



RESPONSABILIDAD CORPORATIVA, GOBIERNO, ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PARTIDOS POLÍTICOS

Juan Fernández-Armesto*

CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL. COMILLAS-ICADE. EX-PRESIDENTE DE LA CNMV

INTRODUCCIÓN

La «Responsabilidad Corporativa» (RC), unas veces con el adjetivo «social» y otras sin él, se ha convertido en un deber. Hoy no basta con que las empresas cumplan la ley. Se les exige más: que actúen responsablemente para con la sociedad, aunque tal comportamiento, en puridad, no venga exigido por una norma. La RC inicialmente se desarrolló en el ámbito de las relaciones laborales y de la protección del medio ambiente. Siguen siendo las áreas más relevantes. Pero la sociedad exige cada vez más que la empresa actúe responsablemente en sus relaciones con los gobiernos, las administraciones públicas y los partidos políticos. Y no solo con ellos: también con las ONG's, los sindicatos y otras asociaciones.

Estas relaciones están dominadas por dos principios, obligatorios ambos para actuar de forma socialmente responsable, pero en buena medida contradictorios entre sí:

Por un lado, un empresario responsable, que esté preocupado por la implicación de su empresa en la sociedad, puede y debe realizar donaciones altruistas — a ONG's, fundaciones, asociaciones, sindicatos, ayuntamientos, administraciones públicas... —; y cuantas más y mayores donaciones realice, más «socialmente responsable» será su actuación.

Pero al mismo tiempo, un empresario que pague un soborno a un funcionario, a un partido, a un sindicato, a un político, o una «comisión» al directivo de la contraparte, estará violando los principios de honestidad y de ética, y fomentando la corrupción, una de las lacras que estrangulan el crecimiento y la riqueza de las naciones — en una palabra actuará de forma «socialmente irresponsable».

El presente trabajo analizará primero la legitimidad y los límites de las donaciones altruistas (2), después la prohibición y el rechazo de los sobornos y la corrupción (3), para terminar con una propuesta de actuación en esta materia (4).

LEGITIMIDAD Y LÍMITES DE LAS DONACIONES ALTRUISTAS Y POLÍTICAS

Las empresas no tienen empacho alguno en publicar las cifras de sus donaciones altruistas: las 100 mayores empresas inglesas donaron casi el 1% de sus beneficios antes de impuestos a finalidades de beneficencia¹. Y en España, Santander, Popular, BBVA, Gas Natural e Iberia invirtieron en acción social más del 2% de

* Quiero agradecer la labor de la Lda. Susy Tejada en la documentación y preparación de este trabajo.

¹ *The Economist*, «The good company. A Survey of corporate social Responsibility», 22 de enero de 2005, p. 4.



sus beneficios netos— y Endesa, Abertis, Telefónica y Acciona, más del 1%².

Si las empresas publican las cifras, es porque este tipo de gasto es percibido como loable. Se ve como positivo que las empresas se comprometan con la sociedad, mediante el patrocinio de actividades deportivas, culturales y otras obras de beneficencia. El Libro Verde sobre RC, publicado por la Comisión Europea, así lo confirma³.

Cuestión diferente es el de la aprobación del pago de estas cantidades y la transparencia de las donaciones. En esta área no existe regulación alguna. La Ley de Sociedades Anónimas se limita a exigir que los administradores actúen diligentemente, defendiendo el interés social [arts. 127 y 127 bis LSA]. El «Código Olivenca» elevó la maximización del valor de la empresa a criterio último que debe presidir la actuación del Consejo. A primera vista, podría parecer que las donaciones altruistas violentan este criterio. Pero el Código se encarga de inmediato de atemperar su propia exigencia: los administradores deben también observar «aquellos deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios»⁴. Y se viene entendiendo que las contribuciones a fines altruistas son lícitas y pueden ser aprobadas por el Consejo de Administración, sin autorización de los accionistas, siempre que su cuantía sea razonable en relación con los beneficios de la sociedad⁵.

