crisis económica, aconsejaría, en términos de un comportamiento responsable, extremar el rigor en la persecución y en el esclarecimiento de los hechos ilícitos susceptibles de ser calificados como comportamientos corruptos. De no ser así, el propio efecto lesivo de tales comportamientos ilícitos no hace sino incrementarse en términos de perjuicio a la sociedad y a los ciudadanos.

6. Remedios reales y *cosméticos*

Basta examinar los programas de las principales formaciones políticas para poder valorar hasta qué punto –y lo digo desde el mayor de los respetos y asumiendo por supuesto que mi punto de vista puede ser erróneo–, los argumentos que se plantean en términos de lucha contra la corrupción, no son a veces, todo lo afortunados que cabría esperar.

Si analizamos los planteamientos y las materias que habitualmente se debaten en este punto, constatamos que son aspectos que se configuran como materia esencial de debate, algunos que no afectan de forma relevante a las causas de los comportamientos ilícitos. Para muchos de nuestros responsables públicos, dos cuestiones esenciales que afectan a la lucha contra la corrupción son (i) la cuestión de los aforamientos y (ii) la determinación de la fase del procedimiento a partir de la cual el encausado en un procedimiento penal, debe renunciar a su cargo público.

En mi opinión, ambos elementos reflejan errores importantes de partida. En primer lugar, centran el debate no en la prevención de los hechos ilícitos y no en la determinación de las causas, sino una vez más, en problemas más propios de la posición del estamento político ante el fenómeno de la corrupción. Ante un poder judicial profesional, presuponer que la exigencia de intervención de uno u otro órgano en relación con determinados regímenes de aforamiento, pueda suponer un mejor o peor trato de los encausados, me parece que es irreal. Con ello no me pronuncio ni a favor ni en contra de tales regímenes que, por lo demás, en la tradición parlamentaria se asocian a los miembros del poder legislativo, en todo caso, lo que indico es que ese no es ni de lejos un problema esencial. En segundo lugar, la determinación de la fase

del procedimiento a partir de la cual, debe dimitir el encausado, tampoco considero que sea un problema determinante. Entiendo eso sí, que este debate refleja otra de las patologías de nuestro sistema que se está poniendo de manifiesto de forma clara, en el proceso paulatino de destrozo del entramado social al que nos está conduciendo esta situación.

¿Por qué es tan debatido el problema de la fase a partir de la cual debe dimitir el encausado y empleo deliberadamente un término sin trasunto técnico-procesal específico? Probablemente porque esta dinámica de absoluta judicialización de la vida pública, en la que el Derecho penal ha sustituido no como última, sino como *primera ratio* cualesquiera otros remedios de nuestro ordenamiento y cualesquiera otros sectores del Derecho, está dando lugar a que el Código Penal, sustituya cualquier principio o regla de ética en el plano social. Me explico. En toda sociedad hay comportamientos poco éticos que pueden ser valorados y calificados por los ciudadanos y que, caso de llevarse a cabo por parte de quienes detentan una función representativa, pueden merecer, entre otros, el legítimo reproche de la pérdida de apoyo electoral.

En un contexto normal podríamos diferenciar, pidiendo perdón por la simplificación que ello supone, entre conductas acordes a los estándares éticos, conductas poco éticas o incluso inmorales que no tienen por qué incurrir en el ámbito del ilícito penal y finalmente conductas delictivas. En nuestra sociedad, la absoluta judicialización de la vida pública, ha dado lugar a que esa situación intermedia desaparezca. No tenemos comportamientos ejemplares o reprobables, o dignos de la crítica social si de la clase política estamos haciendo referencia, sino que todo ello se ha sustituido simplemente por una referencia, la que divide entre imputados y no imputados. De esta forma cualquier regla ética se ha sustituido simplemente por el dato de la imputación en vía penal, que opera como frontera divisoria entre lo justo y lo injusto.

La peligrosidad del planteamiento es grande porque a partir de esa tesis, todo lo que no sea delito y todo lo que no esté en fase de instrucción es perfecto e irreprochable, cuestión que no es cierta y que, bajo una aparente ola de depuración y de limpieza, daña aún más los maltrechos conceptos éticos de nuestra sociedad, pero es que además, también es sumamente peligroso porque nos encontramos ante tipos delictivos que, marcando la frontera entre la plena condición ciudadana y la práctica muerte civil de quienes se ven sometidos a ellos, gozan de un amplio grado de indeterminación y de un margen amplísimo de apreciación a la hora de calificar o no, su concurrencia, en los comportamientos de quienes se ven sometidos a ellos.

Finalmente el debate acerca de la fase del procedimiento a partir de la cual se debe dimitir, refleja otra de las debilidades de nuestro sistema como es la referida a la extrema facilidad para articular imputaciones que, en ocasiones pueden pretender responder al mero intento por eliminar a un rival político, a un competidor en un

contrato, por anular una adjudicación de forma más expeditiva que la que resultaría del orden contencioso administrativo, etc. Ahora bien, con todo ello, estos debates en los que frecuentemente se sitúa el foco de la lucha contra la corrupción, sin perjuicio de que reflejen y de qué manera, las gravísimas debilidades de la actual situación, no son el problema esencial, ni centrarse en ellos muestra otra cosa que, o bien un cierto desenfoque, o bien la intención de no ir a la raíz de los problemas.

De hecho, esa tendencia, bien a centrarse en lo accesorio, bien a poner todo el énfasis en soluciones fáciles en su planteamiento y fáciles en su recepción por la sociedad que no reflejan una intención real de cambio de la situación, se evidencia, y lo digo desde el máximo respeto, en algunas de las propuestas que, en la materia, formulan las diferentes fuerzas políticas.

En mi opinión, un debate serio sobre los delitos de funcionarios y responsables públicos en relación con la corrupción, exige analizar muchas cuestiones, ni siquiera del ámbito estrictamente penal. Cuestiones como por ejemplo, hacia dónde está evolucionando nuestro derecho administrativo, cuál es el nivel de intervención que las administraciones públicas tienen respecto de la vida de los ciudadanos, cómo intervienen las administraciones públicas en el tráfico económico, como juegan las potestades en la ordenación de la labor de las administraciones públicas o por qué se fomenta descaradamente el ámbito de lo discrecional, frente a lo reglado. Creo que, si de verdad queremos entrar a un debate riguroso deberíamos comenzar por ahí y no por si hay más o menos aforados o por si tal o cual concejal tiene que dimitir cuando le acusa un vecino, cuando declara como imputado, cuando le acusa la fiscalía o cuando se abre juicio oral. Eso son maniobras de distracción que, bien por desconocimiento, bien porque de verdad no se quiere ir a la raíz de los problemas, sirven al espectáculo nacional organizado en torno a esta materia.

Pues bien, en este contexto, observo propuestas que, en mi opinión y con todo respeto, insisten y se reafirman en el error. En efecto, el planteamiento de las distintas fuerzas políticas es que la pira en la que se inmolan todos los males de nuestra patria es la vía penal, por ello, todo lo que suene a ampliar la vía penal es, por si mismo, positivo.

Es evidente que el delito fiscal tiene un claro encaje y sentido en nuestro sistema penal, ahora bien, no los es menos, que la instrucción penal del delito fiscal frente a la infracción tributaria, retarda extraordinariamente –al menos así ha sido hasta la última reforma del Código Penal en la materia– las posibilidades de reparación patrimonial por parte de la Hacienda Pública. No obstante, hemos asumido que no hay más sanción jurídica que la imputación penal, por lo tanto de forma –creo– poco sensata y, sobre todo, sin la menor preocupación por la integridad de los derechos de la Hacienda Pública, se ocurre pedir a algunos, que se rebaje el mínimo para la calificación como

delito de comportamientos contrarios a los intereses de la Hacienda Pública. Nadie que esté interesado en la integridad de los ingresos públicos, puede razonablemente hacer esa petición.

Otro elemento digno de atención son las medidas anti-corrupción que los propios partidos políticos proponen en relación con ellos mismos, asumido el hecho de que sus propias organizaciones son una especie de factor de riesgo en la materia. Por ejemplo, nadie propone que sean incompatibles los empleos y cargos orgánicos internos de los partidos con los cargos representativos y, sin duda, ese sería un clarísimo elemento de regeneración democrática. El electo debe responder al mandato representativo de sus votantes y no es de recibo que los partidos compartan con el erario público el coste de la remuneración de determinados cargos orgánicos, incorporándolos a listas electorales cerradas. ¿De verdad queremos regeneración? Tengamos el valor de exigir que se elija entre ser empleado de la organización del partido o responder a un mandato representativo de los ciudadanos. La simultaneidad de ambas funciones es un factor que, desde luego, no contribuye a la mejora en el funcionamiento de las instituciones.

Obviamente, a pesar de que organizaciones como Transparencia Internacional España proponen medidas que van en esa línea de planteamiento, ninguna de las formaciones políticas las plantea ni las incorpora a sus programas. Faltaría más. En vez de ello, asistimos a medidas que se plantean una y otra vez y que siempre son las mismas, obviamente la tipificación penal de conductas en relación con la financiación, por cierto ya incorporada a la Ley Orgánica 1/2015, la mayor transparencia en la identificación de los ingresos, gastos y contabilidad de los partidos, así como la limitación de los gastos electorales. Elementos estos últimos que se llevan invocando durante años y que, además, especialmente en el último de los casos, resultan obsoletos si tenemos en cuenta los nuevos medios de difusión de ideas y planteamientos a través de las redes sociales.

Otro elemento digno de mención son las medidas penales y procesales. Obviamente mayor tipificación de conductas –algunos de los programas, parecen estar hechos sin haber leído la Ley Orgánica 1/2015, por cuanto reclaman la incorporación de tipos que, aunque en *vacatio legis*, ya están en la misma– y mayor imposición de penas. Creo, como vengo indicando a lo largo de este trabajo, que esa no es la vía acertada para enfocar la cuestión o al menos no puede ser la única vía para enfocar esa cuestión.

Hacer perder al derecho penal el carácter de *ultima ratio* y pretender poco menos que aquél se convierta en el cauce habitual para dirimir las discrepancias entre la Administración y los ciudadanos, nos conduce a una situación sinsentido. A veces el orden contencioso administrativo peca de un formalismo excesivo y a veces sus

consideraciones pueden no resultar lo suficientemente imbricadas en la realidad material de los hechos que subyacen a la puesta en tela de juicio de la legalidad de un acto administrativo, ahora bien, una cosa es que esa sensación se pueda percibir por parte de los ciudadanos en no pocas ocasiones y otra cosa es que pretendamos sustituir a dicho orden por el penal, como cauce habitual de interacción en sede judicial, de la relación entre los ciudadanos y las administraciones públicas.

No podemos quejarnos a la vez de la saturación de los tribunales y de su alarmante carga de trabajo y su evidente imposibilidad de tramitar en un tiempo razonable determinadas causas penales, si a la vez, nuestra imaginativa clase política, no tiene otra vía para luchar contra todos los males que asaltan a nuestra sociedad, que responder a ellos con la tipificación de una nueva conducta o con el incremento de la pena respecto de la misma.

Con esto hago referencia al siguiente apartado de mi exposición en el que, en términos muy sucintos, y a fin de evitar reiteraciones innecesarias, realizo ciertas consideraciones en torno al panorama que nos ofrece el tratamiento jurídico penal de los delitos de corrupción.

7. La respuesta penal como elemento de lucha contra la corrupción

Señala el autor Marco Antonio Terragni:

“Es lamentable que ello ocurra, pero es que muchos de los tipos penales, relativos a este tema, se prestan a que sean interpretados de manera tan elástica que queda margen para considerar que una conducta es lícita o ilícita, según el mayor o menor rigor de quien debe aplicarlos. Lo cual habilita el uso de la ley penal para tomar revancha y descalificar conductas que, en sí, no han afectado al bien jurídico bajo tutela”.

“En esto la Prensa ejerce en ciertas ocasiones una gran presión con la finalidad de deshonorar a una persona que en realidad puede estar desempeñando una función pública (o haberlo hecho), honradamente. Y es que a menudo aparecen quienes, interesadamente, olvidan que la ley penal es el último recurso, y a él se debe acudir sólo en casos de comprobada delictuosidad y cuando para sancionar las conductas desvaliosas no sean suficientes las reglas del Derecho Administrativo⁴⁹.”

Sin duda lo primero que nos llamará la atención es que estas manifestaciones se hagan por parte de un autor de un país que se encuentra a miles de kilómetros del nuestro, por cuanto, en sus palabras, podemos sentirnos plenamente identificados con la situación vivida en nuestro país.

⁴⁹ TERRAGNI, MARCO ANTONIO. DELITOS PROPIOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. EDICIONES JURÍDICAS CUYO. Página 35.

Quiero manifestar con carácter previo, y ante cualquier posible lectura fundamentalista de mis palabras, algunas consideraciones que creo son esenciales y que, en el marco de una cierta situación de serenidad en la sociedad, constituirían aclaraciones innecesarias. En tal sentido quiero reiterar lo siguiente:

- A. Que los principales culpables de la situación vivida son quienes cometen los actos ilícitos.
- B. Que reclamar rigor en la persecución de los mismos, no supone ni tiene nada que ver con demandar impunidad.
- C. Que evidentemente es más positivo que los hechos afloren y que se juzguen, antes que la situación contraria.

Ahora bien, con la misma claridad con la que afirmo lo anterior, también debo señalar que:

- A. Un Estado de Derecho exige el respeto de determinadas garantías procesales.
- B. El fin en Derecho no justifica ni todos ni cualquier medio.
- C. La divulgación de los supuestos de corrupción con ser necesaria ante la sociedad, ni puede ni debe gestionarse tal y como se está llevando a cabo hasta este momento.

Me explico. La filtración del secreto de las investigaciones criminales en materia de corrupción es un gravísimo problema con el que nos hemos acostumbrado a convivir y que no se puede tolerar.

Podría explicársenos ante qué clase de paradoja nos sitúa el hecho de que unos testigos no puedan conocer lo que declaran otros en sede judicial, cuando basta acceder a un medio de comunicación minutos después de la declaración, para obtener la información de lo que en ella se ha manifestado.

La fase de instrucción es, por definición inquisitiva, en ella se investiga, y ese principio de investigación prevalece, con todas las matizaciones propias del Estado de Derecho y de nuestras garantías procesales, frente a la *igualdad de armas* que se pone de manifiesto en la fase de juicio oral.

En nuestro país se filtran diligencias en fase de instrucción, se filtran informes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, se filtran declaraciones y opiniones de todo tipo. Hay letrados que por la mañana están personados en una causa penal y después de comer comparecen en una tertulia televisiva a dar cuenta de lo actuado en las diligencias sumariales secretas de esa mañana y hay instructores que anuncian sus resoluciones por medio de improvisadas ruedas de prensa en la puerta de los juzgados. Todo ello permite, en no pocas ocasiones, difundir versiones interesadas,

aprovechándose la extraordinariamente larga fase de instrucción para *hacer política* con relación a unos hechos que, según las reglas de nuestro ordenamiento, sólo van a conocerse con total amplitud y con *igualdad de armas*, en la fase de juicio oral.

El destrozo que ello provoca a nuestro entramado social es demoledor. Un país que durante años, se desayuna con crónica de tribunales es un país enfermo. Se decía antes que en cada español había un seleccionador nacional de fútbol y podríamos decir ahora que, en cada español, hay un instructor de causas penales. Se ha vulgarizado el tratamiento de estos asuntos de una forma insostenible hasta el punto de que nuestros debates habituales a nivel de calle pasan por lo acertado o erróneo de las decisiones de instructores que, en esta época de crisis, han pasado a ser nuestros referentes como sociedad.

El juicio oral no interesa a nadie. De hecho, cuando esa fase del procedimiento llega –y esa fase si es pública y en ella es cuando la sociedad puede apreciar con toda claridad la entraña de los hechos y de las conductas y cómo funcionan nuestros tribunales ante posiciones de partes perfectamente equilibradas– el asunto no interesa porque ya no es noticia, porque ya se ha *descontado*, porque ya se ha conseguido acabar con la reputación y con la carrera pública o política de los imputados, etc etc.

Creo que nada de lo que describo es exagerado y creo que pocas situaciones pueden ser más desviadas y más desafortunadas que la que venimos padeciendo. De hecho, creo que hay un damnificado principal de toda esta situación que es el poder judicial cuya independencia ha de ser respetada en todos los sentidos. Independencia respecto del poder político, por supuesto y desde luego, pero también independencia respecto de los medios, independencia respecto de las propias alabanzas o críticas de unos y de otros, según el sentido de la instrucción, e independencia –a veces y por difícil que ello sea dado que todos somos humanos–, también respecto del propio ego y el afán de protagonismo, o incluso de las propias convicciones personales ajenas al ámbito de la justicia de quien detenta una función de máxima responsabilidad en nuestro sistema de garantías constitucionales.

