

**SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL**

**EL NUEVO MARCO JURÍDICO Y DE RESPONSABILIDAD PENAL**

Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urrés  
Quaderns de Dret Local /Cuadernos de Derecho Local, nº 35/2014 (junio)

**SUMARIO**

- I. *Introducción. La empresa pública local y el nuevo marco jurídico a la luz de las directrices de la OCDE de 2011 y de las novedades legislativas de 2013***
- II. *La política de propiedad en la sociedad mercantil local***
- III. *Los deberes de la entidad local***
- IV. *Relaciones con los accionistas minoritarios y con las partes interesadas***
- V. *Códigos de éticas***
- VI. *Transparencia***
- VII. *Auditoría interna y externa***
- VIII. *El principio de publicidad activa en la LTAIFBC***
- IX. *El órgano de dirección de la empresa pública***
- X. *Responsabilidad y tratamiento equitativo de los Accionistas***
- XI. *Deber de facilitar la participación de los accionistas minoritarios en las juntas de accionistas***
- XII. *Gerente general***
- XIII. *Las Responsabilidades de los directivos de Empresas públicas***
- XIV. *La responsabilidad penal de la empresa pública local***

## **I. Introducción. La empresa pública local y el nuevo marco jurídico a la luz de las directrices de la OCDE de 2011 y de las novedades legislativas de 2013**

La actividad empresarial de la Administración pública se lleva a cabo, en lo que se refiere a este trabajo, a través o por medio de la “empresa pública”, es decir, aquella en que, bajo la forma de sociedad de capital<sup>1</sup>, la Administración pública posee, si no la totalidad, sí una importante participación accionarial en su capital, lo que le permite ostentar un control significativo en su gobierno y dirección. Esta titularidad completa, mayoritaria o minoritaria significativa de las acciones representativas del capital lleva consigo el derecho de voto para las decisiones del gobierno o gestión.

En el último trimestre del año recién terminado (2013) ha tenido lugar la publicación de importantes leyes y de un proyecto de ley orgánica que afectan de forma directa a la materia que se va tratar: (i) la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia y acceso a la información pública y buen gobierno (que modifica, entre otras, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común); (ii) la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local (que modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen local); y (iii) el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados de 4 de octubre de 2013).

Todo este elenco normativo ha sido propiciado por múltiples causas y antecedentes, siendo uno de éstos la publicación de las *Directrices* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 2011, a las que más adelante me referiré, que alientan el establecimiento en los países que integran dicha organización de un nuevo marco jurídico de la actividad empresarial pública, tendente a la simplificación de las prácticas operativas y del régimen jurídico con el que funcionan las empresas públicas, que, sin perjuicio de que pueden presentar el suyo propio, distinto que el de otras empresas (sólo justificando ante la necesidad de garantizar la continuidad en el suministro de servicios públicos), ha de basarse, en la medida de lo posible, en el mismo marco legal que regula a las empresas privadas (evitando la creación de un régimen jurídico específico cuando esto no resulte absolutamente necesario para los objetivos de la empresa). La simplificación del régimen jurídico de las empresas públicas es bueno no sólo porque aumenta la transparencia y facilita el control mediante parámetros de comparación, sino porque iguala las condiciones para los competidores privados en mercados cada vez más desregulados y competitivos.

Ante la presencia de las empresas públicas en el mercado, compitiendo con el sector privado, es deseable –y, más que deseable, exigible– un marco jurídico y regulatorio que garantice la igualdad de condiciones entre todos los operadores, con el fin de evitar alteraciones en el

---

<sup>1</sup> Cfr. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

funcionamiento del mercado, debiendo simplificarse las prácticas operativas y el régimen jurídico con el que funcionan<sup>2</sup>. La legislación o la regulación deben establecer claramente cualquier obligación y responsabilidad que se exija a una empresa pública en términos de servicios públicos más allá de las normas generalmente aceptadas. Y dichas obligaciones y responsabilidades deben comunicarse a la opinión pública al igual que todo lo referido a los costos asociados a razones de interés general/social, que han de estar claramente identificados, revelados y debidamente compensados por el presupuesto municipal sobre la base de disposiciones legales concretas y/o mediante mecanismos contractuales, como pueden ser los contratos de gestión o de servicios. Esta compensación debe estructurarse de tal forma que evite la distorsión del mercado, sobre todo cuando las empresas en cuestión se encuentran en sectores competitivos de la economía.

Dado el cariz tan importante de las empresas públicas en el mercado competitivo y globalizado, la OCDE, que constituye un foro excepcional en el que los gobiernos de 30 países trabajan conjuntamente con el fin de hacer frente a los desafíos económicos, sociales y medioambientales planteados por la globalización, ha publicado el pasado 2011 unas *Directrices* sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas justificando las mismas en los siguientes términos: *"el gobierno corporativo de las empresas públicas constituye un importante reto en muchas economías. Pero, hasta ahora, no ha habido ninguna clase de referencia internacional que ayude a los gobiernos a evaluar y mejorar la forma en que ejercen la propiedad de dichas empresas, que a menudo constituyen una proporción significativa de la economía. Las presentes Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas cubren esta importante laguna, y su desarrollo ha suscitado el interés global de diversas partes interesadas"*. La experiencia compartida por los países que han empezado a reformar el gobierno corporativo de las empresas públicas a la luz de estas *Directrices* es que se trata de una tarea importante, pero también compleja.

Pues bien, en este trabajo se va a tratar cuanto se recoge en dichas *Directrices* en la medida que es aplicable *mutatis mutandi* al ámbito municipal, al que ahora nos referimos, en el que la tenencia de las acciones de la empresa pública corresponde a la propia corporación local directamente o a través de un organismo expresamente creado para ser, en terminología de las *Directrices* OCDE, una *"entidad propietaria"* (es decir, la entidad responsable del ejercicio

---

<sup>2</sup> Además, la experiencia ha demostrado, como recuerda la OCDE, que el buen gobierno corporativo de las empresas públicas constituye un importante requisito previo para llevar a cabo una privatización efectiva desde el punto de vista económico, dado que hará que las empresas resulten más atractivas para los posibles compradores, aumentando su valoración.

de los derechos económicos y políticos de propiedad municipal, como podría ser un organismo autónomo<sup>3</sup>).

Una "entidad propietaria" necesita competencias únicas y debe disponer de profesionales con cualificaciones jurídicas, financieras, económicas y de gestión con experiencia en el desempeño de responsabilidades fiduciarias (en nombre del Ayuntamiento). Es necesario que dichos profesionales también comprendan claramente sus papeles y responsabilidades como empleados públicos con respecto a las empresas públicas. Además, la entidad propietaria debe incluir competencias relacionadas con las obligaciones concretas que algunas de las empresas públicas que supervisa deben realizar en términos de suministro de servicios públicos.

Uno de los principales retos en el gobierno de las empresas públicas es el de encontrar el equilibrio entre la responsabilidad pública municipal de ejercer activamente sus funciones de propiedad (como puede ser el nombramiento de los integrantes de órgano de administración) y al mismo tiempo abstenerse de realizar "interferencias políticas" indebidas en la gestión de la empresa. Otro importante desafío consiste en garantizar iguales condiciones para todos en los mercados en los que las empresas privadas pueden competir con las empresas públicas, así como que la administración pública no distorsione la competencia a la hora de utilizar sus poderes regulatorios o de supervisión.

