

# El papel de los independientes en los Consejos

## Una prioridad a nivel mundial

Juan Carlos Recoder de Casso\*

***Todos los países de nuestro entorno llevan preocupándose desde hace años de informar y legislar sobre las prácticas de buen gobierno de las empresas que muestran la necesidad de su regulación. En este artículo se analiza, junto con aspectos varios del gobierno de los Consejos de Administración, el tratamiento dado a los consejeros externos independientes en los ámbitos internacional y español y el relevante papel que pretende otorgarse a su presencia en los Consejos.***

***Palabras clave: comportamiento empresarial, legislación, órganos directivos, consejo de administración, imagen de la empresa.***

***Clasificación JEL: D21, M14***



COLABORACIONES

### 1. Introducción

Uno de los aspectos más relevantes en el actual entorno empresarial es el referido a las prácticas de buen gobierno con vistas, por un lado, a la protección de los pequeños accionistas de las compañías y, por otro, a evitar los conflictos de interés que pueden derivarse del binomio propiedad/gestión.

Sin duda los recientes escándalos financieros ocurridos en los mercados internacionales ha sido el detonante para que gobiernos, organismos supervisores y la sociedad en su conjunto hayan desplazado a un puesto prioritario el buen gobierno de las empresas y la necesidad de su regulación.

Pero con anterioridad a los casos Enron, Worldcom, Parmalat, etcétera. diversos países ya habían desarrollado sendos informes sobre buenas prácticas empresariales. Es el caso del Informe Cadbury británico que data de 1992, y posteriores informes como Greenbury, Hampel, Turnbull también en el Reino Unido, el Código Cromme en Alemania o el Informe Bouton francés.

En Estados Unidos, la ley Sarbanes-Oxley de 2002 ha adoptado una perspectiva más legislativa que los códigos europeos en los que prima, a instancias de la Unión Europea, su carácter de recomendación si bien, en el supuesto de no seguirse dichas recomendaciones, los Estados miembros deberán explicar los motivos de su falta de seguimiento (cumplir o explicar).

\* Técnico Comercial y Economista del Estado.

En nuestro país se publicó el Código Olivencia en 1998 que, complementado por el Informe de la Comisión Aldama de enero de 2003, han constituido hasta la fecha la piedra angular del buen gobierno societario. La publicación del Código Unificado de Buen Gobierno en mayo de 2006 establece nuevas pautas en ese campo.

## 2. ¿Qué camino siguen los legisladores?

### 2.1. Internacional

#### UNION EUROPEA

Dentro del Plan de Acción de Servicios Financieros publicado por la Comisión Europea en 1999 se recogían propuestas normativas en materia de sociedades y gobierno corporativo. A resultas de dicha iniciativa se adoptó en mayo de 2003, específicamente, un «Plan de Acción sobre la modernización de la ley de sociedades y estímulo del gobierno corporativo en la UE».

El 18 de octubre de 2004 la Comisión creó el Foro Europeo de Gobierno Corporativo, integrado por 15 miembros, al que se le encomienda el examen de las mejores prácticas en los Estados miembros con el fin último de lograr la convergencia de los diversos códigos nacionales y asesorar a la Comisión.

El Foro ha mantenido cinco reuniones centradas en aspectos tales como: derechos de los accionistas, significado exacto del principio *cumplir o explicar*, cuestiones abiertas sobre el concepto de independencia de algunos consejeros no ejecutivos y control interno. En un informe reciente se muestra partidario de que no sean las autoridades públicas las que deban evaluar la idoneidad y suficiencia de los motivos aducidos para el no cumplimiento de los códigos internos, sino que será res-

ponsabilidad de los accionistas de la compañía. No obstante recomienda que, en las empresas que están controladas por un grupo reducido de accionistas, los consejeros independientes tengan un «papel específico e identificable en la aprobación del informe de buen gobierno».

Durante los dos últimos años la Comisión ha publicado sendas Recomendaciones sobre remuneración de los consejeros, papel de los consejeros independientes y estrategia para prevenir malas prácticas financieras y corporativas.

La última Recomendación de la Comisión Europea adoptada (15 de febrero de 2005) es la relativa a los administradores no ejecutivos y al de los Comités del Consejo de Administración, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa. En diversas ocasiones el comisario McCreevy ha expresado que entre la lista corta de prioridades para la Comisión Europea, se encuentra el gobierno de las sociedades; sin embargo, la Comisión ha manifestado repetidas veces que no es partidaria de un código único para toda la Unión sino de unas mejores prácticas adaptadas a cada mercado.

A lo largo del presente artículo se harán continuas referencias a lo dispuesto en las mencionadas Recomendaciones comunitarias.

#### ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos, la Ley Sarbanes-Oxley de 2002, a raíz de los últimos escándalos financieros, pretende atajar en la medida de lo posible potenciales futuros fraudes mediante el endurecimiento de las reglas de conducta de los comités internos de auditoría de las empresas.

#### OCDE

La OCDE, por su parte, aprobó en 2004 la revisión de sus Principios de Buen



COLABORACIONES

Gobierno de 1998. Estos Principios están sirviendo de base para la redacción de códigos nacionales en numerosos países miembros y no miembros de la Organización.

## IOSCO

Más recientemente, a raíz del caso Parmalat en Italia, IOSCO (Organización Internacional de Comisiones de Valores) también está trabajando en el desarrollo de normas y recomendaciones en este campo. A la sazón se ha constituido recientemente un Grupo de Trabajo *ad-hoc* que profundizará en el estudio y posterior adopción de buenas prácticas empresariales.