La legislación española tampoco establece exigencia alguna de transparencia sobre los importes o los beneficiarios de las donaciones. No es obligatorio ni cuantificar, ni aun menos desglosar, los pagos, ni aun en el caso de las sociedades cotizadas. El Informe Anual de Gobierno Corporativo, exigido por la CNMV [Circular 1/2004 de 17 de marzo], no contiene referencia alguna a este tema.

Cuestión diferente es la de las donaciones a políticos, a partidos políticos y a sindicatos. La diferencia radica en que estas organizaciones ejercen un poder social, y que los pagos pierden su carácter altruista: las empresas financian, porque desean influir sobre las

opiniones y las decisiones de estas fuerzas sociales. Es por esta razón que todos los ordenamientos jurídicos regulan este tipo de donaciones —un régimen político democrático no puede aceptar que sindicatos y partidos sean corrompidos por vía de la financiación empresarial.

En esta materia la legislación española es manifiestamente insuficiente. No existe regulación alguna para las donaciones a sindicatos, tanto si se hacen en España como en el extranjero. Las contribuciones a políticos y partidos extranjeros también carecen de regulación. Únicamente para las donaciones a partidos en España existe una norma, pero parcial y totalmente desfasada [LO 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de Partidos Políticos]. Para las aportaciones procedentes de empresas, la ley se limita a exigir

- que no sean finalistas;
- que sean aprobadas por el órgano social competente (fórmula vaga, pues no exige expresamente la intervención del Consejo);
- que no excedan de 10.000.000 Ptas. por partido y año (aquí la formulación también peca de vaguedad, ya que el límite se predica por sociedad, no por grupo).

Este régimen general de por sí ya benigno, se ve socavado, pues la Ley, incomprensiblemente, permite donaciones «anónimas» hasta un importe máximo total igual al 5% de la asignación en los Presupuestos Generales del Estado para ese ejercicio. Además, la Ley no tiene ningún mecanismo que exija la publicidad de las donaciones realizadas, ni cubre las aportaciones a fundaciones cercanas a los partidos políticos.

La ciudadanía española percibe que los partidos políticos son uno de los focos más intensos de corrupción en España, y que existen prácticas sistemáticas de exigir comisiones a cambio de contratos públicos⁶. Como ha escrito recientemente G. Ariño «es hora de rendirse a la evidencia y corregir de una vez la legislación de contratos, la financiación de los partidos y la estructura de comportamiento de éstos»⁷.

¿Existen en esta materia obligaciones dimanantes de la RC que vayan más allá de lo exigido por la legis-

² *Actualidad Económica*, 21 de julio 2005, p. 19.

³ COM (2001) 366, parágrafo 45.

⁴ Apartado 1.3 del Informe sobre el Consejo de Administración, aprobado por la Comisión Olivenca en febrero de 1998.

⁵ Esteban Velasco, G: *Responsabilidad Social Corporativa*, (2005), p. 49.

⁶ García Mexía: «La corrupción en España», Ponencia en «Jornadas de Ética Pública», San Pablo CEU, 2005, p. 7.

⁷ *Expansión*, 28 de marzo de 2005.



lación española? Tres instituciones de indudable prestigio se han ocupado de esta materia:

Transparency International (TI), la ONG que lucha por un mundo sin corrupción, recomienda que exista transparencia en los ingresos y gastos de los políticos y de los partidos, debiendo informar anualmente y antes y después de cada elección a un organismo independiente, para que éste revele al público el nombre de los donantes y la cuantía de las donaciones. Además, las compañías que coticen en bolsa deberían dar a conocer en sus cuentas anuales todas sus donaciones a partidos y políticos, cualquiera que sea el país donde las hayan realizado⁸.

La Cámara de Comercio Internacional («CCI») en París ha publicado unas «Reglas de Conducta de la CCI» sobre «La extorsión y el cohecho en las transacciones comerciales internacionales»⁹. En el Prólogo la CCI advierte que «las contribuciones con fines políticos, si no son divulgadas, pueden dar lugar a abusos». Por ello el prólogo reclama que los gobiernos exijan que las contribuciones se declaren públicamente por las empresas y se contabilicen por los receptores. Pero en las concretas recomendaciones que la CCI da a las empresas, la única exigencia consiste en que las atribuciones se ajusten al marco legal (lo que va de suyo), se divulguen si la ley lo exige (lo que aun es más evidente), añadiendo simplemente que, dentro de la empresa las donaciones deben ser puestas en conocimiento de la dirección general (¡pero no aprobadas!). La recomendación es a todas luces insuficiente.