Estos problemas –y retos– no lo son sólo del Estado. Como ya se ha dicho: cuanto se expone en las *Directrices* es igualmente aplicable para ámbitos de administración inferiores al Estado, como lo son, en nuestro caso, las empresas públicas en el ámbito local.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local, ha modificado el apartado 2 del artículo 85 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), todo ello en línea con los adjetivos marcados por las *Directrices*: mejora y sostenibilidad y eficiencia de la Administración pública, dice así el [artículo 85.2](#):

*"2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:*

*A) Gestión directa:*

*a) Gestión por la propia Entidad Local.*

*b) Organismo autónomo local.*

---

<sup>3</sup> Esta fórmula de la "entidad propietaria" permite una deseable separación entre la función de propiedad municipal y las demás funciones de la corporación local que pueden influir sobre las condiciones para las empresas públicas, especialmente en lo que se refiere a la regulación del mercado.

c) *Entidad pública empresarial local.*

d) *Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

*Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.”*

*B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público.*

Si las *Directrices* se aplican debidamente a las sociedades mercantiles locales, se garantizaría el ejercicio profesional y responsable de la propiedad pública y se permitiría que el ente local desempeñe un papel importante en la mejora del gobierno corporativo en la totalidad de los sectores donde ejerce sus competencias. El resultado supondría la existencia de empresas más sanas, competitivas y transparentes.

## **II. La política de propiedad en la sociedad mercantil local**

En este trabajo vamos a referirnos básicamente a las cuestiones atinentes a las sociedades mercantiles locales como medio de gestión de los servicios públicos de competencia local, a que se refiere la LBRL cuyo recientemente reformado artículo 85 ter dice:

*"1. Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.*

*2. La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que*

*deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad.*

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

Se advierte que tanto en los supuestos de gestión directa como de gestión indirecta, la entidad local debe actuar, para cumplir con la gestión sostenible y eficiente, como un propietario informado y activo, y establecer una política de propiedad clara y consistente, garantizando que el gobierno corporativo de las empresas públicas se realiza de forma transparente y responsable, con el nivel necesario de profesionalidad y efectividad. Para ello se debe desarrollar y publicar una política de propiedad, que será objeto de epígrafe aparte, que defina los objetivos generales así como el papel del Ayuntamiento en el gobierno corporativo de las empresas públicas de su ámbito respectivo y de qué forma llevará a cabo su política de propiedad. En muchas ocasiones es la existencia de múltiples objetivos contradictorios de la propiedad lo que provoca bien una conducta pasiva de las funciones de propiedad o, por el contrario, lo que da lugar al exceso de intervención pública en temas o decisiones que deberían dejarse en manos de la empresa y de sus órganos de gobierno corporativo. Para que la entidad local se posicione claramente como propietaria debe aclarar y priorizar sus objetivos. Los objetivos pueden incluir evitar distorsiones de mercado y la búsqueda de rentabilidad, expresada en forma de objetivos específicos, como la tasa de retorno y la política de dividendos.

La política de propiedad y los objetivos asociados de la empresa pública deben ser documentos públicos, de acceso público, y ser ampliamente difundidos entre los pertinentes organismos, directivos de empresas públicas y administración. Los medios fundamentales para el ejercicio por parte municipal de una propiedad activa e informada son una estrategia de propiedad clara, un proceso estructurado para el nombramiento de los miembros del órgano de administración y el ejercicio efectivo de los derechos de propiedad establecidos, siendo deseable evitar cualquier involucración en la gestión cotidiana (la capacidad de la entidad propietaria de dirigir a la empresa o a sus directivos debería limitarse a los temas y políticas de naturaleza estratégica).

Con el fin de evitar una interferencia política indebida o una propiedad pública pasiva, resulta importante que el Ayuntamiento o la entidad propietaria se centren en ejercer de forma efectiva los derechos de propiedad. El Ayuntamiento como propietario debe conducirse como cualquier accionista importante cuando se encuentra en situación de influir significativamente sobre la empresa y ser un accionista informado y activo cuando se encuentre en una situación de accionista minoritario, a fin de ejercer sus derechos de la manera que mejor proteja su propiedad y optimice su valor. En este sentido, el Ayuntamiento como propietario tiene, como en cualquier sociedad, cuatro derechos básicos del accionista mercantil: i)

participar y votar en las juntas generales de accionistas; ii) obtener suficiente información relevante sobre la empresa a tiempo y con regularidad; iii) elegir y remover a los miembros directivos; y iv) aprobar transacciones extraordinarias. En la empresa municipal, el Ayuntamiento o la entidad propietaria debe ejercer dichos derechos de forma plena y juiciosa, lo que le permitiría tener la influencia necesaria sobre las empresas públicas sin inmiscuirse en su gestión cotidiana. La efectividad y credibilidad del gobierno corporativo y supervisión de las empresas públicas dependerán, en gran medida, de la capacidad de la entidad propietaria de hacer un uso bien fundado de sus derechos como accionista y de ejercer de forma efectiva sus funciones de propiedad en las empresas públicas.

A la hora de proponer y elegir a los miembros de los órganos directivos se ha de tener muy en cuenta que éstos ejerzan sus responsabilidades de forma profesional e independiente. La independencia exige que todos ellos cumplan sus obligaciones de una forma imparcial con respecto al resto de accionistas si la entidad local no fuera la única propietaria. Lo anterior significa, según las *Directrices* OCDE, que los miembros del órgano de administración no deben guiarse por interés político alguno a la hora de cumplir con sus obligaciones como tales, excepto cuando ello resulte compatible con los estatutos de la empresa o con sus objetivos explícitos.

### **III.- Los deberes de la entidad local**

La entidad local tiene, para con el funcionamiento de la empresa pública, las siguientes responsabilidades:

*Primero.* Estar representada en las juntas generales de accionistas. La entidad local como propietaria debe ejercer su derecho de voto (o al menos dar una explicación si no lo hace sin encontrarse en la situación de no haber reaccionado a las propuestas presentadas a las juntas generales de accionistas privados de las empresas públicas).

Para que el Ayuntamiento pueda expresar su opinión sobre los temas presentados para aprobación en las juntas de accionistas es necesario que la entidad propietaria se organice para poder presentar una opinión informada sobre dichos temas y manifestarla a los órganos directivos de las empresas públicas a través de las juntas generales de accionistas.

*Segunda.* La creación de procesos de nombramiento de órganos directivos bien estructurados y transparentes en las empresas públicas en las que la entidad local tenga la totalidad de la propiedad o sea el accionista mayoritario, participando activamente en el nombramiento de los directivos de todas las empresas públicas y basado en una evaluación de las diversas habilidades, capacidades y experiencias requeridas. Los requerimientos de capacidad y experiencia deben derivar de una evaluación del directivo en ejercicio y de las exigencias alineadas con la estrategia a largo plazo de la empresa en cuestión.

