
Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

COMENTARIO GENERAL

INTRODUCCIÓN

- El **Instituto de Consejeros-Administradores (IC-A)** es la **asociación española de Consejeros/Administradores** de empresas o entidades. El IC-A es una **iniciativa de la Sociedad Civil** que difunde y promueve las **mejores prácticas de gobierno corporativo internacionales**.
- El IC-A promueve, activamente, las mejores prácticas de Buen Gobierno Corporativo y representa, a título **individual**, a consejeros y administradores, de empresas cotizadas, no cotizadas, familiares y entidades. El IC-A cuenta entre sus miembros con **consejeros internos/ejecutivos, externos/no ejecutivos (dominicales, independientes y otros)**. El IC-A entiende que la Administración y los Poderes Públicos, en general, deberían fomentar que la aplicación de las mejores prácticas de Buen Gobierno se haga extensiva, con los **matices y salvedades que sean de rigor**, no sólo a Sociedades Cotizadas sino también a Sociedades No Cotizadas, entidades o agencias públicas y, en general, también a la propia Administración en su actuación. El Buen Gobierno y la ética no son patrimonio exclusivo del mundo empresarial, sino que deben ser unos valores generalmente observados por los individuos, empresas y la administración, independientemente que hayan sido promovidos activamente desde la Sociedad Civil.
- El IC-A ha dado la bienvenida a las distintas iniciativas y normativas que se han puesto en marcha tanto desde la Administración actual, como desde la Administración anterior, en materia de Gobierno Corporativo y fomento de la

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

Transparencia, con el fin de dotar a España y a las empresas españolas de las mejores prácticas de gobierno empresarial.

- La necesidad de dotar a las sociedades cotizadas españolas de un **Código Único** en materia de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades cotizadas, ha sido un objetivo reiteradamente requerido a las diferentes Administraciones desde diferentes ámbitos sociales y empresariales. El IC-A, en ausencia de un Código unificado para España y con el fin de dotar a las Sociedades Españolas Cotizadas de un patrón de conducta, mientras se producía su elaboración por la Administración, lanzó, en Julio de 2004, sus **"Principios de Buen Gobierno Corporativo"**, cuyos contenidos y vigencia han sido refrendados por las últimas recomendaciones europeas e internacionales.
- El IC-A aplaude y quiere llamar la atención sobre la encomiable actitud de aquellas empresas españolas que ya hoy creen y ponen en práctica, en su actividad diaria, los principios del Buen Gobierno Corporativo y considera que, como resultado de ello, el mercado les está premiando frente a aquellas otras empresas que quieren utilizar el Buen Gobierno Corporativo como un mero disfraz.
- En relación al Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas anunciado el 18 de enero de 2006, el IC-A valora positivamente el trabajo y esfuerzo de concreción realizado. El IC-A considera que el texto propuesto es **un buen punto de partida** y un avance frente a la situación actual, si bien es susceptible de ser enriquecido. El IC-A cree que es necesario dotar a las empresas españolas de un Código equilibrado, práctico y de referencia basado en el texto propuesto que permita situar en España el Gobierno Corporativo de las empresas españolas cotizadas, cuando menos, **entre los países** que, sin ser líderes en Buen Gobierno Corporativo, si están en una posición destacada en esta materia.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- A continuación el IC-A, en su continuo afán de seguir contribuyendo a la sociedad, en la mejora del Gobierno Corporativo, realiza, en esta etapa de consulta pública, un comentario **detallado** al documento anunciado por la CNMV el 18/01/06 para las sociedades cotizadas. El Instituto de Consejeros-Administradores continuará, promoviendo las mejores prácticas de gobierno corporativo, desempeñando un papel activo en la defensa y representación de los intereses de los Consejeros y Administradores.

PREAMBULO

- Las empresas, su consejo de administración y sus consejeros son reflejo de la sociedad que vivimos. Desde hace años la sociedad está demandando en general un comportamiento más transparente y ajustado a la ética. Los escándalos empresariales ocurridos en los últimos años, pero también otros más recientes y otros que puedan surgir, han obligado a las Administraciones de distintos países a promover transparencia en el gobierno de las sociedades cotizadas y la promoción de las mejores prácticas, elevando el grado de exigencias mínimas de información sobre el gobierno de las sociedades que deben suministrar al regulador las distintas empresas que operan en los distintos mercados financieros y de valores. Este aumento en las exigencias y responsabilidades impuestas a los administradores requieren a su vez, la constante actualización y desarrollo profesional de éstos, así como un **justo equilibrio entre sus derechos y responsabilidades**.
- Con anterioridad a formular comentarios sobre el Proyecto de Código Unificado, es necesario tener en cuenta como punto de partida **la situación en que, en general, se encuentran actualmente las Sociedades Cotizadas en España**. Se trata de una situación hasta cierto punto anómala, que ha dado lugar a los

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

diferentes comentarios que aunque son legítimos, no dejan de mostrar la reticencia al cambio de determinados sectores empresariales, con el fin, en muchos casos, de mantener una situación de privilegio de unos accionistas frente a otros.

A modo de ejemplo y sin ser exhaustivos, conviene volver a recordar los siguientes datos que reflejan la situación de muchas SOCIEDADES ESPAÑOLAS COTIZADAS, y que son reflejo elocuente de la **pobre situación actual del Buen Gobierno Corporativo en nuestro país:**

- o Más del 67% de los Presidentes de Consejos de Administración de Sociedades Españolas Cotizadas son, simultáneamente, Presidentes de Consejo de Administración y Primer Ejecutivo de la propia Sociedad. Potencialmente, tal como reconoce la Comisión Europea y la mayor parte de las Administraciones de los diferentes países occidentales, ello da lugar a una inadecuada gestión de los posibles conflictos de interés, debido a que la excesiva concentración de poder en manos del Presidente Ejecutivo no encuentra dentro del Consejo, un adecuado contrapoder que dote a este último del necesario balance interno y del control efectivos sobre el gobierno de la Sociedad. Adicionalmente, la gestión del Primer Ejecutivo solamente es evaluada en el 36% de las Compañías.
- o Más del 94% de los “Consejeros Independientes” han sido elegidos por un procedimiento que afecta claramente a su independencia, dado que han sido nombrados a propuesta del Presidente Ejecutivo y/o de un accionista dominical.
- o Existencia en diferentes compañías de una sobre-ponderación en el Consejo de Administración de consejeros dominicales representantes de accionistas, cuyo número excede notoriamente del que les correspondería

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

en función al capital representado por ellos, lo que unido a que en determinadas compañías existe además **un excesivo número de consejeros ejecutivos** que aunque no son dominicales, suelen votar en línea con los intereses de los consejeros dominicales, propicia una situación de privilegio de unos accionistas frente a otros. Esto sucede, **sobre todo**, en las compañías cotizadas sin núcleo duro de control o con más del 50% del capital en "free float".

- o Al ser el consejo de administración un órgano colegiado unitario de cuyas decisiones dimanen responsabilidades solidarias que afectan a todos los consejeros, **la unicidad y responsabilidad solidaria son independientes de la composición del consejo**. La atribución de ruptura de la unicidad y responsabilidad solidaria a una u otra composición de consejo, en realidad intenta perpetuar situaciones de privilegio y control en las que una minoría de accionistas decide e impone sus criterios al resto de accionistas y no tienen ninguna relación con el criterio de proporcionalidad exigible a los accionistas para designar sus representantes en el consejo.
- o Los cuatro puntos anteriormente mencionados por si solos o combinados entre si, muestran claramente que en buena medida, bastantes de las Sociedades Españolas Cotizadas viven en una situación de privilegios de unos accionistas frente a otros y que existe una clara falta de adecuada representatividad de los accionistas minoritarios en el seno del consejo, todo lo cual hace patente la necesidad de mejorar el gobierno de las sociedades cotizadas.
- o La situación de clara indefensión y de falta de atención a los legítimos derechos de los accionistas minoritarios se ha puesto en evidencia, en el

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

curso de determinadas operaciones corporativas que han tenido lugar en los últimos años.

- o Falta además una definición y una regulación más precisa y detallada sobre las operaciones vinculadas y la forma de hacer frente a los conflictos de interés que de ellas dimanen.
- o Por otra parte, las normas existentes para resolver y gestionar los conflictos de interés que puedan surgir, entre la sociedad y sus accionistas, administradores y directivos en materias tales como remuneraciones, nombramientos, operaciones vinculadas y otras, resulta escasa e inadecuada.

