

Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas

Junio 2013

I. PRINCIPIOS BÁSICOS

Características del Código

Voluntariedad, con sujeción al principio de “cumplir o explicar”

El artículo 61 bis de la Ley del Mercado de Valores, fiel al principio conocido internacionalmente como “cumplir o explicar” (*comply or explain*), 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”. El presente Código formula las recomendaciones que deben considerar las sociedades cotizadas para cumplimentar la obligación de información impuesta por ese precepto.

De este modo, la legislación española deja a la libre autonomía de cada sociedad la decisión de seguir o no las recomendaciones de gobierno corporativo, pero les exige que, cuando no lo hagan, revelen los motivos que justifican su proceder, al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos.

En concordancia con ese principio básico de voluntariedad, el presente Código no reitera entre sus recomendaciones los preceptos legales aplicables. En consecuencia, omite recomendaciones que, precisas en otros países o incluidas en recomendaciones de la Comisión Europea, no son necesarias en España, al haber quedado incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico.

Evaluación por el mercado.

Corresponderá a los accionistas, a los inversores y, en general, a los mercados valorar las explicaciones que las sociedades cotizadas den sobre el grado de cumplimiento de las recomendaciones. En consecuencia, el grado de cumplimiento o la calidad de las explicaciones no deben servir de base para eventuales resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), pues otra cosa desvirtuaría el carácter voluntario de las recomendaciones de este Código.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de las competencias y facultades de seguimiento atribuidas a la CNMV, en relación con el Informe anual de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, por el artículo 61 bis de la Ley del Mercado de Valores y la Orden ECC/461/2013¹, a cuyo tenor la CNMV podrá exigir que se corrijan las omisiones o datos engañosos o erróneos.

¹ Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores.

Generalidad

El presente Código está dirigido a la generalidad de las sociedades cotizadas, con independencia de su tamaño y nivel de capitalización. No cabe descartar por ello que algunas de sus Recomendaciones puedan acaso resultar poco apropiadas o excesivamente onerosas para las empresas de menor escala. Si ello ocurriera, bastará con que las sociedades afectadas expliquen debidamente las razones y las opciones elegidas: su libertad y autonomía de organización quedan plenamente salvaguardadas.

II. RECOMENDACIONES

ESTATUTOS Y JUNTA GENERAL

Limitaciones estatutarias

La existencia de un mercado de control activo constituye un estímulo de primer orden para el buen gobierno de las empresas. Por ello, resulta conveniente que éstas renuncien a establecer barreras estatutarias o “blindajes” –tales como la limitación del poder de voto, la exigencia de cierto grado de antigüedad para el acceso a determinados cargos o el reforzamiento de los *quorums* de votación por encima de los estándares legales en algunos ámbitos de decisión– que impidan o dificulten una posible oferta pública de adquisición de acciones y el consiguiente cambio de control.

No obstante, tales medidas pueden estar justificadas en casos excepcionales, particularmente cuando se establezcan en el momento de salida a Bolsa –pues serán descontadas en el precio de cotización– o hubieran sido aprobadas más tarde por un porcentaje muy elevado de accionistas, lo que podría ser indicio de que se han adoptado por razones de eficiencia (por ejemplo, para proteger inversiones específicas o incrementar el poder de negociación del conjunto de accionistas en caso de ofertas no pactadas).

Por ello, se recomienda:

- 1. Que los Estatutos de las sociedades cotizadas no limiten el número máximo de votos que pueda emitir un mismo accionista, ni contengan otras restricciones que dificulten la toma de control de la sociedad mediante la adquisición de sus acciones en el mercado.**

Cotización de sociedades integradas en grupos

Los grupos de sociedades se caracterizan por la unidad de dirección; y su estrategia natural, la maximización del interés del grupo, no implica siempre la maximización del interés de cada una de las sociedades que lo integran: en ocasiones, los objetivos del grupo y de las sociedades que lo integran no están alineados y surge un potencial conflicto. El problema se plantea especialmente con las operaciones vinculadas “intra-grupo” en las que participan sociedades filiales con accionistas externos distintos a los de la sociedad dominante.

Por ello, resulta oportuno que, en el caso de que coticen sociedades integradas en grupos, se delimiten claramente las respectivas áreas de actividad de las distintas sociedades, se defina un protocolo para la aprobación de sus negocios mutuos y, en general, se cree un marco de reglas apto para atajar los potenciales conflictos.

Por ello, se recomienda:

- 2. Que cuando coticen la sociedad matriz y una sociedad dependiente ambas definan públicamente con precisión:**
 - a. Las respectivas áreas de actividad y eventuales relaciones de negocio entre ellas, así como las de la sociedad dependiente cotizada con las demás empresas del grupo;
 - b. Los mecanismos previstos para resolver los eventuales conflictos de interés que puedan presentarse.

Competencias de la Junta

La Ley de Sociedades de Capital² reserva expresamente a la Junta General la aprobación de ciertos acuerdos –tales como fusión, escisión, transformación, cambio de objeto social, disolución o cesión global de activo y pasivo– que afectan de forma sustancial a la naturaleza y estructura de la sociedad. Son las denominadas “modificaciones estructurales”. Existen, sin embargo, otras operaciones societarias que producen efectos similares y que, sin embargo, en ocasiones son adoptadas por el Consejo de Administración, al no existir una atribución legal específica y formal de competencia a favor de la Junta General. Así ocurre, por ejemplo, cuando una sociedad acuerda “filializar” sus activos y convertirse en mera sociedad holding, lo que en la práctica puede privar a su Junta General de la facultad de decidir sobre la política de capital o la política de reparto de beneficios y transferir dichas competencias al Consejo. Por ello, el Código estima que en estos casos y, en general, en todas las modificaciones estructurales de la sociedad, la decisión ha de corresponder a la Junta General de accionistas.

Naturalmente, este principio ha de administrarse con la debida prudencia, sin extender de forma exagerada las competencias de la Junta, ni mermar las facultades naturales del Consejo para definir y poner en práctica la estrategia de la compañía. Así, por ejemplo, resultaría inapropiado someter a la decisión de la Junta la aprobación de operaciones de venta de inmuebles con reserva de arrendamiento (*sale and lease-back*), e incluso la venta de instalaciones de su propiedad cuando la sociedad opte por sub-contratar externamente una actividad que hasta entonces desarrollaba directamente.

Por ello, se recomienda:

- 3. Que, aunque no lo exijan de forma expresa las Leyes mercantiles, se sometan a la aprobación de la Junta General de Accionistas las operaciones que entrañen una modificación estructural de la sociedad y, en particular, las siguientes:**
 - a. La transformación de sociedades cotizadas en compañías holding, mediante “filialización” o incorporación a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, incluso aunque ésta mantenga el pleno dominio de aquéllas;
 - b. La adquisición o enajenación de activos operativos esenciales, cuando entrañe una modificación efectiva del objeto social;
 - c. Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad.

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

Información previa sobre propuestas de acuerdo

De acuerdo con lo recomendado en el informe Aldama y señalado más tarde en la Ley de Sociedades de Capital³, las sociedades cotizadas deben, con el fin de aumentar la transparencia del proceso de toma de decisiones, hacer públicas con antelación las propuestas que el Consejo eleve a la Junta General. Esa transparencia sólo será plena si la publicidad alcanza no sólo al enunciado general de los asuntos, sino al detalle de las propuestas, como son, por ejemplo, la identidad y demás circunstancias de los consejeros cuya ratificación o nombramiento se proponga a la Junta.