Lo que es más sorprendente es que el bajísimo estándar de RC exigido por la CCI ha sido asumido por la OCDE.

La OCDE ha aprobado unas Directrices para Empresas Multinacionales, cuya primera versión es de 1976 y que han sido revisadas varias veces, la última en 1999. Las Directrices no son de aplicación directa, sino que se trata de recomendaciones que la OCDE da a sus miembros, para que sean éstos las que las difundan entre sus empresas. Son de aplicación voluntaria, tanto para las empresas como para los gobiernos y su aceptación ha sido más bien escasa. Para crear cierta tensión de

«enforcement», cada país ha tenido que designar un Punto Nacional de Contacto («PNC»), en el que —si el gobierno nacional lo permite— pueden participar no solo las administraciones públicas, sino también los grupos interesados. España ha optado por un PNC de naturaleza puramente administrativa y ha designado para esta función a la Secretaría de Estado de Comercio. Según un experto en la materia, la Secretaría permanece sin actividad alguna¹⁰.

Estas Directrices tienen un capítulo dedicado a la lucha contra la corrupción, y dentro de él un apartado dedicado a las contribuciones en beneficio de políticos o partidos. Las recomendaciones de la OCDE están calcadas de las de la CCI: las contribuciones tienen que ser lícitas, deben publicarse si así lo requiere la ley y deben ser notificadas a la alta dirección.

El resumen no deja de ser sorprendente: una empresa que quisiera dar ejemplo en materia de RC, y que adoptara literalmente las propuestas de la OCDE o de la CCI, no estaría obligada más que a cumplir el mínimo legal. ¡Para ese viaje no se necesitan alforjas! Únicamente TI añade una exigencia adicional: la transparencia de las donaciones en el caso de sociedades cotizadas. Pero nótese que TI circunscribe esta obligación adicional a los pagos hechos a políticos y partidos, que la ONG no especifica si la información debe o no incluir un desglose por país y por receptor, y que en todo caso los pagos a sindicatos y ONG's quedan excluidos de la recomendación.

PROHIBICIÓN Y RECHAZO DE LA CORRUPCIÓN

La corrupción puede ser de tres tipos: política, funcional o privada.

La política surge cuando las donaciones a los políticos y partidos se entregan a cambio de una contraprestación específica. *Do ut des*. Es quizá la más nefasta, porque subvierte el orden democrático. El objetivo de la política deja de ser el bien común, y pasa a ser la lucha por el poder para enriquecimiento de los poderosos.

La funcional busca que las autoridades públicas, a cambio de dádivas, realicen actos injustos o dejen

⁸ Criterios de TI sobre Financiamiento Político y Discrecionalidad.

⁹ Revisión de 1999.

¹⁰ Valor, C.: «Iniciativas internacionales sobre RSC; en especial el Pacto Mundial»; Ponencia en «Jornadas de Ética Pública», San Pablo CEU, 2005, p. 6.



de realizar actos debidos. Este tipo de corrupción es la que más incide en el comercio internacional, al distorsionar las licitaciones de contratos públicos. Por esta razón, la OCDE y la CCI han centrado su análisis en este tipo de prácticas.

En los casos de corrupción privada el sobornado es un empleado, directivo o administrador de una empresa, que recibe dádivas de otros empresarios que quieren entablar o mantener relaciones comerciales con ella. En su forma más benigna, consiste en regalos e invitaciones sociales. En la más maligna, en el pago de comisiones calculadas como porcentaje de la facturación. Ha merecido mucho menos atención, pues no afecta a la res pública y se tiende a ver como un mero «pecadillo» entre particulares.