La corporación municipal o la entidad propietaria deben asegurarse que todas las empresas públicas dispongan de directivos profesionales eficientes y que funcionen correctamente, con la combinación de competencias necesaria para cumplir sus responsabilidades.

Cuando el Ayuntamiento es el accionista mayoritario se encuentra en una posición excepcional para proponer y elegir el órgano de administración *sin* el consentimiento de los demás accionistas (privados). Este derecho legítimo lleva consigo una gran responsabilidad a la hora de identificar y elegir a dichos miembros. En este proceso, y con el fin de minimizar los posibles conflictos de interés, debería evitarse elegir un "número excesivo" de miembros de la Administración pública (lo que resulta especialmente importante en el caso de empresas en las que el Ayuntamiento no es el único accionista).

Cuando la entidad local no sea la única propietaria del accionariado de la empresa pública, debe consultar a los restantes accionistas con anterioridad a la celebración de la junta general de accionistas

*Tercera.* El establecimiento de sistemas de divulgación que hagan posible el seguimiento y evaluación regular del desempeño de la empresa pública. Con el fin de que los representantes de la entidad local en la empresa pública puedan tomar decisiones fundadas en temas corporativos clave, debe asegurarse que reciban a tiempo toda la información necesaria y pertinente. También debe crear medios que les permitan la supervisión continua de la actividad y desempeño de las empresas públicas. Igualmente se debe asegurar la existencia de sistemas externos de divulgación de información para todas las empresas públicas, a fin de proporcionar una imagen fidedigna del desempeño y de la situación financiera de la empresa pública, permitiéndoles reaccionar a tiempo y ser selectivos en su intervención. Para ello se debe desarrollar los mecanismos apropiados y seleccionar los métodos adecuados de valoración para supervisar la actuación de las empresas públicas respecto a los objetivos establecidos.

*Cuarta.* Cuando el sistema legal y el nivel de propiedad lo permitan (empresas públicas 100% municipales), el mantenimiento de un diálogo continuo con los auditores externos así como con órganos específicos de control, a través de un intercambio regular de información, reuniones o discusiones ocasionales cuando se presenten problemas específicos. Los auditores externos proporcionarán una opinión externa, independiente y calificada sobre el desempeño y situación financiera de la empresa pública.

Cuando las empresas públicas no sean 100% municipales, se debe respetar los derechos y dar un tratamiento justo a los accionistas minoritarios. El diálogo con los auditores externos no debe proporcionar información privilegiada alguna, y debe respetar la regulación relativa a la información privilegiada y confidencial.

*Quinta.* Garantizar que los planes de remuneración para los miembros de los órganos directivos de la empresa pública promueven el interés a largo plazo de la empresa y pueden



atraer y motivar a profesionales calificados, debiendo aproximarse las remuneraciones de los directivos de empresas públicas hacia las prácticas existentes en el sector privado. Es importante hacer mención a lo recogido en la Disposición Adicional 12ª LBRL, modificada por la LTAIPBG, en la materia, relativa a las retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local, su publicidad en la página web de la corporación local y en su memoria de actividades.

#### ***IV.- Relaciones con los accionistas minoritarios y con las partes interesadas***

Cuando la entidad local no sea la única propietaria de accionariado de la empresa pública se deben reconocer los derechos de todos los accionistas y garantizar un trato equitativo y acceso igualitario a la información corporativa, manteniendo un elevado nivel de transparencia con todos los accionistas. Las empresas públicas deben desarrollar una política activa de comunicación y consulta con todos los accionistas, facilitando la participación de los accionistas minoritarios en las juntas generales de accionistas con el fin de permitirles participar en las decisiones fundamentales de la empresa.

Igualmente debe reconocerse plenamente las responsabilidades de las empresas públicas con las partes interesadas (contratantes, terceros, proveedores, financiadores, etc...) y pedir que informen sobre sus relaciones con éstas. Las relaciones con las partes interesadas presentan una importancia especial en el caso de las empresas públicas ya que pueden resultar decisivas para el cumplimiento de obligaciones de servicios generales, en caso de haberlos, y dado que las empresas públicas pueden tener, en algunos sectores de infraestructura, un impacto fundamental sobre el potencial de desarrollo económico y sobre las comunidades en las que son activas. Además, algunos inversores tienen en cuenta cada vez más los temas relativos a partes interesadas en sus decisiones de inversión, y consideran los posibles riesgos de litigio relacionados con partes interesadas. Por lo tanto, resulta importante que se reconozca el impacto que una política activa sobre partes interesadas sobre el objetivo estratégico y el prestigio de la empresa a largo plazo. De esta forma, deben desarrollarse y revelarse de forma apropiada políticas claras sobre las mismas.

En su condición de accionista dominante, la entidad local puede controlar la toma de decisiones corporativas y estar en posición de tomar decisiones que perjudican a las partes interesadas. Por lo tanto, es importante establecer mecanismos y procedimientos que protejan los derechos de partes interesadas. La entidad propietaria debe disponer de una clara política en este sentido. Las empresas públicas deben respetar plenamente los derechos de las partes interesadas creados por ley, regulaciones y mutuo acuerdo. Para ello, las empresas públicas deben asegurarse que las partes interesadas tengan acceso a información pertinente, suficiente y fiable, que les sea facilitada a tiempo y de forma habitual para poder ejercer sus derechos. Igualmente, las partes interesadas deben tener acceso a un sistema que reconozca sus derechos en caso de violación de los mismos. Los empleados

también deben poder comunicar libremente sus preocupaciones sobre prácticas ilegales o no éticas, y sus derechos no deberían verse comprometidos por hacerlo.

Sin embargo, no se debe utilizar a las empresas públicas para perseguir objetivos que difieran de los existentes en el sector privado, a menos que sea compensado de alguna forma. Cualquier derecho específico otorgado a partes interesadas o cualquier influencia sobre el proceso decisorio debería ser explícito. Con independencia de los derechos que la legislación conceda a las partes interesadas o de las obligaciones especiales que la empresa pública deba asumir en este sentido, los órganos de la empresa, especialmente la junta general de accionistas y el órgano de administración, deben conservar sus poderes decisorios.

## **V.-Códigos de ética**

La plasmación positiva de las normas éticas o de buen gobierno de las Administraciones recibe el nombre genérico de códigos de ética pública o de buenas prácticas administrativas - propias de las administraciones, sus autoridades y funcionarios- que engloban "diversos tipos de códigos": (i) *códigos éticos*, los textos que contiene referencias para gestionar el funcionamiento de la organización, sus operaciones y actividades, plasmados de los valores y principios que han de inspirar dicha actuación entre el colectivo de directivos y empleados de la Administración, constituyendo "su marca" que pretende destacarla de las demás; (ii) *códigos de conducta*, que se refieren más precisamente al comportamiento o pautas de actuación que se espera de los miembros de la organización, sirviendo de complemento o interpretación a la que estuvieran recogidas en textos de superior rango; y (iii) *códigos de buen gobierno*, que van dirigidos a los directivos de la organización, responsables de las políticas de eficacia, transparencia y, en suma, buena administración. Junto a estos códigos están las normas de procedimiento o cumplimiento normativo de las empresas, en este caso, de las empresas públicas, establecidas para prevenir la corrupción y cualquier otra actuación ilícita o delictiva.