Lo anteriormente mencionado, que refleja el bajo nivel de la estructura de Gobierno Corporativo existente en nuestro país en la mayoría de las sociedades cotizadas, se hace patente en un reciente estudio de Standard and Poors, en donde se analiza y compara, la relación existente entre la clasificación crediticia del país y el Gobierno Corporativo en dicho país. Según dicho estudio, dentro de los países con clasificación AAA, España ocupa el último lugar en materia de prácticas de Gobierno Corporativo. Una de las razones esgrimidas de esta pobre clasificación, es debida a una menor protección de los derechos de los accionistas, sobre todo los minoritarios, en el sistema normativo y legal de España en comparación con otros países con clasificación AAA.

- Por ello es indispensable dar un paso adelante dotando a las empresas cotizadas de un Código Unificado que basado en la versión propuesta y una vez enriquecido permita situar a España y a sus empresas cotizadas, cuando menos, entre los

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

países que, **sin ser líderes** en Buen Gobierno Corporativo, si están en una posición destacada en esta materia.

- En relación al Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas anunciado el pasado 18 de enero de 2006, el IC-A quisiera hacer las siguientes puntualizaciones:
 - Dado que dicho código es un código cuyo **cumplimiento es voluntario** y basado en el principio de cumplir o explicar, (es decir, en caso de no cumplimiento se han de explicar las razones de su no seguimiento), **debería realizarse un esfuerzo en mejorar la redacción del texto de forma que el tono de la redacción hiciera hincapié en el carácter de recomendación.**

Dentro de la libertad de mercado, la empresa deberá elegir el seguimiento de las recomendaciones o no. Del cumplimiento de las recomendaciones o de la razonabilidad de las explicaciones del no cumplimiento, el mercado situará a las empresas y a la cotización de sus acciones en el lugar que le corresponda.

- Así mismo y dada la **probada limitada efectividad**, en entornos con poca tradición en Buen Gobierno Corporativo, de los Códigos (como el código unificado sobre el cual se realizan estos comentarios), sería recomendable que la Administración analizase la conveniencia de que determinadas recomendaciones, **mínimas**, del Proyecto de Código **tengan desarrollo normativo propio**, si es que se quiere que el código unificado tenga un mínimo efecto o repercusión en la conducta de las sociedades cotizadas. El IC-A recuerda cual ha sido el distinto grado de eficacia y efecto de los últimos códigos en función de su carácter

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

exclusivamente de recomendación (Olivencia), y aquellos donde además de la recomendación había unas mínimas normas de obligado cumplimiento, (Aldama/Ley de Transparencia/Informe Anual de Gobierno Corporativo). En particular, el IC-A recomendaría a la Administración que tuvieran un desarrollo normativo propio los siguientes elementos del Código:

- Incorporación a la legislación de Sociedades de aquellos puntos nuevos que según el Código Unificado, han de someterse a la decisión de la Junta de Accionistas.
 - Existencia obligada por ley en las Sociedades Cotizadas, de Comisiones de Nombramientos y de Retribuciones, en adición a la ya existente Comisión de Auditoría.
 - Incorporación a normas jurídicas de obligado cumplimiento de la definición de Consejero Independiente del Código Unificado, que ha estado basada en la definición de la Comisión Europea.
- El Instituto de Consejeros-Administradores defiende la **existencia** de un **equilibrio razonable** entre regulación, es decir, normas de obligado cumplimiento y autorregulación, normas a cumplir, de forma voluntaria, por todos aquellos que deseen estar a la vanguardia del buen gobierno corporativo y que, en caso de no cumplimiento, se han de explicar las razones de su no seguimiento. **La necesaria libertad de actuación de que deben gozar las empresas cotizadas en su Gobierno Corporativo, no debe estar reñida con el cumplimiento de determinadas normas legales mínimas que protejan los derechos e intereses legítimos de los accionistas e inversores.**

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- Los comentarios que se detallan a lo largo de este documento se centrarán, entre otros, en los siguientes puntos:
 - Juntas: Estatutos, Nombramientos y Retribuciones de Consejeros y Retribución Presidente Ejecutivo. Informe sobre Política de Retribuciones de los Consejeros.
 - Consejo:
 - Unicidad del consejo y responsabilidad solidaria de los consejeros
 - Estructura funcional y criterio de proporcionalidad
 - Diversidad. Composición del consejo
 - Presidente del consejo y primer ejecutivo. Separación de funciones. Consejero Principal.
 - Consejeros Independientes. Criterios y periodo transitorio
 - Nombramientos y retribución de consejeros: Regla de Higiene (Alta dirección relacionada con Primer ejecutivo aprobación por el Consejo; Consejeros/Consejo aprobación/ratificación por la Junta General)
 - Cambio de Control de la Sociedad/Informes de las Comisiones: Informe, Comisión Auditoría sobre Ecuación de Canje, e informes Comisiones Nombramientos y Retribuciones en situaciones de cambio de control.
 - Comisiones: Auditoría, Nombramientos, Retribuciones.
 - Otros
- Los comentarios que a continuación se realizan, se basan en la experiencia de haber llevado a cabo, previamente, la tarea de redacción de un Código de Buen Gobierno Corporativo para Sociedades Cotizadas en España, (Código que ha

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

recibido un amplio reconocimiento nacional e internacional) fruto de la dilatada experiencia y conocimiento, tanto de sus miembros como de otras organizaciones internacionales afines con las que el IC-A mantiene estrechas relaciones, sobre el estado del arte del gobierno corporativo de sociedades cotizadas en los diferentes países de nuestro entorno. El Código de Buen Gobierno del IC-A es, de esta forma, el fiel reflejo de las opiniones y preocupaciones que nos han transmitido diversos inversores institucionales internacionales relevantes (**más del 35% de la bolsa española está en manos de inversores extranjeros**); de las opiniones de numerosos consejeros en el ejercicio activo de sus funciones en empresas cotizadas en España (**más del 50% de sociedades cotizadas del IBEX-35, tienen consejeros miembros del IC-A**).

- Las propuestas del IC-A en materia de gobierno corporativo, lejos de responder a criterios utópicos o académicos, se basan en el sentido común, la experiencia y la practicidad, lo que hace que sean ampliamente aceptadas en otros países de nuestro entorno y que huyan de incurrir en posturas extremistas.
- El Instituto recuerda y reitera que, para que los consejeros, (y sobre todo los no ejecutivos), puedan realizar su trabajo y **opinar de forma documentada y responsable**, debe garantizarse el acceso de éstos a la información necesaria, así como, en aquellos casos que sea necesario, el uso de asesores externos, a costa de la compañía, para poder opinar de forma informada y responsable.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

Comentarios específicos sobre Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

Agradeciendo en primer lugar la oportunidad de contribuir al contenido de dicho Proyecto y, al objeto de enriquecerlo con aportaciones derivadas de las mejores prácticas de buen gobierno corporativo internacional, se realizan los siguientes comentarios y propuestas con redacción alternativa.

- General:
 - El IC-A recomendaría a la Administración que realice un desarrollo normativo propio los siguientes elementos del Código Unificado:
 - Incorporación a la legislación de Sociedades de aquellos puntos nuevos que según el Código Unificado, han de someterse a la decisión de la Junta de Accionistas.
 - Existencia obligada por ley en las Sociedades Cotizadas, de Comisiones de Nombramientos y de Retribuciones, adicionales a la Comisión de Auditoría.
 - Incorporación a normas jurídicas de obligado cumplimiento de la definición de Consejero Independiente que ha estado basada en la definición de la Comisión Europea.
 - Se recomienda se dote al Código Unificado de un anexo al final del mismo, donde se listaran de forma resumida ejecutiva, aquellas normas legales que resulten de aplicación a la Junta, Consejo y Consejeros y que dado su carácter de normativa legal no están recogidas en el código. El fin que se persigue con esta incorporación,

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

es que los administradores tengan en un único documento, aunque sea de forma resumida, junto a aquellas recomendaciones que son de aplicación pero son voluntarias y, por tanto, sujetas al principio de cumplir o explicar, así como, aquellas otras normas o preceptos que son de obligada aplicación y observancia por su carácter de preceptos legales.