Ver a los jueces como objeto diario del debate social o incluso de manifestaciones de los partidarios del juez A frente a los partidarios del juez B, refleja la auténtica locura de la situación a la que hemos llegado. Esta visión entre *castiza y folclórica* de nuestra justicia, a la que nos está abocando el proceso que estamos viviendo, que sin perjuicio de que, en ocasiones, se camufle de adulación, parte de una absoluta falta de respeto por el poder judicial, por quienes lo desempeñan y por el Derecho, tiene que acabar y medios hay para ello si de verdad se quiere llevarlo a cabo.

En todo caso, para que tal situación cambiase sería necesario que las fuerzas políticas tomasen en consideración la lucha contra la corrupción como un objetivo

común y de Estado y no como una o su fundamental línea de actuación electoral. Es sonrojante que todavía puedan articularse discursos que vinculan la corrupción a una determinada tendencia política o ideológica, cuando con la experiencia de los años, sabemos que es un mal presente en nuestra y en otras sociedades y que todas las fuerzas políticas y todas las ideologías cuentan con ejemplos en su seno.

Un segundo elemento al que querría hacer referencia en este punto es quizá más complejo, de imposible desarrollo en estas líneas, pero que quiero dejar reflejado y sobre el que quiero llamar a la reflexión y me refiero al ámbito con el que se lleva a cabo la investigación criminal de hechos que tienen lugar en el seno de las administraciones públicas.

También en este punto, me parece que estamos asistiendo a un auténtico desenfoque de la situación, de más gravedad si cabe que el anterior, y que requiere de una valoración y un estudio mucho más detallado que el que pueden ofrecer estos comentarios.

Estamos asistiendo a una situación paradójica en el seno de las actuaciones de investigación de hechos de apariencia delictiva en el seno de las administraciones públicas. Me refiero a lo siguiente: el *iter* que sigue una denuncia de comportamientos ilícitos en las administraciones, pasa por los elementos siguientes:

- A. En primer lugar la denuncia. Automáticamente se da cuenta de ella en los medios de comunicación. La admisión a trámite que, en nuestro ordenamiento, sólo se rechaza en ocasiones muy puntuales ante una consolidada jurisprudencia en el sentido –lógico– del deber de investigar los hechos denunciados, constituye el punto de partida de una puesta en conocimiento público de los hechos que tiene un enorme impacto en los medios, por su novedad y porque se divulgan bajo la versión unilateral del denunciante.
- B. A partir de ahí, se inicia una cadena de detenciones. Extremo este que no acabo de comprender. En nuestro ordenamiento a los imputados se les citaba y sólo si se negaban a acudir a la citación, se les detenía. Ahora no, una novedad de nuestro mediático sistema de investigación que desconozco a qué reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal responde, viene dada por el hecho de que ahora se detiene a las personas, haciendo que el desvalor y el desprestigio de las mismas sea aún mayor en una fase de investigación de los hechos en la que resulta extraordinariamente difícil conocer la entraña y la realidad de lo que se imputa.
- C. A estas alturas del proceso, con la mera denuncia y, si ha habido detención, mas aún, el programa de *muerte civil* de los afectados está ya consumado. En ocasiones, el público, los espectadores del proceso, ya han emitido su dictamen de condena y todo lo que suceda a partir de ese momento pasa a ser irrelevante. Este panorama no creo que sea exagerado y da muestra de la deteriorada y cada vez peor calidad de nuestro sistema de garantías constitucionales.

- D. Tras esa fase de detenciones, en la que –insisto– se detiene a las personas para que vayan a declarar cuando no consta que se hubiesen negado a hacerlo, empieza una investigación en la que me gustaría diferenciar dos planos.
- a) De una parte, el de los comportamientos delictivos de aprovechamiento económico, básicamente el cohecho, en los que hay que reconocer a los investigadores una magnífica labor en la persecución de los ingresos ilícitos y en la detección de los mismos y,
 - b) de otra, el de la valoración de los comportamientos aparentemente injustos –básicamente la prevaricación y determinados supuestos de malversación–, extremo en el que creo que tenemos que hacer un profundo ejercicio de reflexión al que me referiré a continuación.
- E. Las Administraciones Públicas son organizaciones complejas, regidas por un procedimiento que tiene sus propias reglas técnicas como es el marcado por el ordenamiento administrativo. La prevaricación implica ante todo una ponderación de tipo jurídico y en torno a ella se están haciendo juicios de valor –en ocasiones– insostenibles y temerarios. Estamos asistiendo a informes, en fase de investigación, en los que se presenta como un *poderosísimo indicio de prevaricación*, algo que en términos de derecho administrativo sería una irregularidad no invalidante. Ni siquiera un supuesto de nulidad o de mera anulabilidad.
- F. De esta forma, se llega a una situación –pido perdón por la expresión– disparatada, en función de la cual, una vez se ha producido la denuncia, se pasa a realizar una investigación y una valoración en vía penal de las actuaciones administrativas, bajo un tamiz de legalidad superior incluso al que ejercería el propio orden contencioso administrativo. Dado que se da por probada la malévola intención de los funcionarios involucrados en la generación de la actuación administrativa, es necesario demostrar no ya que el acto sería perfectamente defendible ante el orden contencioso, sino que el acto es impecable, porque en otro caso, cualquier deficiencia, va a ser la prueba evidente de la malévola intención, del dolo delictivo que subyace a esa conducta denunciada.

Creo que este enfoque de las actuaciones que se produce en ocasiones, también nos obliga a una reflexión y que hay determinados conceptos que se deberían tener claros.

En primer lugar, la condición de funcionario o responsable del desempeño de una función pública, no convierte a quien la detenta en una suerte de presunto delincuente. Un funcionario no puede ser imputado por el hecho de que un sujeto privado haya realizado manifestaciones falsas en el seno del expediente que se somete a su conocimiento, entre otras cosas, porque frecuentemente ese funcionario no va a tener entre sus funciones, comprobar la veracidad de las afirmaciones que se realizan, que lo son bajo la estricta responsabilidad del solicitante. Un funcionario no puede ser

imputado sin atender al ámbito de responsabilidad y competencia del puesto bajo el que ha actuado o informado y bajo el precepto legal o reglamentario que determina el ámbito de sus cometidos y funciones en el concreto procedimiento o acto administrativo en el que ha emitido su parecer. Creo que estos planteamientos son razonables y tienen fundamento jurídico.

Creo, por lo demás, que la posición contraria, la mezcla de todo y de todos, el usted no podía ignorar, etc, nos coloca ante una situación poco deseable por muchas razones.

- A. En primer lugar, porque no es justo. Un funcionario interviene en un expediente con funciones regladas que le marca la Ley, responde de esas funciones, no de una especie de medio ambiente delictivo que se supone que se debía conocer y que todo el mundo da por hecho que se conocía –generalmente porque han transcurrido muchos años, en los que el asunto ha sido divulgado en los medios–.
- B. En segundo lugar, porque de esta forma se protege indirectamente a quien se ha apropiado ilegítimamente de fondos públicos. Al final el que ha falsificado datos, el que ha emitido manifestaciones inveraces y que además se ha lucrado con ello, acaba siendo, por obra y gracia de este sistema, no el *agente* sino la *víctima* del sistema. Seguramente es más noticia cuestionar la honorabilidad de los funcionarios que la de sujetos privados que han falsificado documentos para obtener indebidamente una trasferencia de recursos públicos, pero con la indebida e injusta generalización de los procesos, se acaba convirtiendo socialmente en víctima –*prácticamente un incauto que no tuvo más remedio que apropiarse de fondos públicos ante la invitación que le ofrecía una administración malévola y corrupta*– a quien es el primer y más evidente de los culpables.
- C. En tercer lugar, porque si en las administraciones cunde la percepción de que denunciar un hecho presuntamente delictivo, es la vía adecuada para que se acabe imputando a todo el que de una u otra forma haya podido tener relación con el mismo –a veces incluso al propio denunciante– y en un expediente administrativo pueden intervenir muchos sujetos que no tengan ni la más remota percepción de la existencia de un sustrato ilícito, mucho me temo que ello no va a favorecer las reglas de transparencia, de denuncia y de esclarecimiento de conductas irregulares en el seno de las mismas, generando un nuevo daño en la lucha contra la corrupción.

Creo, por todo ello, que es preciso reflexionar, insisto sosegadamente, desde la comunidad jurídica y bajo principios de Derecho, acerca de lo que estamos haciendo y acerca de hacia dónde nos conduce la situación que estamos viviendo. El derecho penal es una *ultima ratio*.

8. El efecto devastador sobre la sociedad

El impacto interior: Ya he hecho referencia a esta cuestión y no querría incurrir en reiteraciones innecesarias. El daño a la sociedad que genera la corrupción es demoledor, pero también lo es el daño que genera la necesidad de mostrar una situación generalizada de corrupción como argumento político o electoral.

El desprestigio de lo público nos debilita como proyecto en común y genera un efecto demoledor en una sociedad como la española, que quizá se ha caracterizado desde siempre en una menor afirmación de determinados valores colectivos que las de otros países de nuestro entorno.

El impacto exterior: Otro tanto sucede en el ámbito exterior. Cito en este sentido el Artículo *La Recuperación de la Imagen de España en la prensa internacional durante 2013*. Daniel Ramírez, OIE 2/2014 – 24/3/2014, publicado por el REAL INSTITUTO ELCANO⁵⁰. En dicho artículo se incluye un cuadro referido a las temáticas relacionadas con España en la prensa internacional en el año 2013, pudiendo constatar que la primera referencia socio política es la corrupción.

El factor más mencionado por referencia a la dimensión sociopolítica de España, en ese año fue la corrupción. En este sentido deberíamos analizar, cuál ha sido el volumen de noticias aparecidas en los medios respecto de procedimientos en fase de instrucción secreta y cuál el volumen de noticias aparecidas respecto de las fases de juicio oral. Ello nos daría una buena muestra de la calidad de nuestro sistema y de la escasa calidad de la información vertida en relación al mismo.

Igualmente por referencia a publicaciones del REAL INSTITUTO ELCANO, citamos el Artículo “Lloviendo sobre Mojado: Corrupción y Marca España⁵¹” de Javier Noya de 18 de febrero de 2013. Nos parece especialmente interesante la reflexión que realiza dicho autor en el párrafo que citamos a continuación:

“Además, también hay factores internos que pueden prolongar el efecto. La lentitud de la justicia española puede hacer que esto sea como la gota que va desgastando la piedra, poco a poco, pero de forma constante. Un rosario de noticias negativas en

⁵⁰ RAMÍREZ, DANIEL http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/imagen+de+espana/oie2-2014-ramirez-recuperacion-imagen-de-espana-prensa-internacional-2013. Daniel Ramírez, OIE 2/2014 – 24/3/2014, publicado por el REAL INSTITUTO ELCANO Señala dicho autor: *Al centrarse en la dimensión sociopolítica, se puede ver que es la temática de la “corrupción” la que más destaca con una diferencia de hasta 5 puntos porcentuales sobre el resto.[2] El resto de temáticas de la dimensión sociopolítica, aun siendo importantes, no obtienen una gran atención por parte de la prensa internacional.*

⁵¹ NOYA, JAVIER <http://www.blog.rielcano.org/corrupcion-y-marca-espana/> “LLOVIENDO SOBRE MOJADO: CORRUPCIÓN Y MARCA ESPAÑA” de Javier Noya de 18 de febrero de 2013. Javier Noya es el director del Observatorio de la Imagen de España, en el Real Instituto Elcano.

la prensa internacional durante dos o tres años es una agonía para la Marca España, pues el escenario probable puede ser que, en el mejor de los casos, por cada noticia de recuperación económica tengamos otra de corrupción y escándalo de Gobierno o Estado. En otras palabras: el mítico suplicio de Tántalo.”

Nuestra percepción interna es que toda noticia de corrupción es positiva si con ello se debilita al rival político. Ahora bien, somos un país todavía poco internacionalizado y deberíamos exigir mayor amplitud de miras para darnos cuenta del grave daño que esto nos provoca en el exterior.

En primer lugar es falaz e interesado considerar que la divulgación permanente en los medios es un elemento necesario para que las investigaciones criminales avancen. Creo que no es cierto. Nuestros jueces de instrucción no necesitan para llevar adelante su labor investigadora, que un periódico convierta esa labor en su principal serial de cabecera durante meses. De hecho, lo que marca nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal es exactamente lo contrario. Por lo tanto no se diga que la filtración interesada, la versión sesgada o la interpretación creativa del medio, están al servicio del buen fin de la justicia, porque esa auto-justificación es sencillamente falsa.

Sentado lo anterior, que el objeto diario de nuestros medios, sean los procesos penales en los que se encuentran involucrados responsables públicos, nos genera un grave daño en el plano internacional. Vivimos en un mundo enormemente globalizado –cosa que con frecuentemente ignoramos en España– en el que el impacto exterior de cualquier noticia en este sentido, nos daña de forma grave como sociedad. Daña a nuestros profesionales, a nuestras empresas, a la propia posibilidad de recibir inversiones, a nuestra percepción exterior en términos de seguridad jurídica etc.

Vivimos en un mundo muy global pero las empresas, por muy implantadas en el exterior que estén, siguen teniendo nacionalidad. Los prejuicios siguen existiendo en las mesas de negociación, las personas siguen calificando a veces a otros por razón de su procedencia y, mientras todo ello sucede, hay una sociedad muy ideologizada, ensimismada y pacata, que ha decidido que su mayor divertimento y su mayor timbre de gloria, es revolcarse diariamente en el fango de sus casos de corrupción que blande ante el Mundo orgullosa, sin necesidad de esperar a que se pueda llevar a cabo un juicio oral con las debidas garantías.

No podemos imaginar –y se de lo que hablo– el espectáculo regocijante que estamos dando en Latinoamérica, dañando vínculos tradicionales y muy importantes para nuestro país, convirtiéndonos en portada de los medios diariamente porque, por ejemplo y este sería sólo un caso, un coimputado ha decidido que va a colaborar con la justicia filtrando cada equis meses correos electrónicos a su disposición. Lo más desconcertante de todo, y aunque potencialmente ese imputado si tiene esos correos en su poder podría hacer desaparecer pruebas, es que encima se le consienta.

Todo ello nos daña como país, como sociedad, a nuestros profesionales, a nuestras empresas, a nuestra credibilidad ante terceros y sería bueno que también meditásemos sobre ello.

II. ¿TIENE SENTIDO EL PUBLIC COMPLIANCE?

1. La necesaria afirmación de los valores que inspiran la gestión pública

Hasta este punto, he hecho referencia a los factores que considero inciden en lo que sería una situación de partida, desde luego y en mi opinión manifiestamente mejorable, a la hora de analizar el estado de la prevención de los hechos delictivos en el seno de las administraciones públicas.

Creo que el grave daño que han ocasionado los casos de corrupción acaecidos en nuestro país, exige siquiera y aún con más motivo, la aplicación de técnicas de prevención que, por lo demás, resultan inexcusables si tenemos en cuenta la aplicación de las técnicas penales basadas en el cumplimiento normativo en el seno de las organizaciones complejas, básicamente sociedades y administraciones.

Esas técnicas de prevención persiguen varias cosas:

- A. Establecer como objetivos de la propia organización determinados criterios y estándares éticos de conducta.
- B. Transmitir a quienes son miembros de esas organizaciones, que lo que se espera y persigue de ellos y de su labor, es el respeto a esos principios éticos.
- C. Impedir que la complejidad de las propias estructuras dificulte la atribución de responsabilidades por medio de la *dilución* de aquellas en el seno de la propia organización.
- D. Desde luego, prevenir la comisión de hechos delictivos.
- E. Y en los casos en los que aquellos tienen lugar, facilitar una más eficaz identificación de los responsables. Evidentemente el *compliance* por sí mismo no permite impedir que pueda llegar a cometerse un delito, ahora bien, bajo un programa de cumplimiento normativo en el que se han detectado los riesgos, se ha informado a los responsables, se han transmitido los valores y principios propios de una recta administración, el que delinque, desde luego, va a ser difícil que pueda apelar a errores de prohibición, falta de conciencia ante la antijuridicidad de los hechos y cuestiones semejantes y, desde luego, como he indicado antes, va a favorecer un elemento importante en la lucha contra la corrupción como es la más rápida e individualizada identificación de los autores de la conducta ilícita.

En un programa de cumplimiento normativo, también en el caso de las Administraciones Públicas o *public compliance*, concurren una serie de elementos a los que me referiré posteriormente, si bien quiero aludir en este punto a uno de ellos, como es el referido a la formación en los valores que inspiran la gestión pública.

Los valores de la gestión pública son diferentes de la gestión privada. En mi opinión –y como decía he estado en ambos lados–, no estamos ante esferas contradictorias sino complementarias, desde luego distintas, y quien no lo entienda se constituye por ese sólo hecho en un evidente factor de riesgo para la gestión de los asuntos públicos.

Durante años se ha jugado con la introducción de conceptos de tipo empresarial en las administraciones públicas y sinceramente creo que la experiencia no es positiva. La gestión de los asuntos públicos, tiene unas reglas y unos valores –ni mejores ni peores– pero que son distintos a los que inspiran la gestión de los asuntos privados. En todo caso, me referiré brevemente a esta cuestión en la última parte de este trabajo.