Por ello, se recomienda:

- 4. Que las propuestas detalladas de los acuerdos a adoptar en la Junta General, incluida la información a que se refiere la recomendación 27, se hagan públicas en el momento de la publicación del anuncio de la convocatoria de la Junta.**

Votación separada de asuntos

Para facilitar el ejercicio adecuado del derecho de voto por el accionista y evitar la distorsión asociada a la agrupación de decisiones es preciso formular los asuntos sometidos a votación de manera que los accionistas puedan matizar el ejercicio de su derecho y pronunciarse separadamente sobre cada propuesta. Esta preocupación se manifiesta de forma especial en el nombramiento de consejeros, pues se trata de que los accionistas puedan valorarlos y votarlos uno por uno, sin someterse a una “lista cerrada”; también surge en las modificaciones de Estatutos, donde parece igualmente oportuno que los accionistas puedan pronunciarse de forma separada sobre las distintas materias reguladas en los distintos preceptos o bloques de preceptos.

Por ello, se recomienda:

- 5. Que en la Junta General se voten separadamente aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes, a fin de que los accionistas puedan ejercer de forma separada sus preferencias de voto. Y que dicha regla se aplique, en particular:**
 - a. Al nombramiento o ratificación de consejeros, que deberán votarse de forma individual;**
 - b. En el caso de modificaciones de Estatutos, a cada artículo o grupo de artículos que sean sustancialmente independientes.**

³ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Capítulo VI del Título XIV.

Fraccionamiento del voto

El ejercicio directo del derecho de voto por parte de accionistas extranjeros –el llamado “voto transfronterizo”– resulta con frecuencia complicado, a pesar de las normas sobre voto a distancia. La razón estriba en que la mayor parte de esos accionistas extranjeros efectúan sus inversiones en el mercado español a través de una cadena de intermediarios financieros que actúan como titulares fiduciarios (*nominees*), por cuenta del inversor último (*beneficial owner*). Pues bien, si se quiere respetar el derecho de voto de los inversores últimos de las acciones, debe permitirse que cuando los intermediarios financieros actúen como fiduciarios y, en consecuencia, aparezcan ante la sociedad como los únicos legitimados para ejercer el derecho de voto, puedan hacerlo de conformidad con las instrucciones de cada uno de sus clientes. Eso llevará, con frecuencia, a que un mismo titular fiduciario de acciones necesite emitir votos en diferente sentido (“voto divergente”). Se trata de una posibilidad que el Código quiere promover y que ya es admitida por numerosas sociedades españolas, aunque no esté contemplada de forma expresa en la Ley de Sociedades de Capital.

Por ello, se recomienda:

- 6. Que las sociedades permitan fraccionar el voto a fin de que los intermediarios financieros que aparezcan legitimados como accionistas, pero actúen por cuenta de clientes distintos, puedan emitir sus votos conforme a las instrucciones de éstos.**

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Interés social

Todos los Consejeros, con independencia de cual sea el origen o la causa de su nombramiento, deben tener como propósito común la defensa del “interés social”. A la hora de concretar el significado de este concepto, el Código opta por una interpretación contractualista, que pone el énfasis en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común. Considera esta opción la más adecuada para un ejercicio efectivo y preciso de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores, ante quienes, a la postre, ha de rendir cuentas el Consejo. Por ello aconseja que el objetivo último de la compañía y, por tanto, el criterio que presida la actuación del Consejo sea la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa. Frente a otras interpretaciones más amplias del “interés social”, ésta parece preferible, porque proporciona al Consejo y a las instancias ejecutivas sujetas a su supervisión una directriz clara que facilita la adopción de decisiones y su evaluación.

Nada de esto significa que los intereses de los accionistas hayan de perseguirse a cualquier precio, sin tener en cuenta los de otros grupos implicados en la empresa y los de la propia comunidad en que se ubica. El interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el Derecho (por ejemplo, en normas fiscales o medio-ambientales); cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales, explícitas e implícitas, concertadas con otros interesados, como trabajadores, proveedores, acreedores o clientes; y, en general, observando aquellos principios de responsabilidad social que la compañía haya considerado razonable adoptar para una responsable conducción de los negocios.

Por ello, se recomienda:

7. Que el Consejo desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas y se guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa.

Y que vele asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (*stakeholders*) la empresa respete las leyes y reglamentos; cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos; respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad; y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente.

Competencias del Consejo

La Ley de Sociedades de Capital atribuye al Consejo de Administración la totalidad de las competencias de dirección y gestión de la sociedad. Al mismo tiempo, le concede una amplia capacidad de delegación, sin más limitaciones que las relativas a las facultades legalmente indelegables. En este contexto normativo, las empresas pueden adoptar modelos muy diversos de organización y actuación de sus Consejos, especialmente en lo que hace a su implicación en la gestión ordinaria de la sociedad. Este Código no pretende promover un modelo concreto, pero sí prevenir que, por una excesiva delegación, el Consejo no cumpla su función más esencial e irrenunciable, a saber, la denominada “función general de supervisión”, integrada por tres responsabilidades fundamentales: orientar e impulsar la política de la compañía (responsabilidad estratégica), controlar las instancias de gestión (responsabilidad de vigilancia) y servir de enlace con los accionistas (responsabilidad de comunicación).

Se trata, por lo tanto, de definir aquellas facultades que conforman el núcleo básico de esa función general de supervisión y que, en consecuencia, no deben ser objeto de delegación. Aunque la lista es larga, no es preciso exponer, por obvio, el fundamento de muchas de ellas. Sí parece conveniente, sin embargo, hacer algunas precisiones sobre tres extremos concretos.

En lo que atañe a la ratificación por el Consejo de decisiones operativas, parece razonable encomendar al Consejo la aprobación del nombramiento y cese de los altos directivos⁴ que proponga el primer ejecutivo de la compañía, en el bien entendido de que, cuando se trate del nombramiento de un Consejero Delegado llamado a descargar de responsabilidades al Presidente ejecutivo o a facilitar su sucesión, no será indispensable que medie propuesta de éste.

Por otro lado, el Consejo debería prestar especial atención a la organización del grupo de sociedades, evitando en lo posible, como aconseja el Principio 8 de las Recomendaciones del Comité de Supervisores Bancarios de Basilea sobre buen gobierno de las entidades de crédito (*know-your-structure*)⁵, estructuras artificiales y complejas. El Consejo en pleno debe responsabilizarse, en concreto, de la creación de entidades de propósito especial –esto es, de cualesquiera “vehículos” que, a pesar de tener personalidad jurídica propia, tengan una finalidad meramente instrumental y estén controladas por el grupo de la sociedad cotizada–, o radicadas en paraísos fiscal y, en general, de aquellas operaciones o transacciones con un

⁴ Se entenderá por altos directivos aquellos directivos que tengan dependencia directa del Consejo o del primer ejecutivo de la compañía y, en todo caso, el auditor interno.

⁵ *Enhancing corporate governance for banking organisations*, Basel Committee on Banking supervision, February 2006.

contenido análogo. Todas ellas deberán obedecer a motivos legítimos, y no menoscabar, de forma injustificada, la transparencia de las operaciones y estructura del grupo.

Finalmente, como parte esencial de su función de supervisión, el Consejo debe reservarse el conocimiento de las cuestiones que puedan originar conflictos de interés y, de manera específica, vigilar y autorizar la realización por la sociedad de cualesquiera operaciones con partes vinculadas que excedan del tráfico ordinario.