- o Se recomienda se redacte el texto de una forma que refleje la voluntariedad de las distintas recomendaciones introduciéndose vocablos, como "se recomienda que", "es una buena práctica", etc.

Se adjuntan comentarios y redacción alternativa. Se identifican los cambios y/o redacción alternativa con letra cursiva. Así mismo, de forma resumida se incorporan razones de dicha redacción alternativa.

Juntas:

- Capítulo I. Recomendaciones Generales. Competencias de la Junta - Recomendación 4. Pg 7.

4. Aunque no lo exijan de forma expresa las Leyes mercantiles, se someterán a la aprobación o ratificación de la Junta General de Accionistas las siguientes decisiones del Consejo de administración:

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 enajenación *por cualquier título* de activos operativos esenciales, cuando entrañe una modificación efectiva del objeto social(6);

RAZÓN: *Clarificación para evitar cualquier duda de que por enajenación no pueda entenderse operaciones societarias tales como la aportación de rama de actividad*

- Recomendaciones Generales. Cotización de Sociedades Integradas en Grupos - Capítulo 1. Recomendación 2. Pg 7.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

2. *En aquellas reuniones de Consejo en las que ~~cuando existan o~~ se prevean discusiones sobre operaciones vinculadas entre una sociedad dependiente cotizada y su sociedad matriz, sea o no cotizada, en la reunión del Consejo de la sociedad dependiente ~~tendrán amplia mayoría el voto del conjunto de los consejeros independientes más los dominicales de los accionistas que carezcan de vínculos con el dominante.~~ los consejeros en representación de la Sociedad matriz y cuales quiera otras conflictuadas, se ausentarán de la reunión, cuando se trate la operación vinculada, y no delegarán su voto en la votación sobre dicha operación.*

RAZON: *Se permite la cotización de la filial, no se cambia el criterio de proporcionalidad en representación del capital y sí se dota de un procedimiento básico para la gestión de la operación vinculada y conflicto de interés.*

- Votación separada de asuntos - Recomendación 5. Pg. 8

C) A la aprobación o ratificación, a propuesta del Consejo, del informe sobre la política de retribuciones de los consejeros, con indicación de la remuneración individual de cada uno de los ellos.

En el caso de sociedades sin accionista mayoritario o sin núcleo duro de control con mayoría y que adicionalmente coincidan las funciones de primer ejecutivo con las de Presidente del Consejo, se someterá como punto independiente del día, a aprobación de la Junta la remuneración total del primer ejecutivo, tanto en su faceta de presidente del consejo, como en su faceta de primer ejecutivo.

RAZÓN: *Se evita el conflicto de interés que existiría si los propios administradores se aprobasen sus propias retribuciones. Se eleva al siguiente nivel (la Junta) la aprobación o ratificación de la decisión de las retribuciones de los administradores.*

RAZÓN: *En Sociedades con presidente ejecutivo y sin accionista de control con mayoría se añade un elemento de control adicional y se evita el conflicto de intereses en la retribución del primer ejecutivo.*

Consejo:

- Competencias – Capítulo 2. Recomendación b- ii). Pg. 10

ii) La propuesta, para aprobación o ratificación por la Junta, de la política de retribución de los consejeros, así como, en el caso de los ejecutivos, la retribución adicional por sus funciones ejecutivas y la aprobación de sus contratos, con la excepción del Presidente Ejecutivo.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

RAZÓN: *Evitar conflictos de interés y se eleva al siguiente nivel (Junta) la aprobación o ratificación. Se mantiene que la propuesta deba nacer del consejo a través de la Comisión de Retribuciones.*

- Competencias – Capítulo 2. Recomendación c. Pg. 10

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

RAZÓN: *Matización.*

- Competencias – Capítulo 2. Recomendación 9 b (v). Pg. 10

v) *En general las operaciones fuera de balance. En particular, la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial (10) 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 (11).*

RAZÓN: *Entendemos que dentro de las competencias del Consejo, debe incluirse las operaciones fuera de balance. La propuesta de reforma de la directiva de auditoría 78/660 incluye, dentro de su considerando séptimo, la utilización de sociedades de propósito especial como una más de las operaciones fuera de balance, y por ello sugerimos la redacción alternativa antes mencionada.*

La redacción de esta propuesta podría redactarse de otra forma, más en la línea de la citada propuesta de reforma. Nosotros hemos seguido en nuestra propuesta el criterio del mínimo cambio posible.

RAZÓN: *Matización*

- Unicidad del consejo y responsabilidad solidaria de los consejeros - Capítulo 2 del Consejo de Administración. Pg.11

Con anterioridad al inicio del tamaño y composición, debería introducirse un párrafo que deje claro la **unicidad** del consejo, la necesidad de un reglamento y la subordinación de las comisiones al consejo. *“El consejo es un órgano unitario del que emanan responsabilidades solidarias de las decisiones que este tome. Debe existir un reglamento del consejo que contenga una definición explícita de su propósito, funciones, obligaciones, prioridades y manera de operar. El contenido del Reglamento debe definir, además, una estructura interna basada en comisiones determinando competencias y funciones de cada una. Las comisiones son **órganos***

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

internos del consejo e informarán a este de sus actividades regularmente."

RAZON: *Las comisiones/Comités son órganos internos del consejo y debe evitarse trasladar la idea que pueden funcionar de forma totalmente independiente.*

- Notas al Texto. 14 - Comentario. Pg. 11

14. **Comentario:** Se entenderán vinculados a la sociedad aquellos consejeros que dejen de ser formalmente "independientes" por el transcurso del plazo de ~~12~~ 10 años señalado en la Recomendación 39. En el caso de consejeros vinculados a accionistas significativos o ya representados en el Consejo, la sociedad deberá hacer público el accionista concreto al que se entienda vinculado el consejero.

RAZON: *Acotar el tiempo a lo que es normal en países de nuestro entorno. El mandato de plazo **máximo** de seis años es un máximo, y dos mandatos pueden ser de duración inferior a doce.*

- Estructura funcional y criterio de proporcionalidad - Recomendación 17. Pgs. 12

Con la redacción actual no queda claro si la intención de esta recomendación es sugerir que debe existir un principio de buen gobierno consistente en que las sociedades cotizadas deben establecer criterios de acceso al Consejo de Administración para los consejeros dominicales, o no. Se debería precisar cuál es la intención de esta Recomendación.

Si se quiere establecer una regla de acceso, la redacción podría ser la siguiente:

"Se recomienda que las sociedades establezcan criterios de entrada en el Consejo de Administración para consejeros dominicales. En el Informe Anual de Gobierno Corporativo, deberán explicarse las razones por las cuales se haya nombrado consejeros dominicales a instancia de accionistas cuya participación accionarial sea inferior al 5% del capital.

"Igualmente, deberá informarse de 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."

RAZON: *El IC-A recomendaría que las sociedades tengan establecidos criterios de acceso al consejo para los consejeros dominicales y que estos sean **públicos**.*

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- Estructura funcional y criterio de proporcionalidad - Recomendación 18. Pgs. 12 y 13

18. Dentro de los consejeros externos, la relación entre el número de consejeros dominicales y el de independientes reflejará la proporción existente entre el capital de la sociedad representado en el Consejo 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:~~

~~1º En sociedades de elevada capitalización en las que sean escasas o nulas las participaciones accionariales que tengan legalmente la consideración de significativas²⁰, pero existan accionistas con paquetes accionariales de elevado valor absoluto.~~

~~2º Cuando se trate de sociedades en las que exista una pluralidad de accionistas representados en el Consejo, y no tengan vínculos entre sí²¹.~~

~~Como límite a esa eventual sobreponderación en el Consejo de Los consejeros dominicales, éstos sólo podrán representar más de la mitad del número total de consejeros cuando representen más del 50% del capital social. Si por el contrario, el capital representado en el consejo por los consejeros dominicales es menor del 50%, los consejeros independientes deberán ser más de la mitad del número de consejeros.~~

RAZÓN: *El Instituto propone la eliminación de la sobreponderación y la vuelta al principio de proporcionalidad estricta que recogía el Código Olivencia. Así mismo, la no existencia de vínculos entre sí entre accionistas con anterioridad a su entrada al consejo, no exime que una vez en el consejo se establezcan vínculos para actuar de forma coordinada. En suma, la sobreponderación de consejeros dominicales es una fuente de problemas y de excesos.*

