

DE LA ÉTICA AL DERECHO EN LA REGLAMENTACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Jesús González Pérez *

I. INTRODUCCIÓN

En 1994, organizado por la Fundación BBV, tuvo lugar un Encuentro sobre *La dimensión ética de las instituciones y mercados financieros*. En el prólogo del libro que recogió los trabajos presentados en el Encuentro, el que había sido su director, Antonio Argandoña, constataba el creciente interés teórico y práctico por la Ética aplicada a la economía y al mundo de los negocios, y proclamaba la necesidad de que se potenciara y se generalizara, «no sólo por razones de conciencia personal, sino también por razones de bienestar social, de convivencia pacífica y fructífera, y de eficacia económica». Porque —concluía—, «la alternativa —la intervención de los poderes públicos— se nos presenta como un mal remedio a corto plazo, y contraproducente a largo plazo»¹.

Malo o buen remedio, lo cierto es que la intervención se ha producido. Se había producido ya en aquel momento; y con posterioridad se ha intensificado. Exigencias de comportamiento que eran solamente éticas, fueron incorporadas al Derecho. Lo que eran deberes éticos, sólo sancionables en el orden moral o en el de las relaciones económicas, se han convertido en obligaciones legales cuyas

* Sesión del día 4 de marzo de 2003.

¹ *La dimensión ética de las instituciones y mercados financieros*, Fundación BBV, 1995, pág. 12.

infracciones se tipifican como transgresiones jurídico-administrativas sancionables por la Administración o incluso como delitos que, previo el proceso penal con las debidas garantías, podrán castigarse con las penas asimismo tipificadas en la Ley penal.

Ante la extensión de las figuras delictivas en el ámbito económico en el Código penal de 1995 y el rigor con que se sancionaban, se multiplicaron las modificaciones de los regímenes económicos de los matrimonios que se regían por la comunidad de bienes, acogiéndose al de separación aquellos en los que uno de los cónyuges tenía alguna participación en el gobierno de las sociedades mercantiles, a fin de que quedaran a salvo de las posibles responsabilidades patrimoniales los bienes del otro, si caían en el punto de mira de algún Fiscal anticorrupción, a veces movido por razones políticas.

Esta absorción por el Derecho de las exigencias éticas del comportamiento humano obedece a varias razones.

En primer lugar, por el proceso expansivo del Derecho en la Historia de la civilización, sometiendo a su imperio regímenes de relaciones antes sustraídas a sus dominios: la penalidad ha reemplazado a la venganza; el proceso a la autodefensa y a la lucha privada; la exacción tributaria al apoderamiento de la propiedad y su deseo por los fuertes; la prestación del trabajo ².

Pero ha sido, sobre todo, el impresionante aumento de la intervención de la Administración en todas las esferas de la vida social producido a lo largo del siglo xx, lo que ha dado lugar a que la actividad económica quedara sujeta en aspectos inimaginables en el siglo anterior a la legislación e incluso a la acción interventora de las Administraciones públicas. La economía no quedó fuera de la omnipresencia de la Administración, de una Administración, de la que esperaba el hombre el milagro de la salvación de su inseguridad y miseria, llegando a creer que podía articular seguridad social para todos ³. Y llegamos al Estado del bienestar.

Por último, en esta conversión de la ética en Derecho, ha sido decisiva una corriente legislativa de protección a los más débiles, tanto en el ámbito estatal como en el comunitario y en el de las Autonomías, corriente de la que son claros expo-

² ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, *La potestad jurídica sobre el Más Allá de la Vida*, edición del Patronato Niceto Alcalá-Zamora y Torres, Priego de Córdoba, 2001, pág. 115.

³ Al problema me referí en mi trabajo *Administración pública y libertad*, UNAM, México, 1971, págs. 18 y sigs.

nentes las legislaciones sobre protección de los consumidores y usuarios, y sobre condiciones generales de la contratación.

Ahora bien, el gran tema de la última década del siglo xx, el que ha dado lugar a una abundante literatura ha sido el de la organización y control de la administración de las grandes sociedades, especialmente de las sociedades cotizadas. El debate se inició en la literatura anglosajona en los años setenta, pero ha sido en los años noventa del siglo pasado cuando ha adquirido difusión en Europa, promoviendo profundos cambios en las estructuras y comportamientos.

Las exigencias de reforma procedían de los más diversos sectores. En 1995 el Círculo de Empresarios publicó el documento *Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración*, en el que se reflejaban las principales circunstancias y acontecimientos que impulsaban a la reforma, entre los que se incluían los siguientes:

- Insatisfacción de los accionistas por la actuación de los directivos responsables de la gestión de las empresas con problemas.
- Presencia más activa de los accionistas institucionales más exigentes.
- Situaciones extremas de empresas relevantes.
- Papel y responsabilidad de los auditores.
- Complejidad de la toma de algunas decisiones estratégicas y convenientes.
- Niveles y forma de retribución de los Administradores.
- Insuficiencia de la normativa vigente, que no ofrece soluciones satisfactorias a los problemas que se plantean en las sociedades.

Esto se reconocía y denunciaba, no por políticos o funcionarios, sino por empresarios. Y en 1996, Federico San Sebastián, en una excelente tesis doctoral, ante los últimos escándalos en el mundo económico, destacaba la crisis de la credibilidad generalizada en el sistema. La sociedad —decía— clama por un incremento de los controles internos de gestión, por una verdadera y eficaz auditoría interna y por unas medidas básicamente promotoras⁴.

⁴ *El Gobierno de las sociedades cotizadas y su control*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1996, págs. 93 y sigs.

A fin de evitar o al menos reducir en lo posible las imposiciones legislativas, se van a impulsar los Códigos éticos, que en España van a adoptar una modalidad singular, al ser el Gobierno el que va a tomar la iniciativa, con la constitución de Comisiones para el estudio de Códigos éticos o recomendaciones.

II. DEL INFORME OLIVENCIA AL INFORME ALDAMA PASANDO POR LA PROPUESTA DE CÓDIGO DE SOCIEDADES MERCANTILES

1. Informe Olivencia

El 28 de febrero de 1997 el Consejo de Ministros acordó la creación de una *Comisión Especial para el estudio de un Código de Ética de los Consejeros de Administración de las Sociedades*, Comisión que quedó constituida el día 24 de marzo siguiente presidida por Olivencia. Antes de un año, publicó el documento por ella elaborado con el título *El Gobierno de las Sociedades cotizadas*⁵. Constaba de tres partes: una Introducción (I), un Informe sobre la problemática de los Consejos de Administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros (ap. II) y un Código de buen gobierno (III), que recogía las recomendaciones dirigidas principalmente a las sociedades cotizadas. En mayo de 1998 la Comisión Nacional del Mercado de Valores hizo público un *Reglamento tipo del Consejo de Administración ajustado al Código de buen gobierno*.

El Informe se preocupaba de destacar el carácter voluntario de sus recomendaciones. En el apartado 12.1, decía:

«Las reflexiones y recomendaciones que han venido desgranándose a lo largo de este Informe tienen fundamentalmente un propósito orientador. La Comisión entiende que no deben ser objeto de regulación legislativa ni ser impuestas a sus destinatarios, ni siquiera indirectamente a través de sistemas de control de su adopción que puedan desvirtuar el carácter voluntario del Código de Buen Gobierno. En nuestra opinión, la libertad y la autonomía de organización han de quedar plenamente salvaguardadas pues de ellas depende en gran medida la capacidad de adaptación de nuestras sociedades a los condicionamientos internos y externos, que han de afrontar. Adicionalmente, ha de subrayarse el carácter singular de cada sociedad y la conveniencia de que, como tal, no se vea privada de su soberanía para diseñar sus propias estructuras de gobierno en función de sus preferencias, de sus circunstancias y de sus características idiosincrásicas. La imaginación y la capacidad de innovación son fuerzas que también en este campo deben promoverse, en lugar de limitarse contra el riesgo del inmovilismo.

⁵ Publicado en la *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 228, págs. 733 y sigs.

Confiamos, sin embargo, en que nuestras recomendaciones puedan ser útiles en general para elevar los estándares de gobierno corporativo más extendidos en el mercado español. Elaboradas a partir de las mejores experiencias, pero teniendo en cuenta las características diferenciales de nuestra práctica societaria, serán particularmente provechosas para aquellos destinatarios que consideren que el valor de la organización se acrecienta con el incremento del control, de la transparencia y, en definitiva, de la disposición a dar cuenta y razón de sus decisiones. De otra parte, los criterios y reglas ofrecidas en este Informe han sido pensados para ser aplicados con flexibilidad e imaginación y no para trasponerlos mecánicamente, con el espíritu de quien cumple un trámite enojoso. El buen gobierno no se asegura con la simple apariencia externa de formalidades y procedimientos, sino que precisa la voluntad de asumir la filosofía y los principios que inspiran sus reglas.

En el Código de Buen Gobierno se contenían las recomendaciones (en total 23), que sintetizaban las medidas o prácticas aconsejables en el estado actual de evolución de las sociedades, y se insistía en que no se trataba de proponer normas de Derecho positivo.

Sin desconocer la ayuda que los Códigos de conducta en general —y, concretamente, el elaborado por la Comisión Olivencia— pueden prestar para un mejor gobierno de las Sociedades, la desconfianza hacia la efectividad de sus recomendaciones fue la tónica dominante. Al menos en el ámbito jurídico. En 1999, cuatificadores mercantilistas elaboraron una serie de trabajos coordinados por Gaudencio Esteban Velasco, en los que se pusieron de manifiesto las deficiencias del sistema basado en normas desprovistas por definición de todo aparato jurídico sancionador, nacidas de negociaciones entre los propios operadores económicos interesados.

Es indudable el papel que pueden desempeñar los sistemas autonormativos como alternativa razonable a los Ordenamientos jurídicos incapaces de dar respuesta por sí solos a los requerimientos de una realidad económica en permanente transformación y a las insuficiencias de una Justicia lenta y desprovista de la preparación técnica exigida por los modernos procedimientos económicos; pero en el actual debate sobre los Códigos de conducta y la ética negocial la única perspectiva válida —se decía— es la estrictamente jurídica. Así Fernández de la Gandara, que añadía:

•Entendida como desaprobación socialmente organizada, la moral podrá hacerse valer, bien por la vía de las reformas legislativas, incorporando al ordenamiento positivo nuevos parámetros de valoración establecidos en la sociedad civil, bien a través de delegaciones o reenvíos que el propio legislador hace a la moral pública, la buena fe, las buenas costumbres y otras cláusulas, cuya exégesis y aplicación es competencia exclusiva de los Tribunales. El objetivo de establecer el juego limpio en el mercado y de hacer más eficien-

te su funcionamiento sigue siendo, pues, tarea prioritaria del Derecho. Los hechos se han encargado de desmentir la vieja idea smithiana de que una mano invisible conduce a los protagonistas de la vida económica a promover el bien común; de ahí la necesidad y eficacia del ordenamiento jurídico como instrumento de dirección de los procesos económicos. La moralización y el mayor grado de eficiencia de la vida económica y empresarial, a la que los Códigos de Conducta pueden prestar una inestimable ayuda, pasa por la exigencia, absolutamente irrenunciable, de la realización del Derecho. De ahí que las declaraciones formuladas por los redactores del *Informe Olivencia*, de que su sistema de recomendaciones queda al margen directa o indirectamente de toda eventual reforma legislativa, llame poderosamente la atención ⁶.