El código ético debe proporcionar orientación clara y detallada sobre la conducta que se espera de todos los empleados, y ha de crearse programas de cumplimiento, cuyo desarrollo sería deseable que se llevara a cabo de una forma participativa, con el fin de implicar a todos los empleados y partes interesadas afectadas.

Debe exigirse a los directivos de las empresas públicas el desarrollo, aplicación y comunicación de programas de cumplimiento de códigos éticos internos. Dichos códigos éticos deben aplicarse tanto a la empresa como, en su caso, a sus filiales. Se trata de algo que favorece el interés a largo plazo de cualquier empresa como una forma de hacerse creíble y fiable en sus actividades cotidianas y con respecto a sus compromisos a más largo plazo.

Resulta especialmente necesario recoger en el código ético las respectivas responsabilidades de carácter personal y público cuando los funcionarios municipales forman parte del órgano de administración de las empresas públicas. Los funcionarios implicados podrían tener que revelar cualquier participación personal que tuviesen en la empresa pública y seguir la normativa correspondiente sobre información privilegiada. Además, deben desarrollarse directrices o códigos éticos para los miembros de la entidad propietaria e indicarle cómo habría que tratar la información confidencial transmitida a la entidad local por los miembros públicos del órgano directivo.

El código ético debe incluir indicaciones sobre los procesos de compra, así como desarrollar mecanismos específicos que protejan y promuevan a las partes interesadas, y especialmente a los empleados, a informar sobre cualquier conducta ilegal o no ética por parte de los ejecutivos de la empresa. En este sentido, debe asegurarse que las empresas públicas realmente cuenten con protecciones para las quejas que puedan presentar los empleados, bien en persona o a través de sus órganos de representación, u otras personas que no forman parte de la empresa. Igualmente, los códigos de ética también deben incluir medidas disciplinarias, en caso que se encuentre que las denuncias realizadas carecen de sustento y no se hicieron de buena fe, son frívolas o son de carácter vejatorio.

Las entidades locales deben desarrollar información consistente sobre las empresas públicas y publicar anualmente un informe sobre éstas, manteniendo un elevado nivel de transparencia y desarrollando procedimientos eficientes de auditoría interna.

## **VI.- Transparencia**

Las empresas públicas deben revelar la información importante sobre todos los temas relativos a gobierno corporativo, y además centrarse en las áreas de interés especial para la corporación local como propietario y el público en general. Las empresas públicas deben como mínimo cumplir dichas exigencias, incluyendo resultados financieros y de explotación, políticas de remuneración, operaciones con partes relacionadas y las estructuras y políticas de gobierno corporativo. Las empresas públicas deben comunicar si aplican algún código de gobierno corporativo y, en caso afirmativo, indicar cuál. La información debería incluir las cláusulas relativas a terminación y jubilación, así como cualquier beneficio específico o remuneración en especie que se facilite a los miembros del órgano directivo.

Entre los ejemplos de dicha información se incluyen:

1. Una declaración clara dirigida al público de cuáles son los objetivos de la empresa y su cumplimiento. Es importante que cada empresa pública tenga claridad sobre sus objetivos generales.

Cuando el Ayuntamiento es el accionista mayoritario o ejerce el control efectivo de la empresa pública, los objetivos de la empresa deben ser clarificados a todos los demás inversores, al mercado y al público general. Dichas obligaciones de divulgación animarán a los ejecutivos de la empresa a clarificar a sí mismos cuáles son los objetivos, y también podrían aumentar el compromiso de la administración en la búsqueda de dichos objetivos.

Las empresas públicas deben informar sobre cómo cumplieron sus objetivos divulgando indicadores clave de desempeño. Cuando la empresa pública también se utiliza para la consecución de objetivos de política pública, como pueden ser las obligaciones de prestación de servicios generales, también debe informar sobre el grado de consecución de los mismos.

2. Es importante que las estructuras de propiedad y voto de las empresas públicas sean transparentes, de forma que todos los accionistas entiendan claramente qué proporción tienen de los derechos económicos y de voto. Debe revelarse cualquier derecho o acuerdo especial que pudiese distorsionar la estructura de propiedad o de control de la empresa pública (como las acciones de oro y la capacidad de veto).

Se pueden presentar graves dificultades cuando las empresas públicas emprenden estrategias ambiciosas sin haber identificado claramente, evaluado o informado debidamente sobre los riesgos asociados a las mismas. Si no informan adecuadamente los factores de riesgo importantes, las empresas públicas pueden dar una imagen falsa de su situación financiera y de su desempeño global. A su vez, lo anterior puede conducir a la toma de decisiones estratégicas inadecuadas y a pérdidas financieras imprevistas.

La divulgación adecuada por parte de las empresas públicas de la naturaleza y alcance del riesgo incurrido en sus actividades exige el establecimiento de sistemas internos de gestión del riesgo sólidos que identifiquen, gestionen, controlen e informen sobre los mismos. Las empresas públicas deben proveer información con arreglo a estándares nuevos y en constante evolución, y divulgar la totalidad de sus activos y obligaciones mantenidos fuera de balance. Cuando resulte adecuado, dicha divulgación podría incluir las estrategias de gestión del riesgo, así como los sistemas implementados para aplicarlas.

También se deben revelar debidamente los consorcios público-privados. Esas iniciativas suelen caracterizarse por transferencias de riesgos, recursos y beneficios entre socios públicos y privados para el suministro de servicios públicos o infraestructura pública, y por lo tanto podrían inducir nuevos y específicos riesgos importantes.

4. Cualquier ayuda financiera, incluidas las garantías, recibida del sector público y los compromisos asumidos en nombre de la empresa pública, con el fin de proporcionar una imagen veraz y completa de la situación financiera de la empresa pública, debe ser informada debidamente para conocerse la existencia de obligaciones recíprocas, ayuda financiera o mecanismos para compartir el riesgo y con las empresas públicas. La divulgación debe incluir información detallada sobre cualquier ayuda o subsidio público recibido,

cualquier garantía otorgada a la empresa pública para realizar sus actividades, así como cualquier compromiso asumido por el sector público en nombre de una empresa pública.

Las empresas públicas deben asumir condiciones competitivas a la hora de acceder a financiación. Sus relaciones con bancos, instituciones financieras y otras empresas públicas deben basarse exclusivamente en términos comerciales. A menudo se ha asumido la existencia de una garantía pública implícita sobre la deuda de las empresas públicas. Esta situación ha conducido en muchos casos a endeudamiento excesivo, desperdicio de recursos y distorsión del mercado, en perjuicio tanto de los acreedores como del contribuyente. Además, los bancos públicos y otras instituciones financieras suelen ser el acreedor más significativo, si no el principal, de las empresas públicas. Esta situación ofrece amplias posibilidades para la aparición de conflictos de interés, pudiendo provocar créditos impagos en los bancos (llegando a pensar la empresa que no está obligada a devolver el préstamo).