## 2.2. España

El legislador español, sobre la base del Código Olivencia y el Informe Aldama, y al hilo del impulso normativo en el seno de la Unión Europea y de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) americana, ha profundizado recientemente en el proceso de regulación del buen gobierno de las empresas. En principio, este proceso se centra en el gobierno de las sociedades que cotizan en un mercado oficial, si bien su ámbito aspira a incluir también al resto de las compañías.

Además de la Ley de Sociedades Anónimas, texto refundido de 1989, el marco legislativo español en la materia comprende, entre otras, las siguientes normas:

- Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

- Ley 26/2003 de 17 de julio de Transparencia de las Sociedades Cotizadas.

- Orden de ECO/3722/2003 de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de

información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades.

- Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la CNMV sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores.

- Circular 2/2005 de 21 de abril de la CNMV sobre Informe Anual de gobierno corporativo de las Cajas de Ahorro.

- Publicación en mayo de 2006 por la Comisión Nacional del Mercado de Valores del Código Unificado de Buen Gobierno que incorpora las recomendaciones sobre gobierno corporativo en base a los trabajos realizados por el Grupo Especial de Trabajo que el Gobierno creó en julio de 2005.

## 3. Aspectos relevantes en el buen gobierno

### 3.1. Creación de valor para el accionista

Comenta Olivencia que el Consejo de Administración debe configurarse básicamente como un instrumento de supervisión y control, con tres responsabilidades fundamentales: orientar la política de la compañía, controlar las instancias de gestión y servir de enlace con los accionistas.

El Código Olivencia, asimismo, recomendaba «establecer como objetivo último de la compañía y, consiguientemente, como criterio que debe presidir la actuación del Consejo, la maximización del valor de la empresa o, dicho de otro modo, la creación de valor para el accionista. Lógicamente no a cualquier precio pues siempre habrán de respetarse las exigencias impuestas por el derecho (por ejemplo, normas fiscales y medio-ambientales), cumpliendo las obligaciones contractuales (trabajadores, proveedores, clien-



COLABORACIONES

tes) y, en general, observando los deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios».

### 3.2. Composición del Consejo de Administración

Los miembros del Consejo de Administración pueden clasificarse en:

- Consejeros ejecutivos
- Consejeros externos, que a su vez se dividen en consejeros dominicales (representantes de un importante paquete accionario) y consejeros independientes.

Olivencia recomendaba la figura del consejero independiente (consejero externo no dominical) como parte esencial de su composición mediante el cual podrán defenderse los intereses del capital flotante. Esta clase de consejeros se caracterizan por no estar vinculados con el equipo de gestión ni con los núcleos accionarios de control que más influyen en éste. Adicionalmente, se debería exigir de ellos que cuenten con suficiente experiencia, competencia y prestigio profesional.

Los modernos códigos tienen en común el objetivo prioritario de conseguir un cierto equilibrio en el Consejo de manera que quede adecuadamente reflejada la estructura de propiedad de la empresa. En este sentido, la Recomendación de la Comisión Europea de febrero de 2005 se refiere a que «los órganos de administración, gestión o supervisión deben establecer un equilibrio total apropiado de administradores ejecutivos/gerentes y no ejecutivos/supervisores para que ninguna persona o pequeño grupo de personas domine la toma de decisiones por parte de estos órganos».

Respecto del tamaño idóneo del Consejo, Olivencia mencionaba los inconvenientes de un tamaño excesivo y que habría que ir a un modelo de entre cinco y

quince, dependiendo de circunstancias diversas como la complejidad de la organización empresarial o el número y la composición de las Comisiones adscritas al Consejo. El nuevo Código Unificado aconseja ese mismo tamaño.

La Comisión Aldama recomendaba que el Consejo, a través de los consejeros, represente el mayor porcentaje de capital posible y, actualizando el criterio de Olivencia, que exista una mayoría amplia de consejeros externos y, dentro de éstos, una participación muy significativa de consejeros independientes, teniendo en cuenta la estructura accionarial de la sociedad y el capital representado en el Consejo.

La Recomendación de la UE mencionada estipula que para el Consejo de administración de las empresas, debe elegirse un número suficiente de administradores no ejecutivos «que garantice un tratamiento apropiado de los conflictos graves de intereses que impliquen a los administradores».

La Orden Ministerial ECO/3722/2003 de 26 de diciembre sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las SA cotizadas y otras entidades, que desarrolla lo exigido por la Ley de Transparencia de julio de 2003, no hace mención a un determinado tamaño, sino que establece que en la composición del Consejo de Administración «deberá reflejarse el número e identidad de los miembros del Consejo, así como la condición de los mismos de acuerdo con lo establecido en el Reglamento del Consejo. En todo caso se hará indicación si los miembros del mismo son consejeros ejecutivos o no, y dentro de los consejeros no ejecutivos, deberán señalarse los miembros que tengan la condición de consejeros dominicales o de consejeros independientes, de conformidad todo ello con las definiciones estable-



COLABORACIONES

cidas en las recomendaciones de buen gobierno. Junto a la identidad de cada consejero, se señalará el puesto o puestos que ocupe dentro del Consejo, de las Comisiones del Consejo, y del organigrama de la sociedad, en su caso».

El Código Unificado defiende que «el Consejo de Administración deberá reflejar la diversidad de conocimientos, de género, y de experiencias precisas para desempeñar sus funciones con eficacia, objetividad e independencia». Asimismo, y en aras de cumplir adecuadamente su función general de supervisión, el Código recomienda que una amplia mayoría de los miembros del consejo sean consejeros externos e, incluso, que el número de consejeros independientes represente al menos un tercio del total de consejeros.

