

Derecho corporativo en España: algunas tendencias modernas en el desarrollo de las compañías

Elena Orlova, Doctoranda del Instituto de Derecho
y Seguridad Nacional de la Academia Presidencial Rusa
de Economía Nacional y Administración Pública (RANPEA), Rusia
lenoric0396@yandex.ru

Resumen. En el artículo se examinan las interpretaciones modernas del derecho corporativo, tomando en cuenta, ante todo, la experiencia de España. Se analizan las tendencias actuales en las actividades de las empresas, se centra la atención especial en la elaboración de Códigos de buen gobierno de las sociedades, que se convierten, de hecho, en una parte importante de las legislaciones nacionales. Se nota que la transparencia, la responsabilidad social y el buen gobierno son hoy en día los requisitos más importantes para la actividad exitosa de la compañía que contribuyen al aumento de su competitividad en el mercado, así como al fortalecimiento de su reputación comercial y, por lo tanto, promueven el crecimiento de la imagen atractiva de las empresas para los inversores en ojos de la sociedad civil y del poder público.

Palabras clave: derecho corporativo, corporación, empresa, sociedad, compañía, Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, España, accionista, inversor, autoridades públicas, sociedad civil, regulador, transparencia, responsabilidad social.

Elena Orlova

Corporate law in Spain: some modern trends in the development of companies

Abstract. The article examines modern interpretations of the corporate law, taking into account the example of Spain. The current trends in the activities of the companies are analyzed, special attention is focused on the elaboration of codes of good governance of the companies, which become, in fact, an important part of the national legislations. It is noted that transparency, social responsibility and good governance are nowadays the most important requirements for the successful activity of the company, that contribute to increase its competitiveness in the market, as well as to strengthen its commercial reputation. Therefore, they promote the growth of the attractiveness of companies for investors, in the eyes of civil society and public authorities.

Key words: corporate law, corporation, company, Good governance code of listed companies, Spain, shareholder, investor, public authorities, civil society, regulator, transparency, social responsibility.

El derecho corporativo como subsector del derecho civil que regula las relaciones sociales en el ámbito de la organización y el funcionamiento de las compañías, empresas, asociaciones, sociedades, uniones, etc., es decir, todo el espectro de organizaciones que en un sentido amplio caen bajo el término “corporación”, continúa desarrollándose estos días muy activamente de acuerdo con las tendencias actuales, debido, entre otras cosas, a las peculiaridades del mercado contemporáneo.

En el artículo se examinan algunas características de las actividades de las empresas /sociedades en España en las condiciones modernas. Este tema ha adquirido una mayor relevancia después de la crisis

financiera y económica de 2008, que se convirtió en una prueba de resistencia para muchas empresas (ante todo, del sector financiero) en la mayoría de los países de la economía de mercado, afectados por la crisis. Después de la crisis, se tomaron medidas concretas para perfeccionar las actividades de las empresas con el fin de aumentar su poder de “resistencia al estrés” y de alzar su atractivo como agentes del mercado. El estudio de estas tendencias a base de la experiencia española puede ser útil e importante para la práctica del negocio ruso.

La Constitución española reconoce el derecho a la propiedad privada y su herencia. Al mismo tiempo, el conocido jurista español Isidre Molas en su estudio fundamental “Derecho Constitucional”, que ha alcanzado varias ediciones, sostiene que “la propiedad ha perdido su carácter de poder ilimitado de usar y abusar de las cosas y, al mismo tiempo, a través de la ley, ha ido adoptado una diversidad de configuraciones, que han modulado su realidad jurídica. Todo ello se ha traducido en la aceptación de diversas limitaciones derivadas del reconocimiento de su función social” [1, p. 329]. En la Constitución española de 1978, que sigue siendo un “modelo” para muchos Estados, tanto europeos, como latinoamericanos, se indica, entre otras cosas, que “la función social de estos derechos (*los derechos de propiedad privada – nota de la autora*) delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes” (Art. 33, párr. 2) [2]. El siguiente (tercer) párrafo del artículo mencionado especifica que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes” [2].

El derecho a la propiedad privada, según Isidre Molas, “encuentra otra concreción en el reconocimiento de la *libertad de empresa*” [1, p. 330], que está establecida en el artículo 38 de la Constitución española. Este artículo señala lo siguiente: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación” [2].

Al mismo tiempo, explica Isidre Molas, “sabemos que la Constitución (*de España – nota de la autora*) establece un modelo de Constitución económica basado en la economía mixta, en que la proporción entre el sector privado y el sector público de la economía queda a la libre determinación del legislador. Así, por una parte, la Constitución legitima la existencia de un sector público y hace posible la planificación y, por otra, garantiza el derecho a la libertad de empresa (a su creación y su funcionamiento) y constitucionaliza una economía de mercado, aunque deja a la libre expresión de la mayoría legislativa la determinación de sus características” [1, p. 330].