Deben desarrollarse mecanismos que gestionen los conflictos de interés y que garanticen que las relaciones de las empresas públicas con bancos, otras instituciones financieras, así como con otras empresas públicas tienen lugar sobre bases estrictamente comerciales. Los bancos públicos deben conceder crédito a las empresas públicas con arreglo a las mismas condiciones que a las empresas privadas.

5. Las operaciones entre empresas públicas y entidades relacionadas, como por ejemplo una inversión realizada por una empresa pública en el capital de otra empresa pública, podrían constituir una fuente de abusos potenciales y deberían revelarse. La entrega de información sobre operaciones con entidades relacionadas debe facilitar todos los datos necesarios para poder evaluar la imparcialidad y conveniencia de estas operaciones.

Las empresas públicas deben mantener un elevado nivel de transparencia desarrollando información y dirigido al público en general, a los órganos de la entidad local y a los medios de comunicación. Dicha información debe desarrollarse de tal forma que permita a todos los lectores obtener una visión clara del desempeño y evolución global de las empresas públicas. Además, la entrega de información también es fundamental para poder profundizar su comprensión del desempeño de la empresa pública y poder clarificar su propia política. También debería facilitar información sobre la organización de la función de propiedad, así como una visión general de la evolución de las empresas públicas, información financiera e información sobre los cambios en los directivos de las empresas públicas. El informe también debería facilitar los principales indicadores financieros, incluyendo ventas totales, utilidades, flujo de caja proveniente de las operaciones, inversión bruta, retorno al patrimonio, ratio patrimonio/activos y dividendos.

Se insiste, un requisito fundamental para proteger a los accionistas minoritarios es garantizar un elevado nivel de transparencia, sobre todo en relación a la información financiera que garantiza un tratamiento equitativo. Cuando mantienen relaciones estrechas con inversores y con partícipes del mercado, las empresas deben tener cuidado en no violar

este principio fundamental de trato equitativo. Los accionistas minoritarios deben tener acceso a toda la información necesaria para poder tomar decisiones bien fundadas. Cualquier acuerdo entre accionistas, incluyendo los acuerdos de información que cubren a los directores, debe ser divulgado.

El desarrollo de una página *Web*, que permite al público acceder fácilmente a la información, debe proporcionar información tanto sobre la organización de la función de propiedad y la política general de propiedad, así como sobre el tamaño, evolución, desempeño y valor del sector público.

En el campo de la contratación pública, esta información y participación no podría llevarse a cabo adecuadamente si el proceso contractual –todo- no se rigiera por mecanismos que hicieran del mismo un procedimiento prefijado normativamente, transparente y público. Al fin y al cabo, la inversión pública constituye un importante factor de desarrollo y crecimiento económico; pero ello exige unas peculiares normas de actuación para acertar en la selección no sólo del contratante sino de las “obras de inversión”, atendiendo a los recursos disponibles, y en su ejecución, atendiendo a la escala de prioridades, debiendo buscar un necesario equilibrio entre la eficiencia, que insta a anteponer los proyectos de mayor intensidad de uso y efecto multiplicador en la actividad económica y empleo, y el de la solidaridad, que contribuye a la expansión de las áreas y sectores menos favorecidos. Para obtener la mayor eficiencia en el proceso de contratación pública es necesario que se lleven a cabo correctamente los procedimientos y se respeten los principios que los sustentan. Los principios de publicidad, concurrencia y transparencia sirven al propósito múltiple de respetar la igualdad de oportunidades, ampliar el abanico de opciones asequibles, garantizar la lealtad competitiva, lo que contribuye a la reducción de costes, el aumento de calidad, la reducción de plazos de ejecución, la mejora de características de cada proyecto y, por supuesto, al aumento del bienestar social.

## **VII.- Auditoría interna y externa**

La auditoría interna constituye una actividad de consultoría que ofrece una garantía objetiva e independiente, diseñada para aumentar el valor y mejorar las actividades de una organización, ayudando a la organización a alcanzar sus objetivos mediante la contribución de un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la efectividad de los procesos de gestión del riesgo, control y gobierno corporativo. Los auditores internos

desempeñan un papel importante a la hora de garantizar un proceso de divulgación eficiente y sólido, así como controles internos adecuados en un sentido amplio.

Las empresas públicas deben desarrollar procedimientos eficientes de auditoría interna y crear una función de auditoría interna que esté monitoreada por y dependa directamente del órgano directivo y del comité de auditoría o del órgano societario equivalente. Se deben definir los procedimientos para la recolección, compilación y presentación de información suficientemente detallada. También deben asegurarse que los procedimientos de la empresa se aplican debidamente y garantizar la calidad de la información divulgada por la empresa.

Con el fin de aumentar su independencia y autoridad, los auditores internos deben trabajar y reportar directamente al órgano directivo y su comité de auditoría en los sistemas de un nivel, del directivo en los sistemas de dos niveles, o de los directivos de Auditoría, en el caso de haberlos.

Según las *Directrices* OCDE, las empresas públicas, y especialmente las de mayor tamaño, deben estar sometidas a una auditoría externa anual independiente, basada en estándares internacionales. La existencia de procedimientos estatales específicos de control no sustituye la necesidad de contar con una auditoría externa independiente, aunque, ciertamente, las empresas públicas no están *necesariamente* sujetas a ser auditadas por auditores externos independientes, normalmente por la existencia de sistemas específicos de auditoría que, se consideran suficientes para garantizar la calidad y exhaustividad de la información contable.

Pero, con el fin de reforzar la confianza en la información facilitada la entidad local debe exigir que, además de las auditorías especiales, al menos la totalidad de las grandes empresas públicas se sometan a auditorías externas, debiéndose desarrollar procedimientos adecuados para la selección de los auditores externos, siendo crucial que éstos sean independientes tanto de la administración como de los accionistas dominantes (de la entidad local en el caso de las empresas públicas). Además, los auditores externos deben estar sometidos a los mismos criterios de independencia que en las empresas privadas.

Las empresas públicas deben someterse a eficaces estándares de contabilidad y de auditoría. Todas las empresas públicas deben divulgar su información financiera y no financiera. Lo anterior implica que los miembros directivos de las empresas públicas firman los estados financieros, y que los Gerentes generales y los directivos financieros de Finanzas certifican que dichos informes presentan de forma adecuada y razonable, en todas las cuestiones importantes, las actividades y situación financiera de la empresa pública.