RAZON: *La mayoría en el Consejo de consejeros independientes, tiene relación con la no existencia de grupo de control con más del 50% del capital y no tiene relación con la sobreponderación o no.*

La sobreponderación de dominicales sólo puede dar lugar a excesos, sobre todo si no existen límites al número máximo total de consejeros dominicales adicionales a los que correspondería el criterio de proporcionalidad.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- Diversidad - Recomendación 19, 20, 21. Pg. 13

Diversidad de género

~~19. Cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo deberá explicar los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación²². El Consejo deberá estar compuesto por Consejeros que en su conjunto tengan el necesario conocimiento, juicio y experiencia para realizar adecuadamente sus tareas. Esta diversidad evitará la discriminación por razones de género, raza, nacionalidad, ideas políticas, credo y otros.~~

20. En particular, la Comisión de nombramientos deberá velar para que al proveerse nuevas vacantes:

a) Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la *diversidad* ~~selección de consejeras~~;

b) La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, ~~mujeres~~ *personas* que reúnan el perfil profesional buscado. *Para ello deberá buscarse, más allá de los ámbitos tradicionales de búsqueda de potenciales candidatos/as.*

~~21. El Informe Anual de Gobierno Corporativo incluirá un apartado sobre diversidad de género con información detallada sobre:~~

~~a) La distribución por sexos, al término del ejercicio, del personal de la sociedad, desglosado en un número suficiente de categorías o niveles, entre los que figurarán el de altos directivos y el de consejeros.~~

~~b) Los cambios producidos en dicha distribución a lo largo del ejercicio²³.~~

RAZON: *La diversidad puede ser un bien para el consejo. Lo otro es una decisión política más allá de la libertad empresarial.*

- Presidente del consejo y primer ejecutivo - Recomendación 22 y 23. Pgs. 13 y 14

22. El Presidente será responsable del eficaz funcionamiento del Consejo. Se asegurará de que los consejeros reciben con carácter previo información suficiente. Estimulará el debate durante las sesiones. Organizará y coordinará con los presidentes de las Comisiones relevantes la evaluación periódica del Consejo, así como, en su caso, la del Consejero Delegado o primer ejecutivo.

Se considera una práctica de buen gobierno que exista una separación clara, explícita, escrita y aprobada, de las funciones, tareas y

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

responsabilidades del Presidente no ejecutivo del Consejo, con las del Consejero Delegado / Primer ejecutivo, como primer ejecutivo. El Consejo debe aprobar las reglas escritas que garanticen dicha separación. El Presidente del Consejo de Administración no debería tener carácter ejecutivo, y los cargos de Presidente del Consejo y Primer Ejecutivo, deberían ser ocupados por personas distintas.

En el ejercicio práctico del gobierno y la gestión de la Sociedad, nadie debe tener poderes de decisión ilimitados. Además, el ejercicio de tales poderes debe estar sujeto a control.

23. Cuando el Presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se designará de entre los consejeros independientes un Vicepresidente o Consejero Principal que estará facultado para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día, que podrá organizar reuniones de coordinación entre consejeros externos y que dirigirá el proceso de evaluación del Presidente. Entre sus cometidos estará hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos²⁴.

RAZON:

- *Introducción, de la separación de funciones entre el Presidente del Consejo y el Primer Ejecutivo, vía sugerencia de una buena práctica de Buen Gobierno Corporativo dejando a libre elección por la empresa su incorporación o no. En el mundo hay una tendencia clara a la separación de funciones.*
- *Si el Presidente del Consejo es a la vez Primer Ejecutivo, tal como indican la mayoría de los Códigos de Buen Gobierno y los Principios de Buen Gobierno Corporativo del IC-A, de un contrapoder al Presidente Ejecutivo vía la definición de las funciones y título para el Consejero Principal. La utilización del nombre Consejero Principal en lugar de Vice-Presidente puede facilitar su incorporación en el caso español. El Consejo Principal o Lead Director, está recogido en España en el Código Olivencia.*

- Secretario - Recomendación 24. Pg. 14

El Secretario del Consejo ~~no tendrá la condición de consejero~~²⁵. podrá ser o no consejero. Se recomienda la existencia de un vicesecretario del consejo no consejero.

Uno de los dos puede ser un profesional externo a la estructura directiva de la sociedad y en cualquier caso, al menos uno de ellos deberá ser letrado.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

RAZON: Elemento a considerar en la situación actual española de Empresas Cotizadas con más del 67% de presidentes ejecutivos. Si el secretario es consejero, debe considerarse a efectos de este código como un consejero ejecutivo/interno.

- Evaluación - Recomendación 30 y 31. Pg. 15

~~30. El Consejo evaluará una vez al año, partiendo del informe que le eleve la Comisión de Nombramientos deberá acometer una evaluación periódica formal y rigurosa, al menos cada dos años, de:~~

- a) La calidad y eficiencia del funcionamiento del Consejo;
- b) El desempeño de sus funciones por el Presidente del Consejo y por el primer ejecutivo de la compañía (28);

Esta competencia se ejercerá por el propio Consejo, y no será delegable en la Comisión Delegada (29).

~~31. El Consejo también evaluará el funcionamiento de sus Comisiones, partiendo del informe que éstas le eleven.~~

En este proceso de evaluación, el asesoramiento de expertos independientes puede añadir imparcialidad al trabajo a realizar.

RAZON: El texto existente induce a pensar en la realización de auto evaluaciones cuando lo aconsejable es que sea realizada por un externo, si bien, pudiera pasarse por una primera fase de auto evaluación pero en el código no debería promocionarse expresamente la auto evaluación como la opción.

- Consejeros Dominicales - Capítulo 3. Recomendación 36. Pg. 16

b) Quienes representen a accionistas de los señalados en la letra precedente, o tengan con ellos relación de carácter estable personal o profesional.

En el caso que se mantenga el texto actual de la Recomendación 18 sobre ponderación añadiéndose un límite al número de consejeros adicionales, debería añadirse una Recomendación c) a la Recomendación 36 donde se diga:

c) Aquellos consejeros que representen a accionistas con menos del 5% del capital, según se detalla en la Recomendación 18 cuando se describe la sobre ponderación o atenuación del criterio de proporcionalidad estricta.

RAZON: Clarificación y Coherencia

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- Consejeros Independientes. Criterios y periodo transitorio: Capítulo 3. Recomendación 39 y 40. Pgs. 17, 18 y 19

39. Los consejeros independientes serán elegidos de entre personas de reconocido prestigio y acreditada independencia *con criterio propio y capacidad de defenderlo*, e integridad personal y profesional.

40. Sólo podrán considerarse consejeros independientes aquellos que estén en condiciones personales y profesionales de desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones pasadas, presentes o futuras con la sociedad, con los accionistas o con sus directivos.

En consecuencia, no podrán ser clasificados en ningún caso como consejeros independientes quienes:

a) Hayan sido empleados o consejeros ejecutivos del grupo *al que la sociedad pertenezca*, salvo que hubieran transcurrido 3 o 5 años, respectivamente, desde el cese en esa relación (34).

b) Perciban de la sociedad, o de cualquier otra sociedad del grupo al que la sociedad pertenezca, cualquier cantidad o beneficio por un concepto distinto de la remuneración de consejero salvo que no sea significativa.

No se tomarán en cuenta, a efectos de lo dispuesto en esta Recomendación, los complementos de pensiones que reciba el consejero en razón de su anterior relación profesional o laboral, siempre que tales complementos tengan carácter incondicional y, en consecuencia, la sociedad que los satisfaga no pueda de forma discrecional, sin que medie incumplimiento de obligaciones, suspender, modificar o revocar su devengo.

c) Sean, o hayan sido durante los últimos 3 años, socio o empleado del auditor externo en dicho periodo o del auditor de cualquier sociedad de su mismo grupo.

d) Sean consejeros ejecutivos o altos directivos de otra sociedad distinta en la que algún consejero ejecutivo o alto directivo de la sociedad sea consejero externo³⁵.

e) Mantengan, o hayan mantenido durante el último año, una relación de negocios importante con la sociedad o con cualquier sociedad de su mismo grupo, ya sea en nombre propio o como accionista, consejero o alto directivo de una entidad que mantenga o hubiera mantenido dicha relación.