A este respecto cabe destacar que, según lo demuestra la experiencia del funcionamiento de la economía de mercado en España, el modelo económico, establecido por la Constitución de este país, admite, en teoría, varias opciones de coexistencia (y proporción entre ellas) de la propiedad privada y la propiedad pública. Este modelo puede ser muy reclamado y eficiente en las condiciones actuales, cuando se ve un rápido proceso de “socialización” de las empresas y en general de las actividades empresariales en muchos países de la Unión Europea, incluyendo España.

La crisis de 2008 demostró la debilidad del sistema de gobierno de muchas corporaciones (empresas, compañías, sociedades), donde los órganos administrativos que están a menudo controlados casi totalmente por los gerentes contratados, que formalmente no son propietarios de mencionadas compañías, han llevado a cabo actividades ineficientes y poco éticas, tratando de obtener un beneficio a corto plazo y actuando en desacuerdo con los intereses de los accionistas mayores (shareholders), así como otros grupos de copropietarios (stakeholders). Estos errores no solo dañaron a las empresas, sino también perjudicaron a todo el sistema económico, en especial, a su sector financiero.

En estas condiciones, han adquirido especial importancia los Códigos de buen gobierno de las sociedades, que ejercen la función de control y *monitoring* interno, incluidos los posibles abusos en el trabajo por parte de la gerencia superior. Sin embargo, en algunos casos hasta la existencia de los Códigos de buen gobierno de las sociedades no ha garantizado el funcionamiento transparente de los “agentes económicos”. Por esto, surgió la necesidad de recurrir a mecanismos de control exterior, lo que permitió al regulador desempeñar un papel más activo en lo que se refiere a las actividades de las compañías.

En España “se captaron” las faltas en el trabajo de las empresas aun cuando la crisis económica de 2008 no estaba todavía en el horizonte y sobre su posibilidad teórica hablaban en voz baja solamente algunos expertos más atrevidos. El 22 de mayo de 2006, es decir dos años antes de la crisis, a base de un acuerdo con el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) fue aprobado el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. El este Código se han combinado las disposiciones y las normas de obligado cumplimiento, con las recomendaciones de carácter estrictamente voluntario, puesto que las cuestiones consideradas básicas e imprescindibles han quedado incorporadas a normas de obligado cumplimiento.

Después de la crisis, el Código ha sido modificado con el fin de continuar mejorando la gestión de la empresa y aumentar el nivel de transparencia en sus actividades, lo que es indispensable para, entre otras cosas, el crecimiento de su capitalización en el mercado. En mayo de 2013 por acuerdo del Consejo de Ministros de España se creó una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se considerasen adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas y para prestar apoyo y asesoramiento a la CNMV en la modificación del mencionado Código unificado de 2006. En junio del mismo año la CNMV aprobó las enmiendas al Código. En 2014 como resultado de la combinación de esfuerzos de las administraciones públicas, las empresas, los sindicatos y la sociedad civil fue elaborada una Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas. El año siguiente (18 de febrero de 2015) fue aprobada una nueva versión del Código, que respondía totalmente a los objetivos establecidos por los expertos de la Comisión arriba mencionada. El nuevo Código contiene 64 recomendaciones frente a las 53 del Código anterior. Como señaló más tarde Elvira Rodríguez Herrer, Presidenta de la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados, el “nuevo” Código de buen gobierno de las sociedades tuvo una muy buena acogida en el mercado: “Ese visto bueno de los inversores internacionales hace que las empresas españolas sean ahora más competitivas porque están en mejores condiciones para recibir financiación en un mercado global” [3].

La transparencia, la gestión empresarial adecuada (buen gobierno de la empresa) y la responsabilidad social del *business* juegan hoy en día el papel fundamental en el posicionamiento de la compañía en el mercado. Según señalan los analistas españoles, esto “genera confianza, atrae la inversión extranjera, favorece la creación de empleo y aumenta la competitividad” [3] de la empresa.

Las principales características del Código actualizado de buen gobierno de las sociedades son, ante todo, el carácter voluntariado de la aplicación del principio “cumplir o explicar” y la capacidad de evaluación de la empresa por el mercado. Esto permite crear un sistema operativo para lograr, por lo menos parcialmente, los objetivos de buen gobierno empresarial y en general cumple con los principios, que hoy en día existen en los Estados de la Unión Europea y en otros países económicamente desarrollados. El marco de gobernanza empresarial de las empresas en España incluye las prescripciones de “dos niveles”:

- Normas de cumplimiento obligatorias, incluidas en la Ley de Sociedades de Capital, y otras disposiciones legales aplicables;
- Recomendaciones de buen gobierno de las sociedades, incluidas en el Código pertinente, cuya aplicación es estrictamente de carácter voluntario.

A este respecto, debe señalarse que la Ley de Sociedades de Capital obliga a las sociedades cotizadas españolas a consignar en su informe anual de gobierno corporativo “el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones” [4, p.10]. De este modo, la legislación española deja a libre decisión de cada sociedad seguir, o no, estas recomendaciones de gobierno corporativo y únicamente exige que, cuando no las sigan, expliquen los motivos que justifiquen su proceder, al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos. Esto, como se señala en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, es necesario, para que “los accionistas, los inversores y el mercado en general, cuenten con suficiente información para valorar el proceder de la sociedad” [4, p.11].