2. Propuesta de Código de Sociedades mercantiles

En febrero de 1994, el Ministro de Justicia había encargado a la Comisión General de Codificación la elaboración de un proyecto de Código de Sociedades mercantiles. Mucho antes de que se emitiera el informe Olivencia y hasta de que se constituyera la Comisión que le redactó, se empezó a trabajar sobre la elaboración de un Código, no ya ético, sino —de llegar a ser sancionado— con fuerza de Ley. Estaba en la línea de las críticas al Código Olivencia, tal y como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la propuesta de Código:

En los últimos tiempos los denominados «Códigos de conducta» han contribuido decisivamente a modificar la organización y el funcionamiento de los órganos de administración de las sociedades cotizadas. A estos «Códigos» corresponde, pues, un singular y muy positivo papel en el «cambio de rostro» de las sociedades con valores admitidos a negocia-

⁶ FERNANDO DE LA GANDARA, «El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido», en *El Gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, 1999, págs. 82 y sigs. Desde otra perspectiva, se había manifestado escéptico sobre la utilidad de los Códigos éticos, Rafael Termes, en sus intervenciones en la Academia el curso 1995-1996 y en el presente. La de este curso se ha publicado por el IESE. Cfr. *Las irregularidades financieras y la Economía de mercado*, IESE, Universidad de Navarra, 2002. En págs. 25 y sigs., dice: «sin negar que tales códigos éticos puedan ser útiles, por muy acertados y detallados que sean, no lograrán el correcto funcionamiento de la empresa si en sus gentes está ausente el ejercicio prudencial de todas las virtudes morales. Si los directivos y demás personas de la empresa están decididos a comportarse de forma conducente a valer más como persona, con independencia de que con esta actuación lleguen a tener más o menos cosas, sabrán perfectamente como han de actuar en todas las ocasiones y circunstancias, aunque no exista en su empresa ningún código de comportamiento que lo diga. En cambio, en ausencia de esta conciencia moral, fruto de la cultura del ser, frente a la cultura del disfrutar, por muchas normas de comportamiento que existan y por muchas sanciones que se establezcan para los incumplimientos, las normas saltarán hechas añicos cada vez que se presente la oportunidad de obtener, por medios torcidos, la satisfacción de los apetitos».

ción en mercados secundarios oficiales. No obstante, forzoso es reconocer que algunas de las medidas sugeridas por esos «Códigos de conducta» necesitan del grado de imperatividad que sólo la norma legal puede aportar. De una fase de «autorregulación» se pasa así a una fase en la que algunas de las normas que figuraban en los reglamentos internos de los consejos de administración de las sociedades cotizadas adquieren el rango de normas legales, a la vez que se complementan con otras sugeridas por la atenta contemplación de la realidad. En la nueva normativa quizá las novedades más significativas de ese tránsito de la «autorregulación» a la regulación legal sean la relativa a los consejeros independientes, que necesariamente deben figurar en el órgano de administración de cualquier sociedad cotizada —y, además, en una proporción significativa—, y la referente a las comisiones de control y auditoría y de selección y retribución, que también necesariamente deberán existir en esta clase de sociedades».

El Código, dado a conocer a finales del pasado año por el Ministro de Justicia, constituye una regulación completa de las sociedades mercantiles, si bien dedica preferente atención a las sociedades cotizadas.

Esta preferente atención obedece, según la Exposición de Motivos, a que «normalmente, estas sociedades son los «operadores económicos» más importantes; y también a que, en ocasiones, se encuentran controladas por minorías porcentualmente ínfimas respecto del total del capital social. Se produce así la conocida disociación entre quienes administran patrimonios inmensos y la también inmensa mayoría de la propiedad de esos patrimonios, repartida entre miles de accionistas que invierten en Bolsa y entre inversores institucionales». «Resulta imprescindible establecer los mecanismos necesarios para impedir que esas minorías de control administren el enorme patrimonio de la sociedad y los negocios sociales atendiendo más a su propio beneficio personal que al interés social».

En esta «propuesta» de Código —ni siquiera se la califica de anteproyecto de Ley— se regulan las relaciones empresariales con tal minuciosidad que, de llegar a ser Ley, difícilmente quedaría algo para la ética.

Precisamente esta minuciosidad, ha sido una de las razones esgrimidas en las críticas generalizadas, sobre todo en el mundo empresarial, llegándose a acusar a los redactores del más absoluto desconocimiento de la economía y de las relaciones empresariales. Desde las páginas de *ABC*, nuestro compañero Juan Velarde, en su colaboración semanal habitual del domingo, el 24 de noviembre de 2002, afirmaba que «a cualquier economista que lo haya estudiado mínimamente le parece que si se pusiese en marcha tan pintoresco proyecto, crearía mil problemas y, en cambio, no resolvería ninguno». Y Rafael Termes, en su intervención del presente curso, reflejando lo que es opinión general en el mundo empresarial, se mostraba contrario a la profusión de normas, que tan bien suelen ser recibidas por la gente

que pide mano dura, aunque la experiencia ponga de manifiesto la escasa utilidad de convertir cuestiones morales en cuestiones de técnica jurídica, como destacaron David Skeel y William Sfunz, Profesores de Derecho en las Universidades de Pensilvania y Harvard «En el mundo actual, es más probable que los ejecutivos se preocupen más por lo que pueden hacer legalmente que por lo que es justo y honrado. El resultado —acaban diciendo— es que los que actúan éticamente mal escapan al castigo porque buscan modos originales de eludir la Ley. Y ejecutivos honrados, en vez de centrarse en desempeñar su trabajo honestamente, terminan imitando los mismos juegos legales de los ejecutivos deshonestos. Esta es la consecuencia lógica de confiar demasiado en la Ley penal y poco en la regulación civil y, especialmente, en las normas éticas»⁷. Desde luego es muy probable que la regulación contenida pueda resultar excesiva; pero más lo es la crítica, aunque, quizás, no tanto como la que suscitó la Ley de Sociedades anónimas de Garrigues-Uría de 1951, que luego tan buen resultado dio a lo largo de su vigencia. Y alguno de los redactores de la «propuesta de Código» me ha comentado, ante el aluvión de críticas, que no menos «pintorescas» son desde una perspectiva jurídica, las afirmaciones de algunos economistas.

Un Código regulador de sociedades mercantiles venía siendo demandado hace años, dentro y fuera del mundo del Derecho. No proceden del jurídico sino del económico las denuncias de la inutilidad de unos Códigos éticos aprobados con fines exclusivos de propaganda, por quienes no tienen el menor interés en incorporarlos a su conducta; o sobre la inutilidad de unos ejecutivos tan costosos, la largueza con que se reparten premios por despido, o las jubilaciones escandalosas por su cuantía y oscurantismo. Afirmaciones como éstas aparecen a diario en los periódicos económicos.

Y es que una cosa es la gestión de unas sociedades constituidas por grupos determinados de personas perfectamente conocidas, que aportan su dinero para realizar una actividad lucrativa y otra muy distinta la gestión de unas empresas propiedad de muchos ahorradores por gestores prácticamente elegidos por las minorías que las controlan. Si respecto de los primeros el Derecho no tiene por qué coartar la libérrima voluntad de quienes manejan su dinero, no pueden adoptar la misma actitud respecto de los segundos.

La reforma del Derecho regulador de las sociedades mercantiles venía impuesta por muchas e importantes razones:

⁷ En *The New York Times* de 10 de julio 2002, TERMES, *Las irregularidades financieras*, cit., pág. 24.

1) Por lo pronto, por la inadecuación de la reglamentación vigente a las sociedades de nuestros días. Las modificaciones parciales que se han venido produciendo resultan claramente insuficientes para satisfacer las exigencias actuales.

2) En segundo lugar, porque así lo impone el Derecho comunitario. Algunas de las directivas que habían tenido acogida en la legislación estatal, ya se habían proyectado en Leyes, como la 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas. Pero todavía existen normas comunitarias pendientes de ser acogidas, alguna tan importante como el Reglamento 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó el Estatuto de la Sociedad anónima Europea.

3) Y, por supuesto, por las reacciones producidas ante los últimos escándalos financieros, que dejaron al descubierto el comportamiento poco ético de algunos de los gestores de las empresas.

Un Código de sociedades mercantiles constituye una imperiosa necesidad. Tema distinto es hasta que punto es admisible que un cuerpo legal contenga disposiciones como

— Reconocer a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el derecho a asistir por persona habilitada a la Junta de accionistas, como reconoce el art. 390 de la propuesta de Código.

— Regular la asociación de accionistas tan minuciosamente como lo hacen los arts. 409 y sigs.

— Las limitaciones de la pertenencia a más de dos Consejos y de la edad de los Consejeros (art. 419), elevando a rango legal en este último aspecto la 13 de las recomendaciones del informe Olivencia.

— El número y porcentaje de los Consejeros y la figura de los llamados Consejeros independientes, al menos tal y como se regula (art. 421). Siguiendo —simplificándolas— las recomendaciones 2, 3 y 4 del informe Olivencia.

Y algunas más, que tantas críticas han suscitado.

Pero el Código propuesto contiene también normas necesarias, que responden a las demandas de la sociedad y que, correctamente sistematizadas, constituyen un verdadero Código de las Sociedades mercantiles. Y hay que reconocer

que trata de dar una respuesta correcta a algunas de las cuestiones que con más insistencia se habían planteado en las demandas de reforma, como el de las desorbitadas retribuciones de los Administradores, cualquiera que fuera la situación y marcha de la sociedad, al que en alguna ocasión se ha referido aquí nuestro compañero Alonso Olea. No puede estimarse «pintoresca» —al menos yo no lo estimo— una norma como la contenida en el art. 257, que establece que cuando la retribución «consista en una participación fija o máxima en las ganancias, sólo podrá ser detráida 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 4 por ciento, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido».

No obstante, tal y como ha sido recibida esta propuesta de Código, no parece que tenga la menor posibilidad de llegar a ser, no ya Ley, sino ni siquiera proyecto de Ley que inicie el procedimiento parlamentario.

3. Informe Aldama

El 19 de julio de 2002, el Consejo de Ministros adoptó el siguiente acuerdo:

«Se constituye una Comisión Especial de carácter técnico para el estudio de los criterios y pautas a que deben someterse las sociedades emisoras de valores e instrumentos admitidos a negociación en los mercados organizados, en sus relaciones con los consultores, analistas financieros y las demás empresas, personas y entidades que las asisten o prestan sus servicios profesionales, así como las que han de regir entre estas últimas con la finalidad de aumentar la transparencia y la seguridad en los mercados financieros, a la luz de los cambios estructurales, la actual economía globalizada y las tendencias de los mercados internacionales. Además, esta Comisión analizará el estado actual de situación y grado de asunción del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas».

Ultimado el informe, se dio a conocer el pasado mes de enero. Sigue la línea del Informe Olivencia, como dice expresamente:

«Se trata de un paso más a lo largo de la senda de la transformación del mercado de capitales españoles, que continúa la tradición del Informe Olivencia, puesto que hace suyo lo fundamental de la filosofía del imperio de la Ley, la autorregulación y la transparencia. También considera esta Comisión, como lo hizo la anterior, que su función no es la de sustituir al legislador, ni la de recortar la capacidad de autorregulación de las sociedades. Por el contrario, entiende que el estilo de su intervención es el apropiado a su tarea de proponer unas reflexiones sobre la situación, esclarecer el sentido del proceso de cambio en el que estamos insertos, y realizar determinadas sugerencias, señalando problemas y apuntando posibles soluciones, sin dogmatismo, en el tono y la manera de pautas prudentes en una materia de una complejidad considerable y creciente, y sometida a cambios continuos».