### **3.3. Estructura del Consejo de Administración**

La Ley de Transparencia establece que «el Consejo de Administración, con informe a la Junta General, dictará un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio Consejo... que contendrá las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad. Dicho reglamento será objeto de comunicación a la CNMV y se inscribirá en el Registro Mercantil».

La mencionada O.M. de 2003 sobre el informe anual de gobierno corporativo establece a este respecto que «deberá indicarse la estructura del Consejo, procedimientos de selección, nombramiento y remoción de consejeros, y de las correspondientes comisiones con sus reglas de organización y funcionamiento, y la existencia de delegación de facultades en consejeros o comisiones, en su caso. Se señalará la existencia del Reglamento del consejo y en su caso de los reglamentos de

las comisiones y las modificaciones que se realicen al mismo».

Los actuales códigos nacionales de buen gobierno empresarial estudian de forma pormenorizada las funciones y requerimientos exigidos a los órganos que componen el Consejo: Presidente, Secretario y Comisiones delegadas de control.

Respecto de la presidencia no existe unanimidad en cuanto a la separación o acumulación de cargos de presidente del Consejo y de primer ejecutivo de la sociedad, ofreciendo cualquiera de las alternativas ventajas e inconvenientes. Olivencia y Aldama inciden en la importancia de crear contrapesos, por ejemplo mediante la designación, entre los consejeros independientes, de un vicepresidente coordinador. Esta última idea la recoge el nuevo Código Unificado recomendando que, cuando el presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se encomiende a uno de los consejeros independientes una función de coordinación con los consejeros externos, dirigir la evaluación por el Consejo de su presidente, y poder solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día.

### **3.4. Comisiones del Consejo**

Un aspecto de enorme relevancia es el referido a la existencia de *Comisiones delegadas de apoyo al Consejo* a las que se les confía un examen y seguimiento permanente en algunas áreas de especial importancia para el buen gobierno de la compañía.

La Ley de Sociedades Anónimas española atribuye al Consejo de Administración amplias facultades para la creación de órganos delegados que le sustituyan y auxilien en el desempeño de sus



COLABORACIONES

cometidos. Con el fin de evitar que las Comisiones Ejecutivas puedan llegar a ensombrecer e incluso anular los papeles de liderazgo y fiscalización que cumple desempeñar al Consejo, Olivencia recomendaba que la composición de la Comisión Ejecutiva refleje fielmente las composiciones del Consejo.

Ya Olivencia recomendaba la creación de estas Comisiones, cuyas funciones y competencias corresponde determinarse por el Consejo. Indicaba que debieran crearse Comisiones de Auditoría, Nombramientos, Retribuciones y de Cumplimiento, y que deben nutrirse única y exclusivamente de consejeros externos y reflejar, razonablemente, la relación existente en el Consejo entre consejeros dominicales y consejeros independientes. Aldama sugería añadir, en su caso, una nueva Comisión de Estrategia e Inversiones.

También la Recomendación de la UE de 15 de febrero de 2005 hace mención a estos Comités o Comisiones señalando:

1. Los consejos deben organizarse de forma que un número suficiente de administradores no ejecutivos o supervisores independientes desempeñen un papel efectivo en áreas clave en las que el riesgo de conflicto de intereses sea particularmente elevado. Para ello deben crearse comités de nombramientos, retribuciones y auditoría en el Consejo de Administración.

2. Los Comités de nombramientos, remuneración y auditoría deben hacer recomendaciones destinadas a preparar las decisiones que deba tomar el Consejo de Administración. En principio, la creación de los comités no persigue que el consejo mismo deje de examinar los temas en cuestión, ya que éste sigue siendo enteramente responsable de las decisiones adoptadas en su ámbito de competencia.

El mandato (*terms of reference*) de los comités lo debe establecer el Consejo de Administración.

3. Las empresas pueden agrupar las funciones como consideren oportuno y crear menos de tres comités. En tal caso, las empresas deberán explicar claramente las razones por las que han optado por un método alternativo.

En las empresas en las que el Consejo de Administración sea pequeño, las funciones asignadas a los tres comités las podrá efectuar el Consejo de Administración en su conjunto, a condición de que satisfaga los requisitos de composición establecidos para los comités y que se suministre la información adecuada al respecto.

El Código Unificado recoge lo dispuesto en la Recomendación de la Unión Europea y cita la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, pudiendo ser una sola, y el Comité de Auditoría como órganos de apoyo en materias especialmente relevantes para la función de supervisión y control del Consejo.

Respecto de las *Comisiones de Nombramientos y Retribuciones* este Código recomienda que las compongan consejeros externos y que además los independientes sean mayoría.

Se dice en el Código Unificado que las Comisiones podrán servirse, en ocasiones, de expertos externos y señala, como ejemplo, el uso por la Comisión de Nombramientos de una firma especializada de cazatalentos para identificar y seleccionar posibles candidatos a consejero.

Mención especial requiere el *Comité de Auditoría* por constituir el foco de atención de todos los legisladores occidentales al tratar el tema del buen gobierno.

Así, la Ley 44 /2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, conocida como Ley Financiera, establece como obligatoria en su Art. 47, modificado por el Art. 98.3 de la



COLABORACIONES

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que se incorpora como Disposición adicional decimoctava en la Ley del Mercado de Valores, «la existencia de un Comité de Auditoría en las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercado secundarios oficiales.

Los miembros del Comité serán, al menos, en su mayoría, consejeros no ejecutivos del Consejo. Serán nombrados, en todo caso por el Consejo.