El Código de buen gobierno se aplica a las sociedades cotizadas, bajo las cuales se entienden las organizaciones, cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores (de acuerdo con el artículo 495.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Las recomendaciones del Código de buen gobierno se aplican a todas las sociedades cotizadas, independientemente de su tamaño y nivel de capitalización. Este Código reconoce que algunas de sus recomendaciones pueden resultar poco apropiadas o excesivamente onerosas para las empresas de menor tamaño.

En cuanto al papel de las autoridades reguladoras (habitualmente se entiende en este caso el Estado y sus estructuras correspondientes), en particular en España, en general, este papel se puede expresarla de la siguiente manera:

- omentar una cultura de valores y de comportamientos éticos en las compañías.
- Dictar normas y formular recomendaciones para configurar consejos y cuadros directivos que tiendan a la excelencia en el gobierno de las sociedades.
- Salvaguardar los intereses de los accionistas, los inversores y, en general, el sistema financiero.
- arantizar el ahorro y la seguridad de las inversiones, haciendo que fluya el crédito a la economía real [3].

En condiciones de una competencia cada vez creciente y más compleja, los consejos de administración efectivos de las empresas exitosas parten de que la modernización oportuna de las sociedades, la aplicación

de las prácticas de buen gobierno son la respuesta más rentable a los requisitos que les imponen las leyes modernas del funcionamiento de la economía de mercado, así como los intereses sociales. Francisco Román, Presidente de la Fundación Sociedad y Empresa responsable (Seres), señala acertadamente a este respecto que “el 80% del valor de la compañía son intangibles como la reputación, que tu empresa sea un sitio deseado para trabajar o que tu marca esté asociada con valores” [3]. El grado de cumplimiento por las empresas españolas de las disposiciones del Código de buen gobierno de las sociedades en esta etapa alcanza un 82%. Esto les permitió aumentar considerablemente su competitividad, lo que es un indicador indiscutible de que el nuevo marco normativo en combinación con la comprensión por parte de los consejos de administración de las compañías de la necesidad de introducir y aplicar las prácticas avanzadas de buen gobierno de las sociedades, permite obtener resultados positivos.

Resumiendo el análisis de nuevas prácticas normativas en España en relación con las actividades de las empresas, se puede hacer algunas conclusiones que representan interés para el negocio ruso desde el punto de vista de la consideración correcta y oportuna de las tendencias modernas que dominan en el desarrollo del derecho corporativo en los Estados más avanzados de la economía de mercado.

Los problemas que se acumularon en este segmento de la economía y que se manifestaron claramente en el período de la crisis financiera y económica de hace diez años, sirvieron como punto de partida para una nueva interpretación y comprensión de las “leyes” del trabajo eficaz de las empresas, que constituyen el componente esencial de la economía de mercado. Por un lado, se hizo evidente que los propietarios de, ante todo, grandes corporaciones (accionistas) en virtud de conocidas causas han perdido en las últimas décadas un control eficaz del funcionamiento de sus empresas, habiendo puesto carga sobre los hombros de los gerentes contratados, cuya actividad a menudo no fue eficaz, sino perjudicial para los intereses de la compañía (y de tal modo para los intereses de los propietarios reales de la empresa).

Por otro lado, hay una tendencia evidente de la evolución gradual de la economía de mercado en varios Estados más avanzados, sobre todo europeos, hacia su creciente socialización. Esto significa que en las actividades de las empresas se toma en cuenta cada vez más el interés público.

Estas tendencias han dado lugar a la necesidad de elaborar los Códigos de buen gobierno de las sociedades, que actualmente forman parte de la base normativa de la legislación de los Estados, en particular de España. La aparición y el perfeccionamiento de estos Códigos se puede considerarlo como factor del desarrollo del derecho corporativo en condiciones de la evolución de la economía de mercado.

Tales conceptos como la transparencia, es decir, la apertura en la actividad de la compañía, su responsabilidad social o, en otras palabras, la responsabilidad del mundo de negocios ante la sociedad y, por supuesto, el buen gobierno de la compañía, que implica una gestión eficiente de la empresa, el clima interior sano en la misma, un comportamiento responsable del aparato administrativo y de los empleados, — todo eso son las exigencias de nuestro tiempo, una ejecución rigurosa que contribuye a la prosperidad de la empresa en la economía de mercado.

En nuestra opinión, algunos ejemplos de la experiencia española pueden ser útiles para el desarrollo ulterior del derecho corporativo en Rusia y para el mejoramiento del funcionamiento de las empresas rusas.

Literatura

1. *Molas, Isidre*. Derecho Constitucional (tercera edición). — Madrid, Editorial Tecnos, 2005. — 358 p.
2. URL: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf
3. El gobierno corporativo en España. Regulación y normativa // URL: <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/el-gobierno-corporativo-en-espana.html>
4. Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, p.10 // URL: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf