



Nuevas responsabilidades legales para el Secretario del Consejo



Nuevas responsabilidades legales para el Secretario del Consejo

Encuentro Público¹

¹ Los Encuentros Públicos forman parte de la cartera de actividades que lleva a cabo el Global Corporation Center. Este Centro ha sido fundado por EY Fundación España y IE Business School. Los Encuentros Públicos son:
• Eventos abiertos y dirigidos a audiencias reducidas de "influencers" y decisores.
• El objetivo es generar opinión e influencia.
• Se graban en video para crear una web donde encontrar las intervenciones y otros contenidos.



Índice

1. Listado de Ponentes

2. Introducción

3. Participantes

4. Explicitación de la responsabilidad del Secretario del Consejo a la luz de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre

- Nuevas circunstancias que están propiciando el refuerzo de la figura del secretario del consejo

5. Gestión de riesgos

- Mapa de riesgos
- Rol del secretario del consejo de la matriz en las filiales situadas en el extranjero
- Superposición de sistemas de control
 - Los riesgos de negocio

6. La normativa de gobierno corporativo y la eficacia de la gestión empresarial

7. La posición del secretario del consejo

- Experiencia del regulador en esta cuestión
 - Pólizas de seguro
- El secretario del consejo como ejecutivo de la compañía
- El secretario externo a la compañía
- El secretario del consejo debe dar confortabilidad y tranquilidad al consejo de administración

8. Evaluación periódica del consejo de administración

- Evaluación del consejo
- Independencia del secretario del consejo
- Evaluación del consejo por parte de terceros

9. El Secretario del Consejo y los Riesgos Fiscales

10. Aspectos más destacables de la Directiva 828 del 2017

- Política de remuneraciones
- Obligaciones de transparencia

11. Operaciones vinculadas y de conflicto de interés

12. Asesores externos

- Supuesto 1: Se piden asesores, porque prestan un servicio casi directamente al consejo y a las comisiones
- Supuesto 2: Evaluación

13. Requerimientos del gobierno corporativo, en términos de control, para una empresa estatal

14. Implicación de los accionistas

15. Prácticas del Banco Central Europeo, en la supervisión de las entidades financieras

- Toma de decisiones en la banca

16. Conclusiones

1

Listado de Ponentes

Este Working Paper ha sido redactado en base a las intervenciones que, expertos sobre las nuevas responsabilidades legales para el Secretario del Consejo, llevaron a cabo en el seno de la reunión habida, el pasado día 25 de mayo del 2017, dentro del Encuentro Público que se desarrolló en torno a las figuras de los Secretarios Generales de Consejos de Administración.

Giuseppe Tringali	Presidente del Global Corporation Center Vice Presidente de MEDIASET
Miguel Ferré	Senior Advisor de EY Vicepresidente del Global Corporation Center
María Luz Medrano	Vicesecretaria del Consejo de Telefónica
Lourdes Centeno	Socia de Gobierno Corporativo y de Derecho Societario de EY
José Luis del Valle	Vicesecretario del Consejo de ACS
Jaime Pérez Renovales	Secretario del Consejo del Banco de Santander



2 Introducción

La figura del secretario del consejo de administración carecía de regulación legal hasta la reciente modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Pese a la importancia de esta figura en el seno del consejo, su tratamiento solo se había llevado a cabo en los códigos de buen gobierno y, en la práctica, la regulación de sus funciones se trataba en los reglamentos internos de los consejos de administración de las sociedades.

En el Artículo 529 octies de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, se definen las funciones del secretario del consejo de administración.

«Artículo 529 octies. Secretario del consejo de administración.

1. *El consejo de administración, previo informe de la comisión de nombramientos y retribuciones, designará a un secretario y, en su caso, a uno o a varios vicesecretarios. El mismo procedimiento se seguirá para acordar la separación del secretario y, en su caso, de cada vicesecretario. El secretario y los vicesecretarios podrán o no ser consejeros.*

2. *El secretario, además de las funciones asignadas por la ley y los estatutos sociales o el reglamento del consejo de administración, debe desempeñar las siguientes:*

a. *Conservar la documentación del consejo de administración, dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de su contenido y de las resoluciones adoptadas.*

b. *Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna.*

c. *Asistir al presidente para que los consejeros reciban la información relevante para el ejercicio de su función con la antelación suficiente y en el formato adecuado.»*

En este artículo 529 octies se establece la responsabilidad legal de una figura muy relevante en el ámbito del Consejo de Administración como es la del secretario del consejo de administración. Dentro de la nueva legislación, además se está pensando en el secretario del consejo de administración como el auténtico *Compliance Officer* del órgano de administración de la sociedad pues, la función de velar el cumplimiento normativo dentro de la empresa, puede abarcar muy diversos campos.

3 Participantes

En este documento, se tratarán los aspectos más importantes de las responsabilidades del secretario del consejo de administración para lo cual, además de las opiniones de los ponentes citados anteriormente, se han solicitado las opiniones de personas muy relevantes dentro de esta función, como son las que figuran en el listado de "participantes".

Mario Rodríguez Valderas Consejero y Secretario de MEDIASET España.