En realidad, los tres tipos de corrupción son nefastos, constituyen graves faltas de honestidad y merecerían en todos los casos constituir conductas delictivas. Sin embargo, en la realidad la mayoría de los actos corruptos, sobre todo si se realizan en el extranjero, no constituyen delito, y en los pocos casos en que sí están tipificados, de facto no existen ni medios ni voluntad política para un «enforcement» efectivo de la norma penal¹¹. A pesar de los esfuerzos de las Naciones Unidas y de la OCDE, la corrupción hoy por hoy sigue siendo uno de los compañeros de viaje inseparables del comercio y de la inversión internacional.

Nadie pone en duda el daño brutal que la corrupción causa al desarrollo. El 90% de los países sub-desarrollados han obtenido una nota inferior al 5 en la última tabla global sobre corrupción preparada por Transparency International. La mitad de esos países se quedaron por debajo del 3 (en una escala del 1 al 10). La correlación entre pobreza y corrupción es innegable. La corrupción supone un coste enorme para el desarrollo de la actividad privada y, en general, para la seguridad de los ciudadanos. Además tiene efectos de impuesto regresivo, ya que afecta negativamente a las empresas más pequeñas y a los ciudadanos más pobres¹².

La corrupción puede surgir de una demanda o extorsión planteadas motu proprio por políticos o funciona-

rios. En otras ocasiones son las propias empresas las que ofrecen dádivas, para obtener una ventaja competitiva. Siempre que el coste adicional del soborno pueda ser transferido al Estado o a los consumidores, no existe desincentivo económico para que los empresarios acepten demandas corruptas o incluso las ofrezcan. Una empresa tiene que tener una política de RC muy clara e impuesta a todos los niveles, para rechazar toda práctica corrupta — muy especialmente, cuando la prohibición legal no es contundente y el rechazo implica la pérdida de oportunidades de negocio.

La legislación española para erradicar la corrupción transnacional es reciente. España ratificó el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción y en su desarrollo ha promulgado el art. 445 bis. del Código Penal. En esencia, el delito sanciona a las empresas españolas que corrompan a autoridades o funcionarios públicos extranjeros para conseguir un contrato comercial internacional. Es irrelevante que la iniciativa parta de la empresa española o de la autoridad o funcionario extranjeros. Como consecuencia de la dádiva, la autoridad o funcionario tiene que realizar un acto injusto (p.e. excluir irregularmente a un competidor) o abstenerse de realizarse un acto debido (p.e. no excluir a la empresa corruptora, a pesar de que exista alguna irregularidad en su oferta).

Es de resaltar que el delito español no sanciona:

- pagos irregulares a partidos políticos o candidatos;
- corrupción de personas que no sean ni autoridad ni funcionario (p.e. empleados de empresas públicas);
- «pagos de engrasamiento», es decir, pagos a funcionarios para que cumplan diligentemente con las tareas de su cargo (p.e. autorizar una licencia de importación).

En la práctica, el art. 445 bis. C.p. no ha sido aplicado nunca — que se sepa — para sancionar a una empresa española corruptora; esta falta de sanción quizá sea comprensible: sería incongruente exigir en las transacciones internacionales unos estándares que no se cumplen aun en la práctica interna española — en ciertas actividades (urbanismo, contratos públicos...) — existe un convencimiento social de que en España perviven bolsas de corrupción.

La erradicación de la corrupción, más allá de las exigencias legales, debe ser un claro e indubitado objetivo de la RC. Una empresa no actúa de forma responsable, si incurre, en España o en cualquier otro país del

¹¹ Según *Transparency International*, no ha habido ningún intento serio de investigación de corrupción transnacional, fuera de los EE.UU. *Financial Times*, 8 de octubre de 2003.

¹² de la Dehesa, G.: *Globalización, desigualdad y pobreza*, (2003), p. 109.



mundo, en cualquier tipo de práctica corrupta. Las buenas prácticas de RC son unánimes a este respecto.

El Pacto Mundial es una iniciativa lanzada en 1999 por Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas, al que las empresas que así lo deseen pueden libremente adscribirse. Se plasma en 10 principios, de los cuales los nueve primeros se refieren a derechos humanos y derechos de los trabajadores y a políticas medioambientales. El décimo, añadido a posteriori, exige a las empresas asociadas que «deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno»¹³.