El informe sigue, pues, en la línea de proponer «criterios y pautas». Sus reflexiones y recomendaciones van, por tanto, dirigidas ante todo «a las propias sociedades y a los participantes en los mercados de capitales». Pero añade: «sin perjuicio, naturalmente, del uso que de ellas hicieran o estimaran necesario hacer los poderes públicos, así como de la contribución que aquellas reflexiones pudieran suponer al debate público y a la deliberación de la sociedad en general sobre tales asuntos». Y es que este Informe responde a la «búsqueda de un equilibrio entre, por una parte, una regulación orientada a la protección legal de los derechos de propiedad de los accionistas, que constituyen, en último término, la piedra angular del sistema de los mercados de capitales, y, por otra parte, la mayor autorregulación posible de las empresas cotizadas. Puede decirse que esta filosofía se resume en una afirmación del principio de libertad si se entiende que este principio tiene una doble dimensión, la relativa al ejercicio de libertad de los accionistas y la relativa a la autorregulación de las empresas a la hora de decidir y aplicar sus estrategias, pero también a la de organizar su gobierno corporativo». De este principio de libertad se deducen, a su vez, los principios de transparencia y de lealtad, debidamente equilibrado con el de diligencia, a los que este Informe dedica gran parte de su atención, así como el tratamiento que hace tanto del funcionamiento de los órganos del gobierno corporativo como de las relaciones con empresas de servicios y asesoramiento.

Y, al final, en un apartado dedicado al alcance de las recomendaciones, empieza reafirmando el «principio de autoregulación», no sólo por cumplir el mandato constitutivo de la Comisión y por facilitar la línea de continuidad con las recomendaciones del Código Olivencia, sino

«por la convicción de que la variedad de problemas que plantea el gobierno corporativo de sociedades de estructura cada vez más compleja y exigencias crecientes de especialización y profesionalización en un entorno competitivo, se aborda mejor desde la flexibilidad de la autorregulación, bajo el principio constitucional de la libertad de empresa y con la sanción del mercado al régimen de autogobierno elegido por cada sociedad en condiciones de transparencia».

Sin embargo, pese a este canto al principio de autorregulación, el informe termina con un apartado que lleva por título «la conveniencia de un soporte normativo adicional», por estimar que algunas de las recomendaciones «tendrían un más adecuado soporte con una regulación heterónoma que contuviese mandatos cuyo cumplimiento no dependiera sólo de la libre y voluntaria determinación de la empresa afectada».

En definitiva, pues, está dirigiéndose a los Poderes públicos para que en normas del rango adecuado establezca el marco normativo en algunos aspectos, destacando entre otros los siguientes:

«i) Los deberes básicos de información y transparencia en materia de gobierno corporativo, comprendiendo la obligación de dar una explicación razonada de la desviación, por parte de la sociedad, respecto de las recomendaciones de buen gobierno o de los propios criterios que en esta materia haya adoptado y publicado, así como en materia de información financiera y de gestión.

ii) La definición y régimen de los deberes de lealtad y diligencia más allá de la actual «diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal» (art. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas), especialmente en el ámbito de los conflictos de interés, tanto en las sociedades cotizadas como en los restantes agentes del mercado que se consideran en este Informe.

iii) La obligación de dotarse de un conjunto de disposiciones en materia de gobierno corporativo que comprenda, al menos, lo que a lo largo de este Informe se ha considerado propio de un Reglamento del Consejo de Administración, así como de un Reglamento de la Junta General, integrando o complementando, según se estimara procedente, los Estatutos sociales».

III. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO EN LA REGLAMENTACIÓN DE LAS CONDUCTAS HUMANAS EN EL MUNDO ECONÓMICO

La expansión del Derecho se ha producido no sólo en la reglamentación de las conductas humanas dentro de la empresa sino también en su proyección exterior en cuatro ámbitos distintos: relaciones con las Administraciones públicas, relaciones con otras empresas, relaciones con los consumidores y usuarios y relaciones con la sociedad en general.

1. En la empresa

En la empresa, el fenómeno de la expansión del Derecho y la tendencia a convertir en normas legales normas éticas de conducta se ha producido especialmente en la reglamentación del gobierno de las sociedades a que me he referido. Pero se ha producido también en las relaciones laborales. Pues es el Derecho laboral, concretamente el Estatuto de los Trabajadores, el que establece que «el tra-

bajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe» (art. 20.2), el que prohíbe la concurrencia desleal (art. 21); el que obliga al empresario a conceder los permisos necesarios para concurrir a exámenes al trabajador que curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, así como la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional (art. 23); o a tener en cuenta al organizar el trabajo según un cierto ritmo, «el principio general de la adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo» (art. 36.5), siendo causa de despido disciplinario «las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellas» y la transgresión de la buena fe y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo [art. 54.c) y d)].

Sin embargo, pese a todo, es en el ámbito de las relaciones laborales donde se manifiesta de modo más evidente la imposibilidad de que el Derecho supla la ausencia de valores éticos. Es aquí donde más necesaria es una humanización de las relaciones, una vuelta a la Ética.

En principio, fueron las exigencias de la productividad y de la eficacia, lo que llevó a los empresarios a una insolidaridad que provocó las reacciones que condujeron a unas reglamentaciones rígidas, que han determinado la asfixia de muchas empresas. Lo que ha conducido a una liberalización y flexibilidad de los contratos de trabajo en nombre de la productividad perdida. Y, aun cuando la legislación prevé indemnizaciones y seguros de desempleo, se llega a la convicción de que esto no es todo. Por lo que se exige a los hombres que dirigen la empresa en los momentos de crisis, que tengan muy presentes las consecuencias en los hombres que tantos años han servido en ella. Y a éstos no poner sus reivindicaciones por encima de todo, aunque sea a costa de hundirlas. Al tema se refirió en términos muy expresivos Montoya en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia sobre *el principio general de buena fe en las relaciones laborales*⁸.

Es tal el grado de deshumanización en las grandes empresas que, quizás, parezca una utopía llegar a una solución de los conflictos en un ambiente de solidaridad, equidad y justa distribución de beneficios y cargas, tal y como se demanda.

⁸ Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 2001.

2. Relaciones con las Administraciones públicas

En el curso académico 1995-1996, dedicado a la Ética, mi intervención versó sobre la ética en la Administración pública, publicada en los *Anales* de esta Academia⁹. No voy a repetir, desde la perspectiva del empresario, lo que entonces dije desde la perspectiva de la Administración pública. Solamente recordar que si hay corrupción en la Administración pública es porque hay un corruptor. Las infinitas modalidades que adopta han sido descritas muy gráficamente por Alejandro Nieto en su libro *La corrupción en la España democrática*¹⁰. Cuando la buena marcha de una empresa tanto depende de la Administración, resulta muy difícil no acudir a medios más que reprobables para lograr un trato de favor, bien a la hora de recibir prestaciones —ayudas, subvenciones—, a la hora de sufrir inspecciones o la imposición de sanciones, o a la de lograr la adjudicación de sustanciosos contratos. Creo que muy difícil será encontrar una empresa que no haya acudido al sistema de nutrir sus cuadros por quienes puedan abrirles las puertas de muchos despachos de los titulares del órgano administrativo del que puede depender la decisión de los asuntos en que exista interés. Hace unos años, cuando en 1950 se estudiaba la reforma de la sociedad anónima, decía Federico de Castro: «Las cajas de los partidos, los órganos de opinión —hasta los nominalmente más anticapitalistas— están subvencionados por los grandes organismos financieros; los políticos y burócratas de primera fila son llamados a los Consejos de Administración, y a los menos importantes se les atrae con asesorías o remuneraciones indirectas. Este influjo sobre los servidores del Estado y el conocimiento previo de sus medidas hace que hasta los actos defensivos más enérgicos del Estado (Derecho de la economía) sirvan, a la postre, para aumentar el poder financiero».

Hoy, se ha intentado evitar esta situación imponiendo prohibiciones y hasta tipificando como delito ciertas conductas. La Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y Altos cargos (LAC), ha establecido que las prohibiciones se mantendrán durante los dos años siguientes al cese. Pero la prohibición se limita a la realización de «actividades privadas relacionadas con expedientes sobre los que hayan dictado resolución en el ejercicio del cargo» y a «celebrar contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con las Administraciones Públicas» (art. 2.4, párrafo primero, LAC), y cuando, además, reciban retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria como consecuencia de su cese, la prohibición de «intervenir en acti-

⁹ Publicada en los *Anales* de aquel Curso (págs. 117 y sigs.) y en Editorial Civitas, la 2.ª edición es de 2000.

¹⁰ *La corrupción en la España democrática*, Barcelona, 1997, en especial, págs. 151 y sigs.

vidades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo ocupado», aunque renunciaran a la prestación económica (art. 2.4, párrafo segundo, LAC).

Para controlar el cumplimiento de estas prohibiciones, en el último párrafo del artículo 2.4, LAC, se establece la obligación de comunicar al Registro de Actividades de Altos Cargos la actividad que vayan a realizar.

Estas prohibiciones —que ya se encontraban en términos análogos en el artículo 9.2 de la Ley 25/1983— son manifiestamente insuficientes. Limitar la incompatibilidad —salvo en el caso de percibir retribuciones compensatorias— a actividades relacionadas con los asuntos en que se haya emitido resolución y a celebrar contratos de asistencia técnica, de servicios o similares, deja un amplio margen para la corruptela. Y, aunque se generalizara en todos los supuestos lo establecido para los que perciben prestaciones compensatorias por el cese, tampoco sería suficiente el ámbito de la prohibición ni el plazo que se establece.

Por último, el Código penal tipifica como delito realizar por sí o por persona interpuesta una actividad de asesoramiento de entidades públicas en asuntos en que hubiera intervenido (art. 441), dejando fuera de sanción penal supuestos de corrupción tan típicos como entrar al servicio de empresas privadas como recompensa a servicios prestados, aunque se abstengan de actuar —al menos aparentemente— en asuntos en que hubiera intervenido como servidor público.

El proceso de elevar a obligaciones legales los deberes éticos en este aspecto no ha ido demasiado lejos. Salvo en supuestos muy concretos, todavía las conductas de los rectores de las empresas, como las de los servidores públicos, están fuera del ámbito jurídico y sólo están sancionadas por la ética.

3. Relaciones con otras empresas

Aunque la protección y defensa de la competencia obedezca a considerar ésta «principio rector de toda economía de mercado», como se hace constar al principio de la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1989, de defensa de la competencia, es lo cierto que lo que sanciona son conductas claramente reprobables desde una perspectiva estrictamente mercantil. «La competencia desleal —comenzaba la Exposición de Motivos—, aun constituyendo una pieza capital dentro del sistema del Derecho mercantil, ha sido un sector del que tradicionalmente ha estado ausente el legislador».

Y, curiosa paradoja, es precisamente el tráfico mercantil, la economía de mercado, lo que ha llamado al legislador a sancionar conductas reprobables moralmente, no sólo en el ámbito administrativo, sino en el penal (arts. 278 a 288 del Código penal). No puede ser más expresiva la cláusula general que consagra el art. 5.º de la Ley 3/1991, de 10 de enero: «Se reputa desleal —dice— todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». Y no olvidemos que, como decía D. Federico de Castro, la «buena fe» es uno de los criterios de la Moral de los que se apropia el Derecho ¹¹. No hacía falta una norma jurídica para saber que eran intrínsecamente malos actos, como los que la Ley 3/1991 de 10 de enero, de competencial desleal, llama:

— *De confusión*: comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones y el establecimiento ajenos (art. 6).

— *De engaño*: utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que fuera susceptible de inducir a error a las personas a que se dirige o alcanza (art. 7).

— *De denigración*: realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado (art. 9).

— *De imitación*: imitación de prestaciones de un tercero cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o compartir con aprovechamiento de la reputación o del esfuerzo ajeno (art. 11).

— *De explotación de la reputación ajena*: aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquiridas por otro (art. 12).

— *Violación de secretos* (art. 13).

— *Inducción a la infracción contractual*: a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales que han contratado con los competidores (art. 14).

¹¹ *Derecho civil de España*, Civitas, 1984, I, pág. 25.