Se considerarán relaciones de negocios las de proveedor de bienes o servicios, incluidos los financieros, la de asesor o consultor.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

La relación de negocios se presumirá importante cuando se hubieran cruzado facturas o pagos por un valor superior al 1% de los ingresos anuales de *la sociedad o el 10% de los ingresos anuales del asesor o consultor cualquiera de las partes*.

Lo dispuesto en esta letra será también aplicable a las relaciones de negocios que hubiera mantenido directamente el propio consejero independiente durante el año previo a su nombramiento³⁶.

f) Sean accionistas, consejeros o altos directivos de una entidad que reciba, o haya recibido durante los últimos 3 años, donaciones significativas de la sociedad o de cualquier otra sociedad de su mismo grupo³⁷.

~~g) Sean cónyuges, personas ligadas por análoga relación de afectividad, o parientes hasta de segundo grado de un consejero ejecutivo o alto directivo de la sociedad.~~

h) Hayan ocupado el puesto de consejero independiente durante un plazo ininterrumpido superior a ~~4~~ 10 años³⁸.

i) No hayan sido propuestos, ya sea para su nombramiento o renovación, por la Comisión de Nombramientos³⁹.

j) Se encuentren, respecto a algún accionista significativo o representado en el Consejo, en alguno de los supuestos señalados en las letras a), e), f) o ~~g~~ de esta Recomendación. En el caso de la relación de parentesco señalada en la letra la limitación se aplicará no sólo respecto al accionista, sino también respecto a sus consejeros dominicales.

Los consejeros dominicales que pierdan tal condición y deban cesar como consecuencia de la venta de su participación por el accionista al que representaban sólo podrán ser reelegidos como consejeros independientes cuando se den simultáneamente las siguientes condiciones:

1ª Que el accionista al que representaran hasta ese momento hubiera vendido la totalidad de sus acciones en la sociedad;

2ª Que el Comité de Nombramientos proponga por unanimidad su reelección;

3ª *Que medie al menos un año entre su cese como consejero dominical y el nuevo nombramiento como consejero independiente. Así mismo, que el tiempo durante el que hubieran sido consejeros dominicales se compute a efectos de lo dispuesto en la letra h) precedente.*

j) Sean cónyuges, personas ligadas por análoga relación de afectividad, o parientes hasta de segundo grado de las personas que se encuentren en alguna de las situaciones descritas en las letras a) a i) anteriores.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

La Comisión de nombramientos verificará anualmente, de acuerdo con lo señalado en la Recomendación 14, que cada consejero independiente sigue cumpliendo las condiciones señaladas en esta Recomendación y así se hará constar en el Informe Anual de Gobierno Corporativo.

RAZONES:

- *Matizaciones. Clarificación del concepto de grupo.*
 - *Acotar el tiempo a lo que es normal en países de nuestro entorno. El mandato de plazo **máximo** de seis años es un máximo, y dos mandatos pueden ser de duración inferior a doce.*
 - *Clarificación en cuanto al distinto tamaño y peso.*
 - *El criterio de cierre, ahora recogida en la letra J), se refiere en la recomendación europea a todas las personas implicadas en las limitaciones anteriores, no sólo a los consejeros ejecutivos y a los altos directivos.*
 - *“Los milagros” no deben promocionarse en el Buen Gobierno Corporativo sin haber pasado por un período mínimo en el purgatorio, demostrando su independencia, antes de transformarse en independiente real.*
- Nombramientos y Retribuciones - Pg. 19, 20 y 21

Debe establecerse una norma general (Regla de Higiene), en relación a la aprobación de nombramientos y retribuciones de consejeros y alta dirección basado en los siguientes principios:

- *La aprobación/ratificación de nombramiento y/o retribuciones de consejeros, debe ser competencia de la Junta General de Accionistas a propuesta del Consejo, previo informe de las comisiones de nombramientos y retribuciones.*
- *La aprobación/ratificación de nombramiento y/o retribuciones de la alta dirección que dependa del primer ejecutivo, será por el Consejo a propuesta de las Comisiones de Nombramientos/Retribuciones y el primer ejecutivo.*

RAZON: *Regla de higiene y clarificación (Consejo vs Junta General / Alta dirección relacionada con Primer ejecutivo vs Consejo)*

- Retribución de consejeros - Recomendación 49. Pg.21 y 22

49. La política de retribuciones *de los consejeros*, que será aprobada *como punto separado del orden del día* por ~~el~~ *la Junta General de Accionistas, a propuesta del Consejo de Administración, previo informe de la Comisión de Retribuciones*, se pronunciará, como mínimo, sobre las siguientes cuestiones:

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

a) Importe de los componentes fijos, con desglose, en su caso, de las dietas por participación en el Consejo y sus Comisiones y una estimación de la retribución fija anual a la que den origen;

b) Conceptos retributivos de carácter variable, incluyendo, en particular:

i) Clases de consejeros a los que se apliquen, así como explicación de la importancia relativa de los conceptos retributivos variables respecto a los fijos.

ii) Criterios de evaluación de resultados en los que se base cualquier derecho a una remuneración en acciones, opciones sobre acciones o cualquier componente variable; y

ii) Parámetros fundamentales y fundamento de cualquier sistema de primas anuales u otros beneficios no satisfechos en efectivo;

c) Principales características de los sistemas de previsión (por ejemplo, Pensiones complementarias, seguros de vida y figuras análogas)

RAZON: *Regla de higiene y clarificación (Consejo vs Junta General / Alta dirección relacionada con Primer ejecutivo vs Consejo)*

- Transparencia y votación por la Junta General de Accionistas – Recomendación 56 y 57. Pgs. 23 y 24

56. El Consejo someterá a votación *para su aprobación por* de la Junta General de Accionistas, como punto separado del orden del día, ~~y con carácter consultivo~~, un informe sobre la política de retribuciones de los consejeros *del próximo año, indicándose la retribución individual de cada uno de ellos*. Dicho informe se pondrá a disposición de los accionistas junto con las cuentas anuales, ~~y el informe de gestión y el informe anual de gobierno corporativo~~.

Dicho informe se centrará especialmente en la política de retribuciones *propuesta a la Junta para el próximo año, aprobada por el Consejo para el año ya en curso, así como*, en su caso, la prevista para aquellos conceptos retributivos de carácter no anual en los años futuros, *así como la política de retribuciones aplicada en el año en curso*. Abordará todas las cuestiones a que se refieren las Recomendaciones 49, 50 y 51, salvo aquellos extremos que puedan suponer la revelación de información comercial sensible *o circunstancias asimilables*. Hará hincapié en los cambios más significativos de tales políticas sobre la aplicada durante el ejercicio pasado al que se refiera la Junta General.

Informará, asimismo, del papel desempeñado por la Comisión de Retribuciones en la elaboración de la política de retribuciones y, si hubiera utilizado asesoramiento externo, de la identidad de los consultores externos que lo hubieran prestado.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

En el caso de sociedades sin accionista mayoritario o sin núcleo duro de control con mayoría en el Consejo y en las que, adicionalmente, coincidan las funciones de primer ejecutivo con las de Presidente del Consejo, se someterá como punto independiente del orden del día, a aprobación de la Junta de Accionistas la remuneración total del presidente ejecutivo, tanto en su faceta de presidente del consejo, como en su faceta de primer ejecutivo.