Las Directrices de la OCDE de 1999, a las que ya he hecho referencia, contienen una serie de obligaciones concretas, que las empresas deberían adoptar en su lucha contra la corrupción:

- No efectuar pagos ilícitos a funcionarios (corrupción funcional) o empleados de la contraparte (corrupción privada);
- No utilizar a terceros (agentes, subcontratistas) como medio para canalizar dichos pagos;
- Velar por que la retribución de los agentes corresponda exclusivamente a servicios legítimos;
- Asumir compromisos públicos contra la corrupción;
- Difundir las políticas entre sus trabajadores;
- Introducir sistemas de control, erradicar dobles contabilidades y cuentas secretas.

Las Reglas de Conducta de la CCI guardan un gran parecido con las Directrices de la OCDE. La principal diferencia es que la CCI recomienda dos medidas de «enforcement» adicionales:

- la empresa debe adoptar un código interno de lucha contra la corrupción, que respete las Reglas de la CCI y las adapte a las propias circunstancias;
- el consejo de administración debe controlar periódicamente que las políticas de lucha contra la corrupción se están cumpliendo satisfactoriamente.

En resumen, las exigencias de RC en materia de lucha contra la corrupción exceden bastante de las exigencias legales. Una empresa responsable:

- no puede realizar, motu proprio o a instancia ajena, ningún tipo de pago ilícito o corrupto, a partidos, políticos, funcionarios o empleados de la contraparte;
- no puede usar representantes, agentes o contratistas para que realicen por su cuenta el trabajo sucio; no puede tener cuentas secretas;
- debe implantar un Código interno anti-corrupción, un sistema de control y auditoría, procedimientos para educar a sus propios directivos;
- debe implantar una política de transparencia, que incluya en su memoria social el detalle individualizado de las contribuciones realizadas a favor de partidos políticos, sindicatos y ONG's;
- y su consejo de administración (o la comisión de auditoría) tiene el deber de revisar periódicamente el funcionamiento del sistema.

Negarse a ser corrupto puede tener un costo. Un empresario que desee actuar de forma responsable ha de estar dispuesto a renunciar a operaciones beneficiosas, si su adjudicación exige contribuciones irregulares una empresa que actúe en un territorio donde el soborno es una práctica habitual, ha de resignarse a no hacer ciertos tipos de negocios cuya adjudicación requiera corrupción. Ser responsable no consiste solo en adoptar políticas, aprobar Códigos de Conducta y en darles publicidad; consiste en implementar de verdad los principios, aunque sea a costa de la rentabilidad a corto plazo.

La RC tiene una vertiente de cumplimiento interno en la empresa, pero también tiene otra de comunicación a la sociedad. Cuando las empresas adoptan medidas de RC, lo hacen no tanto por la satisfacción del deber ético cumplido, sino sobre todo para mejorar su reputación en la sociedad. Las empresas quieren dar publicidad a sus éxitos en esta materia, normalmente a través de una memoria anual específica.

El *Global Reporting Initiative* (GRI) nació en 1997 con el fin de mejorar el rigor, la comparabilidad y la verificabilidad de las memorias sociales de las empresas. El GRI ha publicado un formato específico de memoria, basado en diferentes Indicadores, unos de carácter descriptivo y otros de carácter numérico. En materia de corrupción, el GRI solo exige un único Indicador, de naturaleza descriptiva [SO 2: Descripción de política, sistemas de gestión/procedimientos y mecanismos de cumplimiento en torno a la corrupción y al

¹³ En octubre de 2004 el Pacto Mundial ha publicado un documento guía para la implementación de este principio, que en esencia reproduce o se remite a los documentos de la OCDE y de la CCI.



soborno, dirigidos tanto a las organizaciones como a los empleados]. Y en materia de contribuciones políticas, existen dos, uno descriptivo y otro cuantitativo [SO 3: Descripción de política y sistemas de gestión/procedimientos, así como de mecanismos de cumplimiento dedicados a las contribuciones y los instrumentos de presión política; SO 5: Cantidad de dinero donado a instituciones y partidos políticos cuya función principal es la de financiar a los partidos o a sus candidatos].