Por ello, se recomienda:

- 8.** Que el Consejo asuma, como núcleo de su misión, aprobar la estrategia de la compañía y la organización precisa para su puesta en práctica, así como supervisar y controlar que la Dirección cumple los objetivos marcados y respeta el objeto e interés social de la compañía. Y que, a tal fin, el Consejo en pleno se reserve la competencia de aprobar:
 - a. Las políticas y estrategias generales de la sociedad, y en particular:
 - i. El Plan estratégico o de negocio, así como los objetivos de gestión y presupuesto anuales;
 - ii. La política de inversiones y financiación;
 - iii. La definición de la estructura del grupo de sociedades;
 - iv. La política de gobierno corporativo;
 - v. La política de responsabilidad social corporativa;
 - vi. La política de retribuciones y evaluación del desempeño de los altos directivos;
 - vii. La política de control y gestión de riesgos, así como el seguimiento periódico de los sistemas internos de información y control.
 - viii. La política de dividendos, así como la de autocartera y, en especial, sus límites.
 - b. Las siguientes decisiones:
 - i. A propuesta del primer ejecutivo de la compañía, el nombramiento y eventual cese de los altos directivos, así como sus cláusulas de indemnización.
 - ii. La retribución de los consejeros, así como, en el caso de los ejecutivos, la retribución adicional por sus funciones ejecutivas y demás condiciones que deban respetar sus contratos.
 - iii. La información financiera que, por su condición de cotizada, la sociedad deba hacer pública periódicamente.
 - iv. Las inversiones u operaciones de todo tipo que, por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico, salvo que su aprobación corresponda a la Junta General;
 - v. La creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia del grupo.

- c. Las operaciones que la sociedad realice con consejeros, con accionistas significativos o representados en el Consejo, o con personas a ellos vinculados (“operaciones vinculadas”).

Esa autorización del Consejo no se entenderá, sin embargo, precisa en aquellas operaciones vinculadas que cumplan simultáneamente las tres condiciones siguientes:

- 1ª. Que se realicen en virtud de contratos cuyas condiciones estén estandarizadas y se apliquen en masa a muchos clientes;
- 2ª. Que se realicen a precios o tarifas establecidos con carácter general por quien actúe como suministrador del bien o servicio del que se trate;
- 3ª. Que su cuantía no supere el 1% de los ingresos anuales de la sociedad.

Se recomienda que el Consejo apruebe las operaciones vinculadas previo informe favorable del Comité de Auditoría o, en su caso, de aquel otro al que se hubiera encomendado esa función; y que los consejeros a los que afecten, además de no ejercer ni delegar su derecho de voto, se ausenten de la sala de reuniones mientras el Consejo delibera y vota sobre ella.

Se recomienda que las competencias que aquí se atribuyen al Consejo lo sean con carácter indelegable, salvo las mencionadas en las letras b) y c), que podrán ser adoptadas por razones de urgencia por la Comisión Delegada, con posterior ratificación por el Consejo en pleno.

Tamaño

El número de miembros del Consejo afecta a su eficacia e influye sobre la calidad de sus decisiones. Un mínimo suficiente de participantes le da capacidad de deliberación y riqueza de puntos de vista. Pero un número excesivo de miembros puede favorecer la inhibición de los consejeros e ir en detrimento de la efectividad e incluso cohesión del Consejo.

Por ello, se recomienda:

9. Que el Consejo tenga la dimensión precisa para lograr un funcionamiento eficaz y participativo, lo que hace aconsejable que su tamaño no sea inferior a cinco ni superior a quince miembros.

Estructura funcional

El Consejo de Administración debe reflejar la diversidad de conocimientos, de género, y de experiencias precisa para desempeñar sus funciones con eficacia, objetividad e independencia. En este contexto, cobra especial relevancia la distinción entre los consejeros por el origen de su nombramiento, con las categorías ya reconocidas de consejeros internos (también llamados “ejecutivos”) y consejeros externos, ya sean dominicales o independientes. En función de su procedencia, los consejeros pueden tener sensibilidades, intereses e incluso incentivos diversos. Pero ello no puede ser óbice para que el Consejo aspire a conseguir la debida interacción y convergencia en las actuaciones de sus miembros en la búsqueda común del interés social. La cohesión y la unidad de actuación del Consejo son, al margen del origen

del nombramiento de cada consejero, factores decisivos para lograr un adecuado gobierno de la empresa.

La proporción óptima entre consejeros externos y consejeros internos debe determinarse sin perder de vista que la función general de supervisión constituye el núcleo de la misión del Consejo. El Consejo ha de estar informado de la gestión de la sociedad y coordinado con los ejecutivos que la dirigen. Por esta razón, es conveniente que formen parte de él las personas más significativas del equipo de gestión y, singularmente, el primer ejecutivo de la empresa. Pero, al propio tiempo, el Consejo ha de mantener la capacidad para examinar con cierta distancia e imparcialidad la labor desarrollada por el equipo ejecutivo, pues de lo contrario su función de supervisión quedaría en entredicho. Por eso el Código recomienda que una amplia mayoría de los miembros del Consejo sean consejeros externos; o, dicho de otra manera, que los consejeros ejecutivos constituyan el mínimo necesario para atender aquellas necesidades de información y coordinación, mínimo que habrá de ponderarse en cada caso en función de la complejidad del grupo o de las participaciones accionariales de los consejeros (así, a mayor complejidad del grupo o mayor participación en el capital de los consejeros, más justificado estará el incremento del número de consejeros ejecutivos).

La limitación del número de consejeros ejecutivos puede justificarse adicionalmente por la subordinación jerárquica que de ordinario existirá entre ellos, lo que podría llevarles a actuar como un bloque. Además, muchas necesidades informativas del Consejo podrán cubrirse sin necesidad de designar más consejeros ejecutivos, pues bastará con que los directivos participen en las reuniones, con voz pero sin voto.

Por ello, se recomienda:

10. Que los consejeros externos dominicales e independientes constituyan una amplia mayoría del Consejo y que el número de consejeros ejecutivos sea el mínimo necesario, teniendo en cuenta la complejidad del grupo societario y el porcentaje de participación de los consejeros ejecutivos en el capital de la sociedad.

Proporción entre consejeros dominicales e independientes

El Código recomienda que dentro de los consejeros externos exista cierto número de consejeros que, por su condición de independientes, sean capaces de ejercitar sus funciones sin estar condicionados por relaciones directas o indirectas no sólo con los consejeros ejecutivos o con la propia sociedad, sino tampoco con los accionistas significativos de la compañía.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad entre participación accionarial y representación en el Consejo que ya enunció el Informe Olivencia bajo la inspiración del artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, la relación entre consejeros dominicales y consejeros independientes debe reflejar la relación entre el porcentaje de capital representado en el Consejo por los consejeros dominicales y el capital flotante –incluyendo dentro de éste el correspondiente a inversores institucionales que renuncian de forma deliberada a tener presencia en el Consejo–. No se trata de una regla matemática exacta, sino de una regla aproximada cuyo objetivo es asegurar que los consejeros independientes tengan un peso suficiente en el Consejo y que ningún accionista significativo ejerza en el Consejo una influencia desproporcionada respecto a su participación en el capital.

Cabe mencionar dos criterios relevantes que pueden justificar cierta sobreponderación de los consejeros dominicales. Uno es el valor absoluto de su participación. En efecto, tratándose de

sociedades con una elevada capitalización, resulta razonable otorgar representación en el Consejo a uno o más accionistas cuyas participaciones accionariales, aun voluminosas o incluso “significativas” en términos legales, no alcancen el “cociente electoral” establecido en el artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital. El segundo criterio es el número o fragmentación de accionistas significativos. Parece justificado admitir más consejeros dominicales a medida que representen a un mayor número de accionistas significativos, salvo que actúen de consuno, esto es, de manera coordinada o concertada. En ambos casos el peso relativo de los consejeros dominicales en el Consejo será, por imperativo matemático, necesariamente superior al del porcentaje de capital que representen. No debe verse en ello, sin embargo, una quiebra preocupante del principio de proporcionalidad: antes al contrario, esa pluralidad de pequeños consejeros dominicales puede favorecer un régimen de control recíproco que redunde en beneficio del capital disperso.

Por todo ello, se recomienda:

11. Que dentro de los consejeros externos, la relación entre el número de consejeros dominicales y el de independientes refleje la proporción existente entre el capital de la sociedad representado por los consejeros dominicales y el resto del capital.