Durante años, los procesos formativos del personal al servicio de las administraciones públicas se han basado en la formación en los artículos de la Ley 30/92. Según el nivel profesional del colectivo funcional afectado, hemos dedicado horas y horas lectivas, ya sea en el INAP o en el caso de Andalucía en el IAAP a explicar las leyes de procedimiento, cómo se realizan las notificaciones, las reglas del procedimiento sancionador, etc. Ahora bien y seguro que habrá honrosas excepciones de ello, no nos hemos dedicado a explicar a los funcionarios –y cada uno es importante en el nivel de la organización administrativa en el que se encuentra– los valores que inspiran la gestión pública.

No hemos explicado que la gestión de los recursos públicos exige un estándar de eficacia superior incluso a la que cabe exigir en el ámbito privado. Que la gestión de recursos públicos en términos de definición de las organizaciones supone, por definición, optimizar recursos necesariamente limitados. Que la realidad de los estados de ingresos en los presupuestos constituye un deber insoslayable. Que la morosidad no es una opción a libre albedrío del gestor público, sino un comportamiento reprochable. Que el principal deber de una administración es cumplir la ley y ser objetiva e imparcial. Que las peticiones de los ciudadanos por absurdas que nos puedan parecer a veces, se tramitan y se resuelven. Que el respeto es un imperativo en el trato al ciudadano y que todo funcionario es primero un servidor público y segundo un garante de los derechos de sus conciudadanos en la mayor o menor medida en la que se lo permita el ámbito de desempeño de sus funciones.

Esa formación en los valores que implica la pertenencia a una administración pública es esencial, hace ver al funcionario que ese puesto es algo más importante que un mero empleo, generalmente de por vida.

Citamos en este sentido el trabajo de María de Miguel, Gabriela Ribes, Blanca de Miguel y María del Val Segarra del Dpto. de Organización de Empresas de la Universidad Politécnica de Valencia presentado al *XV Congreso Nacional de Ética de la Economía y de las Organizaciones El Buen Gobierno de las Organizaciones*⁵² En este trabajo, sus autoras sistematizan los principios de buen gobierno resultantes del "Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (AGE) aprobado en 2005 y que citamos, por referencia a su obra en la nota al pie n.º 52. Constituye, en mi opinión, una muy detallada relación de los valores que han de inspirar la gestión pública.

Desde entonces, sin embargo, los principios del Buen Gobierno aplicados a la Administración Pública, en lo que se ha dado en calificar como "Gobernanza" se han trasladado a nuestros textos legislativos de forma reiterada y a la propia estructura organizativa de las administraciones. En el caso de la Administración General del Estado, por la vía de la Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) o por la vía de la creación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁵³.

Ahora bien, sin dejar de reconocer los avances, corremos el riesgo de proceder con la inmadurez con la que ya hemos asimilado otros conceptos. Se pone *de moda la gobernanza* y la transparencia, nuestras estanterías se llenan de manuales, hacemos una venta *orgánica* del fenómeno –*si en lo privado para no afrontar un problema se crea una comisión, en lo público se crea un órgano*– y seguimos sin acudir a las causas del problema. Es evidente que todo supone una mejora –también el *compliance*– pero no servirá de nada si no evolucionan en la misma medida los conceptos y las convicciones de quienes tienen relación con las administraciones públicas.

Es relevante en este proceso, citar el contenido del Artículo 26 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.⁵⁴

⁵² <http://www.eben-spain.org/docs/Papeles/XV/deMiguelRibesdeMigueldeVal.pdf> MARÍA DE MIGUEL, GABRIELA RIBES, BLANCA DE MIGUEL Y MARÍA DEL VAL SEGARRA **EL BUEN GOBIERNO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA PRINCIPIOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS**: Dpto. de Organización de Empresas Universidad Politécnica de Valencia.

⁵³ http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home

⁵⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887>

Artículo 26. Principios de buen gobierno.

1. Las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de este título observarán en el ejercicio de sus funciones lo dispuesto en la Constitución Española y en el resto del ordenamiento jurídico y promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas.

2. Asimismo, adecuarán su actividad a los siguientes:

a) Principios generales:

1.º 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.

2.º Ejercerán sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios.

3.º Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.

A lo anterior, deberíamos añadir la identificación de los principios de gobernanza en materia específicamente presupuestaria, pudiendo citar a dicho efecto el documento de la OCDE sobre Gobernanza Presupuestaria.⁵⁵

A su vez y en este sentido, podemos citar los principios de la Ley 2/2012 de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera: Estabilidad, sostenibilidad, plurianualidad, transparencia, eficiencia, responsabilidad y lealtad institucional.

4.º Asegurarán un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones.

5.º Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos.

6.º Mantendrán una conducta digna y tratarán a los ciudadanos con esmerada corrección.

7.º Asumirán la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente.

b) Principios de actuación:

1.º Desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses.

2.º Guardarán la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias.

3.º Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento.

4.º Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones.

5.º 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.

6.º 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.

7.º Desempeñarán sus funciones con transparencia.

8.º 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.

9.º No se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales.

3. Los principios establecidos en este artículo informarán la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en este título.

⁵⁵ Recomendación del Consejo sobre GOBERNANZA PRESUPUESTARIA de 18 de febrero de 2015

Los diez principios de buena gobernanza presupuestaria predecibles para la política fiscal

- 1. Gestionar los presupuestos dentro de límites claros, creíbles y*
- 2. Alinear estrechamente los presupuestos con las prioridades estratégicas a mediano plazo del gobierno.*
- 3. Diseñar el marco del presupuesto de capital con el fin de satisfacer las necesidades nacionales de desarrollo de forma rentable y coherente.*
- 4. Asegurar que los documentos y datos presupuestarios son abiertos, transparentes y accesibles.*
- 5. Propiciar un debate incluyente, participativo y realista sobre las alternativas presupuestarias.*
- 6. Presentar cuentas completas, exactas y fiables de las finanzas públicas.*
- 7. Planificar, gestionar y supervisar activamente la ejecución del presupuesto.*
- 8. Garantizar que los resultados, la evaluación y la relación coste/prestación forman parte integrante del proceso presupuestario.*
- 9. Identificar, evaluar y gestionar con prudencia la sostenibilidad a largo plazo y otros riesgos fiscales.*
- 10. Promover la integridad y calidad de las previsiones presupuestarias, los planes fiscales y la implementación presupuestaria mediante un riguroso control de calidad que incluya una auditoría externa.*

Contamos por lo tanto, con una adecuada identificación de los valores que han de ser tenidos en cuenta en la gestión de los asuntos públicos, siendo esa formación en valores específicamente vinculados al desempeño de la actividad de la entidad pública de que se trate, uno de los cometidos esenciales a los que debe responder un programa de cumplimiento normativo.

Esa formación en valores que hoy en día se aplica en buena parte de las compañías privadas, es impensable que no se estuviera produciendo en el seno de las administraciones públicas. No tiene sentido que un joven titulado que accede a una compañía privada reciba formación en cuanto al sentido ético de los negocios que desarrolla esa sociedad y a los factores reputacionales que afectan a la misma y, sin embargo, un funcionario o empleado público no reciba formación alguna al respecto.

Ese elemento de formación en los valores que inspiran la gestión pública constituye, por lo tanto, un elemento esencial en la prevención de comportamientos impropios en el seno de las administraciones públicas y en la propia mejora continua en el funcionamiento de las entidades y organismos públicos.

2. El *public compliance* como un elemento que no trata de sustituir los controles propios de la gestión pública, sino de completar aquéllos con un adecuado programa de prevención

Un segundo elemento al que tenemos que hacer referencia, es el concerniente a la necesidad de los programas de cumplimiento normativo, especialmente en el caso de los entes instrumentales.

Nuestro ordenamiento jurídico administrativo no ha sido capaz de establecer una disciplina uniforme ni homogénea en el trato de los entes instrumentales. De hecho, resultó en su momento muy llamativo que la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado tratase de someterlos a una cierta disciplina en cuanto a identificar reglas claras de aplicación a los mismos y que rápidamente ese planteamiento se viese *superado* por la existencia de todo un conjunto de entes que aludían a su régimen jurídico específico en virtud de su propia ley de creación. De hecho, no por el número aunque sí por la entidad de los entes afectados, eran casi más las excepciones que los organismos sometidos al régimen jurídico pretendidamente uniformador, introducido en dicha disposición.

Es evidente que, a mayor especificidad del órgano y mayor presencia de mecanismos híbridos de gestión con presencia de actuaciones no sólo en régimen de derecho público, mayor y más acuciante necesidad de la aplicación de los programas de cumplimiento normativo.

En este sentido, conviene hacer una precisión. La finalidad de los programas de cumplimiento normativo es la prevención del delito, ahora bien, no cabe duda que, junto a ello, la efectiva aplicación de tales programas permite proteger en términos de responsabilidad a las propias entidades. En este sentido, se ha visto una evidente conexión entre el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas establecido en el Artículo 31 del Código Penal y la aplicación de los referidos programas de cumplimiento.

Es por ello que el hecho de que el Artículo 31 quinquies del Código Penal, determine que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se aplica *al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*, no debe sin embargo suponer que dichas administraciones dejen de asumir programas de cumplimiento normativo, renunciando a la aplicación de mecanismos de prevención que, sin embargo, son exigibles en el sector privado.

No se trata de duplicar controles o de alterar procedimientos que, además en el caso de las entidades públicas, frecuentemente van a venir determinados por normas jurídicas. Se trata de formar, identificar claramente en una organización los principales focos de riesgo delictivo existentes en la misma y orientar a toda esa organización –sobre la base de los controles y los procedimientos existentes– a la más eficaz prevención de esos focos de riesgo delictivo.

Es cierto que, en ocasiones, las propias recomendaciones derivadas de los programas de cumplimiento, pueden suponer iniciativas de mejora de procesos, ahora bien, el concepto es más amplio que todo ello y desde luego ni persigue ni se basa en la duplicación de procedimientos o en la modificación de los propios procedimientos normados de control.

Finalmente indicar que el cumplimiento normativo no es una mera referencia formal, no es algo con lo que –y pedimos perdón por la expresión– cubrir el expediente y no lo es porque en los supuestos en los que se evidencia la comisión de un hecho delictivo, uno de los factores que se va a analizar es la propia credibilidad del plan de cumplimiento normativo, la acertada identificación o no de los riesgos que se haya llevado a cabo en el mismo, si aquél se ha aplicado con rigor y si se ha hecho partícipe del mismo a las personas presentes en la organización.

3. La prevención en un doble plano: El del funcionamiento interno de las Administraciones Públicas y el de los operadores privados en su relación con las Administraciones Públicas

Como he indicado anteriormente, un enfoque preventivo serio, en relación con los delitos en el seno de las administraciones públicas, pasa por actuar en el plano, tanto de las propias administraciones, como de los operadores privados que interactúan –especialmente en el ámbito de la empresa–, con tales sujetos de naturaleza pública.

Se hace preciso afianzar conceptos de gestión pública en quienes específicamente tienen atribuidas tales responsabilidades, a la vez que se hace necesario transmitir al sector privado las propias reglas y principios y los límites que marcan y han de marcar sus relaciones con la propia administración.

Sólo actuando en ambas vías, podemos afrontar una política rigurosa de prevención y sólo actuando en ambas –y en esto el sector privado es fundamental– lograremos poder transmitir a la ciudadanía mayores niveles de transparencia. No cabe olvidar que la percepción acerca del funcionamiento de las Administraciones Públicas es, en gran medida, la propia percepción que tienen los sujetos, ciudadanos, profesionales y empresas, que se relacionan con ellas.

Creo que si la punición como elemento de política legislativa se muestra como una fórmula que no puede ser la única y que, sobre todo y por si misma, no puede servir de argumento que justifique enteramente la reacción frente al comportamiento ilícito, la unilateralidad del enfoque que considera como destinatarios únicos del mismo a políticos y funcionarios, constituiría un nuevo error.

Por esta razón, a la hora de proponer un programa de cumplimiento normativo referido a la prevención de los principales tipos delictivos respecto del funcionamiento de las Administraciones Públicas, debemos hacer referencia a los dos ámbitos de la cuestión, de una parte las entidades públicas, teniendo en cuenta además los matices que existente entre los órganos propiamente administrativos y los entes instrumentales según su respectiva naturaleza jurídica y, de otra parte, las empresas que en el desarrollo de su actividad entran en contacto con las Administraciones.

A ambas vertientes de la cuestión se refieren los dos planteamientos de programa de cumplimiento a los que nos referimos a continuación.

A LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

a) Fase I.

IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS

- Definición detallada del marco jurídico aplicable a la entidad pública de que se trate
- Identificación del régimen presupuestario aplicable a la misma
- Identificación del régimen de contratación aplicable a la misma
- Identificación del estatuto jurídico funcional o laboral del personal que presta servicios en la misma
- Conocimiento, en el caso del personal laboral, de las normas convencionales que rigen.
- Identificación del régimen patrimonial de la entidad.
- Conocimiento de sus activos y derechos de contenido patrimonial.
- Régimen jurídico de los actos adoptados por el organismo.
- Régimen jurídico de responsabilidad aplicable a las decisiones del organismo y/o entidad de que se trate.

En nuestra opinión, un programa de cumplimiento normativo genérico, basado en la mera adaptación de modelos preexistentes no es eficaz. La precisa determinación del régimen jurídico aplicable a una entidad de naturaleza jurídico pública o con presencia de entidades públicas en su capital, debe comprender la precisa definición y el adecuado conocimiento por parte de quienes implementan el programa de cumplimiento normativo, al menos, de los elementos que acabamos de describir.

IDENTIFICACIÓN DE RIESGO

- Realización del mapa de riesgos reputacional y penal del organismo o entidad pública de que se trate. Dicha labor implica:
 - Entrevista con sus responsables y con quienes desempeñan labores de control de gestión del organismo.
 - Examen de los previos incidentes que, en materia de reputación, responsabilidad y en su caso imputación penal de sus miembros, haya podido padecer la entidad.
 - Conocimiento de las principales acciones judiciales en las que se encuentra involucrado o se ha encontrado involucrado el organismo.
 - Precisa identificación de los cometidos y funciones del organismo o entidad en el seno de la organización administrativa a la que pertenece.
 - Precisa identificación de la capacidad del organismo o de la entidad en materia de ingresos y gastos públicos.
 - Definición de los ámbitos de actuación en los que el organismo entra en relación con actividades y sujetos privados.

- Definición de los sectores empresariales con los que, por razón de su actividad, va a presentar una especial relación el organismo o la entidad de la que se trate.
- Definición de las líneas de vinculación o dependencia que el organismo o la entidad de que se trate, presenta con la administración pública de referencia, e identificación de los centros directivos que resultan esenciales a esos efectos.
- Identificación de los controles de legalidad, oportunidad y eficacia que tiene el propio organismo.
- Identificación de los controles en materia de ejecución de ingresos, administración de recursos públicos y ejecución de gasto que tiene el propio organismo.

IDENTIFICACIÓN DEL RIESGO

- Realización de un diagnóstico de riesgo penal y reputacional adecuado a la naturaleza del organismo o de la entidad. A estos efectos, no cabe partir de modelos formales preestablecidos, sino que debe tomarse en consideración la concreta actividad de la entidad, pudiendo citar a dicho efecto, los ejemplos siguientes:
 - Mapa de riesgos respecto de entidades públicas con capacidad para la contratación.
 - Mapa de riesgos respecto de entidades públicas con capacidad para el otorgamiento de subvenciones y ayudas públicas.
 - Mapa de riesgos para entidades de capital público que intervienen en la oferta de bienes y servicios al mercado.
 - Mapa de riesgos para entidades con una significativa capacidad de administración de patrimonio público.
 - Mapa de riesgos para entidades de alta capacidad inversora.
 - Mapa de riesgos para entidades que ejercen la potestad expropiatoria, ya sea como expropiantes en el caso de la administración o como beneficiarios en el caso de entes instrumentales.
 - Mapa de riesgos para entidades públicas que intervienen en operaciones de financiación.

Hemos citado solamente algunos de los ejemplos que podemos encontrarnos y que condicionan absolutamente, en función de la actividad o actividades que desarrolle una entidad pública, la identificación de los principales riesgos de naturaleza penal y reputacional que pueden afectar a su desempeño. En todo caso, el mensaje es el mismo, no valen las soluciones estandarizadas y la detección del riesgo penal en el seno de las administraciones públicas, tiene que ser estrictamente adecuada a la naturaleza de las actividades realizadas por la entidad de que se trate.

b) Fase II.