El presidente del Comité será designado de entre los consejeros no ejecutivos. Será sustituido cada 4 años, pudiendo ser reelegido una vez transcurrido un plazo de un año desde su cese».

En relación con los requerimientos de independencia que se le debe exigir a los auditores y la responsabilidad del correspondiente Comité para velar por ello, la ley de Transparencia, en su artículo 51 establece que, «tratándose de Entidades sometidas a supervisión pública, de sociedades cotizadas o de sociedades cuyo importe neto de la cifra de negocios sea superior a 30 millones de euros, una vez transcurridos siete años desde el contrato inicial, será obligatoria la rotación del auditor de cuentas responsable del trabajo y de la totalidad de los miembros del equipo de auditoría, debiendo transcurrir en todo caso un plazo de tres años para que dichas personas puedan volver a auditar a la entidad correspondiente».

### 3.5. *Funcionamiento del Consejo de Administración*

- Número de reuniones

Olivencia recomienda la regla de las cien horas anuales. Aldama insiste en un

mínimo mensual. El Código Unificado se limita a recomendar que el Consejo se reúna con la frecuencia precisa para desempeñar con eficacia sus funciones.

- Evaluación del funcionamiento

Dice el Código Olivencia que el Consejo ha de estar alerta frente al riesgo de la rutina y de la inercia. Se recomienda que el Consejo reflexione al menos una vez al año y que se tengan en cuenta los informes de la Comisión de Cumplimiento.

El modelo británico de buen gobierno de las sociedades es más bien partidario de que el Consejo debiera regularmente evaluar el *mix* de idoneidad y experiencia de sus miembros. Para ello, sugiere un programa de evaluación de idoneidad del consejero independiente que, a mayor abundamiento, permitiría al presidente identificar los puntos fuertes y débiles del Consejo y analizar si posee el equilibrio deseado de capacidades para el futuro.

Por su parte, la Recomendación de la UE de 15 de febrero de 2005 señala que el Consejo de Administración debe proceder anualmente a una evaluación de su rendimiento. En ella figurará un examen de su composición, organización y funcionamiento como grupo, se evaluará la competencia y eficacia de cada uno de sus miembros y comités y se considerará su rendimiento en función de los objetivos que se hubieran fijado.

En este campo, algunas empresas han optado por la contratación externa de servicios de evaluación de sus Consejos.

El Código Unificado recoge estas inquietudes y recomienda que el Consejo evalúe su propia calidad y eficiencia y las de las Comisiones. Comprende esta evaluación la del presidente del Consejo y del primer ejecutivo de la empresa.



COLABORACIONES

### 3.6. Designación y cese de consejeros

En relación con los consejeros externos independientes pueden destacarse algunos elementos.

El primero de ellos se refiere a la *extracción profesional de los independientes*. Dice Olivencia que la idea fundamental aquí es el pluralismo: no hay un perfil único de consejero independiente. Por ello, no resulta aconsejable seleccionarlos exclusivamente de entre personas que hayan sido o sean ejecutivos significados de otras compañías. Es también conveniente incorporar personas de otra extracción profesional, incluso procedentes de ámbitos ajenos al mundo de la empresa. (abogados, consultores, universidad,...)

El Foro Europeo de Gobierno Corporativo es partidario de que la Junta General tenga potestad para el nombramiento y cese de los consejeros. El Código Unificado recomienda que la propuesta de nombramiento o reelección de consejeros independientes que se eleve por el Consejo a la Junta General de accionistas se haga a propuesta de la Comisión de Nombramientos.

Por otro lado, la Recomendación de la Comisión Europea de febrero de 2005 dice lo siguiente:

1. «Se debe garantizar que el Consejo está compuesto por miembros que, en su conjunto, tienen los conocimientos, la capacidad de juicio y experiencia necesarios para realizar correctamente sus funciones.

2. Los miembros del comité de auditoría deben, colectivamente, tener formación y experiencia reciente y pertinente sobre temas financieros y contabilidad de empresas que cotizan en Bolsa.

3. A todos los nuevos miembros del Consejo de Administración se les debe ofrecer un programa de formación a medida. El Consejo de Administración o de

Supervisión debe efectuar una revisión anual para identificar las áreas en las que sus miembros deben actualizar sus competencias y conocimientos.

4. Cuando se proponga el nombramiento de un administrador, se deben divulgar las competencias particulares que cualifican a su persona para formar parte del Consejo de Administración».

Asimismo, la Recomendación se refiere a los *compromisos profesionales* de los consejeros en el sentido de que:

1. «Cada administrador debe dedicar a sus funciones el tiempo y atención necesarios y comprometerse a limitar el número de sus demás compromisos profesionales (en particular, los cargos directivos en otras empresas) en la medida necesaria para poder cumplir correctamente sus tareas.

2. En caso de propuesta de nombramiento de un nuevo administrador, deben divulgarse sus demás compromisos profesionales importantes. Debe informarse al Consejo de Administración de cualquier cambio posterior. El Consejo debe publicarla en su informe anual».

En el Informe Olivencia se señala que la legislación sustantiva establece que el consejero ha de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. (Esta misma redacción se ha respetado en la ley de Transparencia por la que se modifica el art. 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas). El carácter altamente abstracto o genérico de esta norma de conducta hace recomendable, en opinión de Olivencia, que las reglas de funcionamiento interno de la compañía recojan con detalle las principales obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y de lealtad.

Aquí, conviene recordar las principales obligaciones derivadas del deber de diligencia que incluyen, entre otras, las de in-



COLABORACIONES

formarse y preparar adecuadamente las reuniones, asistir a las reuniones, y participar activamente; trasladar cualquier irregularidad en la gestión de la compañía de la que haya tenido noticia; y vigilar las situaciones de riesgo.