## **VIII.- El principio de publicidad activa en la LTAIFBC**

Mucho de cuanto se ha venido exponiendo –derivado de las Directrices OCDE– se recoge, como ya se ha adelantado, en la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que si bien, tal y como recoge su artículo 2.1 g) la misma es de aplicación a “*las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100*”, nada empuja su toma de consideración, cuando proceda, para supuestos de menor participación accionarial pública. Sobre las sociedades de la letra g) que se proyecta el principio de publicidad activa, desarrollado en los artículos 5 a 8, cuyo tenor literal se transcribe por su interés y novedad:

## Artículo 5. Principios generales

*“1. Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública.*

*2. Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad.*

*3. Serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos.*

*4. La información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización.*

*Cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50.000 euros, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley podrá realizarse utilizando los medios electrónicos puestos a su disposición por la Administración Pública de la que provenga la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas percibidas.*

*5. Toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por*



*medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos."*

## Artículo 6. Información institucional, organizativa y de planificación

*"1. Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional.*

*2. Las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente.*

*En el ámbito de la Administración General del Estado corresponde a las inspecciones generales de servicios la evaluación del cumplimiento de estos planes y programas."*

## Artículo 7. Información de relevancia jurídica

*"Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán:*

*a) Las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos.*

*b) Los Anteproyectos de Ley y los proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda, cuando se soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes. En el caso en que no sea preceptivo ningún dictamen la publicación se realizará en el momento de su aprobación.*

*c) Los proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda. Cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes sin que ello suponga, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública.*

*d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.*

e) *Los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación”..*

## Artículo 8. Información económica, presupuestaria y estadística

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

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

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

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

*c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.*

*d) Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.*

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

*f) Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título.*

*Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo.*

*g) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local.*

*h) Las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Cuando el reglamento no fije los términos en que han de hacerse públicas estas declaraciones se aplicará lo dispuesto en la normativa de conflictos de intereses en el ámbito de la Administración General del Estado. En todo caso, se omitirán los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles y se garantizará la privacidad y seguridad de sus titulares.*

*i) La información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, en los términos que defina cada administración competente”.*

## **IX.- El órgano de administración de la empresa pública**

La *composición* de los órganos de administración de las empresas públicas debería permitir el ejercicio de un juicio objetivo e independiente. Una buena práctica –recomendada por las *Directrices* OCDE– exige la separación de los cargos de Presidente y de Gerente general.

Un requisito previo fundamental a la hora de dotar de poder a los directivos es estructurarlos de tal forma que puedan ejercer de forma efectiva un juicio objetivo e independiente, estar en condiciones de supervisar a la alta administración y tomar decisiones estratégicas. El nombramiento de todos los miembros del órgano de administración debe realizarse mediante un proceso transparente, y debe quedar claro que su obligación es la de actuar en interés de la empresa en su conjunto (y no como representantes individuales de los que los nombraron). Los órganos directivos de las empresas públicas deben también estar protegidos de una interferencia política indebida y directa que podría distraer su atención del logro de los objetivos.

Un requerimiento fundamental para potenciar la objetividad de los directivos de las empresas públicas es nombrar un número suficiente de miembros no ejecutivos competentes en el consejo de administración, capaces de tener un juicio independiente. Dichos miembros del órgano de administración deben disponer de la capacidad y experiencia pertinente, y resulta aconsejable, según recomiendan las *Directrices* OCDE, que procedan del sector privado, lo

que contribuirá a que los órganos directivos estén más orientados a los negocios, especialmente en el caso de las empresas públicas que actúan en mercados competitivos. Su competencia profesional también podría incluir las cualificaciones relacionadas con las obligaciones y objetivos de política específicos de las empresas públicas.

Deben desarrollarse mecanismos con el fin de evaluar y mantener la efectividad del desempeño e independencia del órgano de administración. Estos incluyen, por ejemplo, la limitación del número posible de mandatos de los miembros del Consejo, así como la asignación de recursos al órgano directivo para que tenga acceso a información independiente o para llevar a cabo una evaluación independiente.

Una definición adecuada y clara de las funciones del órgano directivo y de su Presidente contribuirá a prevenir situaciones en que la separación podría provocar una oposición ineficiente entre los dos altos cargos de la empresa. De manera similar, en el caso de los sistemas de dos niveles, se considera una buena práctica que el Gerente general no pase a ser el Presidente del Consejo en el momento de su jubilación. La separación del cargo de Presidente del Consejo de administración del cargo de Gerente general resulta especialmente importante en las empresas públicas, en las que se suele considerar necesario potenciar la independencia del Consejo de administración. El Presidente desempeña un papel clave al orientar al Consejo de administración, garantizar que funciona eficientemente y promoviendo la participación activa de los miembros individuales del órgano directivo en la orientación estratégica de la empresa pública. Cuando el cargo de Presidente y el de Gerente general se encuentran separados, el primero también debe tener un papel en acordar con la entidad propietaria las habilidades y la experiencia profesional que el Consejo de administración debería incluir para actuar de forma efectiva. Por lo tanto, la separación de la Presidencia del cargo de Gerente general debe considerarse una medida fundamental a la hora de establecer órganos directivos eficientes en las empresas públicas.

Deben crearse procedimientos que faciliten la profesionalidad y la verdadera independencia de los miembros del órgano directivo que representan al personal y que garanticen que éstos respetan su deber de confidencialidad. Dichos procedimientos deben incluir mecanismos electorales adecuados, transparentes y democráticos, capacitaciones, y procedimientos claros para la gestión de los conflictos de intereses. Para que los miembros del Consejo de administración que representan al personal puedan contribuir de forma positiva al trabajo del órgano, los demás miembros de éste, así como la administración de la empresa pública, deberán estar dispuestos a aceptarlos y a cooperar con ellos.

Los directivos de las empresas públicas deben contar con la suficiente autoridad, competencia y objetividad para realizar su función de guía estratégica y supervisión de la administración, actuando con integridad y asumiendo la responsabilidad por sus acciones ante la entidad local propietaria.

Otorgar más poder y mejorar la calidad de los directivos de las empresas públicas constituye un paso fundamental en la mejora del gobierno corporativo de las empresas públicas. Es importante que las empresas públicas cuenten con órganos fuertes que puedan actuar en el interés de la empresa y supervisar a la administración de forma efectiva sin sufrir interferencias políticas indebidas. Para ello, será necesario garantizar la competencia de los directivos de las empresas públicas, potenciar su independencia y mejorar su funcionamiento. También resulta necesario permitirles asumir plena y clara responsabilidad de sus funciones, y garantizar que actúen con integridad.

Deben restablecerse y evaluarse cuidadosamente los supuestos de inhabilitación, incapacidad y las situaciones de conflicto de interés, con indicación sobre la forma de tratarlas y solucionarlas. En especial, lo anterior implica que no deben participar en las decisiones que afectan a la misma empresa pública ni tener obligaciones o restricciones específicas que les impidan actuar con arreglo al interés de la empresa. De forma más general, cualquier posible conflicto de interés que afecte a cualquier miembro directivo debe ser comunicado, que debería revelarlo junto con la información sobre la forma en que se está gestionando.

## ***X.- Responsabilidad y tratamiento equitativo de los accionistas***

El órgano directivo debe ser responsable, directa o indirectamente, ante los órganos que representan los intereses del público en general, como la Junta general de accionistas y, también, el Pleno municipal, debiendo estar claramente definida, al igual que la responsabilidad de las propias empresas públicas, que no debe verse diluida como resultado de la relación de dependencia ante éste.