DEFINICIÓN Y APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE PREVENCIÓN PENAL (I)

En función de la precisa definición de los riesgos a la que hemos hecho referencia en los cuadros anteriores, se ha de elaborar el programa de prevención penal que conlleva, al menos, lo siguiente:

- Definición de aquellos valores y principios de buena administración que siendo aplicables al ámbito de las administraciones públicas, se adecúan en mayor medida a la naturaleza de la actividad del organismo público objeto del programa.
- Definición del programa de formación del personal del organismos en los referidos principios y valores, partiendo de los elementos siguientes:
 - Formación general en dichos principios a todo el personal del organismo.
 - Formación específica para aquellos sujetos identificados en puestos claves de responsabilidad o de riesgo. Estos puestos de riesgo no tienen por qué coincidir necesariamente con la posición que se ocupa en la estructura jerárquica del organismo. Un funcionario de Grupo C encargado de custodiar documentos de un proceso de licitación, puede presentar un nivel de riesgo muy elevado en comparación con personas que se encuentren en niveles jerárquicos superiores.
- Identificación de las personas claves en el organismo de cara a la aplicación del programa de cumplimiento normativo.
- Identificación de los niveles de riesgo en función de su concreto cometido y competencia, que afectan a los miembros de la entidad pública o del organismo de que se trate.
- Interlocución con los responsables del organismo y con las personas identificadas como claves para la aplicación del programa de cumplimiento en el análisis de las propuestas de mejora de procesos que hayan de implementarse como consecuencia de la aplicación del programa de cumplimiento normativo. Este último aspecto, creemos que es especialmente relevante. La realización de propuestas de mejora de procesos que estén desconectadas de la realidad y de las necesidades del organismo, de forma que puedan dar lugar a una práctica paralización de su actividad o que sean incompatibles con las propias necesidades de su funcionamiento, vuelve a convertir al programa de cumplimiento normativo en algo perfectamente inútil. El programa de cumplimiento debe ser riguroso a la vez que aplicable.

DEFINICIÓN Y APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE PREVENCIÓN PENAL (II)

- Propuesta de mejora de procesos. Como ya hemos indicado anteriormente el programa de cumplimiento normativo público, ni pretende sustituir los controles legales de las entidades públicas, ni puede introducir modificaciones de aquellas materias que están reguladas desde el punto de vista normativo. Ahora bien, dentro del margen de actuación de dichas normas el programa de cumplimiento puede y debe establecer mecanismos de mejora y efectividad de controles y pro-

cesos, sencillamente porque una de sus obligaciones es asesorar a la entidad en la focalización de su actividad de prevención y control hacia la eliminación de los principales ámbitos de riesgo delictivo que le afectan.

- Propuesta de adaptación de las normas generales de buen gobierno de gobernanza pública a las particularidades propias del organismo.
- Revisión, en términos de aplicación de las normas de buen gobierno de gobernanza pública, de la carta de servicios del organismo.
- Propuesta de revisión de controles y procesos internos de decisión en la eliminación de los principales focos de riesgo penal por parte del organismo.
- Propuesta de aplicación de procedimientos de verificación y control en la implementación del programa de cumplimiento normativo del organismo o de la entidad pública de que se trate.
- Identificación de potenciales supuestos de conflicto de interés en el funcionamiento de la entidad en virtud de la actuación de sus responsables.
- Previsión e implementación de canales de denuncia.
- Identificación de las personas que han de tramitar y esclarecer las denuncias que puedan formularse.
- Identificación de procedimiento de tratamiento de la denuncia y esclarecimiento de los hechos denunciados.

c) Fase III.

CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

- Evaluación de la aplicación del programa de cumplimiento normativo.
- Evaluación del funcionamiento de las medidas de mejora de procesos.
- Evaluación del cumplimiento de las medidas de mejora de control en la adopción de decisiones.
- Evaluación del cumplimiento de los programas de formación.
- Evaluación de la percepción por parte del personal de la entidad del sistema de valores y principios incorporado al programa de cumplimiento normativo.
- Interacción con las personas identificadas como claves en la aplicación del programa de cumplimiento normativo.
- Interacción con los responsables de los procedimientos de control e intervención en el seno del organismo o entidad pública de que se trate.
- Evaluación del funcionamiento del canal de denuncias.
- Evaluación del tratamiento y tramitación seguida con las denuncias formuladas.
- Revisión periódica del programa de cumplimiento normativo.

Tan importante como la existencia de un programa de cumplimiento normativo o de prevención penal, es la evaluación periódica de su cumplimiento, así como la

adaptación del mismo a nuevas situaciones de riesgo que, en función de elementos sobrevenidos, puedan afectar a la propia conducta del organismo.

B LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO ORIENTADOS A LA PREVENCIÓN DE DELITOS CONTRA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ÁMBITO DE LAS SOCIEDADES QUE TIENEN RELACIONES CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

a) Fase I.

IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS

- Definición detallada del marco jurídico aplicable a la sociedad y a sus principales ramas de actividad y negocios.
- Identificación de los puntos de conexión de la actividad de la sociedad con administraciones, autoridades y funcionarios públicos.
- Identificación de los procedimientos de licitación a los que puede tener acceso la sociedad en el marco de su actividad ordinaria y de desarrollo de negocios.
- Identificación de los criterios de selección de agentes y representantes de comercio por parte de la sociedad.
- Identificación de los criterios de selección de socios para afrontar proyectos de inversión.
- Identificación del régimen de derechos, obligaciones y responsabilidades que afecta al personal de la compañía, particularmente a los integrantes de sus órganos de administración y de dirección.
- Identificación de aquellos ámbitos de actuación de la compañía dependientes de decisiones de autoridades y funcionarios públicos.
- Identificación del régimen de control financiero de la sociedad.
- Identificación de los procedimientos de inversión y gasto en la sociedad.
- Identificación de los procedimientos de contratación de la sociedad.
- Identificación de los principales ámbitos de responsabilidad vinculados a la actuación de la sociedad.

En nuestra opinión, un programa de cumplimiento normativo genérico, basado en la mera adaptación de modelos preexistentes no es eficaz. La precisa determinación del régimen jurídico aplicable a una sociedad, por lo que se refiere a sus principales ámbitos de relación con las administraciones públicas, debe comprender la precisa definición y el adecuado conocimiento por parte de quienes implementan el programa de cumplimiento normativo, al menos, de los elementos que acabamos de describir.

IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS

- Realización del mapa de riesgos reputacional y penal de la sociedad en su relación con ámbitos de actuación de las administraciones públicas. Dicha labor implica:

- Entrevista con sus responsables y con quienes desempeñan labores de control de gestión de la sociedad.
- Examen de los previos incidentes que, en materia de reputación, responsabilidad y en su caso imputación penal de sus miembros, haya podido padecer la sociedad.
- Conocimiento de las principales acciones judiciales en las que se encuentra involucrada o se ha encontrado involucrada la sociedad.
- Precisa identificación de los procedimientos de toma de decisión en el seno de la sociedad, en aquellas materias que entran en relación con el funcionamiento de las administraciones públicas.
 - Procedimientos de formulación de ofertas.
 - Procedimientos de seguimiento de la información procedente de los entes públicos.
 - Procedimientos de preservación del secreto en la información y prevención de conductas anti competitivas en materia de licitaciones públicas.
- Precisa identificación del alcance de los intereses patrimoniales de la sociedad dependientes de decisiones procedentes de las administraciones públicas.
- Definición de los ámbitos de actuación en los que la sociedad entra en relación con actividades y sujetos públicos.
- Identificación de los controles de legalidad, oportunidad y eficacia que tiene la propia sociedad.
- Identificación de los controles en materia de ejecución de gastos e inversiones por parte de la sociedad.

IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS

- Realización de un diagnóstico de riesgo penal y reputacional adecuado a la naturaleza de la sociedad. A estos efectos, no cabe partir de modelos formales pre-establecidos, sino que debe tomarse en consideración la concreta actividad de la compañía, pudiendo citar a dicho efecto, los ejemplos siguientes:
 - Mapa de riesgos respecto de sociedades concesionarias de la administración.
 - Mapa de riesgos respecto de sociedades subvencionadas por la administración.
 - Mapa de riesgos para sociedades contratistas de la administración, diferenciando en este caso, la situación de riesgo en el caso de contratos de ingeniería, procura y construcción (EPC) o de resultado, con la situación de riesgo propia de los contratistas de suministros y servicios.
 - Mapa de riesgos para entidades y sociedades privadas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Sectores Excluidos (agua, energía, transporte y servicios postales).
 - Mapa de riesgos para sociedades reguladas.
 - Mapa de riesgo para entidades financieras sometidas a disciplina e intervención de entidades de crédito.
 - Mapa de riesgo para sociedades prestadoras de servicios de consultoría y asistencia a las administraciones públicas.

- Mapa de riesgos para entidades titulares de permisos de investigación y explotación de recursos naturales.
- Mapa de riesgos para entidades privadas que intervengan en operaciones de financiación dotadas con créditos públicos.

Hemos citado solamente algunos de los ejemplos que podemos encontrar y que condicionan absolutamente, en función de la actividad o actividades que desarrolle la sociedad, la identificación de los principales riesgos de naturaleza penal y reputacional que pueden afectar a su desempeño en relación con las administraciones públicas. En todo caso, el mensaje es el mismo, no valen las soluciones estandarizadas y la detección del riesgo penal en el seno de las sociedades en su relación con las administraciones públicas, tiene que ser estrictamente adecuada a la naturaleza de las actividades realizadas por la sociedad de que se trate.

b) Fase II.

DEFINICIÓN Y APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE PREVENCIÓN PENAL

En función de la precisa definición de los riesgos a la que hemos hecho referencia en los cuadros anteriores, se ha de elaborar el programa de prevención penal que conlleva, al menos, lo siguiente:

- Definición de aquellos valores y principios éticos que siendo aplicables a la sociedad, condicionan de forma clara sus pautas de conducta ante administraciones, autoridades y funcionarios públicos.
- Definición del programa de formación del personal de la sociedad en función de que su desempeño tenga relación con las actividades de las administraciones, autoridades y funcionarios públicos.
 - Formación general a todo el personal en relación con los principios que inspiran el funcionamiento de las administraciones públicas.
 - Formación, en particular al personal responsable de las áreas de desarrollo de negocio, en relación con la normativa que a nivel nacional e internacional, previene el delito de corrupción de agentes públicos, ya sean nacionales o extranjeros.
 - Formación en particular al personal de las áreas de desarrollo de negocio, en relación con la normativa y buenas prácticas que a nivel internacional se han identificado en la contratación de agentes, representantes y mediadores.
 - Formación en particular al personal responsable de la gestión y control del gasto, en relación con las específicas buenas prácticas y recomendaciones a nivel nacional e internacional en relación con la prevención del delito de soborno.
 - Formación al personal de dirección en relación con la normativa de prevención del riesgo reputacional en la selección de socios y representantes.
 - Formación a los responsables de la gestión de concesiones administrativas.

- En el caso de sociedades en mercados regulados o con posición dominante, formación específica en materia de prevención de actos de abuso o colusión.
- Identificación de las personas claves en la empresa de cara a la aplicación del programa de cumplimiento normativo.
- Identificación de los niveles de riesgo en función de su concreto cometido y funciones, que afectan a los miembros de la empresa.
- Interlocución con los responsables de la empresa y con las personas identificadas como claves para la aplicación del programa de cumplimiento en el análisis de las propuestas de mejora de procesos que hayan de implementarse como consecuencia de la aplicación del programa de cumplimiento normativo. Este último aspecto, creemos que es especialmente relevante. La realización de propuestas de mejora de procesos que estén desconectadas de la realidad de las necesidades de la empresa, de forma que puedan dar lugar a una práctica paralización de su actividad o que sean incompatibles con las propias necesidades de su funcionamiento, vuelve a convertir al programa de cumplimiento normativo en algo perfectamente inútil. El programa de cumplimiento debe ser riguroso a la vez que aplicable.

DEFINICIÓN Y APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE PREVENCIÓN PENAL

- Propuesta de mejora de procesos. Evidentemente en el ámbito privado la posibilidad de incidencia en la mejora de procesos por parte del programa de cumplimiento normativo es superior a la que tiene lugar en el seno de las entidades públicas, por lo que el mismo debe establecer mecanismos de mejora y efectividad de controles y procesos.
- Propuesta de adaptación de las normas generales de buen gobierno al específico diagnóstico sobre riesgo penal en la relación con las administraciones públicas que se haya llevado a cabo en la sociedad de que se trate.
- Revisión y mejora de los procedimientos de oferta a licitación, contratación, inversión y gasto por parte de la sociedad.
- Propuesta de revisión de controles y procesos internos de decisión en la eliminación de los principales focos de riesgo penal por parte de la sociedad.
- Propuesta de aplicación de procedimientos de verificación y control en la implementación del programa de cumplimiento normativo de la sociedad.
- Identificación de potenciales supuestos de conflicto de interés en relación con administraciones, autoridades y funcionarios públicos en el funcionamiento de la sociedad.
- Previsión e implementación de canales de denuncia.
- Identificación de las personas que han de tramitar y esclarecer las denuncias que puedan formularse.
- Identificación de procedimiento de tratamiento de la denuncia y esclarecimiento de los hechos denunciados.

c) Fase III.

CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

- Evaluación de la aplicación del programa de cumplimiento normativo.
- Evaluación del funcionamiento de las medidas de mejora de procesos.
- Evaluación del cumplimiento de las medidas de mejora de control en la adopción de decisiones.
- Evaluación del cumplimiento de los programas de formación.
- Evaluación de la percepción por parte del personal de la sociedad acerca del sistema de valores y principios incorporado al programa de cumplimiento normativo en relación con situaciones de riesgo delictivo vinculadas al funcionamiento de las entidades públicas.
- Interacción con las personas identificadas como claves en la aplicación del programa de cumplimiento normativo.
- Interacción con los responsables de los procedimientos de control e intervención en el seno de la sociedad.
- Evaluación del funcionamiento del canal de denuncias.
- Evaluación del tratamiento y tramitación seguida con las denuncias formuladas.
- Revisión periódica del programa de cumplimiento normativo.

Tan importante como la existencia de un programa de cumplimiento normativo o de prevención penal, es la evaluación periódica de su cumplimiento, así como la adaptación del mismo a nuevas situaciones de riesgo que en función de hechos sobrevenidos, puedan afectar a la propia conducta de la sociedad.

III. CONSIDERACIONES FINALES: LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

1. Honestidad intelectual en el planteamiento. Hipocresía y demagogia como elementos que lastran la lucha real contra los factores generadores de corrupción.

Evidentemente el título que hemos dado a esta sección de nuestro trabajo, refleja claramente el planteamiento que vamos a desarrollar. La lucha contra la corrupción es una cuestión de Estado porque afecta a la propia entidad y credibilidad de las instituciones del Estado, entendiéndose por tal, el concepto que integra a todas las Administraciones Públicas que forman parte de la estructura institucional de nuestro país.

En tal sentido, y reclamando para este debate el sosiego que demandábamos para esta cuestión al inicio de nuestro trabajo, consideramos que la referida labor de lucha contra comportamientos ilícitos en las Administraciones es incompatible con su utilización política, con la pretensión de su aprovechamiento en beneficio propio y en perjuicio de terceros, con planteamientos demagógicos que, en el mejor de los casos, pueden revelar un absoluto desconocimiento de las Administraciones Públicas, y en el peor, una nula intención de mejora. Es incompatible con permanentes alegatos de superioridad ética y moral que, en no pocas ocasiones, se ven desmentidos en breve espacio de tiempo. La lucha contra la corrupción tiene por objeto eliminar comportamientos gravemente ilícitos, servirnos para mejorar como sociedad y como proyecto político de país, por ello utilizarla para expedir certificados de honradez, haciendo fatuos y falsos alardes de pureza y *expulsando del Templo* a todos los que no piensan igual, nos sitúa ante un discurso que, en primer lugar, no ayuda en nada a aquello que se pretende evitar y, en segundo lugar, tiene una finalidad muy poco inocente. Me remito a las consideraciones finales de la parte referida a la experiencia a nivel internacional, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, a la hora de indicar hacia donde creo que propenden –al menos así ha sido en el pasado y en diferentes países– ese tipo de discursos.

Por ello habría que reclamar normalidad, humildad en el análisis de la cuestión, reconocimiento de que este es un problema de todos, que ha afectado a todas las formaciones políticas, a todos los colectivos profesionales y también a todas las regiones de nuestro país. Probablemente todo lo contrario de lo que habitualmente percibimos cuando se analiza la cuestión desde el punto de vista del debate público.

Es en esa línea de debate en la que entiendo que determinados operadores jurídicos mantienen una posición silente que considero muy poco explicable. Por ejemplo y a esta cuestión me gustaría dedicar la parte final de este trabajo, no alcanzo a entender que, desde el punto de vista del Derecho Administrativo se hagan escasísimas aportaciones a este debate cuando es probablemente ahí donde tienen que analizarse buena parte de las causas que, en determinados momentos, favorecen la aparición de comportamientos ilícitos en la Administración.

2. La profesionalización de las Administraciones Públicas. El prestigio de la función pública

Es evidente que tiene que haber una política de función pública que tenga entre sus fines la lucha contra la corrupción. Cuando se alude a esta cuestión, generalmente se hace referencia a dos líneas de planteamiento: Mayores sanciones y el sueldo de los funcionarios como elemento favorecedor.