RAZON: *Regla de higiene y clarificación (Consejo vs Junta General)*

- Comisiones de Supervisión y Control - Recomendación 61 b). Pg. 25

b) Dichas Comisiones estarán compuestas exclusivamente por consejeros externos, con un mínimo de tres. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la eventual presencia de consejeros ejecutivos o altos directivos en sus reuniones, con fines informativos, cuando la Comisión *ocasionalmente* así lo acuerde. No obstante, *si fuera necesaria* la presencia en ellas del Presidente ejecutivo, *y/o cualquier consejero ejecutivo* tendrá carácter excepcional y exigirá acuerdo unánime de los miembros de la Comisión, y su asistencia será sin derecho a voto. *Se recogerá en las actas los invitados y su frecuencia de asistencia.*

RAZON: *Matización para evitar pueda entenderse como una invitación periódica si se cumplen "determinadas" condiciones. Registro de asistencias en situaciones excepcionales.*

- Comisiones: Auditoría

Capítulo 4. Recomendación 67-2º c) iiiii *La Comisión debe revisar la naturaleza y alcance de servicios distintos a los de auditoría prestados por el auditor externo o por sociedades o personas asociadas al mismo, con el fin de prevenir conflictos de intereses. La Comisión deberá establecer y aplicar unos criterios que especifiquen los tipos de servicios distintos a los de auditoría (a) excluidos, (b) permitidos tras ser autorizados por la Comisión y (c) permitidos sin necesidad de autorización de la Comisión.*

RAZON: *Clarificación sobre lo que no se puede, lo que necesita autorización y lo que puede hacerse sin autorización.*

Capítulo 4. Recomendación 69. Pg. 27

69. El Comité de Auditoría informará al Consejo, con carácter previo a la adopción por éste de las correspondientes decisiones, sobre los siguientes asuntos señalados en la Recomendación 9 y *otras de este código*:

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

a) La información financiera que, por su condición de cotizada, la sociedad deba hacer pública periódicamente. El Comité se asegurará de que las cuentas intermedias se formulan con los mismos criterios contables que las anuales y, a tal fin, considerará 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, y conflictos de interés. *La Sociedad deberá hacer públicas las operaciones que supongan una transferencia de recursos u obligaciones entre la sociedad y sus Accionistas significativos, Consejeros o Directivos. Tales operaciones deberán estar previamente informadas favorablemente por la Comisión de Auditoría o, en su caso, por las de Nombramientos y Retribuciones y ser autorizadas por el Consejo de Administración, al menos cuando las citadas Comisiones las hayan calificado como relevantes por su contenido, importe, o por ser ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o por no realizarse en condiciones normales de mercado. Dentro del Consejo de Administración la decisión se tomará por los Consejeros que no estén afectados por el conflicto de interés. Estos podrán contar con asesoramiento externo a cargo de la sociedad. La sociedad deberá establecer un procedimiento que controle y resuelva los conflictos de interés que se detecten.*

RAZON: *Necesidad de detallar unos principios básicos de gestión de operaciones vinculadas y conflictos de interés.*

d) *La Comisión de Auditoría deberá ser informada de aquellas circunstancias o situaciones que puedan determinar un cambio en el control de la Sociedad, y en especial en supuestos de fusión o absorción, para analizarlos e informar al Consejo, con carácter previo a la aprobación de la operación en cuestión, de las condiciones económicas, y especialmente de la ecuación de canje, para garantizar que el Consejo toma una decisión informada conociendo la opinión de la Comisión.*

RAZON: *Importancia exista un procedimiento, exista valoración razonada, cualificada, y garantías a todo el Consejo (decisiones solidarias) que lo propuesto es lo mejor en términos económicos para todos los accionistas, evitando la natural interferencia de otros intereses.*

- Nombramientos (cambio de control) – Recomendación 71. Pgs. 27 y 28

71. Corresponderán a la Comisión de Nombramientos, además de las funciones indicadas en las Recomendaciones precedentes, las siguientes:

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- a) Evaluar las competencias, conocimientos y experiencia del Consejo, describir 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 las Recomendaciones 19 a 21 de este Código.
- e) *La Comisión de Nombramientos deberá ser informada de aquellas circunstancias o situaciones que puedan determinar un cambio en el control de la Sociedad, y en especial en supuestos de fusión o absorción. La Comisión de Nombramientos analizará los cambios organizativos que afecten a los miembros del Consejo o de la Alta Dirección, y elevará sus propuestas al Consejo, con carácter previo a la aprobación de la operación en cuestión.*

72. La Comisión de Nombramientos consultará al Presidente y al primer ejecutivo de la sociedad, ~~especialmente~~ cuando se trate de propuestas relativas a los consejeros ejecutivos.

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

RAZON:

- o *La Comisión de Nombramientos deberá ser informada de aquellas circunstancias o situaciones que puedan determinar un cambio en el control de la Sociedad, y en especial en supuestos de fusión o absorción, para analizarlos e informar al Consejo de los cambios organizativos que afecten a los miembros del consejo o de la Alta Dirección y, con carácter previo a la aprobación de la operación en cuestión, para garantizar que el Consejo toma una decisión informada conociendo la opinión de la Comisión.*
- o *Clarificación*

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- Retribuciones (cambio de control). Recomendación 73 y 74. Pg. 28

73. Corresponderá 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 y la aprobación de los contratos que la sociedad suscriba con cada consejero ejecutivo;
- iii) Las modalidades de contratación de los altos directivos.

b) Velar por la observancia de la política retributiva establecida por la sociedad.

c) La Comisión de Remuneraciones deberá ser informada de aquellas circunstancias o situaciones que puedan determinar un cambio en el control de la Sociedad, y en especial en supuestos de fusión o absorción, en la medida en que existan pactos o acuerdos que modifiquen la remuneración o las condiciones contractuales de algún miembro del Consejo o de la Alta Dirección. La Comisión de Remuneraciones analizará dichos pactos o acuerdos e informará al Consejo, con carácter previo a la aprobación de la operación en cuestión, para que tome la decisión pertinente.

74. La Comisión de Retribuciones consultará al Presidente o primer ejecutivo de la sociedad, ~~especialmente~~ cuando se trate de cuestiones vinculadas a los consejeros ejecutivos y altos directivos.

RAZON:

- *La Comisión de retribuciones deberá ser informada de aquellas circunstancias o situaciones que puedan determinar un cambio en el control de la Sociedad, y en especial en supuestos de fusión o absorción, para analizarlos e informar al Consejo de los cambios organizativos que afecten a los miembros del consejo o de la Alta Dirección y, con carácter previo a la aprobación de la operación en cuestión, para garantizar que el Consejo toma una decisión informada conociendo la opinión de la Comisión*
- *Clarificación*

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

ANEXO I. OPINIÓN SOBRE PROYECTO DE RECOMENDACIONES COMPLEMENTARIAS.

RECOMENDACIÓN 0: Se recomienda, se traslade a la Administración lo siguiente:

- El IC-A recomendaría a la Administración que tenga un desarrollo normativo propio los siguientes elementos del Código Unificado:
 - Incorporación a la legislación de Sociedades de aquellos puntos nuevos que según el Código Unificado, han de someterse a la decisión de la Junta de Accionistas.
 - Existencia obligada por ley en las Sociedades Cotizadas, de Comisiones de Nombramientos y de Retribuciones, adicionales a la Comisión de Auditoría.
 - Incorporación a normas jurídicas de obligado cumplimiento de la definición de Consejero Independiente, que ha estado basada en la definición de la Comisión Europea.

RECOMENDACIÓN 1: (Ejercicio del derecho de voto por inversores institucionales)Se recomienda adicionalmente y tal como contienen los Principios de Buen Gobierno Corporativo del IC-A que los inversores institucionales deberían explicar las razones de su voto, cuando este ha sido negativo a una propuesta presentada por el Consejo de Administración, debido a los deberes fiduciarios que tiene frente a sus partícipes. Se entenderá como inversor institucional más allá de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y de las de fondos y planes de pensiones, incluyendo por tanto, todos aquellos casos en los que se trate de instituciones de inversión con deberes fiduciarios hacia sus partícipes.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

RECOMENDACIÓN 2: (Ejercicio del derecho de voto a través de intermediarios y depositarios) Se está de acuerdo con la propuesta.

Con independencia de ello, se proponen pequeños retoques en la redacción del párrafo, de modo que pudiera quedar redactado como sigue:

Se recomienda a los intermediarios financieros que sean entidades adheridas a la Sociedad de Sistemas y actúen como depositarios o custodios de acciones de Sociedades Cotizadas que transmitan, con diligencia, a sus comitentes las informaciones que reciban de estas últimas y las solicitudes de instrucciones de voto relativas a las Junta General de Accionistas de dichas Sociedades Cotizadas.

RECOMENDACIÓN 3 (Precisión y armonización de preceptos legales y reglamentarios) Se está de acuerdo con la propuesta. También se recomienda respecto a operaciones vinculadas que se clarifique cuál es el régimen jurídico de las operaciones realizadas sin autorización del consejo.