Este criterio de proporcionalidad estricta podrá atenuarse, de forma que el peso de los dominicales sea mayor que el que correspondería al porcentaje total de capital que representen:

1. En sociedades de elevada capitalización en las que sean escasas o nulas las participaciones accionariales que tengan legalmente la consideración de significativas, pero existan accionistas, con paquetes accionariales de elevado valor absoluto.
2. Cuando se trate de sociedades en las que exista una pluralidad de accionistas representados en el Consejo, y no tengan vínculos entre sí.

Número suficiente de consejeros independientes

La relevancia que este Código y la práctica internacional atribuyen a los consejeros independientes –en especial, por su labor en las Comisiones del Consejo– aconseja cifrar en un mínimo de un tercio del número total de miembros del Consejo el “número suficiente” de consejeros independientes a que se refieren el apartado VI. E de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y el apartado 4 de la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de Febrero de 2006.

El porcentaje mínimo de un tercio entraña que incluso en los Consejos de menor tamaño – como a menudo ocurre en las sociedades cotizadas de baja capitalización– existan al menos dos consejeros independientes.

Por todo ello, se recomienda:

12. Que el número de consejeros independientes represente al menos un tercio del total de consejeros.

Explicación del carácter de los consejeros

La escasa aplicación práctica del sistema de representación proporcional previsto en el artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital, junto con la frecuente designación en muchas sociedades cotizadas de consejeros en representación de accionistas significativos, aconsejan que este Código incluya ciertas recomendaciones mínimas dirigidas a incrementar la transparencia sobre el nombramiento de consejeros dominicales. No se pretende con ellas limitar la designación de esta clase de consejeros en representación de accionistas con participaciones accionariales inferiores al 5%, sino invitar a las sociedades a que expliquen los motivos que guían sus decisiones en esta materia, especialmente cuando tales criterios, les lleven a tratar de manera diferente las peticiones de acceso al Consejo del accionistas con participaciones accionariales similares.

Por ello, se recomienda:

13. Que el carácter de cada consejero se explique por el Consejo ante la Junta General de Accionistas que deba efectuar o ratificar su nombramiento, y se confirme o, en su caso, revise anualmente en el Informe Anual de Gobierno Corporativo, previa verificación por la Comisión de Nombramientos. Y que en dicho Informe también se expliquen las razones por las cuales se haya nombrado consejeros dominicales a instancia de accionistas cuya participación accionarial sea inferior al 5% del capital; y se expongan las razones por las que no se hubieran atendido, en su caso, peticiones formales de presencia en el Consejo procedentes de accionistas cuya participación accionarial sea igual o superior a la de otros a cuya instancia se hubieran designado consejeros dominicales.

Diversidad de género

Lograr una adecuada diversidad de género en los Consejos de Administración no constituye sólo un desafío en el plano de la ética, de la política y de la “responsabilidad social corporativa”: es también un objetivo de eficiencia que las sociedades cotizadas deben plantearse, al menos a medio plazo. Desaprovechar el potencial talento empresarial del 51% de la población –las mujeres– no puede ser económicamente racional en el conjunto de las grandes empresas de nuestro país. La experiencia de las últimas décadas, en las que hemos asistido a una creciente incorporación de la mujer al mundo empresarial así lo acredita. Se trata ahora de hacer un esfuerzo adicional para que esa presencia llegue a la alta dirección y a los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas. En atención a esta circunstancia, y como complemento a los requisitos de transparencia establecidos en la Orden ECC/461/2013 el Código invita a las sociedades con escasa presencia femenina en sus Consejos a que hagan un esfuerzo deliberado por buscar posibles candidatas cada vez que deba cubrirse alguna vacante en el Consejo, especialmente para puestos de independientes.

Por ello, se recomienda:

- 14. Que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, la Comisión de Nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes:**
 - a. Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras;
 - b. La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado.

Presidente

No hace falta resaltar el papel de primer orden que está llamado a desempeñar el Presidente para lograr un adecuado funcionamiento del Consejo. Le corresponde no sólo convocarlo, formular el orden del día y dirigir sus reuniones; ha de cuidar también de que la información llegue oportunamente a los consejeros, y de fomentar la participación activa de todos en la formación de la voluntad del Consejo.

El debate aparece, sin embargo, a la hora de evaluar la posición del Presidente en la organización y concretamente de determinar si es oportuno separar o acumular los cargos de Presidente del Consejo y de primer ejecutivo de la sociedad. El Código es consciente de que cualquiera de las soluciones ofrece ventajas e inconvenientes. La acumulación de cargos puede proporcionar a la compañía un liderazgo claro en el ámbito interno y en el externo, así como reducir los costes de información y coordinación que alternativamente se generarían. Pero ello no debe hacernos olvidar la principal desventaja que presenta esa solución: la concentración de mucho poder en manos de una única persona. En estas circunstancias, a la vista también de la falta de uniformidad en la práctica internacional y de la inexistencia de base empírica para formular una recomendación precisa, el Código mantiene el criterio de no pronunciarse sobre la conveniencia o no de separar ambos cargos.

No obstante, su preocupación por preservar las mejores condiciones para el buen desarrollo de la función general de supervisión, le lleva a aconsejar la adopción de medidas de contrapeso que eviten la excesiva concentración de poder en una persona. Por ello, en la línea del Informe Olivencia y de la práctica de muchos países, propone que, cuando el Presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la compañía, a uno de los consejeros independientes se le encomienden –sea o no con carácter rotativo– una función de coordinación de los consejeros externos. El buen hacer de ese consejero independiente coordinador (*senior o lead independent director*, como es conocida la figura en el mundo anglosajón) contribuirá a un funcionamiento del Consejo más acorde con su condición de órgano colegiado, sin caer por ello en un régimen de bicefalia o banderías que ponga en peligro la unidad de acción del Consejo.

Por ello, se recomienda:

- 15. Que el Presidente, como responsable del eficaz funcionamiento del Consejo, se asegure de que los consejeros reciban con carácter previo información suficiente; estimule el debate y la participación activa de los consejeros durante las sesiones del Consejo, salvaguardando su libre toma de posición y expresión de opinión; y organice y coordine con los presidentes de las Comisiones relevantes la evaluación periódica del Consejo, así como, en su caso, la del Consejero Delegado o primer ejecutivo.**

16. Que, cuando el Presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día; para coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos; y para dirigir la evaluación por el Consejo de su Presidente.

Secretario

El Secretario juega un papel clave en el buen funcionamiento del Consejo. Debe facilitar el buen desarrollo de las sesiones del Consejo, ocupándose muy especialmente de prestar a los consejeros el asesoramiento y la información necesarios, de conservar la documentación, de dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y de dar fe de sus resoluciones. Esta función debe proyectarse no sólo en relación con la normativa externa e interna, sino también con las materias de buen gobierno.

Para reforzar la independencia y profesionalidad del Secretario, el Código sugiere que su nombramiento y cese deban ser informados por la Comisión de Nombramientos, como si se tratara de un consejero. Igual asimilación contempla en caso de dimisión por discrepancia grave con decisiones del Consejo. El Código no entra en si el Secretario debe o no ser consejero, ni si debe o no ser un profesional externo.

Por ello, se recomienda:

17. Que el Secretario del Consejo, vele de forma especial para que las actuaciones del Consejo:
 - a. Se ajusten a la letra y al espíritu de las Leyes y sus reglamentos, incluidos los aprobados por los organismos reguladores;
 - b. Sean conformes con los Estatutos de la sociedad y con los Reglamentos de la Junta, del Consejo y demás que tenga la compañía;
 - c. Tengan presentes las recomendaciones sobre buen gobierno contenidas en este Código Unificado que la compañía hubiera aceptado.

Y que, para salvaguardar la independencia, imparcialidad y profesionalidad del Secretario, su nombramiento y cese sean informados por la Comisión de Nombramientos y aprobados por el pleno del Consejo; y que dicho procedimiento de nombramiento y cese conste en el Reglamento del Consejo.