Como ya he venido indicando, la primera de las fórmulas entiendo que no es la única vía de solución y respecto de la segunda, considero que constituye un argumento que no deja de presentar un cierto elemento de denigración hacia la función pública.

Es más, creo que nos engañamos deliberadamente con soluciones que van *a lo fácil* y que no revelan una verdadera voluntad de mejora. Es mucho más fácil señalar a los funcionarios como sujetos susceptibles de ser corrompidos a consecuencia de sus bajos salarios –siendo este argumento de los bajos salarios de la función pública un principio bien aceptado por el resto de la población– que preocuparse por la motivación, el prestigio y la profesionalización de las Administraciones.

Creo que no es temerario afirmar que es mucho más peligrosa en términos de corrupción, una función pública desmotivada, que una función pública mal pagada.

El funcionario público, como cualquier profesional, tiene que ser consciente de la importancia de su propia función y de su trascendencia social y, en ese sentido, se han cometido muchos e importantes errores en las últimas décadas. Es cierto que, en un determinado momento hubo un prejuicio ideológico con determinados colectivos de funcionarios y es igualmente cierto que, en esos mismos momentos, se consideró que podían constituirse en una fuente de resistencia frente al mandato democrático, especialmente en el ámbito local y, sin perjuicio de lo injustificado de todo ello, lo cierto es que las medidas que se adoptaron para condicionar la posición de tales funcionarios, generaron un resultado nefasto.

Creo en este sentido, que las medidas adoptadas muy especialmente en relación con la posición de secretarios e interventores de la Administración Local, deben ser valoradas como positivas. Si ya en nuestro derecho histórico se entendió que la existencia de determinadas garantías a la posición de los responsables de los oficios públicos, constituía un refuerzo de su imparcialidad y contribuía a un más justo desempeño de su función, parece que puede haber pocos argumentos para criticar que se refuercen las garantías respecto de su estatuto jurídico y respecto del desempeño de sus funciones. Llamo la atención, en este sentido, sobre un comentario muy gráfico que se vertía en el año 2008 acerca de las medidas que en las décadas anteriores se habían adoptado respecto de dichos funcionarios de la Administración Local y que cito como nota al pie en este punto⁵⁶.

⁵⁶ <http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/15.htm> TOSCAS SANTAMANS, ELISEU. LAS NUEVAS NORMAS SOBRE LOS SECRETARIOS DE LOS AYUNTAMIENTOS EN ESPAÑA: UN EJEMPLO DE DESREGULACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (RESUMEN)ELISEU TOSCAS SANTAMANS. IES RAMON BERNGUER IV DE AMPOSTA (TARRAGONA)

En España, al igual que en Italia, las nuevas normas sobre los secretarios de los ayuntamientos, introducidas especialmente desde la década de 1990, se enmarcan en un proceso de desregulación de la función pública y suponen un veloz “retorno” al siglo XIX. En este proceso, el Estado está perdiendo competencias a favor de los dos niveles de gobierno situados inmediatamente por encima y por debajo del mismo: Europa y

Parece que admite pocas dudas que aquéllas administraciones públicas que presenten una función pública más consolidada, incorporan menores estándares en cuanto a la generación de supuestos de corrupción, que aquellas en las que los niveles de profesionalización del personal al servicio de las administraciones públicas son menores.

Aún cuando es un dato que admite muchas matizaciones, lo cierto es que según el estudio de la Fundación Hay Derecho: "*Corrupción Institucional y Controles Administrativos Preventivos*", la Administración Local incorpora el 48,5% de las condenas por delitos de corrupción entre los años 2011 y 2014 en España, frente a algo más de un 20% en el caso del Estado y otro tanto en el de la suma de todas las comunidades autónomas⁵⁷, es un porcentaje notablemente superior al *peso* que esa administración ostenta en el marco de la propia estructura institucional del Estado.

Ahora bien, la profesionalización entiendo que no implica solamente el respeto a los principios que determinan el mantenimiento de un determinado régimen estatutario, conlleva delimitación y reserva de funciones, y sobre todo, respeto al desempeño de las mismas.

Creo que factores tales como la sistemática violación de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, que en contados casos tiene trascendencia penal, pero que sin embargo constituye una de las que al principio de este trabajo calificábamos como *corruptelas* inexplicablemente admitidas, y comúnmente aceptadas por nuestra sociedad, constituye un elemento absolutamente rechazable que propende a la generación de redes y sistemas clientelares que, en absoluto, permiten defender una administración transparente y eficaz.

Creo igualmente que la laboralización de las Administraciones Públicas, tampoco es un *elemento positivo*, todo ello desde el más absoluto respeto para quienes prestan servicios para las mismas bajo ese régimen jurídico. Desconocer que el régimen propio de la función pública incorpora unas mayores garantías de imparcialidad e independencia respecto de la gestión de los asuntos públicos, es cuestionar lo obvio y creo que son criticables los planteamientos de revisión de ese principio de gestión pública que, por más que en ocasiones se consideren novedosos, encierran bien el prejuicio hacia lo funcional, bien la indisimulada voluntad de control político de los empleados públicos. Me parece muy interesante al respecto el comentario de Estibaliz Cabral Parra en el Blog Derecho Administración Pública

las regiones. Si las tendencias más involucionistas de las dos últimas décadas –verdadera cesura histórica– no se frenan, es probable que los secretarios municipales habilitados por el Estado del siglo XX (garantes de los derechos de los ciudadanos frente al caciquismo) pasen a convertirse en el siglo XXI en un "pequeño ejército de burócratas descalzos", como en el Ochocientos, lo que aumentaría la indefensión de la ciudadanía.

⁵⁷ <http://hayderecho.com/2015/06/14/estudio-de-la-fundacion-hay-derecho-corrupcion-institucional-y-controles-administrativos-preventivos/>

y Recursos Humanos⁵⁸ de fecha 28 de marzo de 2013 denominado *La Laboralización del Empleo Público*.

En definitiva, vivimos, de una parte, una auténtica vorágine social de lucha contra la corrupción cuando, sin embargo, todavía se plantean a nivel de organización interna de las Administraciones Públicas, políticas de gestión que no propenden a su erradicación, sino que pueden llegar a favorecerla.

3. La profesionalización de los centros directivos

Quiero hacer referencia muy brevemente a la comparación entre lo establecido en la Ley 6/97, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (cierto es que su derogación ya está anunciada por la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, actualmente en período de *vacatio legis*) y el régimen imperante en otras administraciones públicas. Decía la Exposición de Motivos de la Ley 6/97:

VIII. Como garantía de objetividad en el servicio a los intereses generales, la Ley consagra el principio de profesionalización de la Administración General del Estado, en cuya virtud los Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, en todo caso, y los Directores generales, con carácter general, son altos cargos con responsabilidad directiva y habrán de nombrarse entre funcionarios para los que se exija titulación superior. Además, a los Subdirectores generales, órganos en los que comienza el nivel directivo de la Administración General del Estado, también la Ley les dispensa un tratamiento especial para subrayar su importancia en la estructura administrativa.

Es cierto que, con algún matiz, este principio general se mantiene en la Ley 40/2015 (Arts. 66.2 para los Directores Generales, Art. 65.3 para los Secretarios Generales técnicos, Art. 63.3 para los Subsecretarios, si bien para los Secretarios Generales, se hace una remisión a la Ley 3/2015, que lo que viene a establecer es un juicio de idoneidad algo genérico).

En todo caso, que el desempeño de dichas funciones directivas que no se corresponden con el nivel estrictamente político de un Ministro o de un Secretario de Estado, tenga que ser ejercido por funcionarios del subgrupo A1 de cualquiera de las Administraciones Públicas, considero que constituye una evidente garantía.

No es el momento de introducir la referencia a los estudios que han tratado la delimitación entre la función política y la función administrativa aunque si la de remitirse a ellos. Es evidente que entre los directores generales que no han tenido una previa

⁵⁸ <http://derechoadpubyrrhh.blogspot.com.es>

trayectoria administrativa puede haber, y sin duda hay, personas y profesionales dignísimos y bien intencionados, ahora bien el director general es el responsable del correcto funcionamiento de los centros directivos, no *el agente transformador de la sociedad que debe propender a la aplicación de una determinada política*. No podemos pedir el mismo sentido de lealtad con la Administración Pública y lo que es lo mismo, con sus reglas de funcionamiento (Art. 103 de la Constitución) a quien tiene su referencia en el seno de la Administración a la que pertenece y en la que ha desarrollado su carrera, que a quien tiene su referencia en la sede provincial del partido.

Como señalaba anteriormente y parece que puede ser escasamente discutible, lo público tiene unas determinadas reglas de juego y unos principios específicos –ni mejores ni peores– distintos. Una Administración eficaz ejecuta las políticas públicas, dentro del respeto a la ley y dentro de los principios de objetividad e imparcialidad, por ello hacer descender el nivel estrictamente político a los titulares de los centros directivos, desvirtúa ese sentido de buena administración que debe inspirar la gestión de las políticas públicas.

4. La afirmación real del principio de coordinación

Por definición, a mayor inseguridad jurídica, mayor posibilidad para la corrupción. Creo en este sentido, que uno de los esenciales elementos de revisión de nuestro sistema administrativo que redundaría no sólo en una reducción de los niveles de corrupción, sino en una mayor seguridad jurídica, pasa por el análisis de la nula eficacia práctica que tiene en nuestro sistema la afirmación del principio constitucional de coordinación en el funcionamiento de las Administraciones Públicas.

Se confunde la afirmación y defensa de la propia competencia, con la articulación, a veces de la discrepancia, a veces de la mera ocurrencia, como principio de acción política y administrativa, en determinadas entidades.

Nuestras administraciones ofrecen, en no escasas ocasiones, auténticos espectáculos de contradicción y discrepancias ante los sujetos privados a los que dejan con frecuencia en una situación de absoluta perplejidad, además de generales graves perjuicios.

Es llamativo que, cuando en ocasiones, no están siendo gestionadas las competencias que son propias y que se tiene el deber de prestar, determinadas administraciones se enzarcan en la demostración de su capacidad de decisión en el ámbito de las materias impropias, no como se indica frecuentemente porque así lo demanden los ciudadanos, sino por que se quiere transmitir la impresión de que, en cualquier procedimiento, se tiene capacidad de decisión para que cualquiera que pretenda

desarrollar una determinada actividad –esté o no relacionada con el ámbito competencial de esa Administración–, tenga que pasar por el filtro de su previa anuencia.

Si a todo ello unimos que buena parte del desarrollo de nuestro ordenamiento administrativo, se ha orientado al fomento de potestades discrecionales, podremos entender hasta que punto, mientras realizamos públicas *softlams* de lucha contra la corrupción, no estamos atacando verdaderamente los nichos en los que se pueden encontrar algunas de sus causas más relevantes.

Unas Administraciones Públicas impredecibles, enfrentadas, que subordinan la coherencia de su actuación y su deber de cumplimiento de la Ley, al oportunismo propio de la generación de situaciones de conflicto entre ellas, que perjudican y se exhiben a los sujetos privados, y que en esas situaciones de conflicto impostadas –en buena parte de casos por meras razones de oportunidad o táctica electoral–, no tienen inconveniente en generar cuantos perjuicios sean necesarios a terceros, son un foco de inseguridad jurídica, un freno al desarrollo de nuestra sociedad y entre otros extremos claramente perniciosos, un elemento que, desde luego, no contribuye a impedir la generación de supuestos de corrupción.

5. La restricción de las potestades discrecionales

Debo indicar que la relación entre discrecionalidad administrativa y corrupción, no es ni mucho menos algo novedoso o que no se haya puesto de manifiesto con anterioridad. Cito en este sentido el Artículo de María G. Navarro publicado en el n.º 3 de Eunomia Revista de Cultura de la Legalidad.⁵⁹ Cito igualmente el trabajo de⁶⁰ Miguel Ángel Iglesias Río (España) y Teresa Medina Arnáiz (España) : Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea.

Observo con preocupación que nuestro ordenamiento administrativo ha tendido a restringir ámbitos de decisión estrictamente reglados, considerando en buena parte de casos, que los mismos son escasamente útiles a los titulares de la potestad, fomentando de forma clarísima los escenarios de mayor nivel de discrecionalidad administrativa.

⁵⁹ <http://eunomia.tirant.com/?p=1224>

NAVARRO MARÍA, G. Instituto de Filosofía, CCHS, CSIC

La discrecionalidad no puede entenderse independientemente del principio de legalidad; y cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia, pues es en la potestad discrecional donde la ley se expresa como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento. En razón de ello, con frecuencia se señala que el rasgo diferenciador de un acto discrecional (en contraposición a la arbitrariedad ajena al derecho) es la motivación; ya que en un acto discrecional la autoridad debe poder justificar los motivos de su decisión.

⁶⁰ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.2/pr/pr23.pdf> Miguel Ángel Iglesias Río (España) * MEDINA ARNÁIZ, TERESA (España) ** HERRAMIENTAS PREVENTIVAS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA *** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Madrid.

La actuación administrativa en materias como medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo presenta un nivel de discrecionalidad francamente alarmante. Se ha asumido que determinados procedimientos de autorización son simplemente el medio para trasladar al ámbito de la facultad decisoria, un mero criterio de oportunidad y conveniencia política.

Una sociedad moderna conlleva que un ciudadano o una empresa pueden desarrollar una actividad si cumplen la ley y, lamentablemente en nuestro país, se muestra una y otra vez, que un ciudadano o una empresa pueden desarrollar una actividad si cuentan con la anuencia del nivel político correspondiente. Producida esa anuencia o producido el rechazo, los mecanismos de decisión en tales materias discrecionales, se ponen al servicio de la decisión adoptada que es de entraña estrictamente política.

Por lo que vengo indicando, considero dentro del mayor respeto, que la lucha contra la corrupción en nuestro país presenta tan altos niveles de hipocresía. No podemos estar blandiendo la espada del Código Penal como paladines de la pureza, mientras fomentamos descaradamente un ordenamiento administrativo excesivamente complejo –a veces indescifrable en lo que no poca culpa tiene el ordenamiento comunitario– clarísimamente intervencionista, basado en el fomento de la potestad discrecional y en la reserva de amplísimos ámbitos de decisión a las Administraciones Públicas y en el que los mecanismos de control de legalidad, por la propia entraña de la decisión discrecional, se revelan como extremadamente difíciles, más allá de que el control contencioso de cuestiones como la desviación de poder, parezca no encontrarse en estos momentos, precisamente en su auge.

Pensemos en qué ámbitos se ha fomentado de forma más clara la intervención de las Administraciones Públicas en los últimos años: Medio Ambiente, Ordenación del Territorio, Urbanismo y Regulación de los principales sectores económicos. En este último caso, con un elemento además muy preocupante como el que viene determinado por la importación de un modelo de intervención administrativa de corte anglosajón, sin la suficiente adaptación a nuestro sistema administrativo, con la consiguiente debilitación del principio de la potestad y con amplios ámbitos de decisión que no ya es que sean discrecionales –que lo son– sino que además ni siquiera se pueden recurrir ante los tribunales.

6. La reforma del derecho administrativo. El fortalecimiento de los controles intra-administrativos.

Creo que la lucha contra la corrupción está mucho más en una profunda revisión de nuestro sistema administrativo que en la sistemática apelación al Código Penal.

Pocos pueden dudar de que los órganos con competencia para el conocimiento del recurso especial en materia de contratación, al menos en algunos casos, han supuesto una novedad ciertamente muy positiva a la hora de mejorar en una materia tan sensible el funcionamiento de las Administraciones Públicas y obligado es reconocer, que ello ha venido dado por la incorporación de normas procedentes del ordenamiento de la Unión Europea.

Creo en los mecanismos de prevención y en los controles internos en las Administraciones. En el fondo, los sistemas de control administrativo de lo que, en la tradicional terminología, se calificaba como órganos de competencia delegada, sin perjuicio de que sobre ellos exista posteriormente la correspondiente tutela judicial contenciosa, constituyen un elemento, en mi opinión, muy positivo, que disminuye la litigiosidad, refuerza el control sobre los órganos de la administración activa y mejora procesos de decisión.

Los controles en el seno de las Administraciones Públicas, no obstante cuentan con más campo de aplicación. No se trata sólo de la revisión de las decisiones adoptadas al modo de los tribunales que acabo de citar o de la aplicación de medidas disciplinarias o del esclarecimiento de comportamientos irregulares, al modo de una inspección de servicios. La permanente auditoría de procesos, la detección de fortalezas y debilidades en los ámbitos de toma de decisiones, las propias auditorías de calidad, son cuestiones en las que queda mucho por hacer, pudiendo ser los planes de prevención una herramienta eficaz en ese sentido.

7. Intervencionismo y corrupción

La simplificación de determinados procedimientos, la afirmación del principio de coordinación, la reconducción de las Administraciones al ámbito que les es propio, la revisión profunda de los criterios de intervención administrativa, la claridad en la delimitación de los ámbitos competenciales y de decisión, y la pérdida de cierto sentido fatuo por virtud del cual toda idea no es necesariamente mejor ni superior porque proceda de una entidad pública, nos harían sin duda una sociedad más moderna, más eficaz en términos económicos y más competitiva.