4. Relaciones con los consumidores y usuarios

La relevancia para el Derecho de las conductas de quienes se dedican al ejercicio de una actividad comercial, industrial o artesanal, no es un fenómeno propio del mundo de hoy, no puede vincularse a la economía capitalista. La desconfianza hacia los comportamientos poco éticos de comerciantes y artesanos es tan antigua como el Derecho, reglamentándose aquellas actividades en normas de muy distinto rango, desde las Ordenanzas y Bandos municipales hasta las Leyes. Buen ejemplo son las Ordenanzas de la Villa y Corte de Madrid que fueron pregonadas el 4 de diciembre de 1558 como Pregón general para la buena gobernación de esta Villa —pregonadas también en Valladolid en 1561—. Comienzan con un mandato 1, que dice así: «Manda Su Majestad que ninguna ni algunas personas sean osadas de blasfemar, ni jurar, ni renegar de Dios nuestro Señor, ni de su bendita Madre, ni de sus Santos, so pena que le corten la lengua y le den cien azotes». Siguen otros seis mandatos sobre «armas, ruidos y juegos», y otros cinco sobre «mujeres enamoradas» y «mancebías». Pero a partir del 14 hasta el 79 y último, por lo general son mandatos a los que realizan alguna actividad mercantil, como a los que venden trigo para que éste no esté mojado ni mezclado con añejo; a los que vendan pan para que tenga el peso debido y el precio que esté dispuesto en esta Villa y sea bueno y bien cocido; a los bodegoneros y taberneros para que no mezclen «vino alguno nuevo con otro ni añejo con nuevo»; a los fruteros para que no vendan fruta dañada; a los roperos, que no compren ropa alguna de personas no conocidas sin fianzas; a los plateros que tampoco reciban oro o plata labrado ni quebrado de personas no conocidas sin fianza; a los cabriteros, que no vendan cabritos hinchados con cañón ni con caña, no con otra cosa alguna; a los gallineros, gallinas con pupas; que ninguno se nombre comprador de Su Majestad ni del príncipe nuestro Señor sin serlo; que los mesoneros garanticen a los huéspedes que lo que metieren en los aposentos estará bien guardado...

Pero ha sido últimamente, al aparecer la gran empresa, cuando el Derecho ha regulado actividades que antes no estaban sometidas a reglamentación jurídica.

La Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre) ya sanciona jurídicamente conductas en defensa, no sólo de empresas competidoras, sino en general de todos los destinatarios del mensaje publicitario (art. 2) y, por tanto, de los potenciales consumidores o usuarios. Como la *publicidad engañosa*, que puede inducirles a error, afectando a su comportamiento económico (art. 4) y la *subliminal*, que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, puedan actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibido (art. 7).

La defensa de los consumidores y usuarios se garantiza por la Constitución (art. 51). En desarrollo de este artículo, la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, trata de hacer efectiva aquella garantía, reconociendo unos derechos básicos a todas las personas que «adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones» (art. 1). Entre tales derechos básicos figuran «la protección de sus legítimos intereses, en particular frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos»; «la información correcta sobre los diferentes productos y servicios... para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo y disfrute», y «la protección... en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión» [art. 2.1.v), d) y f)].

Se sanciona con la nulidad la renuncia previa de cualquiera de estos derechos y los actos realizados con fraude de ley (art. 2.2 y 3).

Para la protección de los intereses económicos y sociales se establecen unas exigencias rigurosas sobre la oferta, promoción y publicidad (art. 8); se sujeta a regulación específica la utilización de concursos, sorteos, regalos, vales, premios o similares para tal fin (art. 9) y las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios y a las cláusulas no negociadas individualmente (art. 10), considerándose abusivas las que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato (art. 10 bis). Y con minuciosidad se regulan también los requisitos que ha de cumplir la información sobre bienes, productos y servicios, que permitan de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales (art. 18), imponiéndose a los poderes públicos la adopción de medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse individual o colectivamente el consumidor o usuario (art. 23).

A la misma finalidad responde la reglamentación de las condiciones generales de la contratación por la Ley de 13 de abril de 1998 (Ley 7/1998), es decir, en las cláusulas cuya incorporación al contrato son impuestas por una de las partes (art. 1.º), estableciéndose como norma general que las dudas en la interpretación de las cláusulas oscuras se resolverán a favor del adherente (art. 6.º2) ¹².

¹² FERRER RIBA, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (directores Menéndez y Díaz-Picazo), Civitas, 2002, págs. 367 y sigs.

Sin embargo, pese a la minuciosidad de las reglamentaciones de la publicidad y de la protección de los consumidores, la ética tiene todavía un papel relevante. Porque por veraz que sea el mensaje publicitario, por detallada y adecuada que sea la información sobre los productos y la ausencia de cualquier oferta subliminal, ¿en qué medida es éticamente admisible el estímulo a un consumo desorbitado que obliga al consumidor medio a un endeudamiento que excede los límites razonables? ¿Es que el mantenimiento del desarrollo puede justificarse si se obliga al hombre a asumir cargas que no va a poder cumplir?

5. Relaciones con la sociedad en general

Y, por último, ha sido el desprecio de los más elementales deberes hacia la comunidad, la insolidaridad con los coetáneos y con las generaciones futuras, lo que ha dado lugar a movimientos cada día más generales que demandan la adopción de medidas imperativas que impidan los flagrantes y continuos atentados al medio ambiente, con la fuerte resistencia de países en que radican las más importantes empresas causantes de tales atentados.

Se han adoptado a nivel local, estatal y hasta supraestatal, importantes medidas preventivas y represivas.

La última de las leyes españolas promulgadas en este sentido, la Ley de 16 de julio de 2002, incorpora a nuestro Ordenamiento la Directiva 96/61/CE sobre control integrado de la contaminación, en la que se establecen medidas para evitar, o cuando ello no sea posible, reducir y controlar la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo. Comienza la Exposición de Motivos de la Ley con estas palabras:

«Desde que en 1967 se aprobó la primera Directiva de carácter ambiental, la protección y conservación del medio ambiente ha sido una de las principales inquietudes de la Comunidad Europea, hasta tal punto que ha terminado incorporándose a los Tratados como una verdadera política comunitaria, cuyo principal objetivo es la prevención, de acuerdo con las previsiones de los sucesivos programas comunitarios de acción en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible».

Mas la realidad de cada día pone de manifiesto lo poco que sirven estas medidas. Ni las preventivas ni las, a veces, drásticas represivas. A pesar de todo, se consuman gravísimos atentados al medio ambiente que quedan impunes.

Pueden resultar eficaces —limitadamente eficaces— en el ámbito local, estatal y hasta comunitario. Y ello siempre respecto de empresas sujetas por su radicación al Ordenamiento infringido. Pero no fuera de estos limitados ámbitos.

IV. ANTE UNA REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

1. La reforma parcial de la regulación de las sociedades anónimas

Teniendo en cuenta las circunstancias inmediatas que impulsaban la reforma del régimen de las sociedades anónimas, en especial de las cotizadas, parece haberse optado por abordar de modo inmediato una reforma parcial de la regulación de las sociedades que trate de remediar en lo posible la crisis de la credibilidad en el sistema, reformando la Ley de sociedades anónimas y la Ley de mercado de valores. Se trata, en definitiva, de hacer realidad el soporte normativo adicional, que recomendaba el Informe Aldama.

Existiendo, como existe, una propuesta de Código de sociedades mercantiles, elaborado por un órgano tan cualificado como es la Comisión General de Codificación, después de años de estudio, la primera cuestión que se plantea es si tiene sentido prescindir de este anteproyecto, por las críticas que ha suscitado, o, partiendo del mismo y teniendo en cuenta las objeciones formuladas, llegar a un texto que supere las deficiencias o elimine los excesos de que pueda adolecer, ya que es más que probable que la reforma parcial proyectada, convirtiendo en Ley algunas de las recomendaciones de los informes elaborados hasta la fecha, serían objeto de las mismas críticas, por su minuciosidad, que los que se produjeran ante la propuesta de Código. Ya que dos de los tres integrantes de la ponencia especial de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de codificación que redactó la propuesta de Código —Fernando Sánchez Calero y Alberto Bercovitz—, han formado parte también de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y las sociedades cotizadas, que elaboró el llamado Informe Aldama; por lo que parte de esa regulación heterónoma que constituiría el soporte normativo adicional que en el informe se postulaba esta ya articulada y con depurada técnica legislativa en la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles.

Por otro lado, a la hora de repartir normas entre los dos cuerpos legales en los que se quiere plasmar la reforma, no debe olvidarse lo que debe ser el contenido natural de uno y otro, llevando a una ley eminentemente interventora por parte de la Administración pública —y, por tanto administrativa— como es la del Mercado de Valores, normas reguladoras de una sociedad mercantil, y, por tanto, de Derecho privado como el es mercantil. No parece en modo alguno procedente que, por el hecho de que los valores negociables emitidos por una sociedad mercantil se coticen en los mercados primarios o secundarios de valores, se regule la

sociedad por las normas de la Ley de Mercado de Valores y no por el Derecho Mercantil.

En el Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2003 se aprobó un proyecto de Ley de modificación de la Ley 28/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. Aunque aparece propuesto por los Ministros de Economía y de Justicia, no parece que en su elaboración hayan intervenido el personal especializado de este último Ministerio.

Buena parte de las normas del proyecto de Ley están tomadas de la propuesta de Código elaborada por la Comisión General de Codificación, con algunas modificaciones, por lo general poco afortunadas, sin que se recojan otras que mejor podrían contribuir a reforzar la transparencia de las sociedades cotizadas.

Juicio favorable merece que el proyecto de Ley, siguiendo las recomendaciones del Informe Aldama en lugar de contener una detallada regulación de los órganos sociales imponga a las sociedades la aprobación de un Reglamento específico para la Junta General, que contempla aquellas materias que no sean de regulación por la Ley ni sean contenido de los Estatutos (art. 113) y otro de régimen interno y de funcionamiento del propio Consejo que contenga medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración (art. 115).

A continuación se examinan aquellos aspectos de la organización y régimen de las sociedades que, según el Informe Aldama debían ser objeto de una nueva reglamentación y en qué medida se han reflejado en el proyecto de Ley aprobado en el Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2003.

2. El principio de transparencia y el deber de información

«En los mercados financieros, destaca el Informe Aldama (Ap. II.1), la información es la piedra angular sobre la que descansa todo el sistema para que los precios se formen adecuadamente y se pueda tutelar la posición de quienes en ellos actúan. Por eso, la regulación de los mercados financieros y de sus agentes debe asegurar la correcta y necesaria transmisión de informaciones de modo que cuantos participan en los mismos puedan formarse juicios fundados y razonables para sus decisiones de inversión o de desinversión».

Ya el informe Olivencia, en su recomendación 19 se refería a:

«Que el Consejo de Administración, más allá de las exigencias impuestas por la normativa vigente, se responsabilice de suministrar a los mercados información rápida, precisa y fiable, en especial cuando se refiera a la estructura del accionariado, a modificaciones sustanciales de las reglas de gobierno, a operaciones vinculadas de especial relieve o a la autocartera».

Y en la 20 a

«Que toda la información financiera periódica que, además de la anual, se ofrezca a los mercados se elabore conforme a los mismos principios y prácticas profesionales de las cuentas anuales, y antes de ser difundida, sea verificada por la Comisión de Auditoría».