Desarrollo de las sesiones

Un Consejo que no se reúna con cierta frecuencia y caiga en el absentismo no podrá mantener una presencia constante en la vida de la compañía y ejercer con eficacia su función de supervisión y control del equipo de dirección y de la Comisión Delegada. Algo parecido cabe afirmar del consejero que no asista con frecuencia a las sesiones del Consejo o que cuando lo haga por razones imperiosas no delegue su voto en otro consejero, con instrucciones precisas sobre los asuntos del orden del día.

Por ello, se recomienda:

18. Que el Consejo se reúna con la frecuencia precisa para desempeñar con eficacia sus funciones, siguiendo el programa de fechas y asuntos que establezca al inicio del ejercicio, pudiendo cada Consejero proponer otros puntos del orden del día inicialmente no previstos.

19. Que las inasistencias de los consejeros se reduzcan a casos indispensables y se cuantifiquen en el Informe Anual de Gobierno Corporativo. Y que si la representación fuera imprescindible, se confiera con instrucciones.

20. Que cuando los consejeros o el Secretario manifiesten preocupaciones sobre alguna propuesta o, en el caso de los consejeros, sobre la marcha de la compañía y tales preocupaciones no queden resueltas en el Consejo, a petición de quien las hubiera manifestado se deje constancia de ellas en el acta.

Evaluación periódica

El Consejo ha de estar alerta frente al riesgo de la rutina y la inercia. Resulta por ello conveniente que adopte pautas de autocontrol y examine con cierta periodicidad su propio funcionamiento y el de sus Comisiones, ya sea mediante sus propios medios o, si se considera oportuno, con el asesoramiento profesional de expertos externos. Aunque no se prevé con carácter general que esa evaluación se extienda necesariamente a cada consejero, parece oportuno que tenga por objeto la labor realizada por el Presidente y por el primer ejecutivo.

Por ello, se recomienda:

21. Que el Consejo en pleno evalúe una vez al año:

- a. La calidad y eficiencia del funcionamiento del Consejo;
- b. Partiendo del informe que le eleve la Comisión de Nombramientos, el desempeño de sus funciones por el Presidente del Consejo y por el primer ejecutivo de la compañía;
- c. El funcionamiento de sus Comisiones, partiendo del informe que éstas le eleven.

Información a los consejeros

Disponer de una información completa y veraz sobre la situación de la empresa y su entorno es esencial para que el consejero pueda cumplir con eficacia su función de supervisión y desempeñar las demás responsabilidades que le encomiendan las Leyes. Por ello, las sociedades deberán articular los cauces o mecanismos necesarios para el ejercicio efectivo de ese derecho, e incluso arbitrar, cuando excepcionalmente sea menester por la trascendencia o carácter controvertido de la decisión a adoptar, los medios para que los consejeros puedan obtener el asesoramiento externo preciso.

También resulta oportuno que las sociedades establezcan programas de orientación a sus nuevos consejeros, así como –cuando concurren circunstancias especiales, por ejemplo, cuando se produzcan cambios regulatorios significativos– programas de actualización.

Por ello, se recomienda:

22. Que todos los consejeros puedan hacer efectivo el derecho a recabar la información adicional que juzguen precisa sobre asuntos de la competencia del Consejo. Y que, salvo que los Estatutos o el Reglamento del Consejo establezcan otra cosa, dirijan su requerimiento al Presidente o al Secretario del Consejo.

23. Que todos los consejeros tengan derecho a obtener de la sociedad el asesoramiento preciso para el cumplimiento de sus funciones. Y que la sociedad arbitre los cauces adecuados para el ejercicio de este derecho, que en circunstancias especiales podrá incluir el asesoramiento externo con cargo a la empresa.

24. Que las sociedades establezcan un programa de orientación que proporcione a los nuevos consejeros un conocimiento rápido y suficiente de la empresa, así como de sus reglas de gobierno corporativo. Y que ofrezcan también a los consejeros programas de actualización de conocimientos cuando las circunstancias lo aconsejen

Dedicación

El desempeño eficaz de sus funciones exigirá que los consejeros no sólo dispongan de la información precisa sobre los asuntos sometidos a su consideración, sino también que le dediquen la atención precisa. Por ello, es conveniente que las sociedades cotizadas se aseguren de que las restantes obligaciones profesionales de sus consejeros y, de modo especial, su participación en otros Consejos no van en detrimento del buen desempeño de sus funciones en la sociedad. A tal efecto, este Código, aunque no entra a detallar el posible contenido de tales reglas limitativas –por ejemplo, en lo que atañe a la determinación del número máximo de Consejos o a la eventual exclusión del cómputo de los correspondientes a sociedades del propio grupo o a sociedades patrimoniales del consejero o de sus familiares cercanos–, recomienda que las sociedades las formulen y exijan su cumplimiento a sus consejeros.

Por ello, se recomienda:

- 25. Que las sociedades exijan que los consejeros dediquen a su función el tiempo y esfuerzo necesarios para desempeñarla con eficacia y, en consecuencia:**
 - a. Que los consejeros informen a la Comisión de Nombramientos de sus restantes obligaciones profesionales, por si pudieran interferir con la dedicación exigida;
 - b. Que las sociedades establezcan reglas sobre el número de consejos de los que puedan formar parte sus consejeros.

DE LOS CONSEJEROS

Selección, nombramiento y reelección

El proceso de selección de los consejeros debe garantizar la debida representatividad del Consejo y la competencia, solvencia y experiencia de los candidatos seleccionados. En este cometido, ha de atribuirse a la Comisión de Nombramientos un papel muy destacado.

El rigor del proceso de selección habrá de extremarse en relación a aquellos candidatos llamados a cubrir un puesto de consejero independiente, lo que aconseja, en el caso de tales consejeros, otorgar a la Comisión de Nombramientos un papel no meramente informativo, sino de propuesta. Con ellos se aspira a reforzar la independencia de los nuevos consejeros tanto respecto a los ejecutivos de la compañía como respecto a sus accionistas significativos.

Por ello, se recomienda:

- 26. Que la propuesta de nombramiento o reelección de consejeros que se eleven por el Consejo a la Junta General de Accionistas, así como su nombramiento provisional por cooptación, se aprueben por el Consejo:**
 - a. A propuesta de la Comisión de Nombramientos, en el caso de consejeros independientes.
 - b. Previo informe de la Comisión de Nombramientos, en el caso de los restantes consejeros.

Información pública sobre consejeros

Como complemento del carácter reglado de la selección y nombramiento de consejeros, resulta aconsejable que las sociedades cotizadas den a conocer públicamente –y mantengan debidamente actualizados– los datos personales y profesionales esenciales de todos los miembros de su Consejo.

En lo que atañe a sus participaciones en otros consejos, no se entenderán incluidas en este apartado aquellas sociedades meramente patrimoniales del propio consejero o de sus familiares directos.

En lo que hace referencia a sus participaciones accionariales en la propia sociedad cotizada en la que son consejeros, esta información está ya disponible, por imperativo legal, en los

Registros públicos de la CNMV. Pero su simultánea difusión por la propia sociedad cotizada no tendrá apenas coste y ahorrará costes de información a los inversores y accionistas interesados.

Por ello, se recomienda:

27. Que las sociedades hagan pública a través de su página web, y mantengan actualizada, la siguiente información sobre sus consejeros:

- a. Perfil profesional y biográfico;
- b. Otros Consejos de Administración a los que pertenezca, se trate o no de sociedades cotizadas;
- c. Indicación de la categoría de consejero a la que pertenezca según corresponda, señalándose, en el caso de consejeros dominicales, el accionista al que representen o con quien tengan vínculos.
- d. Fecha de su primer nombramiento como consejero en la sociedad, así como de los posteriores, y;
- e. Acciones de la compañía, y opciones sobre ellas, de las que sea titular.