En este sentido, la Ley de Transparencia dice textualmente: «Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad».

El segundo elemento a considerar versa sobre la *independencia* respecto del equipo ejecutivo, para lo cual es necesario examinar si tiene algún vínculo significativo —sea éste de índole familiar, profesional, comercial u otro análogo— con quienes desempeñan puestos ejecutivos. La responsabilidad última de asegurar la efectiva independencia recaerá sobre la Comisión de Nombramientos y sobre el propio Consejo de Administración.

Uno de los aspectos que más hay que cuidar es el establecimiento de reglas claras para afrontar las situaciones de conflicto de intereses

La primera es que el consejero se abstenga de asistir y de intervenir en las deliberaciones que afecten a asuntos en los que se halle interesado.

La segunda se basa en la necesidad de limitar y rodear del máximo de cautelas la realización —por vías directas o indirectas— de transacciones profesionales o comerciales entre el consejero y la compañía. La normativa interna de la sociedad debería recoger formalmente el deber del consejero de informar anticipadamente de la situación de conflicto de intereses y establecer un mecanismo de control. También, sería conveniente dar publicidad a estas operaciones. La Ley de Transparencia estipula que estas informaciones se recogerán en la memoria y en el informe anual de gobierno corporativo.

La Recomendación de la UE de 15 de

febrero de 2005 sostiene que debe considerarse que un administrador es independiente cuando no está vinculado por ninguna relación comercial, familiar o de otro tipo —con la empresa, su accionista mayoritario o la dirección de cualquiera de los dos— que cree un conflicto de intereses que pueda obstaculizar su capacidad de juicio.

Sigue diciendo la Recomendación que debe adoptarse a nivel nacional un cierto número de criterios para evaluar la independencia de los consejeros. Determinar qué constituye la independencia es, fundamentalmente, una tarea que debe llevar a cabo el Consejo de Administración mismo. En efecto, éste puede considerar que un consejero que cumpla todos los criterios de independencia establecidos a nivel nacional, no sea, pese a ello, independiente por circunstancias específicas de su persona o de la empresa, y viceversa.

El Informe Aldama añade, con carácter indicativo, algunas condiciones que aseguren su imparcialidad y objetividad de criterio:

a) No tener, o haber tenido recientemente, relación de trabajo, comercial o contractual, directa o indirecta, y de carácter significativo, con la sociedad, sus directivos, los consejeros dominicales o sociedades del grupo cuyos intereses accionariales éstos representen, entidades de crédito con una posición destacada en la financiación de la sociedad u organizaciones que reciban subvenciones significativas de la sociedad.

b) No ser consejero de otra sociedad cotizada que tenga consejeros dominicales en la sociedad de que se trate.

c) No tener relación de parentesco próximo con los consejeros ejecutivos, dominicales o los miembros de la alta dirección de la sociedad.

La ley Sarbanes-Oxley requiere que todos los miembros del Comité de



COLABORACIONES

Auditoria sean independientes (recorremos que la Ley Financiera española exige mayoría de consejeros no ejecutivos en ese Comité). Las reglas para las empresas cotizadas en NASDAQ y NYSE también exigen que la mayoría de los miembros del Consejo sean independientes. El Informe Bouton francés recomienda que la mitad del Consejo sean consejeros independientes.

El informe HIGGS británico comenta que cuando un consejero independiente vaya a ser nombrado o reelegido, el Consejo debiera comprobar que cumple el criterio de independencia. Para ello se tendrá en cuenta:

- Si no han transcurrido 5 años desde que era empleado de la compañía.
- En los últimos 3 años ha mantenido relaciones relevantes con la compañía.
- Aparte de su remuneración como consejero, recibe o ha recibido cantidades adicionales (opciones, planes de pensiones, etcétera).
- Tiene vínculos familiares con empleados.
- Mantiene vinculación con directores a través de otras empresas.
- Representa a un accionista significativo.
- Lleva más de 10 años en el Consejo.

Ni la Ley de Transparencia ni la Orden Ministerial de ECO de 2003 hacen referencia a los consejeros independientes. La O.M. se limita a exigir la «indicación de la existencia e identidad de consejeros que sean a su vez consejeros de sociedades que ostenten participaciones significativas en la sociedad cotizada. Se deberá indicar, asimismo, la existencia e identidad de los consejeros que asuman cargos de administradores o directivos en otras sociedades que formen parte del grupo de la sociedad cotizada».

La misma O.M. añade que deberá indicarse los consejeros que hayan sido nom-

brados en representación de los titulares de participaciones significativas (dominicales).

En otro apartado, la O.M. requiere que «en el informe anual de gobierno corporativo quede reflejada:

- La identidad de los accionistas, que cuenten con participaciones significativas (al menos el 5 por 100 del capital o de los derechos de voto de la entidad).
- Señalamiento de las participaciones accionariales de que sean titulares los miembros del Consejo de Administración, tanto de forma agregada como individualizada.

En todo caso se tendrán en cuenta tanto la titularidad dominical de las acciones como los derechos de voto que se disfruten en virtud de cualquier título».

En el apartado III el nuevo Código Unificado de 2006 relaciona nueve supuestos que, en caso de darse cualquiera de ellos, descalificarían a un consejero como independiente. Entre estos supuestos se incluyen los casos de parentesco, haber sido empleados o consejeros ejecutivos de sociedades del grupo sin haber transcurrido un lapso de tiempo determinado, perciban emolumentos significativos distintos de la remuneración, haber mantenido durante el último año una relación de negocios con las empresas del grupo, no haber sido propuestos por la Comisión de Nombramientos, posea una participación accionarial significativa, etcétera.