RECOMENDACIÓN 4: (Cambio de auditor)Se recomienda se simplifique y armonicen las declaraciones de la sociedad, auditor saliente y auditor entrante.

En este sentido y para mayor claridad se propone la siguiente redacción alternativa:

Se recomienda a la CNMV que, para proteger la independencia de los auditores, en caso de cambio de auditor de una sociedad cotizada, solicite:

- a) *De la compañía, que **declare**, en el hecho relevante por el que comunique el cambio de auditor, si tenía desacuerdos con el auditor saliente y, en caso afirmativa, que explique **en qué consistían tales desacuerdos.***

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- b) *Del auditor saliente, que declare si está o no de acuerdo con la declaración de la sociedad cotizada;*
- c) *Del auditor entrante, que confirme que , con carácter previo a su contratación, **no ha mantenido** conversación alguna **con la sociedad** sobre los criterios contables o de auditoría que aplicaría a la sociedad, en caso de ser contratado.*

*RECOMENDACIÓN 5: (Coordinación entre pequeños accionistas en defensa del interés social) Se recomienda, que dada la **falta de experiencia** en un número significativo de países, el vanguardismo de la propuesta de creación de un foro electrónico de accionistas, con anterioridad a una toma de decisión se observen, mediten y evalúen los **pros y contras** para el normal funcionamiento de las Juntas de Accionistas de esta medida.*

RECOMENDACIÓN 6: (Listado de accionistas y uniformidad de tarjetas de asistencia) La Recomendación es plenamente compartida por el Instituto, sin embargo debería añadirse que los accionistas también tienen derecho a conocer el listado de accionistas como ocurre en Francia y en Italia, cuando menos, con cierta antelación a la Junta General Ordinaria y durante la celebración de la Junta General Ordinaria.

*La Administración **debería establecer o aprobar un formato básico de las tarjetas de asistencia**, para que exista un cierto grado de uniformidad en las tarjetas de asistencia a Juntas Generales de Accionistas de las Sociedades Cotizadas.*

RECOMENDACIÓN 7: (Impugnación de acuerdos sociales) Se está de acuerdo con la finalidad de la propuesta: eliminar las impugnaciones excesivas o abusivas de los acuerdos sociales. Sin embargo, dudamos, muy fundadamente de que ello pueda lograrse con medidas legislativas. Nuestro código civil ya prohíbe, con carácter general, el abuso de derecho y el fraude de ley, pero nuestros órganos jurisdiccionales son muy reacios y timoratos a la hora de aplicar estos capitales preceptos a los casos que ante ellos se presentan

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

RECOMENDACIÓN 8: (Responsabilidad de administradores por deslealtad).....Se recomienda realizar una definición precisa del concepto de deslealtad, al igual que se haga un estudio sobre el necesario equilibrio entre derechos y responsabilidades de los administradores y se ajuste consecuentemente hacia los derechos o hacia las responsabilidades.

En particular, proponemos:

- Fijar un límite a la facultad que se propone en la letra c). Es muy peligroso legitimar indiscriminadamente a todos los accionistas para que ejerciten acción de responsabilidad por deslealtad contra cualquiera de los administradores. Puede ser un semillero de abusos de competidores o aventureros que busquen dificultar la marcha de la sociedad u obtener ventajas económicas bajo el disfraz de accionistas que ejercitan sus derechos de minoritarios.
- En cuanto a la letra d) dudamos que los jueces pudieran rechazar “a limine litis” las demandas abusivas y, en todo caso, ello daría lugar a recursos que prolongarían igualmente el pleito.
- La medida que se propone en la letra e) sería innecesaria si los tribunales de Justicia aplicaran, en debida forma el Derecho, ya que las condenas por abuso de derecho implican un resarcimiento integral del perjudicado, lo cual, a su vez, implica arrebatarse al autor del abuso todas las ventajas económicas que haya obtenido por esta vía.

Otras recomendaciones

- Habría que modificar las definiciones de tipos de consejeros actualmente existentes en la Circulara sobre Informe Anual de Gobierno Corporativo.
- El límite del 25% para imponer la respuesta a una solicitud de información de los accionistas es demasiado alto. Debe propugnarse una reforma que establezca que los Estatutos de la sociedad podrán bajar ese límite.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- Es imprescindible regular la solicitud pública de representación, si se quiere dar más competencia a la Junta. Hay que establecer un sistema adecuado para poder acceder a ella, por ejemplo, el propugnado por la Propuesta de Reforma del Ministerio de Justicia para las sociedades mercantiles, o en la legislación belga.
- Hay que estudiar la mejor opción para la formulación de propuestas por parte de los accionistas y regularla. Se trata de un derecho distinto a la mera adición de puntos al orden del día. A pesar de que se incluye una recomendación al Gobierno para la creación de un Foro Electrónico de Accionistas, y en él se incluye una referencia a las propuestas de los mismos, no se señala en qué caso estas propuestas tienen que ser discutidas, ni qué porcentaje (por ejemplo, el 5%) de accionistas podrían solicitar esta discusión. El Código debería incluir una referencia expresa a la posibilidad de presentación de propuestas por accionistas que reúnan un determinado porcentaje que podría variar, como ocurre en Francia, dependiendo de la capitalización de la sociedad. Esta posibilidad estaba ya incluida en el Informe Aldama, se plantea en el Plan de Acción de la Unión Europea, y también en la reciente propuesta de Directiva sobre derechos de los accionistas.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- Respuestas a la lista indicativa de preguntas:

ANEXO II

Lista indicativa de preguntas

- ¿Existe alguna Recomendación del Código Unificado que resulte *a priori* poco apropiada para cierta categoría de sociedades cotizadas (p.ej. sociedades de tamaño medio o baja capitalización; sociedades de carácter familiar, en las que unos familiares sean consejeros dominicales y otros, siendo accionistas significativos y acaso fundadores de la compañía, sean también consejeros ejecutivos)?

RESPUESTA: No y sobre todo cuando tienen carácter voluntario.

- A pesar de la plena libertad de las sociedades cotizadas para cumplir o no sus Recomendaciones, la publicación de este Código Unificado en los términos en que figura en este Proyecto, ¿podría inhibir la salida a Bolsa de nuevas empresas? En caso afirmativo ¿qué Recomendaciones concretas serían las que tendrían mayor efecto inhibitor?

RESPUESTA: Desde el punto de vista del mercado, la existencia de un Código Unificado de Buen Gobierno de características similares a otros países añadirá alicientes a los inversores internacionales de invertir en los mercados españoles y ese aliciente se traducirá en que más compañías tendrían un lugar como Sociedades Cotizadas.

Desde el punto de vista de la empresa, el mayor inhibidor es el coste económico de las diferentes actividades a realizar para salir a bolsa, entre ellas, adaptar su estructura para responder periódicamente al seguimiento o no del código unificado existente en cada momento. El coste de las actividades relacionadas con el Código, es **sólo** uno de los costes económicos.

- ¿Debiera el Código Unificado contemplar posibles excepciones al criterio de la Recomendación 3 en contra de las limitaciones estatutarias? A título ilustrativo, excepciones de esa naturaleza podrían ser:

o Que las limitaciones figuraran ya en Estatutos en el momento de salida a Bolsa de la sociedad;

o Que las limitaciones sean o hubieran sido aprobadas por accionistas que representen como mínimo el 75% de los derechos de voto.

RESPUESTA: Sólo en casos muy excepcionales y muy justificados y por ello, creemos que no sería necesario mencionarlos en un código general.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- ¿Existen en España argumentos concluyentes para recomendar con carácter general la separación de las funciones de Presidente y primer ejecutivo de la compañía? ¿Tendría sentido recomendar esa separación cuando no exista un accionista de control, en la medida en que en ese supuesto será mayor el riesgo de una excesiva concentración de poder en un Presidente ejecutivo?

RESPUESTA: La experiencia real y práctica demuestra que hay tarea suficiente para dos personas, una para dedicarse al consejo como presidente no ejecutivo y otra para dedicarse a la dirección/gestión de la compañía.

La unión de actividades implica que alguna de ellas no se realiza en la extensión requerida y el único medio para intentar paliarla es la creación de la figura del Consejero Principal o vice-presidente de entre los consejeros independientes. Dicha figura, además de paliar parte de la actividad necesaria en lo anteriormente mencionado añade un contrapeso, necesario para la buena gestión del consejo.