Ángel Benito Benito Consejero de la CNMV.

Matilde García Duarte Secretaria del Consejo de Administración y directora de Asesoría Jurídica y Gestión Patrimonial de AENA SME, S.A.

D. Rafael García de Diego Secretario General y del Consejo de Administración, No Consejero de Red Eléctrica de España.

Jesús Sainz Muñoz Secretario General del Círculo de Empresarios.



4

Explicitación de la responsabilidad del Secretario del Consejo a la luz de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

La Ley lo que hace es explicitar lo que ya se venía haciendo. Por varios motivos:

- Primero porque, efectivamente, ahora existe una obligación legal de que sea el secretario del consejo el que se encargue de:
 - a. Vigilar
 - b. Velar por el cumplimiento de las normas de gobierno corporativo
 - c. Dar las recomendaciones
 - Esto ya venía siendo así de explícito en los códigos del buen gobierno, que existen no solo en España, sino en todos los países.
- Segundo porque, realmente, el secretario del consejo es la persona o el cargo dentro de una sociedad que naturalmente tenía encomendada esta función. Hay determinadas reglas de funcionamiento en los órganos de gobierno o normas societarias donde, el secretario del consejo, es la persona responsable de establecer cómo se tienen que cumplir las normas de gobierno corporativo cuando surge alguna duda de cómo llevarlas a efecto o cómo se tiene que documentar su cumplimiento.
- Tercero, porque el secretario del consejo es responsable de que se cumplan los requisitos formales que den validez a los acuerdos del consejo de administración, de las comisiones y de la junta de accionistas.

a. ¿Qué nuevas circunstancias están propiciando el refuerzo de la figura del secretario del consejo?

- Por un lado, antes, estas recomendaciones de gobierno corporativo, que se identifican con la *soft law* del mundo anglosajón, eran una casi una obligación natural, es decir, aquello que se tiene que cumplir pero que es difícil ver cuál es la consecuencia del incumplimiento, más allá de la pérdida de reputación societaria o corporativa que puede tener la entidad, donde no se siguen estas recomendaciones de gobierno corporativo.
- Esto ha cambiado porque, de forma creciente, lo que antes eran recomendaciones ahora son obligaciones legales y, además, se tiene que acreditar su cumplimiento en diferentes fases.

- Por ejemplo:
 - » Cuando se lleva una propuesta de reelección de consejeros independientes de la junta de accionistas hay que justificar:
 - Por qué ese consejero es independiente.
 - Por qué ese consejero es idóneo.
 - Se debe dar una explicación detallada de:
 - o En qué medida tiene un currículum que le hace apto para ser consejero de una entidad.
 - o Si se tiene la experiencia.
 - o Si se tiene el tiempo que se necesita para desempeñar esta labor.
 - » Y esta acreditación formal del cumplimiento de recomendaciones o normas de gobierno corporativo se ha producido en muchas fases del proceso de toma de decisiones de cualquier entidad cotizada.
- Hay otra circunstancia específica y es la de estar en un sector regulado con un supervisor determinado. Esta circunstancia a la banca, por ejemplo, le incide de forma muy importante.
 - La banca tiene la supervisión propia de las entidades financieras.
 - En la banca, además, se ha producido un cambio notable que es que, por el volumen de la actividad de la banca, está sometida directamente a la supervisión del Banco Central Europeo, que se realiza conjuntamente con el Banco de España, pero, en la que se están aplicando bastantes criterios anglosajones, a los que la banca no estaba acostumbrada, y que tienen una perspectiva legal y societaria diferente de la estrictamente continental. Este hecho puede llamar la atención pues, por ejemplo, cada vez que la banca nombra a un consejero, el trámite que dice la ley es que la entidad bancaria tiene que:
 - » Acreditar su idoneidad
 - » Solicitar que sea evaluado por parte de los de gobierno del banco, que es la comisión de nombramientos y el Consejo de Administración.
 - » Remitir el expediente completo al Banco Central Europeo y que este dé el plácat respecto la idoneidad del consejero propuesto.
 - Además de lo expuesto, los candidatos a consejero tienen que mantener entrevistas personales con el supervisor bancario, el cual solicita información adicional tal como:
 - » Incidir, en el cumplimiento de la limitación legal del número de consejos al que pueden pertenecer cada uno de los miembros del Consejo de Administración del banco.
 - » En qué medida esos otros consejos le demandan tiempo.
 - » En qué medida ese tiempo, que no va a poder dedicar al banco en cuestión, va a minar sus responsabilidades como miembro del consejo de administración del banco o como miembro de cualquiera de las comisiones.

En ciertos bancos, por ejemplo, se tienen algunas reuniones de las comisiones con la presencia permanente del supervisor donde, obviamente, este no toma la palabra en la reunión, pero observa cuál es el proceso de toma de decisiones y esto exige, por ejemplo, poder acreditar cosas que hasta hace tiempo podían ser inimaginables, como son:

- Con qué antelación se pone la documentación a disposición de los consejeros.
- En qué medida se producen cambios de esa documentación antes de la celebración de la reunión.
- Cómo queda documentado todo en el acta.