Otro elemento consustancial a la figura del consejero es el *deber de secreto*. La obligación de discreción, recogido en el nuevo texto de la LSA impone al consejero el deber de guardar secreto de las deliberaciones del Consejo y de las Comisiones, aún después de cesar en sus funciones.

El último elemento versa sobre la *participación del consejero independiente en el capital de la sociedad*. Los responsables del proceso de selección del candidato, se-



COLABORACIONES

gún Olivencia, han de velar también por la independencia respecto de los grupos accionariales de control que puedan ejercer influencia sobre el equipo ejecutivo. Sólo evitando la selección de candidatos que tengan vínculos sustanciales con tales grupos puede asegurarse, además, el deseable equilibrio entre consejeros independientes y consejeros dominicales.

Olivencia dice que nada de esto debe interpretarse, sin embargo, en el sentido de desaconsejar la participación en el capital de los consejeros independientes. Todo lo contrario. Hay, no obstante, un límite que no se debe superar: es el límite en el cual una persona deja de ser accionista ordinario para convertirse en accionista significativo. La responsabilidad de elegirle como consejero independiente recaerá, de nuevo, sobre la Comisión de Nombramientos y sobre el propio Consejo (que será aconsejado por aquella).

Recordemos que el art. 53 de la ley del Mercado de Valores exige que, en el caso de consejeros, se comunique a las Bolsas en que coticen las acciones de la sociedad en cuestión y a la CNMV todas las operaciones, con independencia de su cuantía. También deberán comunicar la adquisición o enajenación de derechos de opción sobre acciones de la propia sociedad que realicen por cualquier título.

El nuevo Código Unificado recomienda «que las sociedades hagan pública a través de su página web las acciones de la compañía, y opciones sobre ellas, de las que sea titular cada consejero».

### **3.7. Responsabilidad de los consejeros independientes**

Decía Olivencia que un aspecto que no habrá de olvidarse es la responsabilidad de los consejeros independientes: si ésta sólo afectase a los consejeros ejecutivos

o fuese reducida, los consejeros independientes pudieran no asumir su responsabilidad de manera seria y afectar a la uniformidad del Consejo.

Frente a lo que muchos consejeros independientes aducen en cuanto a la ignorancia de sus deberes, se recomienda que en los propios estatutos se haga mención específica a estos deberes de modo que pudiera reducirse notablemente esa incertidumbre.

En cualquier caso, la nueva redacción del art. 133 de la LSA describe con bastante claridad la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales.

### **3.8. Programas de orientación de nuevos consejeros. (Induction Programme)**

Parece recomendable que la empresa cuente con un programa de formación / orientación de consejeros que tendría por objeto advertirles de sus obligaciones legales, informarles sobre las reglas de gobierno de la compañía y familiarizarlos con las características, la situación y el entorno de la empresa.

El informe HIGGS enfatiza este aspecto puntualizando que no sólo debe tratarse de un programa de formación inicial sino un *training* continuado en temas tales como: estrategia, gestión de recursos humanos y financieros, auditoría y remuneración, última legislación, gestión de riesgos, resolución de conflictos, dotes de presidencia de Comisiones, etcétera.

### **3.9. La reelección de consejeros**

Para evitar o reducir el riesgo de automatismo podría instaurarse un proceso de



COLABORACIONES

evaluación por la Comisión de Nombres del trabajo y de la dedicación efectiva al cargo del candidato durante el último mandato, con emisión del correspondiente informe.

Olivencia propicia la reelección de los *consejeros ejecutivos y dominicales* pues la acumulación de experiencia y de conocimiento específico de la empresa que se consigue con el transcurso del tiempo hacen más valiosos a los consejeros para el desempeño de sus funciones.

Pero, en relación con los *consejeros independientes*, sugiere la posibilidad de establecer pautas de rotación interna de los consejeros independientes, en la adscripción a tareas específicas de control. De lo que se trata fundamentalmente es de evitar que estén adscritos siempre a la misma Comisión de control. (En un reciente estudio elaborado por la Fundación de Estudios Financieros resulta que sólo el 8,57 por 100 de las empresas del IBEX establece una limitación de mandatos para los independientes).

Aldama, por el contrario, se inclina por no recomendar limitación de mandatos y que ésta sea una decisión de cada sociedad.

El nuevo Código Unificado ha optado por recomendar que los consejeros independientes no permanezcan como tales durante un período continuado superior a doce años.

### 3.10. El cese de consejeros

El Código Olivencia señalaba que la decisión de cese de consejero sólo puede ser adoptada formalmente por la Junta General (separación) o por el propio consejero (dimisión), con independencia, claro está, de las causas legales o estatutarias de cese automático. Resulta aconsejable, por ello, que las compañías inclu-

yan en su normativa interna ciertas causas estatutarias de cese o, por lo menos, ciertas obligaciones de dimisión en supuestos que puedan afectar negativamente al funcionamiento del Consejo e incluso al crédito y reputación de la sociedad en el mercado.

El Código Unificado recomienda que el Consejo no proponga el cese de ningún consejero independiente antes del cumplimiento del período para el que hubiera sido nombrado, salvo cuando concurra justa causa. Además de los tipificados penalmente como justa causa entiende, entre otras, cuando el consejero hubiera incumplido los deberes inherentes a su cargo o alguno de los requisitos contenidos en la definición de consejero independiente que figura en el epígrafe 5 del apartado III de dicho Código.