Cese y dimisión

Algunos cambios sobrevenidos en las circunstancias que motivaron el nombramiento de un consejero pueden hacer recomendable que presente su dimisión. Tal es el caso, por ejemplo, del consejero dominical cuando el accionista significativo al que representaba abandona la compañía. En el caso de los consejeros independientes, resulta igualmente normal que abandonen su puesto cuando, de forma sobrevenida, dejan de cumplir alguno de los criterios de independencia. De no darse tal circunstancia, y siempre que no incumpla sus obligaciones, el consejero independiente debe gozar de cierta estabilidad en el cargo y quedar al abrigo de la voluntad de los ejecutivos de la compañía o de los accionistas significativos. De otra forma, el cumplimiento teórico de las condiciones de independencia no bastará para salvaguardar su efectiva independencia como consejero, especialmente si el buen desempeño de sus funciones le obliga a mantener ocasionales discrepancias con otros miembros del Consejo o de la Dirección.

El Código también formula recomendaciones para el caso de que acaezcan hechos que afecten a los consejeros y puedan perjudicar el crédito o reputación de la sociedad. Entre tales supuestos se incluye la imputación a los consejeros de eventuales delitos, con un tratamiento específico para los previstos en el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital (esto es, delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o cualquier clase de falsedad), delitos todos en los que una condena entraña prohibición para ejercer el cargo de administrador de una sociedad.

El Código distingue entre la mera imputación penal por cualquier delito –en cuyo caso la recomendación se limita a que el consejero afectado informe al Consejo– y la apertura de juicio oral o procesamiento por alguno de los delitos señalados en el citado artículo 213. Este segundo supuesto, al presuponer un pronunciamiento judicial que constata la existencia de indicios racionales de un delito que la ley considera incompatible con el cargo de consejero,

aunque no enerve en el terreno penal la presunción de inocencia puede romper la relación de confianza en que se basó el nombramiento de consejero o afectar al crédito o reputación de la sociedad. En consecuencia, parece conveniente que el Consejo valore si, a la vista de las circunstancias concretas del caso, procede o no que el consejero dimita, o que se proponga el cese del consejero a la Junta General.

Finalmente, el Código recomienda que cuando un consejero discrepe, por razones sustantivas y reiteradas, de las decisiones del Consejo y, en consecuencia, opte por presentar voluntariamente su dimisión, manifieste de forma clara al resto del Consejo los motivos de su decisión, sin escudarse en falsas razones, como las personales o familiares, que escondan el verdadero motivo de su decisión. La misma recomendación se aplica a los secretarios del Consejo, con lo que se refuerza la posición de los mismos.

Por ello, se recomienda:

28. Que los consejeros dominicales presenten su dimisión cuando el accionista a quien representen venda íntegramente su participación accionarial. Y que también lo hagan, en el número que corresponda, cuando dicho accionista rebaje su participación accionarial hasta un nivel que exija la reducción del número de sus consejeros dominicales.

29. Que el Consejo de Administración no proponga el cese de ningún consejero independiente antes del cumplimiento del período estatutario para el que hubiera sido nombrado, salvo cuando concurra justa causa, apreciada por el Consejo previo informe de la Comisión de Nombramientos. En particular, se entenderá que existe justa causa cuando el consejero hubiera incumplido los deberes inherentes a su cargo o incurrido en algunas de las circunstancias que le hagan perder su condición de independiente, de acuerdo con lo establecido en la Orden ECC/461/2013.

También podrá proponerse el cese de consejeros independientes de resultas de Ofertas Públicas de Adquisición, fusiones u otras operaciones societarias similares que supongan un cambio en la estructura de capital de la sociedad cuando tales cambios en la estructura del Consejo vengán propiciados por el criterio de proporcionalidad señalado en la Recomendación 11.

30. Que las sociedades establezcan reglas que obliguen a los consejeros a informar y, en su caso, dimitir en aquellos supuestos que puedan perjudicar al crédito y reputación de la sociedad y, en particular, les obliguen a informar al Consejo de las causas penales en las que aparezcan como imputados, así como de sus posteriores vicisitudes procesales.

Que si un consejero resultara procesado o se dictara contra él auto de apertura de juicio oral por alguno de los delitos señalados en el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital, el Consejo examine el caso tan pronto como sea posible y, a la vista de sus circunstancias concretas, decida si procede o no que el consejero continúe en su cargo. Y que de todo ello el Consejo dé cuenta, de forma razonada, en el Informe Anual de Gobierno Corporativo.

31. Que todos los consejeros expresen claramente su oposición cuando consideren que alguna propuesta de decisión sometida al Consejo puede ser contraria al interés social. Y que otro tanto hagan, de forma especial los independientes y demás consejeros a quienes no afecte el potencial conflicto de interés, cuando se trate de decisiones que puedan perjudicar a los accionistas no representados en el Consejo.

Y que cuando el Consejo adopte decisiones significativas o reiteradas sobre las que el consejero hubiera formulado serias reservas, éste saque las conclusiones que procedan y, si optara por dimitir, explique las razones en la carta a que se refiere la recomendación siguiente.

Esta Recomendación alcanza también al Secretario del Consejo, aunque no tenga la condición de consejero.

32. Que cuando, ya sea por dimisión o por otro motivo, un consejero cese en su cargo antes del término de su mandato, explique las razones en una carta que remitirá a todos los miembros del Consejo. Y que, sin perjuicio de que dicho cese se comunique como hecho relevante, del motivo del cese se dé cuenta en el Informe Anual de Gobierno Corporativo.

Retribuciones

Criterios orientadores

Aunque en materia de retribuciones, este Código parte del principio fundamental de autonomía privada y pone especial énfasis en su régimen de transparencia y aprobación por los órganos sociales competentes, también formula algunas recomendaciones complementarias sobre el contenido de dicho régimen retributivo.

El Código recomienda, en particular, que se excluya a los consejeros externos de aquellos sistemas retributivos que incorporan una retribución variable condicionada a la evolución de los beneficios u a otros indicadores financieros de gestión (por ejemplo, resultados de explotación o *ebitda*) o a la cotización de la acción en un momento determinado. Se pretende con ello evitar los potenciales conflictos de interés que afectarían a los consejeros externos cuando tengan que enjuiciar prácticas contables u otro tipo de decisiones que puedan alterar los resultados inmediatos de la sociedad, si tales resultados y valoraciones tuvieran efectos retributivos para ellos. No obstante, el Código reconoce también que una retribución de los consejeros que, condicionada a los resultados de la empresa, esté correlacionada positivamente con la variación en la riqueza de los accionistas puede, si se aplica debidamente, alinear los intereses de los consejeros con los de los accionistas. Por eso, buscando un equilibrio entre los dos objetivos citados, recomienda que la retribución variable se limite a los consejeros ejecutivos, pero no prevé que la percepción de retribuciones variables prive a un consejero independiente de esa condición.

El Código recomienda igualmente que, al establecer su política retributiva, las sociedades no se fijen como objetivo alcanzar el valor medio de las retribuciones de otras empresas comparables: porque el deseo de acercarse a la media de aquéllas que paguen retribuciones inferiores a esa media, al no ser correspondido por un impulso simétrico a la baja de quienes

paguen retribuciones superiores a ella, impulsará inevitablemente al alza la retribución media en su conjunto, lo que engendrará una tendencia alcista (efecto escalada o “*ratchet effect*”).

En lo que atañe a retribuciones ligadas a la evolución de la cotización de la acción, la retribución variable debería premiar no la variación absoluta de la cotización, sino su mejora relativa respecto al coste del capital para los accionistas o a la de otras sociedades comparables, de suerte que aquella no refleje la mera evolución general del mercado y dé origen a enriquecimientos excesivos motivados puramente por la euforia bursátil.