En el Reino Unido (donde no suele haber accionistas dominicales relevantes y menos con paquetes de control) en 2003-2004, según un estudio de London School of Economics el porcentaje de compañías que para FTSE 350 empresas tenían establecida la figura del Vicepresidente / Senior Independent Director, era más del 90%.

La situación de forma resumida en los distintos países sobre la separación de funciones entre el Presidente del Consejo de Administración y el Primer Ejecutivo, es la que sigue:

- En EE.UU. la mayoría de los Presidentes siguen siendo ejecutivos pero hay una tendencia **clara** a separar los cargos o a que si el Presidente sigue siendo ejecutivo la mayoría del Consejo, o incluso en algunos casos la totalidad del Consejo esté formado por Consejeros independientes. En otras palabras si se mantiene la figura del Presidente Ejecutivo el número de independientes aumenta exponencialmente. De hecho el Report of the NACD Blue Ribbon Commission on Director Professionalism, recomienda la separación.
- En cuanto a las recomendaciones/códigos hay una clara tendencia a la separación de funciones
- Los códigos que recomiendan expresamente la separación son: Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, India, Holanda (para los supuestos en los que se opte por un consejo monista), Sudáfrica, Suecia e Inglaterra.
- Hay códigos que no recomiendan la separación expresamente pero que la misma se deduce del contenido de las recomendaciones, por ejemplo Dinamarca, Rusia.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- España y Suiza mantienen que deberá ser una cuestión a analizar caso por caso. En España el IC-A defiende la separación de funciones y también era esa la postura del proyecto de Código de sociedades mercantiles preparado por la Comisión General de Codificación en su artículo 425.
- El único país en el que se recomienda expresamente la no separación es Italia.
- Incluso en Francia donde por ley el Presidente del Consejo tiene todos los poderes (los famosos PDG) desde 2001 se reformó esta situación de tal forma que ya no tenga que ser obligatorio el que el Presidente tenga todos los poderes (Ley de 15/5/2001).

- ¿Existen fórmulas eficaces para limitar la concentración de poder en el Presidente ejecutivo distintas a la designación del Vicepresidente que contempla esta Recomendación?

RESPUESTA: La mejor solución es la separación de funciones entre el Presidente del Consejo y el Primer Ejecutivo. En el caso coincidan dichas funciones en la misma persona, la recomendación del vicepresidente o consejero principal, es la fórmula más común en los diferentes códigos de países de nuestro entorno.

Adicionalmente a esta figura y en el caso de Sociedades sin accionista mayoritario o sin núcleo duro de control con mayoría y que adicionalmente coincidan las funciones de primer ejecutivo con las de Presidente del Consejo, el someter como punto independiente del orden del día, a aprobación de la Junta la remuneración total del presidente ejecutivo, tanto en su faceta de presidente del consejo, como en su faceta de primer ejecutivo, podría ser una forma de gestionar el conflicto de interés en la retribución del primer ejecutivo.

A continuación se resumen en los diferentes países la situación del consejero Principal o Lead Director como salvaguarda en los códigos más avanzados. Esta recomendación también se incluye en los Principios de Buen Gobierno Corporativo del IC-A.

La situación de forma resumida, es la que sigue:

- En el resto del mundo también es una figura ampliamente recomendada, aunque hay países como Bélgica, Brasil, Holanda, Rusia o Suecia que no hacen mención a la figura puesto que prefieren sus códigos que darse en la mera recomendación de la separación absoluta.
- La OCDE en su principio VI E, recomienda tanto en su texto como en su comentario el nombramiento del Lead Director.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- Además los siguientes países lo recomiendan: Australia, Canadá, Dinamarca, Japón, Corea, Sudáfrica, Suiza, Inglaterra y en EE.UU. el NACD Report.
- En Francia no se regula expresamente pero se prevé que la evaluación del Consejo sea realizada bajo el liderazgo de un consejero independiente.
- El Lead Director está reconocido en España en el código Olivencia. En su apartado 3.2, señala que “de lo que se trata es de crear contrapesos que permitan al Consejo funcionar con la mayor independencia del equipo de gestión y conservar su capacidad para fiscalizarlo. Las medidas a que aludimos, pueden arbitrarse de muchas maneras, aunque, probablemente, la más efectiva consista en designar, de entre los consejeros independientes, un vicepresidente coordinador y con facultades subsidiarias y convocar el Consejo, incluir nuevos puntos en el Orden del día, remitir información a los consejeros y, en general, hacerse eco de sus preocupaciones.”

El éxito de esta figura se debe a que las otras medidas que verdaderamente sirven de contrapeso al presidente ejecutivo, como son su evaluación, la celebración de reuniones periódicas por los consejeros externos, el acceso a asesores jurídicos o expertos de otro tipo con cargo a la sociedad, o la configuración de los llamados consejeros profesionales, encuentran su cauce de actuación precisamente a través de la figura del lead director.

Cuestión distinta es el que deba ocupar el título de vice-president, lo cual es sin duda recomendable para realzar su posición pero no estrictamente necesario. Los principios de Buen Gobierno del IC-A no lo requieren y prefieren situar esta figura bajo la denominación de Consejero Principal .

- ¿Debiera el Código Unificado recomendar que los Secretarios sean consejeros, o, alternativamente, guardar silencio al respecto, sin pronunciarse en contra de que lo sean?

RESPUESTA: Nuestra propuesta sería que el Secretario del Consejo podrá ser o no consejero. Adicionalmente se recomienda la existencia de un vicesecretario del consejo no consejero.

Sería una buena práctica que uno de los dos pueda ser un profesional externo a la estructura directiva de la sociedad y que al menos uno de ellos sea letrado.

Entendemos que nuestra propuesta es un elemento a **debatir o considerar** en la situación actual española de Empresas Cotizadas con más del 67% de presidentes ejecutivos.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

- ¿Contiene la Recomendación 40 sobre consejeros independientes –inspirada en la de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005- algún requisito demasiado oneroso o mal transpuesto? ¿Omite alguno importante?

RESPUESTA: Quizá sea demasiado oneroso equiparar a Sociedad y Administrador en cuanto al 1% de los ingresos anuales de cualquiera de las dos partes. Por ello recomendamos 1% de los ingresos para la Sociedad y 10% para el asesor o consultor.

Comentario sobre el Proyecto Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

El Instituto de Consejeros-Administradores

El Instituto de Consejeros-Administradores (IC-A) es la asociación española de Consejeros/Administradores de empresas o entidades. La integración de cada Socio en la Asociación se realiza a título individual y no implica vinculación especial de ésta con ningún sector de la actividad económica o empresarial del país ni con ninguna sociedad o entidad concreta.

*El Instituto de Consejeros-Administradores de España cuenta entre sus miembros con **consejeros internos/ ejecutivos, externos/ no ejecutivos (externos/ independientes, externos/ dominicales y externos/ otros)**, que representan a un amplio abanico de empresas, ya sean cotizadas o no, empresas familiares, nacionales, internacionales, start-ups y entidades públicas, etc.*

El IC-A mantiene regularmente relaciones e intercambio de opiniones y colaboración con las instituciones internacionales más relevantes en Gobierno Corporativo. Además es miembro, en representación de España, de la Asociación Europea de Consejeros de Empresas (ecoDa).

Adicionalmente mantiene relaciones e intercambio de información con los mayores inversores institucionales internacionales, entre otros aquellos más interesados en la promoción del Buen Gobierno Corporativo en sus empresas participadas.

*El IC-A es una **iniciativa de la Sociedad Civil** que difunde y promueve las **mejores prácticas de gobierno corporativo internacionales**.*

El IC-A ofrece servicios de formación, centro de negocio y sociales, conferencias, eventos y encuentros sectoriales, informes de opinión e información sobre regulación, normas profesionales y otros temas relacionados con la profesionalización del consejo y órganos de gobierno de entidades y empresas.

Para más información:

Instituto de Consejeros-Administradores
C/Doctor Fleming, 3-9ª planta
28036 Madrid
Email: recepcion@iconsejeros.com
www.iconsejeros.com
Tfno.: 902 014 988 / 807 30 70 20