Si la información interna en las sociedades es principio de la legislación mercantil, no lo es la información general a cuantos participan en los mercados financieros. La propuesta de Código de Sociedades mercantiles regula la información al accionista en la sociedad anónima en general (art. 255) y la del accionista y miembros del Consejo en las cotizadas (arts. 394 y 430). Así como la publicidad de los pactos parasociales, aunque se trate de sociedades cotizadas, que la propuesta de Código regula con detalle en los artículos 371 a 374, previendo que la Comisión Nacional del Mercado de Valores puede dispensar tal publicación, a solicitud de los interesados cuando pueda ocasionar un grave daño a la sociedad. Pero no es propio de la legislación mercantil regular aquella otra información general que el Informe Adama estima debe extenderse, no limitándose, como en el sistema actual a la cuantitativa (económica y contable) y a la del impacto más inmediato (hecho relevante). Recomienda que se extiendan los deberes de información sobre las estructuras y prácticas de gobierno de cada sociedad y que se adopten medidas para asegurar la mayor calidad de información. A tal efecto recomienda el establecimiento de deberes de transparencia sobre: estructura de propiedad de la sociedad, estructura de la administración de la sociedad, operaciones vinculadas y operaciones intragrupo, sistemas de control del riesgo y funcionamiento de la Junta general. Así como que el conjunto de disposiciones sobre gobierno corporativo de cada sociedad se refrenden en un texto único que se publique para su conocimiento general por accionistas e inversores, que toda la información relevante se debería consolidar periódicamente en un documento especial al que podría denominarse «informe anual de gobierno corporativo» y su actualización mediante las tecnologías de *Internet* para facilitar la difusión.

Estas obligaciones de transparencia e información constituyen —dice el Informe— «una medida poco agresiva o intervencionista, capaz de sustituir con

ventaja otras disposiciones limitativas de la libertad de organización», «una pieza complementaria de la autorregulación facilitando las condiciones que permiten dejar muchas otras cuestiones al ámbito de la autonomía privada con mayor flexibilidad y adaptabilidad». Y como todas las medidas limitativas de la libertad deben establecerse e interpretarse en el sentido más estricto y menos restrictivo de la libertad de empresa, que, pese a todas las ambigüedades y condicionamientos es uno de los principios de nuestro Ordenamiento (artículo 38 de la Constitución).

El informe Aldama estima que únicamente deben incluirse en la regulación legal que constituya el «soporte normativo adicional» los deberes básicos. Y sería un error convertir en norma legal todas las determinaciones que en él se hacen concreción de aquéllas, descendiendo, por ejemplo, al detalle en el contenido de la página web de la sociedad. Sí parece razonable que la norma legal establezca que la obligación de información comprenda «dar una explicación razonada de la desviación por parte de la sociedad de las recomendaciones de buen gobierno o de los propios criterios que en esta materia haya adoptado y publicado», como expresamente se dice en el Informe. Pero no otras de las que se formulan con minuciosidad sin otro alcance que el orientador a los órganos societarios cuando procedan a ejercer sus potestades de autorregulación.

El proyecto de Ley aprobado en Consejo de Ministros el 24 de marzo de 2003, en el título X sobre Sociedades cotizadas (que añade a la Ley del Mercado de Valores) dedica el capítulo VI a la información societaria (arts. 116 y 117). En el primero de estos artículos se impone hacer público con carácter anual un informe de Gobierno corporativo que deberá remitirse a la CNMV y depositarse en el Registro mercantil exigiéndose que en su contenido y estructura se ajuste a lo que determine el Ministerio de Economía o, con su habilitación expresa, la CNMV.

Y en el art. 117 se regulan con minuciosidad los instrumentos de información, llegando a exigir a las sociedades una página *web*, y, aunque atribuye al Consejo de Administración establecer el contenido de la información a facilitar, éste debe ajustarse a lo que disponga el Ministerio de Economía o, con su habilitación expresa, la CNMV.

El incumplimiento de estas alegaciones se tipifican como falta grave, al añadirse al art. 100 de la Ley de Mercado de Valores —que es el que determina las faltas graves— los apartados *b) bis*, y *m) bis*. Y, sin perjuicio de las sanciones, se reconoce expresamente a la CNMV competencia para «el seguimiento de las reglas de buen gobierno, a cuyo efecto podrá recabar cuanta información precise al respecto así como hacer pública la información que considere relevante sobre el grado efectivo de las reglas de buen gobierno de la sociedad».

Parece excesiva la minuciosidad con que se regulan los instrumentos de información, así como que el contenido y estructura del informe anual del Gobierno Corporativo venga impuesto por la Administración. Y, en cuanto a las potestades de la CNMV que permitan restablecer la credibilidad perdida, dependerá de cómo se ejerzan en el futuro.

3. El principio de seguridad y el deber de lealtad. Las responsabilidades de los administradores

a) El soporte normativo y el marco ético

«Los inversores han de tener confianza en que el valor producido por la empresa se distribuye correctamente, y los administradores y accionistas de control no obtienen beneficios desproporcionados respecto de su trabajo y participación en el capital». Este es, según el Informe Aldama, el núcleo fundamental de la exigencia de seguridad en los mercados. Reconoce que el Informe Olivencia dio un paso fundamental en esta línea al llamar la atención sobre la importancia de los deberes de lealtad de los administradores y accionistas significativos; pero estima que sus indicaciones deben completarse e incorporarse a la legislación societaria, ya que «la autorregulación parece insuficiente cuando se trata de afrontar situaciones de conflictos de interés grave». Si bien termina reconociendo (ap. III.3) que:

«La experiencia demuestra que ni las leyes más exigente ni los códigos mejor elaborados resultan suficientes para garantizar el buen gobierno de las empresas. Este exige, además, competencia profesional y un comportamiento ético por parte de los administradores y gestores, que impulse siempre a buscar el bien de la empresa a largo plazo por encima de sus propios intereses a corto plazo. El respeto hacia los valores éticos en la vida profesional es imprescindible y sin él las reglas y prácticas relativa al gobierno de la empresa resultarán insuficientes. En último termino, la ejemplaridad de administradores y gestores resulta imprescindible para crear una cultura de buen gobierno.

Algunas empresas definen su propio código de valores éticos y otros principios corporativos que desean impulsar y respetar. En cualquier caso, las relaciones profesionales en toda empresa deben basarse en el respeto a las leyes, a la dignidad de cada persona y a los valores éticos tradicionales imprescindibles para la convivencia humana, muy particularmente, el valor de la justicia».

Las Leyes —como los códigos— son pues insuficientes para garantizar el buen gobierno de las empresas; pero, según el Informe Aldama, sí necesarios.

«Resultaría conveniente —dice— una intervención legislativa, cuya función fuera suplementar la debilidad de los mecanismos disciplinarios que proveen las fuerzas del mercado en aquellos casos en los que se enfrenta abiertamente el interés social y el interés personal de quienes tienen influencia en la gestión de la sociedad. El instrumento fundamental consistiría en un desarrollo ordenado de los supuestos y del régimen de responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad».

Ahora bien, deberes y responsabilidades ¿frente a quién? ¿Cuál debe ser el marco legislativo?

b) *Los deberes de los Administradores*

No ofrece duda que es la legislación mercantil reguladora de las sociedades mercantiles la que debe contener la normativa de los deberes de los administradores y sus responsabilidades frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales. Y así se hace con depurada técnica en la propuesta de Código de Sociedades mercantiles.

Al regular la Administración de la sociedad en general (Título VIII del Libro I), en el capítulo dedicado a los Administradores (el I), establece con minuciosidad sus deberes en los artículos 121 a 127 (Sección 3.ª del capítulo). Concretamente: el de diligente administración (art. 121); de fidelidad (art. 122); de prohibición de aprovechar bienes sociales en beneficio propio (art. 123); de aprovechar oportunidades en beneficio propio (art. 124); de intervenir en caso de conflicto de intereses (art. 125); de comunicación de participaciones y de cargos e sociedad competidora y prohibición de competencia art. 126) y de secreto (art. 127).

Y en la Sección siguiente se regula la responsabilidad frente a la sociedad (la acción de responsabilidad de la sociedad se regula en el art.130), frente a los socios y terceros (arts. 131 y 132), responsabilidad que tiene carácter solidario respecto de todos los miembros del órgano de gobierno que adoptó el acuerdo lesivo en los términos que establece el artículo 129.

En el Libro dedicado a las sociedades cotizadas, el Capítulo II regula el Consejo de Administración, añade un deber específico: la prohibición de utilizar información privilegiada. Deberán abstenerse —dispone— de realizar o de sugerir su realización a cualquier persona de una operación de valores de la propia sociedad o de las sociedades filiales, asociadas o vinculadas sobre las que disponga, por

razón de su cargo, de información privilegiada o reservada, en tanto esa información no sea dada a conocer públicamente (art. 431).

Las personas podrán demandar tutela de sus derechos o intereses legítimos ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil frente a los Administradores «sean de hecho o de derecho» (art. 128), ejercitando cuantas acciones procedan a fin de restablecer la situación jurídica derivada de la actuación realizada «sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo» (art. 128).

No tendría sentido, existiendo este texto regulador de los deberes y responsabilidades de los administradores proceder a elaborar nuevos proyectos, prescindiendo del que ya existe, preparado por el órgano más idóneo para ello, como es la Comisión General de Codificación, sobre todo al legislar en el ámbito del Derecho privado.

El proyecto de Ley aprobado en Consejo de Ministros el 14 de marzo de 2003, en el Título sobre sociedades cotizadas que añade a la Ley del Mercado de Valores incluye un artículo el 114, cuyo apartado 3 recoge —con pequeñas modificaciones— el art. 431 de la propuesta de Código de Sociedades mercantiles y en los apartados anteriores se refieren a supuestos concretos de formulación de solicitud pública de representación y al reflejo en la memoria de operaciones realizadas con la misma sociedad o con otra del mismo grupo, aspecto este último al que también se refiere el art. 432.3 de la propuesta de Código.

No se acierta a comprender por qué se limita la modificación a estos concretos aspectos de los deberes de los administrados, prescindiendo de otros sobre los que habían tenido mayor incidencia las críticas del sistema —v.gr. retribución de los Administradores— y sobre los que existía una más completa y depurada reglamentación en la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles.

c) *Responsabilidad penal y administrativa*

El incumplimiento de algunos de los deberes de los administradores se tipifican como delito sancionándose con las penas que asimismo tipifica la ley penal. El Código penal, en la Sección dedicada a los delitos relativos al mercado (Sección Tercera del Capítulo XI, del Título XIII del Libro I) tipifica como delito «la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviese legal o contractualmente obligación de guardar reserva» (art. 279), y en el propio Título existe un capítulo (el XIII) sobre «delitos societarios» (arts. 290 a 297).

En todos estos supuestos procederá la incoación del proceso penal ante el Tribunal en cada caso competente.

Ningún reparo puede oponerse a que, cuando a la conciencia ciudadana, por la gravedad de la infracción y trascendencia de las consecuencias, repugnen ciertas conductas, el legislador tipifique tales conductas como delito, con todas las garantías que establece la Constitución, y que se sancionen con las garantías procesales que asimismo consagra la constitución (art. 25). Una sentencia condenatoria a tiempo, debidamente ejecutada puede contribuir mucho más que todos los Códigos éticos a moralizar la vida societaria. Pero no es tan evidente la tipificación de las infracciones como transgresiones jurídico-administrativa, atribuyendo su sanción a la potestad sancionadora de la Administración, sin la garantía del proceso ante un juez imparcial e independiente, potestad que el Tribunal Supremo ha calificado de «sumamente grave y temible» (así, sentencia de 12 de febrero de 1986, Ar. 2156) y de la que ha dicho Alejandro Nieto:

«La potestad sancionadora de la Administración —y su aparato técnico y jurídico, el Derecho administrativo sancionador— es, en definitiva, un montón de despropósitos en el que todos los poderes están implicados. El legislativo es el primer pecador dado que ha establecido una red tan tupida —y tan opaca— de infracciones que es materialmente imposible conocerlas y, por supuesto, evitar su comisión. El legislador ha colocado literalmente a todos los ciudadanos fuera de la Ley. Pero, para mayor sarcasmo, esta red sancionadora presenta tantos desgarrones que es muy fácil escaparse al infractor hábil como resulta difícil en ocasiones manejarla con eficacia a la Administración de buena fe, que cree disponer de un buen arma y se encuentra en la mano con una espada de madera.