Siempre que las retribuciones individuales no sean variables ni estén ligadas al rendimiento de la sociedad, no se considerará que las retribuciones de los consejeros son variables por el simple hecho de que, por limitación estatutaria, el conjunto de todas ellas no pueda rebasar cierto porcentaje de los beneficios de la sociedad.

El Código recomienda, en fin, que las retribuciones de los consejeros sean las precisas para atraer y retener a consejeros del perfil profesional deseado, pero tampoco excesivas, para que no afecten a su independencia.

Por ello, se recomienda:

33. Que se circunscriban a los consejeros ejecutivos las remuneraciones mediante entrega de acciones de la sociedad o de sociedades del grupo, opciones sobre acciones o instrumentos referenciados al valor de la acción, retribuciones variables ligadas al rendimiento de la sociedad o sistemas de previsión.

Esta recomendación no alcanzará a la entrega de acciones, cuando se condicione a que los consejeros las mantengan hasta su cese como consejero.

34. Que la remuneración de los consejeros externos sea la necesaria para retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que el cargo exija; pero no tan elevada como para comprometer su independencia.

35. Que las remuneraciones relacionadas con los resultados de la sociedad tomen en cuenta las eventuales salvedades que consten en el informe del auditor externo y minoren dichos resultados.

36. Que en caso de retribuciones variables, las políticas retributivas incorporen límites y las cautelas técnicas precisas para asegurar que tales retribuciones guardan relación con el desempeño profesional de sus beneficiarios y no derivan simplemente de la evolución general de los mercados o del sector de actividad de la compañía o de otras circunstancias similares.

DE LAS COMISIONES

La amplitud de las facultades que las Leyes y Estatutos encomiendan al Consejo de Administración puede aconsejar que éste delegue ciertas funciones, especialmente de carácter ejecutivo. Por otra parte, el adecuado ejercicio de la función fundamental de supervisión y control aconseja que el Consejo disponga de ciertos órganos de apoyo en materias especialmente relevantes para dicha función.

Surgen así las Comisiones del Consejo, entre las que cabe distinguir, por un lado, la Comisión Delegada y, por otro lado, las Comisiones de Supervisión y Control.

Comisión Delegada

Aunque la disminución del tamaño de los Consejos y la mayor frecuencia de sus reuniones puede conducir a una paulatina desaparición de las Comisiones Delegadas o Ejecutivas, éstas son una realidad en buena parte de las sociedades cotizadas españolas y cumplen una función importante.

El riesgo para un adecuado gobierno corporativo es que su composición no refleje la del Consejo, y, en consecuencia, que sus funciones puedan ser ejercitadas con una perspectiva distinta de la que refleja la composición del Consejo. Por eso, su estructura debería ser similar a la de éste.

Por otra parte, parece necesario que el Consejo en pleno conozca en su integridad las decisiones adoptadas por la Comisión Delegada o Ejecutiva.

Por ello se recomienda:

37. Que cuando exista Comisión Delegada o Ejecutiva (en adelante, “Comisión Delegada”), la estructura de participación de las diferentes categorías de consejeros sea similar a la del propio Consejo y su secretario sea el del Consejo.

38. Que el Consejo tenga siempre conocimiento de los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas por la Comisión Delegada y que todos los miembros del Consejo reciban copia de las actas de las sesiones de la Comisión Delegada.

Comisiones de supervisión y control

El Código da un nuevo impulso a las Recomendaciones formuladas por los Informes Olivencia y Aldama y las desarrolla teniendo muy presentes las de la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005.

Omite la referencia a la Comisión de Estrategia e Inversiones que hizo el Informe Aldama, por entender que sus funciones son parte de las competencias típicas del propio Consejo. Por otro lado, aunque reconoce la utilidad para algunas sociedades de una comisión separada de Gobierno Corporativo, no ha considerado imprescindible recomendar, al menos de momento, su creación con carácter general. Ello no obsta para que las sociedades, además de establecerla con carácter autónomo, puedan optar por atribuir sus funciones a alguna de las Comisiones mencionadas en este Código (y, así, establecer, por ejemplo, “Comisión de auditoría y

cumplimiento”, “Comisión de Nombramientos y Gobierno corporativo” u otras posibles combinaciones).

Teniendo en cuenta que la función de supervisión y control se proyecta fundamentalmente sobre el equipo ejecutivo de la sociedad, el Código recomienda con carácter general que las Comisiones estén compuestas exclusivamente por consejeros externos –sin incluir, a estos efectos, a los vinculados al equipo directivo– y presididas por un independiente.

Aun cuando es esencial que sus miembros tengan conocimientos adecuados a las funciones que se les encomiendan, las Comisiones podrán servirse en ocasiones de expertos externos, conforme a lo que establece la Recomendación 23: supuesto típico de asesoramiento externo sería, por ejemplo, el uso por la Comisión de Nombramientos de una firma especializada de cazatalentos para identificar y seleccionar posibles candidatos a consejero.

Las actas de las reuniones deberían ser remitidas a todos los miembros del Consejo.

Por ello, se recomienda:

39. Que el Consejo de Administración constituya en su seno, además del Comité de Auditoría exigido por la Ley del Mercado de Valores, una Comisión, o dos comisiones separadas, de Nombramientos y Retribuciones.

Que las reglas de composición y funcionamiento del Comité de Auditoría y de la Comisión o comisiones de Nombramientos y Retribuciones figuren en el Reglamento del Consejo, e incluyan las siguientes:

- a. Que el Consejo designe los miembros de estas Comisiones, teniendo presentes los conocimientos, aptitudes y experiencia de los consejeros y los cometidos de cada Comisión; delibere sobre sus propuestas e informes; y ante él hayan de dar cuenta, en el primer pleno del Consejo posterior a sus reuniones, de su actividad y responder del trabajo realizado;
- b. Que dichas Comisiones estén compuestas exclusivamente por consejeros externos, con un mínimo de tres. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la asistencia de consejeros ejecutivos o altos directivos, cuando así lo acuerden de forma expresa los miembros de la Comisión.
- c. Que sus Presidentes sean consejeros independientes.
- d. Que puedan recabar asesoramiento externo, cuando lo consideren necesario para el desempeño de sus funciones.
- e. Que de sus reuniones se levante acta, de la que se remitirá copia a todos los miembros del Consejo.

40. Que la supervisión del cumplimiento de los códigos internos de conducta y de las reglas de gobierno corporativo se atribuya a la Comisión de Auditoría, a la de Nombramientos, o, si existieran de forma separada, a las de Cumplimiento o Gobierno Corporativo.

Comité de Auditoría

En esta materia el Código conjuga lo previsto en la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005 con lo establecido de forma imperativa por la disposición adicional 18ª de la Ley del Mercado de Valores, modificada por la Ley 12/2010, de 30 de junio, de auditoría de cuentas⁶.

Considera que el Comité de Auditoría debe supervisar la función de auditoría interna de la sociedad y ejercer importantes funciones en materia de gestión de riesgos. A fin de establecer vías de contacto más estrechas y directas entre el Comité de Auditoría y los accionistas, recomienda que sea el propio Presidente del Comité de Auditoría quien informe a la Junta General sobre las reservas o salvedades que existan en el informe de los auditores externos.

Los miembros del Comité de Auditoría deberían tener conocimientos contables, financieros e incluso de gestión (por ejemplo, para poder pronunciarse con fundamento sobre “operaciones vinculadas”).

Como novedad procedente de la Recomendación de la Comisión Europea –inspirada, a su vez, en la experiencia de Estados Unidos, Reino Unido y otros países cuyas compañías tienen establecidos cauces internos para que sus empleados puedan denunciar irregularidades (*whistleblowing*)–, el Código recomienda que las sociedades cotizadas encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de mecanismos de esa naturaleza, que protejan la identidad del denunciante e incluso, si se considera oportuno, permitan su anonimato. El Código parte de que tales mecanismos se destinarán preferentemente a la denuncia de irregularidades financieras y contables y, sobre todo, que respetarán escrupulosamente las limitaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por ello, se recomienda:

41. Que los miembros del Comité de Auditoría, y de forma especial su presidente, se designen teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o gestión de riesgos.