Se sigue discutiendo en los foros internacionales si resulta recomendable establecer una edad prudencial de retiro para los consejeros ejecutivos y para el Presidente, y más flexible para el resto.

### 3.11. La retribución del consejero

- El control de las políticas de retribución

El informe Olivencia es muy claro en esta materia: los accionistas esperan que la remuneración del Consejo no exceda de lo que sea necesario para atraer a personas competentes, que esté de alguna manera asociada a los rendimientos individuales y de la compañía, y que sea conocida para facilitar su escrutinio público. E insiste en la conveniencia de que el Consejo constituya una Comisión de Retribuciones y formalmente le atribuya, al menos, las siguientes competencias: (a) proponer al Consejo de Administración el sistema y la cuantía de las retribuciones



COLABORACIONES

anuales de los consejeros; (b) revisar periódicamente los programas de retribución, ponderando su adecuación y sus rendimientos; y (c) velar por la transparencia de las retribuciones.

El Código Unificado recomienda que el Consejo apruebe una detallada política de retribuciones que se pronuncie sobre el importe de los componentes fijos, los conceptos retributivos de carácter variable y las principales características de los sistemas de previsión.

- El importe de la retribución

La moderación es la regla que ha de presidir las decisiones que se adopten en este campo. Ciertamente, la retribución ha de calcularse de tal manera que ofrezca incentivos suficientes para la dedicación del consejero, pero que al propio tiempo no comprometa su independencia. En palabras de Higgs: «que el nivel de retribución no sea tal que pueda prejuzgar la independencia de sus juicios». Este mismo espíritu se recoge en el nuevo Código Unificado aunque se extiende al recomendar que la retribución variable se limite a los consejeros ejecutivos.

- Estructura de la retribución

En este aspecto, Olivencia estima que deben favorecerse las modalidades que vinculen una parte significativa de las retribuciones de los consejeros, especialmente de los consejeros ejecutivos, a los resultados de la empresa

En todo caso, resulta importante revisar periódicamente las políticas retributivas al objeto de asegurar la adecuación de su importe y estructura a las responsabilidades, riesgos y tareas de los consejeros. Desde este punto de vista, conviene que el propio Consejo, con la ayuda de los informes que a tal efecto le facilite la

Comisión de Retribuciones, evalúe estos extremos al menos una vez al año e incluya en la memoria información sobre este aspecto.

En el estudio citado de la Fundación de Estudios Financieros se indica que el 70 por 100 de las sociedades utiliza para los consejeros externos honorarios fijos, el 43 por 100 dietas por asistencia; el 25 por 100 utiliza la compensación por resultados; la menos utilizada (9 por 100) es el pago en acciones u opciones (lo cual contrasta con el elevado porcentaje de sociedades que emplean este sistema de remuneración en la retribución de los directivos, un 57 por 100).

- Transparencia de la retribución

La aplicación de este principio, según Olivencia, exige avanzar lo más rápido posible desde la situación actual hasta la más completa y detallada información sobre las retribuciones de los consejeros, lo que supone individualizarla para cada uno de éstos y pormenorizarla por conceptos, tanto los que corresponden a su condición de miembros del Consejo (retribuciones fijas, dietas, participación en beneficios, bonus, incentivos, pensiones, seguros, pagos en especie u otros) como los que, además de éstos, determinen remuneraciones a cargo de la sociedad por otras relaciones jurídicas (servicios profesionales, cargos de dirección o ejecutivos).

Esas sociedades deberían informar, al menos, de manera individualizada acerca de las retribuciones de todos los consejeros en su carácter de tales, por cada uno de los conceptos antes mencionados y, además, de los honorarios percibidos por sus servicios profesionales. De otra parte, las retribuciones de los consejeros ejecutivos se darían de forma global para todos ellos, indicando el número de los que las perciben por cada uno de los conceptos



COLABORACIONES

retributivos. Toda esta información sería incluida en la Memoria anual.

La Recomendación de la Comisión Europea sobre política de retribuciones de 14 de diciembre de 2004 (DOUE de 29 de diciembre) se expresa en los siguientes términos:

a) Toda empresa con cotización en Bolsa debe publicar una declaración sobre su política de remuneraciones. Esa declaración debe formar parte de un informe independiente sobre las remuneraciones o figurar en las cuentas anuales y en el informe anual de gestión de la empresa o en los comentarios a las cuentas anuales. La declaración relativa a las remuneraciones también debe figurar en el sitio Web de las empresas con cotización en bolsa.

b) Conviene que la declaración relativa a las remuneraciones se centre sobre todo en la política de remuneración de los consejeros de la empresa en el siguiente ejercicio y, en su caso, en los años subsiguientes. También debe incluir un resumen de cómo se aplicó dicha política durante el ejercicio presupuestario precedente. Conviene que la declaración haga especial hincapié en todo cambio significativo que se haya producido en la política de remuneraciones de la empresa en relación con el ejercicio presupuestario precedente.

La O.M. de ECO de 2003, sobre la remuneración de los consejeros, se limita a exigir que «se incluirá en todo caso (en el informe anual de gobierno corporativo) la remuneración global del Consejo».

Por su parte el Código Unificado, además de proponer que el Consejo someta a votación de la Junta General, y con carácter consultivo, un informe sobre la política de retribuciones, y que la Memoria de las cuentas anuales detallen las retribuciones individuales de los consejeros, recoge fielmente lo dispuesto en la Recomendación comunitaria.

### **3.12. El Consejo de Administración y los accionistas**

La experiencia muestra que la mayor parte de los accionistas ordinarios se desentiende de las tareas de la Junta.