Creo que, tras la lectura de este trabajo, nadie puede dudar de que se parte de un principio de estricto respeto por lo público, ahora bien, ese respeto tiene que exigirse en primer lugar a las propias Administraciones y a quienes las dirigen.

La función de las Administraciones Públicas no es cambiar el modelo productivo de un país (cada vez que se anuncia esa intención en España, se genera una *burbuja*: urbanismo, renovables, etc), la función de las Administraciones Públicas no es

controlar y ocupar espacios que corresponden a la sociedad civil, La función de las Administraciones Públicas, no es intermediar en la prestación de bienes y servicios al mercado y quien pretende legítimamente desarrollar una actividad no necesita –en una sociedad moderna– contar con la anuencia de ningún responsable público. Mientras no entendamos esos principios, estaremos actuando en sentido contrario al que exige una sociedad y una administración eficaces.

Los países en los que cualquier iniciativa, cualquier actuación, cualquier propuesta tiene que pasar por la mesa de un político o de un funcionario, se encuentran no al Norte de nuestras fronteras, sino al otro lado del Mediterráneo. También en alguno de esos países se utiliza la aparente lucha contra la corrupción, no para mejorar nada o para depurar comportamientos, sino para purgar periódicamente el sistema. Mientras no vayamos a las causas, mientras antepongamos el oportunismo político a la mejora de los procesos y el espectáculo prevalezca frente al Derecho, estará muy claro hacia donde nos dirigimos, un destino que nadie razonablemente querría para su país.

MESA REDONDA TERCERA
ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE PREVENCIÓN DE FRAUDE:
“PUBLIC COMPLIANCE”. LA EXPERIENCIA EUROPEA: LA OFICINA
EUROPEA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE

LA OFICINA EUROPEA DE LUCHA ANTI FRAUDE. OLAF

Eduardo Cano Romera

*Jefe de la Unidad de Investigaciones-Personal de la UE
Oficina Europea de Lucha contra el Fraude*

SUMARIO: I. MISIÓN. 1. Investigación interna. 2. Investigación externa. 3. Coordinación. II. HISTORIA. III. INVESTIGACIONES INTERNAS. 1. Garantías procesales. 2. Colaboración durante las investigaciones internas. 3. Capacidad de investigación. 4. Cómo se llevan a cabo las investigaciones. 5. Resultados de las investigaciones internas. IV. LAS INVESTIGACIONES EXTERNAS RELACIONADAS CON EL GASTO DE LA UE. 1. Fraudes en los gastos de la UE. V. LAS INVESTIGACIONES EXTERNAS RELACIONADAS CON LOS INGRESOS DE LA UE.

El presupuesto de la Unión Europea subvenciona una gran variedad de programas y proyectos para mejorar la vida de los ciudadanos de la UE y de otros países. El uso inadecuado de los fondos del presupuesto o la evasión de los impuestos, derechos y aranceles que lo financian perjudican directamente a los ciudadanos y a todo el proyecto europeo.

Si bien es independiente a la hora de ejercer funciones de investigación, la OLAF forma parte de la Comisión Europea bajo la responsabilidad del Vicepresidente responsable del presupuesto y de los recursos humanos.

La misión de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude es triple:

- a) proteger los intereses financieros de la Unión Europea investigando el fraude, la corrupción y otras actividades ilegales,
- b) detectar e investigar asuntos graves relacionados con el desempeño de las actividades profesionales por parte de los miembros y el personal de las instituciones y organismos de la UE que podrían dar lugar a procedimientos disciplinarios o penales,
- c) apoyar a las instituciones de la UE, en particular con la Comisión Europea, en el desarrollo y aplicación de la legislación y las políticas de lucha contra el fraude.

Cumpliendo su misión lo más eficazmente posible, la OLAF contribuye al esfuerzo de las instituciones de la UE al garantizar la mejor utilización del dinero del contribuyente. Para ser operativamente independiente, la OLAF tiene autonomía presupuestaria y administrativa.

I. MISIÓN

La OLAF está facultada para llevar a cabo, con total independencia:

- investigaciones internas, dentro de las instituciones europeas o los organismos financiados con el presupuesto de la UE.
- investigaciones externas, en el ámbito nacional, siempre que esté en juego el presupuesto de la UE. Para ello, la OLAF puede realizar controles e inspecciones sobre el terreno en los locales de los agentes económicos, en estrecha cooperación con las autoridades competentes de los Estados miembros y los terceros países.

La OLAF recibe y recopila información sobre posibles fraudes e irregularidades de muy diversas fuentes, En la mayoría de los casos como resultado de controles de los responsables de la gestión de los fondos de la UE en las instituciones o en los Estados miembros.

Todas las denuncias que recibe la OLAF se someten a una evaluación inicial para determinar cuáles de ellas son de su competencia y reúnen las condiciones para iniciar una investigación.

Cuando se abre un caso, se clasifica en una de las siguientes categorías:

1. Investigación interna

Las investigaciones internas son investigaciones administrativas dentro de las instituciones y organismos de la Unión Europea con objeto de detectar fraudes, corrupción y cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, incluidos los casos graves relacionados con el desempeño de actividades profesionales.

2. Investigación externa

Las investigaciones externas son investigaciones administrativas fuera de las instituciones y organismos de la Unión Europea con objeto de detectar fraudes u otra conducta irregular por parte de personas físicas o jurídicas. Los casos se clasifican dentro de este tipo cuando la OLAF contribuye de manera mayoritaria a la investigación.

3. Coordinación

La OLAF contribuye a las investigaciones que efectúan las autoridades nacionales u otros departamentos de la UE facilitando la puesta en común y el intercambio de información y de contactos.

II. HISTORIA

La Oficina Europea de Lucha contra el fraude se conoce por las siglas OLAF de su denominación francesa “Office de Lutte Anti-fraude”.

1988	Grupo de trabajo «unidad de coordinación de la lucha contra el Fraude (UCLAF) se creó como parte de la Secretaría General de la Comisión Europea. UCLAF colabora con los departamentos antifraude nacionales y ofrece la coordinación y la asistencia necesarias para luchar contra el fraude transnacional organizado.
1993	Los poderes de la UCLAF aumentan gradualmente de acuerdo con las recomendaciones del Parlamento Europeo.
1995	Se autoriza a la UCLAF a realizar investigaciones por su propia iniciativa a partir de información procedente de diversas fuentes. Los departamentos de la Comisión estaban obligados a informar a la UCLAF de cualquier sospecha de fraude en sus ámbitos de responsabilidad.
1999	Tras los acontecimientos que llevaron a la dimisión de la Comisión Santer, se propone la creación de un nuevo organismo antifraude (OLAF) con mayores poderes. Las propuestas dieron lugar a: <ul style="list-style-type: none"> • creación de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) como entidad independiente dentro de la Comisión Europea (Decisión 1999/352) • Normas generales para las investigaciones de la OLAF, el Reglamento 1073/1999 • un acuerdo sobre las investigaciones internas en las instituciones de la UE

III. INVESTIGACIONES INTERNAS

El artículo 4 del Reglamento 883/2013 hace referencia al artículo 1, apartado 4, para definir el alcance de las investigaciones internas en las instituciones, órganos y organismos creados por los Tratados, o sobre la base de los Tratados.

La OLAF investiga cada institución, órgano, oficina o agencia creados por los Tratados o sobre la base de los mismos.

PARLAMENTO EUROPEO	CONSEJO EUROPEO	PRESIDENCIA DEL CONSEJO
Consejo de la UE	Comisión Europea	Tribunal de Justicia
Tribunal de Cuentas	Banco Central Europeo	Servicio Europeo de Acción Exterior
Defensor del Pueblo Europeo	Supervisor Europeo de Protección de Datos	Banco Europeo de Inversiones
Fondo Europeo de Inversiones	Comité Económico y Social	Comité de las Regiones
35 agencias reguladoras	5 agencias ejecutivas, etc.	Eurojust/Europol

La Oficina investiga:

- supuestas faltas graves, relativas al ejercicio de actividades profesionales
- que constituyan un incumplimiento de las obligaciones de los Miembros de las Instituciones, de los funcionarios y de otros agentes de la Unión
- y que puedan dar lugar a procedimientos disciplinarios
- y/o a procedimientos penales.

Las investigaciones internas se centran sobre el personal de la Unión Europea (UE) en el sentido más amplio sin distinción de grado o cargo: funcionarios, agentes temporales, expertos nacionales en comisión de servicios, agentes contractuales, agentes cuyos contratos de trabajo se rigen por el Derecho privado, el personal de los “joint ventures” o de determinadas agencias y personal de los subcontratistas que trabajan en los edificios de las instituciones.

Las investigaciones se focalizan también en los Miembros de las instituciones, incluidos los nombrados por los Estados miembros o por otras instituciones, a saber, los Comisarios europeos, diputados al Parlamento Europeo, al Defensor del Pueblo Europeo, a los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, miembros del Consejo de Gobernadores del Banco Central Europeo, miembros del Tribunal de Cuentas Europeo, miembros del Comité Económico y Social y de miembros de la Junta de Gobernadores del Banco Europeo de Inversiones.

He aquí algunos ejemplos de los asuntos que son objeto de investigación:

- no ejecución de los proyectos para los que se han concedido subvenciones;
- irregularidades en los procedimientos de licitación pública;
- infracciones de la obligación de discreción y confidencialidad;
- declaraciones falsas o documentos falsos;
- actos que desprestigian a la UE por infringir la legislación de un país de acogida;
- recibir instrucciones de los Estados miembros, grupos de presión u otras instituciones supranacionales, regionales o internacionales;
- manipulación de los procedimientos de contratación;
- conflictos de intereses;
- aceptar beneficios y las donaciones de individuos o entidades o de grupos de presión;
- gastos irregulares, tales como el uso indebido de las asignaciones parlamentarias;
- acciones que perjudiquen a la institución.

1. Garantías procesales

En sus investigaciones, la Oficina colecta pruebas a favor y en contra del sospechoso con vistas a establecer los hechos. Cualquier persona bajo investigación se

beneficiará de la presunción de inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad. Las investigaciones se llevan a cabo objetiva e imparcialmente. En caso de duda, existen varios canales de reclamación disponibles para las personas afectadas, a saber, la comunicación con el Director General, con el Comité de vigilancia o con la Secretaría General de la Comisión Europea. E pueden utilizar también otras vías de reclamación exterior como el Defensor del Pueblo Europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las autoridades judiciales competentes del Estado de acogida.

Los siguientes derechos asisten las personas afectadas por las investigaciones en virtud del artículo 9 del Reglamento 883/2013:

- derecho a no autoinculparse,
- derecho a ser asistido por una persona de su elección,
- derecho a un período mínimo de preaviso antes de ser interrogadas,
- derecho a aportar cualquier documento durante la entrevista o por otros medios y que dichos documentos sean incluido en el procedimiento y sean tomados en consideración a la hora de establecer los hechos,
- derecho a modificar las declaraciones realizadas como testigos si dichas declaraciones pudieran utilizarse más tarde contra ellos como personas afectadas,
- derecho a tener acceso al acta de las entrevistas, aprobarla o formular observaciones,
- derecho a recibir una copia de las actas de sus entrevistas,
- derecho a ser informadas de los hechos que se les atribuyen.
- derecho a expresarse sobre los hechos que se les atribuyen, y
- derecho a expresarse en cualquiera de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión.

2. Colaboración durante las investigaciones internas

Cuando se investiga el personal de la UE, la OLAF coopera estrechamente con cualquiera que pueda aportar alguna luz sobre los hechos investigados.

En primer lugar, la OLAF trabaja con la institución a la que pertenece la el personal investigado. En el caso en los que la institución disponga de competencias de investigación, está obligada a abstenerse de llevar a cabo sus propias investigaciones, con el fin de no obstaculizar las investigaciones de la OLAF.

En segundo lugar, la Oficina colabora con las autoridades judiciales del Estado de acogida o del país en el que ocurrieron los hechos investigados. Los hechos deben poder ser tipificados como infracciones penales. En este caso OLAF debe facilitar la acción de las autoridades judiciales, y abstenerse de cualquier acción que pudiera interferir con las investigaciones judiciales.

En tercer lugar, OLAF coopera estrechamente con Eurojust y Europol, mediante:

- el intercambio de información operativa, estratégica o técnica, incluidos datos personales e información confidencial.
- La transmisión obligatoria de información relativa a delitos graves a Eurojust si la información de la OLAF pudiese ayudar a Eurojust en el desempeño de sus funciones.

En cuarto lugar, la OLAF coopera con países no pertenecientes a la UE y con organizaciones internacionales en el intercambio de información operativa, estratégica o técnica, de conformidad con las condiciones establecidas en el artículo 14 del Reglamento 883/2013. Ejemplos prácticos de esta cooperación incluyen el trabajo de la OLAF con la Oficina de Servicios de Supervisión Interna de Naciones Unidas, con el Banco Mundial y las fuerzas de policía de un gran número de países africanos.

Por último, en el seno de la Comisión Europea, la OLAF coopera con la IDOC, la Oficina de Investigación y Disciplina de la Comisión, que investiga las infracciones disciplinarias. Esta cooperación se materializa de la siguiente manera:

- La OLAF está facultada para examinar todos los casos antes de decidir si investiga o devuelve el asunto a la IDOC.
- La IDOC se encarga del seguimiento disciplinario de los casos en los que las investigaciones de la OLAF han detectado irregularidades.
- La IDOC se ocupa de todos los asuntos que no entran dentro de la competencia de la Oficina Europea de Lucha contra el fraude o que no estén ya bajo investigación por este última.

3. Capacidad de investigación

De conformidad con el considerando 13 del Reglamento n.º 883/2013, las investigaciones internas solo pueden llevarse a cabo si se garantiza a la Oficina el acceso a todos los locales de las instituciones, órganos y organismos y a cualquier información y documento que obren en poder de estos.

Los investigadores de la OLAF:

- tendrán derecho a acceder inmediatamente y sin previo aviso a los documentos, cuentas y otra información que obre en poder de los organismos de la UE en cualquier formato;
- podrán, de conformidad con los procedimientos establecidos en el Reglamento n.º 2185/1996- realizar controles «in situ» de organizaciones o empresas que puedan disponer de información pertinente para la investigación relacionada con el personal de la UE;
- pueden interrogar a testigos y sospechosos potenciales.

4. Cómo se llevan a cabo las investigaciones

La información inicial es examinada, analizada y evaluada por una unidad especial de la Oficina. Sobre la base de esta primera evaluación, el Director General decide la conveniencia de iniciar investigaciones y asigna el caso a la unidad de investigaciones internas.

Los investigadores examinan de nuevo objetivamente los hechos, sin dejarse influir por la evaluación inicial. Reúnen las pruebas e indicios que sirven para probar o descartar los hechos y presentan un informe detallado de la investigación. Deben tratar de demostrar la culpabilidad o la inocencia del sospechoso o establecer a quién corresponde la responsabilidad teniendo en cuenta el puesto ocupado por la persona objeto de investigación.

A tal fin, los investigadores obtienen y analizan las pruebas documentales y los datos disponibles así como la información resultante del interrogatorio de testigos y sospechosos potenciales. Inspecciones (registros) de los locales de las instituciones europeas y controles de los operadores económicos pueden realizarse también en el marco de este tipo de investigaciones.

La OLAF lleva a cabo sus actividades con integridad, imparcialidad y profesionalidad, respetando los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y entidades de conformidad con las disposiciones vinculantes de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Sus unidades de investigación investigadores, analistas y especialistas con diversas cualificaciones profesionales que se movilizan con arreglo a las necesidades de las investigaciones, como inspectores fiscales, auditores, expertos informáticos, contables, juristas, economistas, magistrados, funcionarios de aduanas, agentes de policía y fiscales.

5. Resultados de las investigaciones internas

La primera etapa de las investigaciones es establecer los hechos. Sin una investigación completa de todos los elementos a favor o en contra de las personas bajo investigación, los hechos no pueden dar lugar a las consecuencias previstas en la legislación de la UE.

El establecimiento de los hechos en las investigaciones de la OLAF puede también proteger la reputación del personal de la Unión Europea contra falsas imputaciones o acusaciones maliciosas formuladas contra ellos.

Las investigaciones culminan con recomendaciones formuladas por el Director General sobre las acciones que deben implementarse como resultado de los hechos probados. Estas recomendaciones pueden referirse a:

- al inicio de procedimientos disciplinarios,
- a la adopción de medidas administrativas, tales como modificaciones de contratos, los cambios en las normas o las mejoras de los procedimientos de contratación,
- a la ejecución de medidas financieras, como la recuperación de los fondos desembolsados, imposición de sanciones económicas o la exclusión de los procedimientos de contratación pública, o
- a la remisión del informe a las autoridades judiciales para el posible inicio de investigaciones penales.