42. Que las sociedades cotizadas dispongan de una función de auditoría interna que, bajo la supervisión del Comité de Auditoría, vele por el buen funcionamiento de los sistemas de información y control interno.

43. Que el responsable de la función de auditoría interna presente al Comité de Auditoría su plan anual de trabajo; le informe directamente de las incidencias que se presenten en su desarrollo; y le someta al final de cada ejercicio un informe de actividades.

⁶ Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, para su adaptación a la normativa comunitaria.

44. Que la política de control y gestión de riesgos identifique al menos:

- a. Los distintos tipos de riesgo (operativos, tecnológicos, financieros, legales, reputacionales...) a los que se enfrenta la sociedad, incluyendo entre los financieros o económicos, los pasivos contingentes y otros riesgos fuera de balance;
- b. La fijación del nivel de riesgo que la sociedad considere aceptable;
- c. Las medidas previstas para mitigar el impacto de los riesgos identificados, en caso de que llegaran a materializarse;
- d. Los sistemas de información y control interno que se utilizarán para controlar y gestionar los citados riesgos, incluidos los pasivos contingentes o riesgos fuera de balance.

45. Que corresponda al Comité de Auditoría:

1º En relación con los sistemas de información y control interno:

- a. Que los principales riesgos identificados como consecuencia de la supervisión de la eficacia del control interno de la sociedad y la auditoría interna, en su caso, se gestionen y den a conocer adecuadamente.
- b. Velar por la independencia y eficacia de la función de auditoría interna; proponer la selección, nombramiento, reelección y cese del responsable del servicio de auditoría interna; proponer el presupuesto de ese servicio; recibir información periódica sobre sus actividades; y verificar que la alta dirección tiene en cuenta las conclusiones y recomendaciones de sus informes.
- c. Establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si se considera apropiado, anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa.

2º En relación con el auditor externo:

- a. Recibir regularmente del auditor externo información sobre el plan de auditoría y los resultados de su ejecución, y verificar que la alta dirección tiene en cuenta sus recomendaciones.
- b. Asegurar la independencia del auditor externo y, a tal efecto:
 - i. Que la sociedad comunique como hecho relevante a la CNMV el cambio de auditor y lo acompañe de una declaración sobre la eventual existencia de desacuerdos con el auditor saliente y, si hubieran existido, de su contenido.
 - ii. Que se asegure que la sociedad y el auditor respetan las normas vigentes sobre prestación de servicios distintos a los de auditoría, los límites a la concentración del negocio del auditor y, en general, las demás normas establecidas para asegurar la independencia de los auditores;

iii. Que en caso de renuncia del auditor externo examine las circunstancias que la hubieran motivado.

46. Que el Comité de Auditoría pueda convocar a cualquier empleado o directivo de la sociedad, e incluso disponer que comparezcan sin presencia de ningún otro directivo.

47. Que el Comité de Auditoría informe al Consejo, con carácter previo a la adopción por éste de las correspondientes decisiones, sobre los siguientes asuntos señalados en la Recomendación 8:

- a. La información financiera que, por su condición de cotizada, la sociedad deba hacer pública periódicamente. El Comité debiera asegurarse de que las cuentas intermedias se formulan con los mismos criterios contables que las anuales y, a tal fin, considerar la procedencia de una revisión limitada del auditor externo.
- b. La creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia del grupo.
- c. Las operaciones vinculadas, salvo que esa función de informe previo haya sido atribuida a otra Comisión de las de supervisión y control.

48. Que el Consejo de Administración procure presentar las cuentas a la Junta General sin reservas ni salvedades en el informe de auditoría y que, en los supuestos excepcionales en que existan, tanto el Presidente del Comité de Auditoría como los auditores expliquen con claridad a los accionistas el contenido y alcance de dichas reservas o salvedades.

Comisiones de Nombramientos y Retribuciones

El acierto en el nombramiento y motivación posterior de los consejeros resulta decisivo para que el Consejo desempeñe sus funciones con eficacia. La Comisión de Nombramientos, aunque subordinada a las decisiones últimas del Consejo, auxilia a éste, en general, en el logro de ese objetivo y permite aliviar los potenciales conflictos de interés del Consejo en pleno cuando tiene que nombrar a consejeros. A tal fin el Código establece que los candidatos a consejeros independientes sean siempre propuestos al Consejo por la Comisión de Nombramientos, mientras que el resto de consejeros vayan siempre informados por ella.

Por otra parte, la pluralidad de consideraciones técnicas a tener en cuenta al diseñar un sistema de retribuciones para consejeros y directivos que sea a la vez eficiente y equitativo requerirá de los miembros de la Comisión de Retribuciones una capacidad de juicio y comprensión acordes con la consustancial complejidad de esa tarea. El Consejo debiera tener en cuenta estos requerimientos al nombrar a los miembros de dicha Comisión y al dotarla de los medios para que se asesore adecuadamente.

Aunque el Código mantenga el principio de que dichas Comisiones sólo las compongan consejeros externos, prevé, debido a la especial naturaleza de sus funciones, que consulten al Presidente y al primer ejecutivo de la sociedad, especialmente en las materias relacionadas con los consejeros ejecutivos.

Por la especial trascendencia que este Código atribuye a la Comisión de Nombramientos en la designación de consejeros independientes, el Código contempla que la Comisión de Nombramientos no sólo esté compuesta por consejeros externos, sino que además los independientes sean mayoría.

Por todo ello, se recomienda:

Comisión de Nombramientos

49. Que la mayoría de los miembros de la Comisión de Nombramientos –o de Nombramientos y Retribuciones, si fueran una sola– sean consejeros independientes.

50. Que correspondan a la Comisión de Nombramientos, además de las funciones indicadas en las Recomendaciones precedentes, las siguientes:

- a. Evaluar las competencias, conocimientos y experiencia necesarios en el Consejo, definir, en consecuencia, las funciones y aptitudes necesarias en los candidatos que deban cubrir cada vacante, y evaluar el tiempo y dedicación precisos para que puedan desempeñar bien su cometido.
- b. Examinar u organizar, de la forma que se entienda adecuada, la sucesión del Presidente y del primer ejecutivo y, en su caso, hacer propuestas al Consejo, para que dicha sucesión se produzca de forma ordenada y bien planificada.
- c. Informar los nombramientos y ceses de altos directivos que el primer ejecutivo proponga al Consejo.
- d. Informar al Consejo sobre las cuestiones de diversidad de género señaladas en la Recomendación 13 de este Código.

51. Que la Comisión de Nombramientos consulte al Presidente y al primer ejecutivo de la sociedad, especialmente cuando se trate de materias relativas a los consejeros ejecutivos.

Y que cualquier consejero pueda solicitar de la Comisión de Nombramientos que tome en consideración, por si los considerara idóneos, potenciales candidatos para cubrir vacantes de consejero.

Comisión de Retribuciones

52. Que corresponda a la Comisión de Retribuciones, además de las funciones indicadas en las Recomendaciones precedentes, las siguientes:
- a. Proponer al Consejo de Administración:
 - i. La política de retribución de los consejeros y altos directivos;
 - ii. La retribución individual de los consejeros ejecutivos y las demás condiciones de sus contratos.
 - iii. Las condiciones básicas de los contratos de los altos directivos.
 - b. Velar por la observancia de la política retributiva establecida por la sociedad.
53. Que la Comisión de Retribuciones consulte al Presidente y al primer ejecutivo de la sociedad, especialmente cuando se trate de materias relativas a los consejeros ejecutivos y altos directivos.