Por su parte, se deben reconocer los derechos de todos los accionistas, garantizando un trato equitativo y acceso igualitario a la información corporativa. Al Ayuntamiento le conviene garantizar que en todas las empresas en las que participa, los accionistas minoritarios reciban un trato equitativo, puesto que su reputación en este sentido influirá sobre su capacidad para atraer financiación externa y sobre la valoración de la empresa. Por consiguiente, debe asegurarse que los demás accionistas no perciban a la entidad local como un propietario opaco, impredecible e injusto. Por el contrario, el Ayuntamiento debe crear una reputación ejemplar y seguir las buenas prácticas en lo relativo al tratamiento de los accionistas minoritarios.

Cuando parte del capital de una empresa pública se encuentra en manos de accionistas privados, institucionales o individuales, debe reconocer sus derechos. Debe protegerse a los accionistas minoritarios de las acciones abusivas de los accionistas controladores, o que benefician a estos, tanto directa como indirectamente, prohibiéndose el uso de información privilegiada y los actos abusivos en provecho propio.

Como accionista dominante, el Ayuntamiento está muchas veces en condiciones de tomar decisiones en la Junta general de accionistas sin el acuerdo de ningún otro accionista. Si bien dicho poder de decisión constituye un derecho legítimo que es consecuencia de la propiedad, resulta importante que el Ayuntamiento no abuse su papel de accionista dominante, por ejemplo, buscando el logro de objetivos que no convienen a la empresa y que por lo tanto resultan perjudiciales para otros accionistas. El abuso se puede producir mediante transacciones relacionadas inapropiadas, decisiones de negocios sesgadas o cambios en la estructura de capital que favorecen a los accionistas dominantes. Las medidas que se pueden adoptar incluyen una mejor divulgación, el deber de lealtad de los miembros directivos, así como la necesidad de mayorías cualificadas para determinadas decisiones de los accionistas.

Hay grandes posibilidades de abuso cuando el sistema legal permite, y el mercado acepta, que los accionistas controladores ejerzan un nivel de control que no se corresponde con el nivel de riesgo que asumen como propietarios gracias al uso de instrumentos legales para separar la propiedad del control.

## ***XI.- Deber de facilitar la participación de los accionistas minoritarios en las juntas de accionistas***

El derecho a participar en la Junta general de accionistas constituye un derecho fundamental de estos. Los accionistas minoritarios pueden estar preocupados de que en la práctica las decisiones se tomen fuera de las juntas de accionistas o de las reuniones de los directivos de la empresa.

Con el fin de promover la participación activa de los accionistas minoritarios en la Junta general de accionistas de las empresas públicas y de facilitar el ejercicio de sus derechos, las empresas públicas pueden adoptar mecanismos específicos, como son incluir mayorías cualificadas para determinadas decisiones de los accionistas (y, cuando se considere que las circunstancias lo justifican, la posibilidad de utilizar normas de elección especiales, como puede ser la acumulación de votos). Entre las medidas adicionales se deberían incluir el facilitar el voto de los no presentes o el desarrollo del uso de medios electrónicos como forma de reducir los costos de participación. Es importante que cualquier mecanismo especial para la protección de los minoritarios sea cuidadosamente ponderado, debiéndose favorecer a todos los accionistas minoritarios, y de ninguna manera contradecir el concepto de tratamiento equitativo. Tampoco se debe impedir que la entidad local como accionista mayoritario, ejerza su influencia legítima sobre las decisiones, ni tampoco debería permitir a los accionistas minoritarios bloquear el proceso decisorio.

## **XII.- Gerente general**

Los directivos de las empresas públicas deben realizar sus funciones de supervisión de la administración y de guía estratégica sujetos a los objetivos establecidos por el gobierno municipal, debiendo disponer de la autoridad necesaria para nombrar y cesar al Gerente general. En muchos casos, los directivos de las empresas públicas no reciben la plena responsabilidad y autoridad para la guía estratégica, supervisión de la administración y control sobre la divulgación de información. Los papeles y responsabilidades de los directivos de las empresas públicas pueden verse invadidos desde dos extremos; por las entidades propietarias y por la administración. La entidad propietaria, si es que no el gobierno municipal mismo, puede verse tentada a implicarse en exceso en temas estratégicos, si bien es responsabilidad suya definir los objetivos generales de la empresa, especialmente si se tiene en cuenta que la diferencia entre la definición de objetivos y la fijación de estrategias puede no ser muy clara.

La designación y cese del Gerente general debe ser una función clave de los órganos de administración de las empresas públicas. Sin esta autoridad resulta difícil que los directivos de las empresas públicas puedan ejercer plenamente su función supervisora y sentirse responsables del desempeño de las empresas públicas. Con independencia de cuál sea el procedimiento, las designaciones de gerentes generales deberían basarse en criterios profesionales. Las normas y procedimientos para nombrar y designar al Gerente general deben ser transparentes y respetar la línea de responsabilidad entre el Gerente general, el órgano directivo y la entidad propietaria. Debe revelarse cualquier acuerdo entre accionistas relativo a la nominación del Gerente general.

De la obligación que tienen los directivos de las empresas públicas de evaluar y hacer un seguimiento del desempeño de la administración se sigue que éstos también deberían ejercer una influencia decisiva sobre la remuneración del Gerente general. Deben asegurarse que la remuneración del Gerente general se encuentre vinculada al desempeño, y que sea debidamente divulgada.

## **XIII.- Las Responsabilidades de los directivos de Empresas públicas**

Los directivos de las empresas públicas deben contar con la suficiente autoridad, competencia y objetividad para realizar su función de guía estratégica y supervisión de la administración. Deben actuar con integridad y asumir la responsabilidad por sus acciones.

Los directivos de las empresas públicas deben, en principio, tener las mismas responsabilidades y obligaciones que se estipulan en la ley de sociedades de capital. Las responsabilidades de los directivos de las empresas públicas deberían articularse a través de la legislación, de las regulaciones, de la política de propiedad pública y de los estatutos

sociales de la empresa. Es fundamental, que todos los miembros del órgano directivo tengan la obligación legal de actuar en interés de la empresa y de tratar a todos los accionistas equitativamente. Debe indicarse con claridad la responsabilidad, tanto colectiva como individual, de los miembros del órgano directivo, no debiendo haber diferencia alguna en las responsabilidades de los distintos miembros de administración o dirección, con independencia que hayan sido nombrados por la entidad local o por cualquier otro accionista o parte interesada.

Con el fin de que los miembros del órgano de gestión de las empresas públicas estén informados sobre sus responsabilidades y obligaciones, debe requerirse su capacitación. Para subrayar las responsabilidades del órgano de gestión, habría que facilitar un informe de Gestión de los directivos junto con el balance anual y remitirlo a los auditores externos. El Informe de Gestión de los directivos deben proporcionar información y observaciones sobre la organización, desempeño financiero, factores de riesgo importantes, acontecimientos significativos, relaciones con partes interesadas, y efectos de las instrucciones de la entidad coordinadora o propietaria.

Estos deberes de los administradores vienen recogidos en los artículos 225 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público y la responsabilidad por su incumplimiento en los artículos 236 y siguientes. del mismo texto, cuyo desarrollo escapa del objetivo de este trabajo.