Estas recomendaciones deben ser implementadas por las instituciones de la Unión Europea o por las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate. La OLAF no tiene poder para imponer sanciones o emprender ninguna acción penal contra las personas investigadas.

IV. LAS INVESTIGACIONES EXTERNAS RELACIONADAS CON EL GASTO DE LA UE

El mandato de la OLAF cubre también el fraude en los gastos del presupuesto de la UE. Las principales partidas del gasto son las siguientes:

- los fondos estructurales,
- la política agrícola y el desarrollo rural,
- los gastos directos y
- la ayuda exterior.

1. Fraudes en los gastos de la UE

- El uso o la presentación de declaraciones o documentos incorrectos o incompletos que tengan por efecto el pago indebido de fondos procedentes del presupuesto de la UE o de otros presupuestos gestionados por ella o en su nombre,
- la no presentación/revelación de información necesaria que tenga el mismo efecto,
- el uso indebido de fondos para fines distintos de aquellos para los que fueron originalmente otorgados.

Además de colaborar con los servicios de la Comisión, la OLAF coopera con las autoridades de gestión en los países de la UE.

El éxito de las investigaciones fuera de la UE depende a menudo de la existencia de acuerdos internacionales. La cooperación con las autoridades nacionales y sus socios

operativos en las organizaciones internacionales es muy importante. A menudo tienen importantes responsabilidades de control en los proyectos financiados por la UE.

A. *Acciones estructurales y agrícolas*

Los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos proporcionan financiación para miles de programas y proyectos en toda Europa. Su objetivo principal es mejorar la competitividad y el potencial de crecimiento a nivel local, regional y nacional.

Para el actual período de programación (2014-2020), los Fondos Estructurales y de inversión son 5:

- Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER)
- Fondo Social Europeo (FSE)
- Fondo de Cohesión
- Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER)
- Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP).

La política agrícola común incluye 2 fondos para los Estados miembros:

- El Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEOGA) y
- Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER).

El Instrumento de Ayuda de Preadhesión II (IPA II) proporciona financiación para los países que desean incorporarse a la UE durante el período de programación de 2014 a 2020.).

Los fondos son gestionados conjuntamente por la UE y las autoridades de los países de la UE. Las investigaciones contra el fraude normalmente son iniciados por las autoridades nacionales

B. *Gastos directos*

Representan el 14 % del presupuesto de la UE, se trata de gastos asignados y gestionados directamente por las instituciones de la UE. Los beneficiarios son generalmente entidades o sociedades de los Estados miembros de la UE.

El fraude puede afectar a las subvenciones, los contratos, los acuerdos administrativos, los expertos externos, la contratación de personal, los proyectos de investigación, los programas de educación y cultura, la financiación medioambiental, los proyectos de formación, etc.

Por regla general, las autoridades nacionales no están implicadas en la lucha contra el fraude que afecta a los gastos directos.

C. *Ayuda exterior*

La ayuda al exterior de la UE representa el 2 % del presupuesto. El fraude puede referirse a la financiación de las ONG que operan en terceros países, los fondos destinados a apoyar los presupuestos nacionales de países en vías de desarrollo y la ayuda humanitaria en las zonas de crisis humanitaria. En general, las autoridades nacionales no están implicadas en la lucha contra el fraude que afecta a la ayuda exterior.

V. LAS INVESTIGACIONES EXTERNAS RELACIONADAS CON LOS INGRESOS DE LA UE

El mandato de la OLAF cubre una parte sustancial pero no exclusiva de los ingresos del presupuesto de la UE. La OLAF puede investigar asuntos relacionados con la evasión de derechos sobre las mercancías importadas en la UE, que perjudica financieramente a la industria legítima y a los contribuyentes de la UE.

La OLAF es responsable de la investigación de esta forma cada vez más sofisticados de fraude en cooperación con las autoridades aduaneras nacionales, tanto dentro como fuera de la UE.

Corresponde a la OLAF:

- Investigar la elusión de los derechos de importación, incluidos los derechos antidumping y compensatorios, convencionales) en todo tipo de productos y mercancías – especialmente a través de falsas declaraciones de origen (en ambos regímenes preferenciales y no preferenciales o la infravaloración y la descripción incorrecta de las mercancías.
- Detectar, prevenir e investigar el fraude aduanero que afecte al presupuesto de la UE, en colaboración con los servicios aduaneros nacionales y otros socios tanto de dentro como de fuera de la UE.
- Coordinar las investigaciones realizadas por los servicios aduaneros nacionales de los Estados miembros de la UE.
- Coordinar las investigaciones nacionales por los Estados miembros de la UE en el desvío de precursores de drogas.

BIBLIOGRAFÍA

SEGUNDA PONENCIA EL BUEN GOBIERNO ECONÓMICO

COTINO HUESO, L. (2014) “El derecho fundamental de acceso a las información, la transparencia de los poderes públicos y el gobierno abierto. Retos y oportunidades”. En la obra, coordinada por VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. Régimen jurídico de la transparencia del sector público.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2014), “Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflictos de intereses”, en el libro colectivo Transparencia, acceso a la información y buen gobierno, Tecnos, Madrid.

GUICHOT, E. (2014) libro colectivo Transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

JIMÉNEZ ASENSIO, R; VILLORIA MENDIETA, M. y PALOMAR OLMEDA, A. (2009) “la dirección profesional en España”. Madrid.

RAMIO, C. (2012) La extraña pareja. Madrid.

VILLORIA MENDIETA, M. (Dir.) (2012) El marco de integridad institucional en España.

VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. (2016) “Ética pública y Buen Gobierno”. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público.

COMUNICACIONES A LA PONENCIA SEGUNDA

CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS, BUENA GESTIÓN Y TRANSPARENCIA

SCHILLACI, A. “Crisis económica, participación y reformas de las Administraciones Públicas”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 22/2014.

CORFIATI, F. Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 22/2014. “Los proyecto de reforma de la Administración y el sector público desde el comienzo de la crisis económica: el apogeo de la austeridad”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 22/2014.

THURY CORNEJO, V. “Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación: apuntes a partir de la reciente jurisprudencia española”, Revista Jurídica Comunidad Madrid, núm. 3, 1999.

DESDENTADO DAROCA, E. “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico”. Aranzadi, 1999, pags. 76 y ss.

GUICHOT REINA, E. “La aplicación de la Ley Andaluza de transparencia en las entidades locales” RAAP núm. 90/2014. STSJA de 1 y de 11 de febrero de 2016.

FERNANDEZ RAMOS, F. “La publicidad activa”, en “Estudio sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía”, (Fernández Ramos, f. coord). IAAP, 2015.

MESA REDONDA PRIMERA

EXIGENCIAS DERTIVADAS DEL BUEN GOBIERNO Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

MARTÍN REBOLLO, “Análisis de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, Aranzadi digital num. 1/2015 parte Estudios y comentarios, BIB 2015\16554.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Comentario aproximativo a la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, El Consultor de los Ayuntamientos, n.º 22, Sección Opinión / Colaboraciones, Quincena del 30 Nov. al 14 Dic. 2015, Ref. 2679/2015, págs. 2679 y ss.

ESTEBAN VELASCO (coord.), El gobierno de las sociedades cotizadas, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ ARTIGAS (coord.), Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados), Cizur menor (Navarra), 2006.

RONCERO SÁNCHEZ (coord.), Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada, Cizur menor, Navarra, 2016.

GONDRA ROMERO, “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones la historia de un problema recurrente en una pieza esencial del sistema económico”, Revista de derecho mercantil, n.º 269, 2008, págs. 841-899.

ESTEBAN VELASCO, “Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el derecho de sociedades y en el gobierno corporativo”.

GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ (coord.) “Liber amicorum Juan Luis Iglesias”, Madrid, 2014, págs. 271-312.

GIRÓN TENA, “Las empresas públicas”, en Estudios de Derecho mercantil, Madrid, 1955; ALONSO UREBA, La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho económico, Madrid, 1985.

SOSA WAGNER/FUERTES LÓPEZ, “Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado”, en Comentarios a la Ley 3372003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

CHINCHILLA MARÍN (coord.), Madrid, 2004.

ÁLVAREZ CIENFUEGOS, “Las entidades públicas empresariales y el Derecho administrativo: perspectivas de futuro”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999.

COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA PRIMERA

EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA PÚBLICA TRAS LA PROMULGACIÓN DE LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

AGUADO I CUDOLÁ, V. / VADRI I FORTUNI, M. T, “La normativa de la empresa pública de las CCAA: tendencias actuales”, en “Administración instrumental”, libro homenaje a Manuel F. Clavero Arévalo, II, Cívitas, 1994, págs. 1685 y s.s.

ALCOVER GARAU, G, “Aproximación al régimen jurídico de la sociedad de capital local”, RAP, n.º 134, 1994, pág. 79 y s.s; e, igualmente, en Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez, II, Cívitas, 1996, págs. 1419 y s.s.

ALONSO UREBA, A. “La sociedad de capital como forma de la empresa pública local”, Univ. Complutense, 1988.

ÁLVAREZ-GENDÍN Y VALDÉS-HEVIA, A. “La empresa pública como instrumento de la industrialización administrativa”, DA, n.º 107, 1966, págs. 93 y s.s.

ARGULLOL MURGADAS, E. “En torno a las entidades instrumentales de las CCAA: una primera aproximación”, en “Administración instrumental”, libro homenaje a Manuel F. Clavero Arévalo, II, Cívitas, 1994, págs. 1461 y s.s.

BASSOLS COMA, M. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, RAP, n.º 84, 1977, págs. 27 y s.s.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A, “Las entidades públicas empresariales en la LOFAGE o la inconstitucionalidad de que la Administración sea la mismo tiempo Administración y empresa”, DA, n.º 246-247, 1997, págs. 439 y s.s.

BROSETA PONT, M, “Las empresas públicas en forma de sociedad anónima”, RDM, n.º 100, 1966, págs. 267 y s.s.

DE LA SERNA, M.^a N. “Organización instrumental privada en la Ley de organización y funcionamiento de la Administración pública”, DA, n.º 246-247, 1997, págs. 495 y s.s.

DEL GUAYO CATIELLA, I. “La gestión de servicios públicos locales”, RAP, n.º 165, págs.87 y s.s. “Sector público empresarial e instituciones paraconcursoales”, Marcial Pons, 2004.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J, “La sociedad privada municipal”, REVL, n.º 179, 1973.

ESTEVE PARDO, J. “Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos y entidades de Derecho público que por Ley hayan de ajustar sus actividades al Ordenamiento jurídico privado”, RAP, n.º 92, 1980, págs. 353 y s.s.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. “En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales: especial referencia al principio de subsidiariedad”, RAP, n.º 80, 1976, págs.127 y s.s.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, RAP, n.º 17, 1955, págs. 87 y s.s.

GARCÍA RUÍZ, E. “La nueva sociedad anónima pública”, Marcial Pons, 2006.

LAGUNA DE PAZ, J. C. “La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades”, en “Administración instrumental”, libro homenaje a Manuel F. Clavero Arévalo, II, Cívitas, 1994, págs. 1191 y s.s.

MENÉNDEZ GARCÍA, P. “Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público (RDGRN de 12 de septiembre de 1985)”, REDA, n.º 47, 1985, págs. 419 y s.s.

MONTOYA MARTÍN, E. “Reflexiones en torno a la empresa pública sometida al Derecho privado”, Rev. Aragonesa de Administración Pública”, n.º 9, 1996, págs. 237 y s.s.
— “Las empresas públicas sometidas al Derecho privado”, Marcial Pons, 1996.
— “Las entidades públicas empresariales en el ámbito local”, Iustel, 2006.

MORENO PAEZ, L. M. “Sociedad privada de carácter municipal en régimen de anónima”, RDM, n.º 74, 1959, págs. 243 y s.s.

NOGUERA DE LA MUELA, B. “Consecuencias de la STJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el Ordenamiento jurídico-español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRLCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, Rev. Andaluza de Administración Pública, n.º 53, 2004, págs. 17 y s.s.

PÉREZ MORENO, A. “Las entidades instrumentales en las CCAA”, en “Administración instrumental”, libro homenaje a Manuel F. Clavero Arévalo, II, Cívitas, 1994, págs. 1447 y s.s.

REMÓN PEÑALVER, J. “Problemática de la organización y régimen jurídico de la empresa pública”, RDM, n.º 221, 1996, págs. 921 y s.s.

ROCA ROCA, E. “Las técnicas societarias en la Administración pública española”, en “Administración instrumental”, libro homenaje a Manuel F. Clavero Arévalo, I, Cívitas, 1994, págs. 737 y s.s.

ROMERO HERNÁNDEZ, F. “La empresa privada municipal y los bienes de servicio público”, REDA, n.º 47, 1985, págs. 377 y s.s.

SÁNCHEZ MORÓN, M. “Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España”, RAP, n.º 93, 1980, págs. 67 y s.s.

SANTIAGO IGLESIAS, D. “Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales”, Iustel, 2010.

SOSA WAGNER, F. “Comentarios a la LRBRL: arts.46 a 88”, II, dir. Manuel Rebollo Puig, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 2659 y s.s.

—, “La gestión de los servicios públicos locales”, Cívitas, 2002.

—, “Las sociedades mercantiles como forma de gestión de los servicios públicos locales”, Rev. Gallega de Administración Pública, n.º 4, 1991, págs. 41 y s.s.

SUAN RODRÍGUEZ, C. “La empresa pública bajo forma societaria. ¿Supone su régimen jurídico una derogación del Derecho común de sociedades? El problema de su control”, Academia Sevillana del Notariado, VII, 1993, págs. 13 y s.s.

TENA PIAZUELO, V. “La empresa pública local: aspectos jurídicos- formales de la gestión municipal de intereses económicos mediante sociedad anónima”, REALA, n.º 255-256, 1992, págs. 701 y s.s.

VILLALVA PÉREZ, F. “Breves consideraciones sobre la utilización de sociedades mercantiles para el ejercicio de actividades administrativas. Límites internos y de Derecho comunitario”, Noticias de la UE, n.º 235-236, 2004, págs. 61 y s.s.

DEBER DE OBEDIENCIA DEL EMPLEADO PÚBLICO Y SUS LÍMITES

HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J. “A vueltas con la obediencia debida: ¿mandatos antijurídicos obligatorios?”. RJUAM, n.º 22, 2010-II, pp. 145-170.

DÍAZ PALOS, F. “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida”. Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, Tomo I, Bosch, Barcelona 1983, p. 197.

VITORIA MENDIETA, M. “Empleo público e integridad: instrumentos, procesos y estructuras”. Revista vasca de gestión de personas y organizaciones públicas. Núm. 1-2011. Págs. 53-70.

LÓPEZ LAGUNA, F. M. “El código ético de los empleados públicos”. Septiembre de 2008. Oficina de conflictos de intereses.

**NATURALEZA DEL PAGO POR LA SOCIEDAD DE LAS PRIMAS
CORRESPONDIENTES A CONTRATO DE SEGURO QUE CUBRA LA
POSIBLE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES
PUBLICOS INTEGRADOS EN SUS ORGANOS DE GOBIERNO**

CAMPINS VARGAS, AURORA. Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos: especial referencia al ámbito de cobertura del seguro. Revista de Derecho Mercantil, núm. 249/2003. BIB 2003\2738.

HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑÓN, TORRE DE SILVA y COLLADO MARTINEZ estudio para la Revista Española de la Función Consultiva, núm.10, julio-diciembre 2008.

**MESA REDONDA SEGUNDA. BUEN GOBIERNO , TRANSPARENCIA
Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

**TRANSPARENCIA PÚBLICA: CUATRO HIPÓTESIS SOBRE LA NUEVA
NORMATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA SOBRE SU APLICACIÓN**

LOUIS DEMBITZ BRANDEIS “Other People’s Money, and how the Bankers use it”. 1914.

LOUIS DEMBITZ BRANDEIS “the right to privacy”, 1890 Harvard Law Review.

GUICHOT, E. “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América”, Derecho Comparado de la Información, enero-junio 2012, pp. 135-188.

GARRIGUES WALKER, J. LIZCANO ÁLVAREZ, J. SÁNCHEZ LAMBÁS y M. VILLORIA MENDIETA diario EL PAÍS, bajo el título “La Ley de Transparencia, solo el primer paso”, 5 de abril de 2012 (http://elpais.com/elpais/2012/03/29/opinion/1333034562_798871.html).

E. GUICHOT, diario ABC, “Transparencia: la hora de la verdad”, 30 de abril de 2012 (<http://www.abc.es/historico-opinion/index.asp?ff=20120430&idn=1502732850340>).
—, “Luces y sombras de la Ley de Transparencia”, EL PAÍS, 5 de julio de 2013, http://elpais.com/elpais/2013/06/26/opinion/1372261737_042333.html.

GUICHOT, E., “El anteproyecto de Ley de Transparencia”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 30, junio 2012, pp. 28-40.

GUICHOT, E., “El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84, 2012, pp. 89-134.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., “La disposición adicional 1.3ª del Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 158, 2013, pp. 221-246.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El acceso a la información en el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, pp. 233-298.