En la práctica esto implica que una empresa puede cumplir plenamente con las exigencias de transparencia del GRI, publicando una descripción de las políticas que tiene adoptadas — lo que no plantea mayores dificultades y permite edulcorar la realidad — y la indicación agregada de las cantidades donadas globalmente a partidos políticos con la intención de financiarlos (pero no para otros menesteres, como p.e. formar a sus cuadros).

Ahora bien: en mi opinión, una empresa que tome en serio su compromiso de RC y de transparencia, no se debería conformar con cumplir las insuficientes exigencias del GRI en esta materia. Solo una política de total transparencia creará dentro de la empresa una cultura de rechazo total de la corrupción —y servirá de eficaz antídoto frente a cualquier intento de extorsión.

PROPUESTA DE ACTUACIÓN

Por primera vez en la historia, España dispone de un plantel de empresas de dimensión internacional, que actúan e invierten en mercados extranjeros. Son la imagen de nuestra economía en el exterior. Crear una reputación de seriedad y comportamiento ético beneficiaría a todos. La pregunta es: ¿cómo lograrlo?

La RC en materia de lucha contra la corrupción y el buen gobierno corporativo guardan estrechas relaciones. En ambas áreas existen estándares de comportamiento universalmente recomendados, que, si son adoptados por las empresas, a largo plazo redundan en su beneficio; nadie quiere invertir en una sociedad mal gobernada o contratar con una empresa corrupta. La fórmula más eficaz para lograr que las empresas realmente asuman esas buenas prácticas, no pasa por la promulgación de leyes imperativas. El camino apropiado es lo que se ha venido a denominar «principio de cumplir o explicar»: recomendaciones voluntarias, pero respaldadas por un pro-

ceso de elaboración que las dote de prestigio, y obligación legal de informar con claridad y transparencia.

El sistema ha sido implantado con bastante éxito para reformar el buen gobierno de las sociedades cotizadas en bolsa. Podría y debería extenderse a la lucha contra la corrupción:

El Gobierno podría nombrar una comisión independiente, en la que participaran todos los grupos interesados, con la misión de redactar un «Código de Conducta para la lucha contra la corrupción»; en la designación, composición y acta de misión se podría echar mano de la experiencia en la Comisión Olivencia; el Código cubriría las actuaciones irregulares realizadas por empresas españolas tanto en España como en el extranjero¹⁴.

El «Código anti-corrupción» sería de aplicación voluntaria por las empresas; en ciertas áreas (contratación pública, financiación oficial a la exportación...) se podría otorgar ventajas a aquellas que lo hubieran adoptado.

Entre las funciones de la Comisión de Auditoría de cada empresa se debería incluir el control y el cumplimiento de las políticas anti-corrupción.

Las empresas cotizadas tendrían que informar sobre la adopción (o no) del «Código anti-corrupción» en el seno del Informe Anual de Gobierno Corporativo; en el mismo documento deberían informar pormenorizadamente sobre los pagos realizados a políticos, partidos políticos, sindicatos, ONG's y demás entidades de beneficencia, tanto en España como en el extranjero.

La propuesta permitiría que España, en este aspecto concreto de la lucha contra la corrupción, tomara una iniciativa que otros países aun no han adoptado. Redundaría en una mejor reputación internacional de nuestras empresas. Sería un instrumento eficaz para reducir los niveles de corrupción en España y en los países donde operan las empresas españolas. Se podría implementar con normas de muy bajo nivel jerárquico (Órdenes Ministeriales y Circulares de la CNMV). Únicamente hace falta la voluntad política de hacerlo.

14 Según información publicada por *Expansión* el 9 de mayo de 2005, la Secretaría de Estado de Comercio y Turismo está preparando un Código de Conducta estándar para la lucha contra la corrupción. La iniciativa debe ser aplaudida. Sin embargo, un Código redactado por una autoridad administrativa nunca tendrá la misma aceptación que otro aprobado por un grupo de expertos independientes, en el que participen todos los grupos interesados. En los países anglosajones, en los que la regulación mediante «soft law» tiene una amplia tradición, la redacción de las propuestas siempre se encarga a comisiones independientes de prestigio indubitado.