De ahí que Olivencia haga referencia en su informe a este problema y considere conveniente la adopción de medidas que tiendan a hacer más transparente el mecanismo de delegación de votos; a acentuar la comunicación de la sociedad con sus accionistas; y estimular la actividad de aquellos accionistas que más pueden contribuir al control de la gestión: los inversores institucionales.

Al hilo de ello, considera especialmente interesantes las propuestas encaminadas a la creación de «oficinas de información del accionista». La ventaja de este sistema es que, al propio tiempo, facilita la labor del Consejo, pues de este modo dispondrá de un instrumento adicional para pulsar las inquietudes de sus accionistas. De hecho, la Ley Financiera de 2002 (art.22) ya crea los Comisionados de defensa del cliente de servicios financieros (de servicios bancarios, del inversor y del asegurado y participe en planes de pensiones).

Lógicamente, esta preocupación también puede trasladarse al escaso papel jugado por los inversores institucionales (fondos de inversión, fondos de pensiones, compañías de seguro, etcétera.). Comenta Olivencia que, en todo caso, parece oportuno recomendar a los Consejos la adopción de políticas de comunicación con los inversores institucionales.

La Recomendación de la Unión Europea de 15 de febrero de 2005 recoge, asimismo, este sentir y dispone que el Consejo de Administración debe garantizar que se informa debidamente a los accionistas de los negocios de la empresa, de su enfoque estratégico y de su forma de gestionar los riesgos y los conflictos de interés.



**COLABORACIONES**

### 3.13. Relaciones del Consejo con el mercado

- Las exigencias del principio de transparencia

La política de transparencia informativa impone a estas sociedades la obligación de suministrar al mercado información precisa y fiable sobre sus actividades y resultados.

Olivencia recomienda que el Consejo de Administración extreme el celo ofreciendo información inmediata y suficiente no sólo sobre los hechos relevantes capaces de influir de forma sensible en la formación de los precios de Bolsa, sino también sobre aquéllos que afecten a la estructura de propiedad de la sociedad que entrañen una modificación sustancial de las reglas de gobierno; que versen sobre operaciones vinculadas de especial relieve, o que se refieran a los fondos propios de la sociedad.

Desde el punto de vista procedimental, la aplicación del principio de transparencia hace aconsejable que el Consejo de Administración se responsabilice del contenido íntegro de toda la información de importancia que se transmita a los mercados.

Todas estas recomendaciones han sido recogidas en la nueva redacción del art. 116 de la Ley del Mercado de Valores.

También la próxima modificación de las Directivas 4ª y 7ª sobre Derecho de Sociedades contemplan una mejora de la información que deberá verterse al mercado.

- Información financiera periódica

La información financiera anual constituye un elemento fundamental en la política de transparencia. La experiencia indica que, en ocasiones, las informaciones trimestrales o semestrales se ven súbitamente desmentidas por las cuentas anua-

les, con grave daño para los inversores que previamente han confiado en una información periódica elaborada con ligereza. La recomendación de Olivencia de que previamente sea examinada por la Comisión de Auditoría ha sido recogida por la Ley de Transparencia.

### 3.14. Informe anual de gobierno corporativo

La Ley de Transparencia dispone que las SA cotizadas deberán hacer público con carácter anual un informe de gobierno corporativo. Este informe será objeto de comunicación a la CNMV y será objeto de publicación como hecho relevante. El contenido y estructura del informe será determinado por el Ministerio de Economía o, con su habilitación expresa, por la CNMV.

Ya hemos ido viendo en apartados anteriores el contenido mínimo exigido en el informe anual de gobierno corporativo según lo dispuesto en la O.M ECO/3722/2003 de 26 de diciembre sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las SA cotizadas y otras entidades.

La Circular 1/2004 de 17 de marzo (BOE 29 de marzo) de la CNMV sobre el informe anual de gobierno corporativo de las SA cotizadas recoge en sus anexos la amplia información que se exige en el Informe sobre el Consejo de Administración y sus Comisiones.

## 4. Futuro inmediato

Consideramos que lo expuesto anteriormente tiene una importancia capital para el correcto funcionamiento de los mercados financieros y, por ende, de las empresas que lo componen. Si bien el le-



COLABORACIONES

gislador, en esta fase inicial, está más preocupado por el buen comportamiento de las sociedades que cotizan en las bolsas de valores, no cabe duda de que las iniciativas que se están adoptando bajo la forma de norma o de recomendación constituyen una pauta a seguir por todo el tejido empresarial español.

Desde el punto de vista legislativo, hay que recordar que, en sus Disposiciones Finales, todas las últimas Recomendaciones de la Unión Europea a la que nos hemos venido refiriendo con anterioridad invitan a los Estados miembros «a que tomen las medidas necesarias para promover la aplicación de los principios enunciados en la presente Recomendación antes del 30 de junio de 2006 y notifiquen a la Comisión las medidas adoptadas de acuerdo con la presente

Recomendación para que la Comisión pueda seguir de cerca la situación y, sobre esta base, valorar la necesidad de nuevas medidas».

Ello significa que, en breve, la legislación española debería adoptar el contenido de las presentes y futuras Recomendaciones comunitarias, que en gran medida se recogen en el Código Unificado de Buen Gobierno elaborado por el Grupo Especial de Trabajo que presidió la CNMV y que implicará la modificación de la actual Ley de Sociedades Anónimas.

Indudablemente, la adopción de los principios del buen gobierno por las empresas constituirá un activo de indudable valor que se reflejará no sólo en las cuentas de resultados sino también en la propia imagen corporativa que todas las entidades pretenden mejorar.



**COLABORACIONES**