Ahora bien, para las Administraciones públicas ofrece el Derecho administrativo sancionador una cobertura ideal para el abuso y la arbitrariedad, para las represalias políticas y personales y para la extorsión más descarnada ¹³.

El hecho de que una sociedad hubiera emitido acciones admitidas a cotización (art. 366 de la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles) puede legitimar la intervención administrativa, en tanto la actividad de la sociedad incida en el mercado de valores, reduciendo a los límites más estrictos la potestad sancionadora de la Administración.

¹³ En *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Madrid, 1994, pág. 26, frase que recoge GONZÁLEZ NAVARRO, en la obra en colaboración conmigo, *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, 2.ª ed., Civitas, 1999, comentarios al art. 127.

Como se ha señalado, la reforma proyecta se ha limitado a añadir a la lista de faltas graves contenidas en el art. 100 de la Ley de Mercado de Valores dos nuevas, por infracción de los deberes de información contemplados en los nuevos artículos 116 y 117.

4. Órganos de Gobierno

a) *La reforma de la regulación de los órganos de Gobierno*

La estructura y actuación de los órganos de Gobierno de las sociedades mercantiles, en especial de los Consejos de Administración ha constituido el objeto principal de estos movimientos de reforma. La Comisión que elaboró el llamado Informe Olivencia fue constituida precisamente para el estudio de la problemática de los Consejos de Administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros y elaborar un Código ético de buen gobierno de asunción voluntaria para estas sociedades.

El encargo por el acuerdo de Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002 a la Comisión presidida por Aldama tenía un objeto más amplio. Y el informe dedica el apartado IV a los Órganos de gobierno, en que se hacen recomendaciones sobre la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración.

Veamos hasta qué punto las recomendaciones deben elevarse a normas con rango de Ley, que en todo caso deberán integrarse en la legislación mercantil sobre sociedades.

b) *La Junta general de accionistas*

El Informe Olivencia, congruente con el encargo que se hizo a la Comisión que lo elaboró contiene un apartado sobre «el Consejo de Administración y los accionistas», que comienza señalando las limitaciones de la Junta General, en estos términos:

«Aun cuando el examen del papel de la Junta General como foro de los accionistas para expresar sus puntos de vista y censurar la gestión social desborda los límites del encargo recibido, esta Comisión no puede ignorar una evidencia incontestable, y es que la efectividad de la Junta General de las sociedades cotizadas como instrumento de control y decisión está sujeta a muchas limitaciones estructurales. La experiencia muestra, en efecto, que la mayor parte de los accionistas ordinarios se desentiende de las tareas de la Junta; y

la ciencia enseña, además, que esta actitud es económicamente comprensible a causa de los problemas de «apatía racional» (frecuentemente el coste de participar en la asamblea es superior al rendimiento que puede obtenerse) y de «acción colectiva» (no es posible coordinar las iniciativas individuales de los accionistas dispersos, y, en esa tesitura, no hay incentivos para realizar esfuerzos que fundamentalmente aprovecharán otros). Nada tiene de extraño, por ello, que la Junta haya quedado reducida en muchas ocasiones a una reunión protocolaria o simplemente rutinaria».

Y, pese a las dudas que a la Comisión le ofrecía la eficacia de las medidas encaminadas a reactivar la Junta General estimulando la participación de los accionistas, no destacaba cualquier actuación encaminada a incrementar la efectividad del control de los accionistas, refiriéndose específicamente a aquellas medidas tendentes a hacer más transparente el mecanismo de delegación de votos, a acentuar la comunicación de la sociedad con sus accionistas y a estimular la actividad de éstos que más puedan contribuir al control de la gestión, como son los inversores institucionales.

En la misma línea de potenciar el papel de la Junta general de accionistas, el Informe Aldama reitera la necesidad de posibilitar del modo más eficaz la participación del accionista e intervenir en la toma de decisiones esenciales, facilitándose la representación del accionista que no concurre y la expresión de sus intereses a través del derecho de voto, destacando el deber de la sociedad de informar al accionista con ocasión de las Juntas Generales, siendo de la máxima importancia que el Consejo, previo informe de la Comisión de Auditoría y Control, o en su caso de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones o de una comisión *ad hoc* elabore un informe anual sobre la estructura y prácticas del gobierno corporativo de la Sociedad proponiendo que se imponga a las sociedades la aprobación de su Reglamento de la Junta General que debe incluir, al menos los siguientes aspectos, desarrollando, en su caso las previsiones de la Ley y de los estatutos sociales:

- Convocatoria, orden del día, propuestas de acuerdos e infracción del accionista durante el período de preparación de la Junta.
- Celebración y desarrollo de la Junta.

La propuesta de Código de Sociedades mercantiles, en el capítulo dedicado a la Junta General de accionistas de las Sociedades cotizadas, contiene una regulación que responde cumplidamente a las exigencias del Informe Aldama, y, con una depurada técnica legislativa (que tanto se hecha en falta en la generalidad de las Leyes que salen de nuestros cuerpos legislativos, no sólo autonómicos sino del Estado) regula:

— La convocatoria, que deberá realizarse por lo menos un mes antes del día fijado para su celebración (art. 387), imponiendo la asistencia personal al auditor o auditores (art. 389) admitiendo el voto por correspondencia postal o electrónica, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, voto que debe regularse por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia (art. 391).

— El derecho de información antes (art. 394) y durante la Junta General (art. 395), así como el régimen de la denegación de información cuando éste pueda perjudicar al interés social (Art. 398).

— El régimen de la representación de la Junta General de accionistas, que en ningún caso podrá limitarse, sancionándose con la nulidad las cláusulas estatutarias que las establecieron (art. 399). En los artículos 400 a 408 se regula con detalle este derecho, con objeto de que se cumpla la finalidad de facilitar la representación, tal y como se aconsejaba en el Informe Aldama.

— Y las asociaciones de accionistas, que podrán ejercer la representación de accionistas en las Juntas Generales (artículos 409 a 415).

En el proyecto de Ley aprobado en el Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2003 sólo se exige a las sociedades cotizadas un Reglamento específico y, con buen criterio no se impone un contenido determinado, salvo el respeto a las Leyes —la reforma no añade ninguna a las existentes— y a los estatutos. En el Reglamento podrán «contemplarse todas aquellas materias que atañen a la Junta General y no sean objeto de regulación por la ley ni sean contenidas en los Estatutos». Será objeto de *comunicación* a la CNMV acompañando copia del documento en que conste y, una vez efectuada la comunicación se inscribirá en el Registro mercantil. Al tratarse de una «comunicación» a la CNMV —no de una aprobación—, ésta no podrá poner reparos al contenido del Reglamento. Ahora bien, se inscribirá en el Registro mercantil, por lo que el Registrador previamente a la inscripción ejercerá su función calificadora, a fin de verificar si su contenido se ajusta a lo establecido en la Ley y en los Estatutos.

c) *El Consejo de Administración*

•Con frecuencia se contempla al Consejo de Administración como un verdadero órgano de gestión, cuya función primordial es conducir los negocios ordinarios de la compañía. Sin embargo, en las sociedades que superan un mínimo de dimensión —entre las que se incluyen todas las que cotizan en Bolsa—, las funciones de gestión están fundamentalmente en manos del equipo de dirección, que trabaja bajo la autoridad inmediata del primer

ejecutivo de la compañía. Y así tiene que ser necesariamente, pues el Consejo, por su funcionamiento discontinuo, por su estructura colegiada y por su carácter deliberante, no es el órgano idóneo para llevar a cabo la administración de aquellas empresas.

Pero esta constatación no significa que el Consejo haya quedado y, menos aún, que deba quedar vacío el contenido ni relegado a una función decorativa o simplemente representativa. Todo lo contrario, invita a potenciar su papel en relación con aquellas tareas que mejor pueda desarrollar y que más valor pueda añadir al gobierno de la sociedad. Los debates foráneos sobre la reforma del Consejo y la sensibilidad que comienza a aflorar en nuestra propia experiencia indican que esas tareas se refieren todas al mismo objetivo: el control de la gestión. Y es lógico que así sea, pues en la fase actual de desarrollo de nuestro mercado de capitales, caracterizada por un espectacular crecimiento de la inversión del público y de la afluencia de inversores institucionales, nacionales y extranjeros, es preciso disponer de estructuras de gobierno aptas para hacer frente al mayor riesgo de divergencia de intereses entre la propiedad y la gestión que trae consigo el incremento del capital flotante.

En este contexto, el Consejo de Administración debe configurarse básicamente como un instrumento de supervisión y control, dirigido a alinear los planes de quienes gestionar la sociedad con los intereses de quienes aportan los recursos y soportan el riesgo empresarial.

Así comienza el apartado II.1 del Informe Olivencia. Y a lo largo del mismo se van razonando las recomendaciones que en él se hacen sobre su composición, estructura, funcionamiento, designación y cese de Consejeros, facultades e información de los Consejeros, su retribución y los deberes de lealtad.

La propuesta de Código de Sociedades mercantiles regula el Consejo de Administración en general en los artículos 134 a 144 y el de las Sociedades cotizadas en los artículos 416 a 435, con una minuciosidad, sin duda excesiva.

El Informe Aldama en general insiste en las recomendaciones del Informe Olivencia, estimando que debían recogerse en el Reglamento del Consejo, que debería ser inscrito, al igual que el de la Junta General, en el Registro Mercantil y depositado en el CMMU y puesta a disposición de cualquier accionista o inversor a través de la página *web* de la sociedad.

Es importante delimitar con claridad en la nueva regulación mercantil del Consejo de Administración de las sociedades autorizadas lo que debe constituir normativa directamente aplicable, y respecto de los que se refieren al Reglamento del Consejo de Administración de cada sociedad distinguir entre los imperativos y los que sólo son recomendaciones orientadas.

En el proyecto de Ley sólo se dedica un artículo al Consejo de Administración. El art. 115, si bien los dos artículos siguientes al regular la información societaria contiene normas que afectan al Consejo de Administración. Siguiendo las recomendaciones del Informe Aldama impone la aprobación de un Reglamento interno y de funcionamiento del Consejo, «que contendrá las medidas concretas tendientes a garantizar la mejor administración de la sociedad» (art. 115).

5. Prestaciones de servicios profesionales

El Informe Olivencia se refiere únicamente a los auditores desde la perspectiva del Consejo de Administración. El Consejo de Administración, dice, «ha de tomar las medidas necesarias para asegurar que los auditores realicen su misión convenientemente y, en especial que trabajen libres de interferencias de la línea ejecutiva» (apartado 11). El Informe Aldama en su apartado V, trata en general de los informes de los profesionales externos, cuya fiabilidad es «una de las cuestiones claves relativas a la protección de inversores y accionistas», fiabilidad que debe exigirse, con la consiguiente responsabilidad «por la negligencia en la instancia facilitada al mercado, o en su comprobación, cuando aquellas se revele inexacta o incorrecta». Auditores, Analistas financieros y Bancos de inversión y Agencias de calificación deben estar sujetos a un régimen que, en lo posible, garanticen la independencia. Pues la recomendación que hacía el Informe Olivencia a los Consejos de Administración de que tuvieran en cuenta «la reputación de las firmas auditoras», se ha revelado insuficiente como han puesto de manifiesto los últimos escándalos financieros, en los que han jugado un papel importante Auditores que gozaban de la máxima reputación. Lo que se ha traducido en una falta de fiabilidad generalizada. Las limitaciones contenidas en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, pueden constituir un punto de partida; pero son insuficientes. Estamos ante profesiones que exigen una reglamentación rigurosa, en la que se reconozca a la Administración pública amplias potestades, incluso sancionadoras.