GUICHOT, E., “El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013*, de 9 de diciembre, ed. Tecnos, Madrid, 2014, pp. 17-34.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO A LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN PARTICULAR AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. RETOS DE LA NUEVA REGULACIÓN.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Global Law Press. Sevilla, 2006.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. *La transformación del procedimiento administrativo*. Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. *Tres generaciones del procedimiento administrativo*. Derecho PUCP. *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 67, 2011.

CAMPS CERVEZA, V. *El malestar en la vida pública*. Grijalbo. Barcelona, 1996.

CAMPS CERVEZA, V. *Virtudes Públicas*. Austral. Madrid, 2003.

DIEGO BAUTISTA, O. *Los códigos éticos en el marco de las Administraciones Públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno*. *Revista de las Cortes Generales*, núm. 65, 2007.

MARTÍN LIZARRAGA, J.A. *La transparencia y la participación pública en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra*. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 51, 2011.

MUÑOZ MACHADO, A. *Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración*. *Revista de Administración Pública*, núm. 84.

MUÑOZ MACHADO, A. Las Infocomunicaciones y la nueva cultura organizativa. Importancia de la persona y del trabajo en equipo. *Revista Economía Industrial*, núm. 331.

PALOMAR OLMEDA, A. Derechos y deberes de los funcionarios, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (dir.) *La Administración Pública española*. MAP, INAP. Madrid, 2002.

PAREJO ALFONSO, L. *El Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Civitas, Madrid, 1983.

PASCUAL ESTEVE, J.M. La gobernanza democrática: el nuevo modo de gobernar en la sociedad red, en PASCUAL ESTEVE, J.M. y GODÀS I PÉREZ, X. (coord.): *El buen gobierno 2.0: La Gobernanza Democrática Territorial. Ciudades y regiones por la cohesión social y una democracia de calidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

RUIZ-RICO RUIZ, C. Transparencia y participación en el Derecho autonómico: un análisis constitucional. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 6, núm. 1, 2014.

SÁNCHEZ MORÓN, M. Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español, *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008.

VELASCO RICO, C. I. La cuestión competencial en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: ¿de qué margen disponen las CC.AA. en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno? *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, mayo 2014.

VILLORIA, M. La regeneración democrática: Diagnóstico y propuesta, en MARCO MARCO, J. y NICASIO VAREA, B. (coord.): *La regeneración del sistema: reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*. I Congreso Internacional sobre Calidad Democrática. Buen Gobierno y Lucha contra la corrupción. AVAPOL, Valencia, 2014.

COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA SEGUNDA

LA INCORPORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA VISIÓN DEL APROVECHAMIENTO ENERGÉTICO SOSTENIBLE

ALIA, F. J y otros. (2013). *Responsabilidad social corporativa en el ámbito de la sostenibilidad energética y ambiental*. Simposio empresarial internacional 2013. Navarra: Civitas.

- BAUDRILLARD, J. (1970). *La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras*. Paris: Éditions Denoël.
- BESCHORNER, T. (2014). *Beyond Risk Management, Toward Ethics: Institutional und Evolutionary Perspectives*. *Business Ethics and Risk Management*. *Ethical Economy* 43, 99-110.
- BOWIE, N. E. (2013). Chapter 7 *Constructing the Universal Norms of International Business*. *Business Ethics in the 21st Century, Issues in Business Ethics* 39. 113-142.
- BOWIE, N. E. (2013). Chapter 6 *Varieties of Corporate Social Responsibility*. *Business Ethics in the 21st Century, Issues in Business Ethics* 39. 91-112.
- CALVO IRIARTE, E. (2011). *El buen gobierno corporativo en el contexto de la responsabilidad social corporativa (RSC)* Madrid: Cuadernos de documentacion. ESIC. [business&marketingschool](http://business&marketingschool.com).
- CASTELAO SIMÓN, J. (2013). *Código de contratación del sector Público*. Concordado y anotado; incluye consultas El consultor. Madrid: LALEY.
- DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M. (2004). *El porqué de la responsabilidad social corporativa*. *Boletín económico de ICE* (2813) del 2 de agosto al 5 de septiembre de 2004. 45-58.
- CUEVAS, J. M. (2006). *La voluntariedad: elemento esencial de la RSC*. EMPLEO #11 año 5 - febrero de 2006. Recuperado a fecha de 13 de diciembre de 2015 en el sitio web <http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/RevistaEmpleoNum11.pdf> (última entrada 13/12/2015).
- DOSIER EsF-14, verano de 2014. *Economías de sin fronteras*. RSC. Para superar la retorica. www.ecosfron.org.
- DOSSIERES ESF, N.º 16, invierno de 2015. *Economías de sin fronteras*. El procomún y los bienes comunes. www.ecosfron.org.
- DOSSIERES ESF, N.º 18, verano de 2015. *Otra economía está en marcha II*. *Economistas sin fronteras*. www.ecosfron.org.
- EMPRESA ENERGÉTICA Y ODM: BENCHMARK INTERNACIONAL. 2010, OBSERVATORIO DE RSC. Recuperado a fecha de 29 de noviembre de 2015 en el sitio web http://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/05/Empresa_energetica_ODM.pdf ultima entrada 29/11/2015).
- ESCRIHUELA MORALES, F. J. (2014). *Guía Práctica de la contratación del sector público*. Madrid: LALEY.

ESTEBAN VELASCO, G., GONDRAM. J. M., MONEVA ABADÍA, J. M. y RIVERO TORRE, P. (2005). Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídico- económicos. Castello de la Plana: Publicacions de la Univewrsitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions.

ESTRATEGIA EXTREMEÑA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL 2015-2017. recuperado a fecha de 28 de diciembre de 2015 en sitio web <http://www.rsextremadura.es/portada/ESTRATEGIA-RSE-2015-2017.pdf>

ESTUDIO MULTISECTORIAL SOBRE EL ESTADO DE LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA DE LA GRAN EMPRESA EN ESPAÑA 2013. Club de la excelencia en sostenibilidad. Recuperado a fecha de 12 de diciembre de 2015 en el sitio web http://www.club sostenibilidad.org/f_publicaciones/multi13.pdf

FERNÁNDEZ GARCÍA., R. (2009). Responsabilidad social corporativa. Una nueva cultura empresarial. Alicante: Club universitario.

FERNÁNDEZ HERRERO, P. (2011). Cómo realizar una auditoría energética. Madrid: @FUNDACION CONFEMENTAL.

GARCÍA ECHEVARRÍA. S. (2006). Responsabilidad social corporativa: La responsabilidad social corporativa como orientación del management empresarial. Este texto corresponde a la conferencia impartida en las I Jornadas Empresariales de Acción Social Empresarial (ASE) celebradas en Madrid el día 18 de Octubre de 2005. Instituto de Dirección y Organización de Empresa, 303.

GARCÍA DE JUNCO, J, PALACIOS FLORENCIO, B., ESPASANDIN BUSTELO, F. (2013). Manual práctico de responsabilidad social corporativa. Gestión, diagnóstico e impacto en la empresa. Madrid: Ediciones Pirámide (grupo Anaya SA).

GARRIGA, E. y DOMÈNEC, M. (2013). Chapter 4 Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory. Citation Classics from the Journal of Business Ethics, Advances in Business Ethics Research 2. 69- 95.

GONZÁLEZ, J. C. (2014). Responsabilidad social de las empresas: ¿truco o trato?. RSC. Para superar la retorica. Economías sin fronteras. DOSIER EsF, 14. Recuperado el 12 de octubre de 2015 de [Www.ecosfron.org](http://www.ecosfron.org).

GONZÁLEZ, J. C. Informe del Observatorio de consumo responsable. 2013. Madrid. Club de excelencia en responsabilidad. Recuperado a fecha de 12 de diciembre de 2015 en el sitio web http://www.club sostenibilidad.org/f_publicaciones/informe%20consumo%20responsable%202013%282%29.pdf.

LESMES ZABALEGI, S. y ÁLVAREZ DE EULATE BADA, L. (2014). Guía de Contratación Pública Socialmente Responsable. Bilbao: REAS Euskadi.

LÓPEZ VILLEGAS, P. (2004). Contratos de las Administraciones Públicas. Historia y legislación. Cuadernos de investigación (2). Sevilla: Junta de Andalucía. Consejería de economía y hacienda. Sevilla.

LUETGE, C. (2014). Risk Taking and the Ethics of Entrepreneurship. *Business Ethics and Risk Management, Ethical Economy* 43. 3-14.

MONTAÑO HIROSE, L. (2014). Responsabilidad social corporativa, gobernanza e instituciones. Armando el rompecabezas. *Revista Internacional de Organizaciones*, n.º 13, diciembre 2014, 9–38.

NAVARRO GARCÍA, F. (2012). Responsabilidad social corporativa: teoría y práctica. Madrid: libros profesionales de empresa ESIC EDITORIAL.

NEWTON, L. (2014). Business Ethics in the Social Context. *SpringerBriefs in Ethics*, 1-26.
—, Políticas públicas y responsabilidad social corporativa. septiembre 2015. Diálogos para la acción. Observatorio de responsabilidad social corporativa. Recuperado a fecha de 29 de noviembre de 2015 en el sitio web http://observatoriorisc.org/wp-content/uploads/2015/10/Politicass_publicas_RSC_sept2015.pdf.

RENDTORFF, J. D. (2014). Risk Management, Banality of Evil and Moral Blindness in Organizations and Corporations. *Business Ethics and Risk Management, Ethical Economy*, 43, 45-70.

—, Resource efficiency challenge 2012 econsense – Forum for Sustainable Development of German Business . Office: Oberwallstraße 24, 10117 Berlin. Recuperado a fecha de 12 de diciembre de 2015 en el sitio web <http://www.csreurope.org/sites/default/files/Resource%20Efficiency%20Challenge%20-%20Econsense%20%282012%29.pdf>.

—, La responsabilidad social corporativa en las memorias anuales de las empresas del IBEX 35. análisis del ejercicio 2013. Observatorio de responsabilidad social corporativa. Recuperado a fecha de 29 de noviembre de 2015 en el sitio web http://www.observatoriorisc.org/Informe_memoriasRSC_ibex_2013_completo.pdf.

SANTÍAS VIADA., J. A. y otros (1997). Comentarios a la ley de contratos de las Administraciones públicas. Madrid: Ministerio de justicia, Ministerio de fomento y boletín oficial del Estado.

SATORRAS FIORETTI., R. M. (2008). Responsabilidad social corporativa. La “nueva conciencia de las empresas y entidades”. Barcelona: librería Bosh S. L.

STANWICK. P. A. y STANWICK. S. D. (2013). Chapter 26 The Relationship Between Corporate Social Performance, and Organizational Size, Financial Performance, and Environmental Performance: An Empirical Examination. *Citation Classics from the Journal of Business Ethics, Advances in Business Ethics Research* (2). 513-524.

VARGAS ESCUDERO, L. (2006). Mitos y realidades de la responsabilidad social corporativa en España. Un enfoque multidisciplinar. Coordinadora LEONOR .Navarra: Civitas.
—, World energy outlook 2014 International energy agency . 2014. France www.iea.org

LA TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: EL MODELO DE LA ORDENANZA TIPO DE LA FEMP

ALMONACID LAMELAS, V. “Nociones sobre transparencia y gobierno abierto. Su aplicación a los gobiernos municipales”, en ALMONACID LAMELAS, V. (coord.): *Implantación práctica de la Ley de transparencia en los Ayuntamientos*, El Derecho, Madrid, 2014.

BARRERO RODRÍGUEZ, M.^a C. “El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva”, en GUICHOT REINA, E. (coord.): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

CAMPOS ACUÑA, M.^a C. “Las entidades locales ante las obligaciones de transparencia. Una primera aproximación a la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Revista digital CEMCI*, núm. 23, 2014.

—, “Implantación de la LT en los Ayuntamientos (I). Aspectos jurídicos y organizativos”, en ALMONACID LAMELAS, V. (coord.): *Implantación práctica de la Ley de transparencia en los Ayuntamientos*, El Derecho, Madrid, 2014.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2015.

GUICHOT REINA, E. “Transparencia: aspectos generales”, en GUICHOT REINA, E. (coord.): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

REGO BLANCO, M.D. “Las cargas administrativas: concepto y régimen jurídico para su reducción”, en GAMERO CASADO, E. (coord.): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2014.

TOSCANO GIL, F. *Autonomía y potestad normativa local*, Comares, Granada, 2006.

—, “La regulación local de la transparencia”, *Anuario de Derecho municipal* 2014, núm. 8, 2015.

MESA REDONDA TERCERA

ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE PREVENCIÓN DEL FRAUDE: “PUBLIC COMPLIANCE”

BRIOSCHI CARLO, ALBERTO. *Breve historia de la corrupción: de la antigüedad a nuestros*.

TERRAGNI, MARCO ANTONIO. *Delitos propios de los funcionarios públicos*. Ediciones Jurídicas Cuyo.

ARBIZU, JOSE MARÍA, Res Publica Oppressa. *Política popular en la crisis de la República* (133-44 a.C. Editorial Complutense. (Pág. 81).

LOZANO, JAVIER. *Las citas de la biblia sobre la corrupción que harán temblar a los políticos*. 30-11-14. <http://actualidadenoticias.esy.es/20818/opinion-catolicos/las-citas-de-la-biblia-sobre-lacorrupcion-que-haran-temblar-a-los-politicos.html>. Noticias de México y el mundo.

FERNÁNDEZ, VICENTE, Historia de la corrupción. *La corrupción desde la antigüedad*. Vicente Fernández 17/04/2015. Revista Quo. <http://www.quo.es/ser-humano/historia-de-la-corrupcion>.

FERNÁNDEZ CASTAÑEDA, LUIS, *La corrupción en el país de Sumer*. Luis Fernández Castañeda. <http://www.lacavernadeplaton.com/articulosbis/sumer1415.htm>.

SOTO, FERNANDO, <http://ocultismocadiz3000.blogspot.com.es/2014/05/los-balbos-sabian-latin.html>.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS FERNANDO. *Los delitos contra la Administración Pública*. Teoría General. Instituto Nacional de Administración Pública-Universidad de Santiago de Compostela.

CERVERA, CÉSAR, *El duque de Lerma, crónica del mayor desfalco de la historia de España*. 9-4-2015. Diario ABC. <http://www.abc.es/espana/20141113/abci-duque-lerma-caso-corrupcion-20141121704.html>.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, *Los delitos contra la Administración Pública*. Teoría General. Instituto Nacional de Administración Pública-Universidad de Santiago de Compostela. Página 86 cita la obra de J. R. Casabó Ruiz, Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en Escritos penales, 1979.

CERVERA, CÉSAR. *El duque de Lerma, crónica del mayor desfalco de la historia de España*. Diario ABC. <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf>.

CUGAT MAURI, MIRIAM, Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona. *El tráfico de influencias. Un tipo prescindible*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Artículos ISSN 1695-0194 RECPC 16-07 (2014).

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I. “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales”, Revista de ciencias penales, vol. 4, 2001-2002, pp. 9-29.

OLAIZOLA NOGALES INÉS. *La Financiación Ilegal de los Partidos Políticos: un Foco de Corrupción*. Tirant Lo Blanch. 2014.

SENTURIA. *Encyclopedia of Social Sciences*, Vol.VI, 1993.

ROWLAND, MICHEL, Fundación Esquel, Ecuador. Título: “Visión contemporánea de la corrupción” Fuente: *La hora de la transparencia en América Latina. El manual de anticorrupción en la función pública*. Buenos Aires, Argentina. Granica/Ciedla, 1998. Págs. 31-42.

GUERRA CORREA KARIME, DANIELA, *la corrupción* <http://www.monografias.com/trabajos88/la-corrupcionpolitica/la-corrupcion-Politica.shtml>

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS. http://www.cis.es/opencms/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html.

ZUNZUNEGUI, FERNANDO Abogado, y MANSILLA FERNANDO, Psicólogo. http://www.rdmf.es/2009/10/28/crisis-economica-y-corrupcion/crisis_economica_y_corrupcion. Revista de Derecho del Mercado Financiero.

TOHARIA, JOSE JUAN, *El coste político de la crisis económica (...y de la corrupción)*. José Juan Toharia es catedrático de Sociología y presidente de Metroscopia. El País 7 de febrero de 2015.

VILLORIA, MANUEL y JIMÉNEZ, FERNANDO, Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas. Centro de Investigaciones Sociológicas España: La corrupción en España (2004-2010): Datos, percepción y efectos.

TERRAGNI, MARCO ANTONIO. Delitos propios de los funcionarios públicos. Ediciones Jurídicas Cuyo. Página 35.

NOYA, JAVIER, <http://www.blog.riecano.org/corrupcion-y-marca-espana/> “Lloviendo sobre mojado: corrupción y marca España, 51 18 de febrero de 2013.

NAVARRO MARÍA, G. Instituto de Filosofía, CCHS, CSIC <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.2/pr/pr23.pdf> Miguel Ángel Iglesias Río (España).

MEDINA ARNÁIZ, TERESA, (España) Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Madrid.