#### ***XIV.- La responsabilidad penal de la empresa pública local***

Aparte de las responsabilidades políticas, civiles o, incluso penales de las personas físicas, directivos o administradores de la empresa pública, existe, como es sabido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas regulada en el Código penal en su artículo 31 bis (y, para las entidades que no ostenten personalidad jurídica, excluidas por esta razón de dicho precepto, en el artículo 129 CP). Esta responsabilidad es independiente –y acumulativa- a la de las personas físicas, tanto por acción u omisión directa o por acción u omisión indirecta (en los términos indicados del art. 31 CP).

El apartado 1 del artículo 31 bis CP recoge el ámbito subjetivo de esta responsabilidad penal de la persona jurídica distinguiendo (i) los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la misma, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, y (ii) los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.



El artículo 31 bis CP no prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para todos los delitos tipificados en el Código penal, sino que sigue un sistema de *numerus clausus*. Así, a pesar de ser el artículo 31 bis una norma contenida en la parte general del Código, el catálogo de delitos en los que el legislador ha previsto expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas es taxativo, recogándose, entre otros delitos: la estafa (artículo 251 bis), las insolvencias punibles (art. 261 bis), el cohecho (art. 427) y el tráfico de influencias (artículo 430), que pudieran ser de interés para este seminario.

Tampoco todas las personas jurídicas son susceptibles de ser inculpidas penalmente. En lo que interesa a este trabajo, el CP tiene excluida de forma expresa la responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas que refiere, con mejor o peor acierto, en el apartado 5 del artículo 31 bis<sup>4</sup>, entre las que se encuentra las "*sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*".

No existe regulado un estatuto penal de las empresas y sociedades públicas y la regla del artículo 31 bis 5 CP no es, como se puede observar, precisamente clara, especialmente en lo referente a "*servicio de interés económico general*", lo que podría propiciar un poco justificado tratamiento penal distinto de las empresas "públicas" respecto de las privadas, con el riesgo de "favorecer por omisión" la práctica de conductas corruptas.

El precepto en cuestión exige, por otra parte, hacer dos precisiones.

Por un lado, que esta exclusión no rige para las sociedades mercantiles estatales que desarrollen una actividad estrictamente mercantil, en el sentido de lo dispuesto en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 6/1997, de 14 abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Éstas podrán ser imputables conforme al artículo 31 bis en todos aquellos aspectos en los que se rigen por el derecho privado cuando no estén ejecutando políticas públicas o prestando servicios de interés económico general.

Y, por otro, pese a la dicción literal, que la exclusión también alcanza a las sociedades públicas autonómicas, provinciales o locales porque, aunque pudiera pensarse que la omisión obedece a una intención del legislador, parece evidente que tal distinto trato es contrario a una interpretación teleológica y garantista de la norma -propia del Derecho penal-, que obliga a considerar que dichas sociedades se encuentran igualmente excluidas del ámbito de aplicación del artículo 31 bis, toda vez que constituyen instituciones del Estado y la *ratio* para excluir a las primeras debería servir, en idéntica medida, para evitar la aplicación de la responsabilidad penal a las segundas, en cuyo seno pueden cometerse por el administrador de hecho o de derecho o por un empleado las conductas delictivas tipificadas en el CP,

---

<sup>4</sup> Estas exclusiones no se dan si dicha forma jurídica se ha tomado para evitar una eventual responsabilidad penal, es decir con carácter "instrumental".

susceptibles de “ser cometidas” por la persona jurídica, sobre la que recaería la pena legalmente prevista<sup>5</sup>.

Afortunadamente, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se reforma el Código penal<sup>6</sup> introduce un nuevo artículo 31 quinquies, cuyo apartado 2 establece:

*“En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del número 7 del artículo 33. Esta 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».*

Este nuevo artículo –actualmente en proyecto– “arregla” de alguna manera la comprensión del supuesto de no responsabilidad aún vigente –apartado 5 del artículo 31 bis CP–, no distinguiéndose entre sociedades estatales y no estatales ni exceptuándose dicha responsabilidad en todos los supuestos de actuación delictiva.

Igualmente el referido artículo 31 bis 1º, de aprobarse el referido Proyecto de reforma, quedaría redactado de forma más clara, como sigue:

*«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquéllos los debe-*

---

<sup>5</sup> En este sentido se manifiesta la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, que al tratar este tema dice: “En el caso de las sociedades estatales, no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal conforme a la Ley 6/1997 de 20 de abril de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, de modo que resulta preciso de nuevo atender al supuesto concreto. La misma interpretación teleológica a la que se hacía referencia con anterioridad, obliga a efectuar aquí una exégesis extensiva del concepto Estado, entendiendo por tal todo aquello que lo es, y por tanto también la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio. En ese sentido, y aun cuando no se hace una mención específica, deberán entenderse excluidas de responsabilidad penal, en las condiciones ya apuntadas, las sociedades autonómicas, provinciales y locales.”

<sup>6</sup> Actualmente se encuentra dicho proyecto discutiéndose en la respectiva Comisión de justicia del Congreso de los Diputados.

*res de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*

Dicho Proyecto de reforma del CP, en referencia a la imputación y a la culpabilidad, introduce unos nuevos artículos 31 ter y 31 quáter, con el siguiente contenido:

Artículo 31 ter:

- «1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.*
- 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente».*

Artículo 31 quáter:

- «Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:*
- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*
  - b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.*
  - c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*
  - d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.»*

El proyecto de reforma del Código penal recoge los supuestos de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si el delito fuere cometido por los

representantes legales o administradores de hecho o derecho, si se cumplen las siguientes condiciones:

- 1.<sup>a</sup>) que el órgano de administración ya ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza;
- 2.<sup>a</sup>) que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;
- 3.<sup>a</sup>) que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y
- 4.<sup>a</sup>) que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control.

*En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”.*

Añade el proyectado artículo 31 bis CP dos apartados más de interés:

3. *En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión [a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2] podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.*
4. *[Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad] si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido.*

Es decir, se instaura la sede penal un novedoso concepto de gran comprensión mercantil que puede servir como causa de exención o de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica: el modelo de organización o de gestión. Respecto del mismo, dice así el apartado 5 del artículo 31 bis del Proyecto CP (regulando en sede penal, cual si de una norma mercantil se tratara):

5. *Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior, deberán cumplir los siguientes requisitos:*
  1. *Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*

2. *Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*
3. *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*
4. *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*
5. *Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. El modelo contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo, y requerirá, en todo caso:*
  - a) *de una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; y*
  - b) *de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención».*

Se advierte, con preocupación, que lo que se vendió en 1995 como el código penal de la democracia se hizo deprisa y corriendo, sin consenso político y sin tratar temas capitales de indudable transcendencia para la política criminal, lo que está propiciando múltiples parches y remiendos, convirtiendo el texto punitivo, en lo que ahora interesa, en una especie de código mercantil donde se establece el contenido mínimo de los modelos de gestión de las empresas para que estén exentas de responsabilidad penal por los delitos cometidos en su provecho por las personas que se indican en el texto, lo que, sin duda, se aparta de lo que debe ser un código penal: claro, preciso y conciso.