No obstante, en este aspecto concreto, el proyecto de Ley no introduce innovación alguna, por estimar suficientes las medidas adoptadas en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, a que alude en su Exposición de Motivos.

V. EL DERECHO CONTRA LA ÉTICA

Pero, pese a este proceso de progresiva extensión del Derecho y asunción por la Ley de normas éticas, existen todavía en el mundo de la economía amplios

sectores en los que el Derecho no sólo no ha respondido como debía a las exigencias de la Ética, sino que ha llegado a contravenir sus principios. Quizás —y sin quizás— nada más expresivo que lo acaecido en el desarrollo de la industria biotecnológica, gobernada en su totalidad por la carrera hacia el beneficio económico.

La biología genética se ha convertido en un enorme negocio objeto de una competencia encarnizada, *boom* industrial, que la prensa americana ha comparado con la fiebre del oro del siglo XIX. Y se habla de «genodólares», como antes se acuñó el término de «petrodólares». Todos los países desarrollados se sienten implicados en una competición implacable en la que nadie quiere quedarse fuera de estos mercados nuevos. Las objeciones éticas se ven como desventajas. Los imperativos del *business* prevalecen sobre las consideraciones morales. Apareciendo Internet para aportar a este frenesí económico la apertura a un mercado mundial y la posibilidad de escapar a toda reglamentación nacional. En ciertos sitios de Internet se pueden comprar ya óvulos de *top girl* o espermatozoides de *playboy* para fabricarse un bebé ideal. Existen empresas americanas —Fairlex Cryobank— que ofrecen en su página gametos con los que conseguir resultados genéticos excelentes, a precios que varían según la categoría del donante. El esperma más caro (250 dólares) procede de Doctores universitarios. En la descripción de este proceso de degradación de la persona y cosificación del hombre voy a seguir básicamente el sugestivo libro de Jean-Claude Guillebaud *El principio de humanidad*, aparecido en 2001 y traducido al español en 2002. Me referiré a tres aspectos concretos: el genoma, la comercialización de los órganos humanos y los embriones.

1. El genoma

El apartado del libro dedicado al genoma lleva como título este interrogante: «¿*El genoma subsiste?*».

Desde hace años, la Oficina Europea de Patentes y Marcas y su equivalente estadounidense la Patents and Trade Office son el escenario de una gran competitividad jurídica. Investigadores, empresas de biotecnología y juristas especializados inscriben en estos órganos archivos muy complejos con el fin de patentar lo más rápidamente posible un «hallazgo» genético o un segmento del genoma, y hasta los «descubrimientos».

En este campo se ha producido una extravagante embriaguez bursátil comparable a la que dio la bienvenida a la «nueva economía». «La avalancha de biotecnologías» y «la carrera por el gen» dio lugar a terapias genéticas experimentadas

deprisa, con resultados negativos. Se denunció lo que se calificó la mercantilización irracional de la investigación por parte de empresas de biotecnología cuyo objetivo era hacerse con la patente, de manera que resultaran más atractivas y las compraran las grandes casas farmacéuticas.

Este fenómeno no se ha producido sólo en Estados Unidos —donde ya se han registrado muchos miles de fragmentos del ADN— sino que se ha extendido a Europa, en la que se ha llegado a la posibilidad de patentar un ser vivo en una directiva que se ha calificado de «espeluznante»: la Directiva 98-40-CE, producto de la presión de los *lobbies*. «La última fase de la preparación de esta Directiva quedó prácticamente circunscrita a los Estados miembros y a Bruselas, en manos de especialistas en propiedad industrial apoyados por el *lobby* de las industrias de genómica. Todos los que se oponían desde hace tiempo a este tipo de trivialización de las secuencias del ADN, equiparadas a inventos químicos, fueron cuidadosamente alejados del debate»¹⁴. La Directiva —de redacción alambicada— autorizaba a los Laboratorios privados y a las empresas de biotecnología a patentar sus descubrimientos, incluyendo lo relativo al *patrimonio genético del hombre*.

No es que no existiera una reacción a nivel legislativo ante la revolución tecnogenética. Se abrían tales horizontes al conocimiento humano y tan tremendo hasta donde podían conducir, que, a partir de la década de los setenta, a medida que se desarrolla la ingeniería genética, se genera la necesidad de dar una respuesta multidisciplinar a los retos planteados, no sólo por médicos y biólogos, sino también por filósofos, sociólogos y, por supuesto, hombres de Derecho. Son de destacar aquí las Jornadas organizadas por la Fundación BBV por iniciativa de Sánchez Asiaín sobre *Proyecto Genoma humano*, tanto desde la perspectiva de la Ética como de la del Derecho, en los años 1991 y siguientes.

De la «bioética» se pasó al bioderecho. La respuesta normativa a los retos de la biotecnología se consideró como una obligación de todo Estado de Derecho. El bioderecho en la última década se ha producido a nivel estatal y supraestatal. Si bien se han manifestado posiciones tan encontradas, que van desde sostener la necesidad de una férrea reglamentación hasta la que estima que cualquier legislación sería nociva e inútil. Lo cierto es que, al menos desde el proceso de Nüremberg hay conciencia de la necesidad de establecer límites jurídicos a la experimentación biotecnológica, que se manifestó en el Código de Nüremberg de 1947; en la

¹⁴ Así, AXEL KAHN, *Société et Revolution biologique. Pour une éthique de la responsabilité*, Conferencia-debate organizado por el grupo *Sciences en question del INRA*, 24 octubre 1995, Ediciones INRA, 1998 (cit. por GUILLEBAUD, *ob. cit.*, pág. 115).

Declaración de Helsinki de 1964 (revisada en Tokio en 1975); en la resolución del Parlamento europeo de 16 de marzo de 1989 (sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética) confirmada por la Declaración de la Organización Mundial de la Salud de 18 de marzo de 1997 manifestando la necesidad de prohibir la clonización y toda alteración de las células germinales, y la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos aprobado por la Conferencia de la UNESCO de 11 de noviembre de 1997, en la que se subrayaba la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y la pertenencia del genoma al patrimonio común de la humanidad¹⁵.

Declaraciones y resoluciones que no impidieron que se produjeran intentos como el que se tradujo en la Directiva 98-40-CE.

Las reacciones frente a esta Directiva fueron vigorosas y hasta coléricas. El verano de 2000, miles de personalidades del mundo de la ciencia, la moral y las Universidades manifestaron su indignación. Frente a ellos, los grupos de presión de las biotecnologías clamaron contra el oscurantismo y denunciaron un posible «bloqueo» de las investigaciones si no se aplicaba la Directiva. Pocas veces la presión del capital había sido tan terrible.

No obstante, la Directiva no se ha llegado a integrar en ninguno de los Derechos nacionales europeos, ni es posible que se integre jamás con el texto inicial. Pero el episodio no deja de ser elocuente.

2. La comercialización de los órganos humanos

Es evidente el progreso experimentado por la medicina en las últimas décadas, lo que ha permitido generalizar la práctica de los trasplantes, extendiéndose a órganos más complejos cada vez: riñones, corazón, hígado, pulmones, médula ósea... Resultado, la escasez de órganos que permitan los trasplantes de que depende la vida de muchos pacientes. Cada año son muchas las personas que mueren en espera del trasplante. Lo que dio lugar a que en algunos momentos se pensara, siempre por supuesto dentro de la gratuidad más absoluta, en una modificación de la legislación sobre donación de órganos.

¹⁵ RODRÍGUEZ-DRIN COURT, *Genoma humano y Constitución*, Civitas, 2002, págs. 49 y sigs. Y muy poco antes, Bernard Edeman, escribía: «Poco a poco empezamos a temer que el hombre se convierta de una u otra manera en objeto de patente, aunque sólo sea a través de su genoma». «Pues bien —concluye Guillebaud—, ésta es exactamente la barrera que superaba la directiva europea», en *La personne en danger*, PUF, 1999 (cit. por GUILLEBAUD, *ob. cit.*, pág. 116).

Entre personas vivas, la legislación exige que exista una relación de parentesco, extendiéndose a los cónyuges, en los términos más estrictos, a fin de evitar cualquier desviación mercantil. Fue la regulación de la extracción de órganos de cadáveres la que en algún momento se modificó. Aun partiendo de la voluntad del muerto (expresada en testamento) o de sus familiares más íntimos, se llegó a admitir el acuerdo tácito, en caso de silencio de la familia. Así, en Francia, una Ley de 1976 (la Ley Caivallet), que más tarde se modificó. Por lo que sigue rigiendo el consentimiento expreso.

Ahora bien, como afirma Guillebaud, en la realidad las cosas están mucho menos claras ¹⁶, como lo ponen de manifiesto los ejemplos siguientes:

a) *Los biobancos*

Existen en todo el mundo miles de establecimientos públicos o privados denominados biobancos. En ellos se almacenan colecciones enteras de miembros de organismos humanos (tejidos, células, órganos, gametos...), que proceden de «residuos» o «desechos» quirúrgicos o biopsias, es decir, cosas abandonadas por considerarlas sin interés.

Debido a los avances de la biología genética, estos fragmentos humanos que antes carecían de interés, pueden considerarse a partir de ahora elementos valiosos, según determinados avances científicos. Valiosos y rentables. En su día, por supuesto, se dio consentimiento expreso gratuito para el almacenamiento o utilización de esas células o tejidos; pero presuponiendo su escaso valor, salvo el científico o de investigación. Al convertirse en «material» posiblemente generador de beneficios, se desmorona la naturaleza del consentimiento y la idea misma de la gratuidad.

Existe en el Ordenamiento comunitario un estatuto de los biobancos; pero sumamente ambiguo. Como así se denunció en julio de 1998 por los asesores de ética de las biotecnologías de la Comisión de Bruselas. «Podría producirse todo tipo de errores, tanto en el sentido comercial como en el marco de la protección de la vida privada. A través del ADN el mínimo fragmento humano es portador de una gran cantidad de información relativa al donante; información que tiene su valor en todos los sentidos del término. En efecto, los biobancos «se asocian cada vez más con la investigación y el desarrollo técnico y científico (IDTC) y con los intereses

¹⁶ *El principio de humanidad*, cit., pág. 119.

económicos relacionados». A la luz de lo que sucede en el asunto del genoma, esta comprobación resulta inquietante».

Y aparte de los biobancos, es un hecho, que aparece de vez en cuando en los medios de comunicación, la práctica del almacenamiento de órganos humanos. Como a finales de enero de 2001, en que la opinión pública conoció en Gran Bretaña, tras la publicación de un informe oficial, que en los hospitales y clínicas universitarias se almacenaban más de 100.000 órganos de diversos tipos. Y el año anterior también, cuando se destapó «el caso Van Velsen», que es el nombre de un médico holandés al que se señalaba como principal extractor de órganos, sobre todo cuando hacía autopsias en niños, sin que lo supieran los familiares. Todo indica que este tipo de escándalos se multiplicarán en el futuro.

b) *La búsqueda de órganos a escala mundial*

La angustiosa necesidad de encontrar órganos de los que depende la vida, ha dado lugar a que, pese a todas las previsiones, haya surgido un tráfico de órganos, bajo el control de organizaciones mafiosas. Pueden encontrarse en Internet sitios que ofrecen órganos humanos.

La procedencia de estos órganos es diversa. Se sabe, por ejemplo, que en algunos Estados totalitarios, como China, se extraen órganos de los condenados a muerte por cuenta de los dignatarios del régimen.

Y es práctica general el «turismo de órganos», del que se hace eco con frecuencia la prensa médica. Consiste, sencillamente, «en la compra por parte de ciudadanos de los países ricos del Norte de órganos humanos vendidos, por pura desesperación, por los pobres del Sur. Se sabe, por ejemplo, de la existencia de centros de trasplantes en Asia o en el mundo árabe, y que los pacientes que acuden a ellos desde los países del Norte deben pagar precios altísimos si desean ser admitidos para someterse a trasplantes. A veces se encuentran en Internet sitios que ofrecen órganos humanos de esta misma manera, y muchas ONG se hacen eco de este nuevo tipo de escándalo humanitario».

Guillebaud concluye ¹⁷:

¹⁷ *El principio de humanidad*, cit., pág. 121. KEMPF, *La Revolution biolittique. Humains artificiels et machines animées*, Albin Michel, 1998.

«En el clima de frenesí comercial que prevalece en todo el planeta, en esta lógica de la cosificación progresiva del ser vivo que paulatinamente es consentida por todas las democracias, esta clase de prácticas sólo pueden extenderse y generalizarse. En el extremo, como destaca justamente Hervé Kempf, ya no se entiende en nombre de qué «otra» lógica se denegaría al donante una retribución justa, y más si se trata de donantes pobres. Pero al hacerlo se admitiría ipso facto la idea de que el cuerpo humano queda equiparado definitivamente a una mercancía y sometido a todas las formas posibles de estipulación de tarifas y precios».

c) *La comercialización de los órganos por el Estado*

El más brutal atentado a la dignidad humana con motivo de la disponibilidad de los órganos se produce cuando es el propio Estado el que monopoliza la comercialización. Como parece comprobado ocurre en China. En un impresionante trabajo de investigación periodística aparecido en «El Semanal» de *ABC* el 17 de noviembre de 2002, se aportaban testimonios convincentes sobre la existencia de una lucrativa y macabra red de piezas humanas de repuesto, cuya fuente son las personas ejecutadas en cumplimiento de condenas a muerte¹⁸. China aprovecha de forma sistemática la piel, el corazón, los riñones y el hígado de las personas ejecutadas, no sólo en el interior a favor de los jerarcas del partido, sino para venderlos a extranjeros. No es infrecuente que las autoridades clausuren sitios de Internet en los que campesinos pobres ofrecen sus riñones, a fin de conservar así el monopolio del Estado. La descripción de la frialdad con que se opera a fin de obtener los órganos en las mejores condiciones no puede ser más espeluznante. Antes de la ejecución se administra al condenado una inyección de heparina, un producto para diluir la sangre y facilitar la extirpación. Y, una vez consumada, se procede metódicamente a la extracción de todos los órganos susceptibles de trasplantes, empezando por los riñones.

Naturalmente, en los albores del siglo *xxi* es inconcebible una legislación que pueda permitir tales horrores. Y la legislación china, al igual que las demás, prohíbe la extirpación de órganos sin el consentimiento del afectado o de sus familiares. No estamos ante lo que hemos llamado un Derecho positivo contrario a la Ética. Pero sí ante una práctica que contraviene ese Derecho con el beneplácito del propio Estado que lo ha dictado. Ante las imputaciones de Amnistía Internacional, el Gobierno chino no ha presentado ninguna declaración de conformidad por escrito de un condenado a muerte.

¹⁸ MATTHIAS SCHEPP y RICO CARISK, *Tráfico de órganos. Horror «made in China»*, Magazine del Semanal de 17 noviembre 2002, págs. 40 y sigs.

Funcionarios de prisiones, jueces y médicos se lucran sin temor a la rigurosa legislación china. Todo se mantiene en el más estricto secreto. En la «Directiva provisional en materia de utilización de cuerpos humanos muertos y órganos de criminales sentenciados» de 1984, se indica: «Ha de actuarse en el más estricto secreto. No deberán utilizarse automóviles con la leyenda *Institución Médica* ni podrán vestirse prendas sanitarias de color blanco. Una vez realizada la extracción, los crematorios prestarán ayuda a las unidades para que el cadáver se incinere a su debido tiempo».

3. Los embriones

El tratamiento jurídico que debe darse al embrión es uno de los temas más polémicos de nuestros días. Por supuesto no es un tema de hoy; pero sí es hoy cuando ha adquirido especial relieve por los importantes avances científicos.

Y tiene relevancia desde la perspectiva económica, desde el momento en que el embrión puede ser objeto de tráfico mercantil. Porque el embrión es un material biológico utilizable, una especie de máquina que fabrica sustancias, tejidos y porciones de órganos; sus células madres pueden crear todas o la mayor parte de clases de células de un organismo, y, por tanto, utilizarse para regenerar partes enteras del cuerpo dañadas en un accidente o por el proceso del envejecimiento¹⁹.

El embrión es persona o no, o, más exactamente, hasta qué momento no lo es y cuándo empieza a serlo.

El dilema adquirió gran relevancia cuando se generalizaba la no penalización del aborto en los Ordenamientos jurídicos. Y ha vuelto a adquirirla hoy en la medida en que los avances de la ciencia han permitido identificarlo, diferenciándolo de la madre, y en el Derecho se van consagrando una serie de derechos del niño que se extienden al feto, protegiéndole incluso frente a la madre. Lo que ha dado lugar a manifiestas contradicciones entre los defensores del aborto.

Estamos en un punto decisivo en el que concepciones muy distintas tratan de reflejarse en normas jurídicas. Y para deshumanizar el feto se acude a la «manipulación del lenguaje», como antes se utilizó llamando al aborto «interrupción voluntaria del embarazo», fenómeno que tan gráficamente ha puesto de manifiesto

¹⁹ GUILLEBAUD, *El principio de humanidad*, cit., pág. 123; O. BLOND, *La Recherche*, núm. 329, marzo 2000.

nuestro compañero López Quintás. Así, algunos biólogos hablan de «concepto», pero no emplea el término «feto», y otros introducen la noción de «preembrión».

Y se han ido produciendo corrientes legislativas dirigidas a la posibilidad de la investigación con embriones, sumamente peligrosas, porque —se ha dicho— «la Historia nos enseña que el estatuto concedido al embrión es un reflejo del que se concede al ser humano»²⁰.

V. LA VUELTA A LA ÉTICA

Hemos visto cómo el Derecho puede intentar hacer realidad unos principios éticos o, por el contrario, legalizar corrientes que los contravienen.

Existen, indudablemente, concepciones muy distintas, que conducen a normativas también muy distintas, incluso en las relaciones económicas, en aspectos tan concretos como puede ser el préstamo con interés.

Ahora bien, existen unos principios éticos comúnmente aceptados en los comienzos del siglo *xxi* que ningún Estado se atreve a contravenir en su Ordenamiento, aunque se violen a diario en ellos. Y cuando se trata de acoger nuevas prácticas que pugnan con los principios tradicionales, se idean nuevas Éticas en las que encuentran fundamento las leyes.

En el ámbito de las relaciones económicas, se ha visto en general con desconfianza toda intervención de los Poderes públicos, no sólo cuando se concretaba en actuaciones de las Administraciones públicas, siempre molestas y muchas veces arbitrarias, sino también cuando se limitaban a legislar, dejando a los Tribunales la decisión de los conflictos a que diera lugar la aplicación de la legislación.

Desconfianza más que justificada respecto de la intervención administrativa y del ejercicio de las potestades punitivas (penales y administrativas), aunque no tanto a nivel legislativo. Salvo excesos contraproducentes.

Porque la simple incoación de expedientes administrativos sancionadores —y no digamos de actuaciones penales—, aunque inicialmente estuvieran justificadas y se realizaran conforme a la más estricta legalidad, son suficientes para, si

²⁰ GUILLEBAUD, *El principio de humanidad*, cit., pág. 128. Sobre el problema, entre nosotros, cfr. el sugestivo libro de VILA-CONO, *La bioética en la encrucijada*, Dykinson, 2003.

no hundir, sí dañar gravemente a la empresa, produciendo unos resultados desproporcionados con la infracción que las motivó, al desencadenar campañas de publicidad, en el ejercicio de los derechos de información y libertad de expresión —impunes en nuestro Estado—, alimentadas por los datos facilitados por los mismos funcionarios.

Pero lo grave es que no es infrecuente que los procedimientos se incoen sin existir base racional suficiente para ello. No sólo los administrativos, sino los penales, incoados por una Fiscalía especial contra la corrupción creada por unos políticos inmersos en una corrupción generalizada como medida para justificarse ante la opinión pública ²¹, que precisamente por la forma en que nació, no deja de estar influenciada por móviles políticos.

Iniciados los procedimientos, empieza el calvario de unos trámites interminables, tan interminables que, pasadas las primeras semanas, son olvidados por los medios de comunicación, dejando en paz a los todavía «presuntos inocentes» y que han dejado de serlo para la opinión pública. Hasta que de vez en cuando tiene lugar alguna incidencia procesal relevante, que pone en movimiento las cámaras de los periodistas para recoger el momento en que entran a declarar a la Audiencia, o en que se celebra el juicio, o en que se notifica la sentencia, o se produce cualquier otra actuación judicial.

Ante este panorama se ha vuelto a pensar en la Ética. Y es que la única vía eficaz para evitar las desagradables y muchas veces fatales consecuencias de la acción de los Poderes públicos es no dar lugar a las situaciones que las provocan. Lo que se conseguirá ajustando las conductas a los principios éticos.

El informe Aldama, después de sus recomendaciones y de proclamar la conveniencia de un soporte normativo, termina con estas palabras:

«La Comisión no quiere concluir sin llamar la atención sobre la necesidad de un comportamiento ético por parte de todos los sujetos a los que se refiere este Informe para orientar tanto la función de autorregulación de sus conductas como la *observancia* de las normas que en cada momento sean aplicables o el seguimiento de las recomendaciones que se formulen. Sólo así, en el marco de los principios y valores que la Constitución proclama, se puede lograr el equilibrio y la tutela efectiva de los distintos intereses concurrentes en el adecuado desarrollo de los mercados financieros».

²¹ Así, en mi trabajo *La ética en la Administración pública*, 2.ª ed., Civitas, 2000, págs. 82 y sigs.

Vuelta a la Ética, que no supone deba convertirse en normas de Códigos de conducta. Porque cuando las legislaciones han descendido a los niveles a que han descendido las reglamentaciones actuales, tales Códigos acabarán como los Códigos deontológicos para la Administración pública, que tanta popularidad alcanzaron, acabarán recogiendo lo que ya establecían los Reglamentos disciplinarios, y, como señaló la doctrina administrativa tradicional, lo que no está en los reglamentos es algo que no se puede solucionar con este tipo de medidas. Como decía Marañón la sabiduría la da la conciencia y no los reglamentos ²².

Y, por último, tener en cuenta que las reglamentaciones, por rígidas que sean, sólo sirven en situaciones normales, no en las excepcionales. Pues, como señalaba Sánchez Asiáín en su intervención del Curso 1995-1996, cuando lo que está en juego es la supervivencia de la empresa, los directivos se ven sometidos a toda clase de presiones para evitar la quiebra y la tentación de tomar decisiones contrarias a la ética más elemental puede llegar a ser irresistible». Aunque, como también señalaba, en tales circunstancias «ni siquiera es seguro que el riesgo de un castigo legal sea suficiente para compensar el deseo de salvar la empresa» ²³.

²² F. SAINZ MORENO, «Principios éticos y ejercicio de la función pública», en *La Universidad y las profesiones jurídicas. Deontología, función social y responsabilidad*, Universidad Complutense, Madrid, 1998, pág. 142.

²³ «Algunas reflexiones sobre la ética hechas desde el mundo financiero», *Anales*, XLVIII, núm. 73, pág. 256.