En la banca se puede tener algún problema adicional de tipo legal. Este es que consten en las actas las intervenciones de los consejeros para así:

- Acreditar en qué medida se justifica la idoneidad de su nombramiento como consejero independiente.
- Comprobar que los retos "challenge", que los consejeros presentan a las propuestas de la alta dirección, justifican su actuación correcta en el órgano de administración.
- Por ejemplo: Si se toma una decisión en la reunión:
 - En qué medida queda constancia de que se ordena llevar a cabo una acción.
 - Cuál es el calendario para ponerla en práctica.
 - Quién es el responsable de ejecutarla.

Era inimaginable que el supervisor se metiese hasta ese grado de detalle en el funcionamiento de una sociedad, pero lo cierto es que en sectores regulados como el de la banca eso está pasando.

Esto lleva básicamente a dos conclusiones:

- 1.** El hecho de tener una disciplina tan estricta en la gestión de los órganos de gobierno en una sociedad es algo muy positivo, porque al final se mejora el proceso de toma de decisiones y esto redunda en beneficio de toda la gestión del grupo.
- 2.** La segunda conclusión es que multiplica también las obligaciones que tiene el secretario del consejo.

Por ello, hay que crear unos sistemas de gestión que son necesarios para justificar que los órganos de gobierno de la banca tienen unos procesos de toma de decisiones adecuados y que se pueda acreditar ante el supervisor.

5 Gestión de Riesgos

La nueva reforma legal encomienda al secretario del consejo, entre otras:

"Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna".

Esto contribuye a reforzar el concepto de que una de las funciones del secretario del consejo es la de *compliance officer*. Por ello, la cuestión que cabe formularse es el nivel de responsabilidad del secretario del consejo y por tanto el nivel de riesgos en los que puede incurrir.

De las funciones que le encomienda la nueva normativa al secretario del consejo, la mayoría son, desde el punto de vista legal, nuevas, pero no lo son desde el punto de vista de hecho, ni siquiera eso ocurre por mor de las normas de buen gobierno corporativo, sino que son muy anteriores, es decir, el sentido común llevaba a que el secretario del consejo fuera abogado, que fuera también letrado asesor del consejo y, en consecuencia, cuidara de la normativa, en el sentido más amplio posible. La normativa está constituida no solamente por las leyes o por los reglamentos públicos, sino también por la propia normativa interna que se da en la sociedad, los estatutos sociales y las reglas de procedimiento. Y, desde ese punto de vista, no hay una gran novedad en el texto legislativo y, sobre todo cuando, si se observa bien, el texto legislativo no establece sanción. En cualquier caso, la sanción por no cumplir el secretario del consejo con sus funciones es la de ser removido por el consejo, que lo puede hacer incluso sin necesidad de tener una justa causa. Por tanto, el secretario puede ser removido por el consejo por toda causa.



RISK MANAGEMENT



a. Mapa de Riesgos

Aquí entra en juego un concepto muy importante, que es el concepto de grupo. Lo importante en la mayoría de las sociedades grandes es que el secretario del consejo de la sociedad matriz está dentro de una sociedad que ejerce funciones de control, vigilancia o integración de un conjunto de sociedades que pueden ser muchas, y trabajando en muchas jurisdicciones y en muchos países, y ahí es donde surge el **mapa de riesgos**.

Los riesgos se diferencian

- Por los niveles en que se producen.
- Por las jurisdicciones en que se producen.
- Por el ámbito competencial en el que se producen como, por ejemplo, es el ámbito de actividad de la sociedad a la que se dedica, sobre todo en aquellas compañías, en donde se tienen una multiplicidad de actividades.

Decir que el secretario del consejo es el que controla el riesgo de la sociedad resulta un poco exagerado. El secretario puede controlar:

- El riesgo reputacional en lo que al consejo se refiere, que es muy complicado de hacer.
- El riesgo de incumplimiento legal con respecto a un tercero, sin sanción específica en este caso, más allá de la posible responsabilidad que pudiera exigir un accionista por no haber cumplido el secretario con sus funciones, o un acreedor en el futuro.

El secretario no puede controlar los riesgos trascendentales en el sentido de comunes, que son los riesgos de negocio.



b. Rol del secretario del consejo de la matriz en las filiales situadas en el extranjero

Esa es una de las grandes cuestiones a que se enfrentan este tipo de sociedades y que caen dentro del mapa de riesgos. Por ejemplo, se ha citado expresamente, la cuestión de tener filiales fuera de España en sus diversas formas, y efectivamente, ese es uno de los grandes retos porque, la empresa española, puede invertir en países más homogéneos desde la perspectiva del gobierno corporativo, pero, hay una cierta tendencia, de invertir en países emergentes con, posiblemente, unos desarrollos jurídicos no tan acompañados como este estándar máximo que se están planteando en el entorno de la Unión Europea.

Un grupo español puede tener filiales ubicadas en sitios donde la legislación sea más laxa que la que tiene la matriz y ahí tiene un reto la sociedad española para combinar una robustez del mapa de riesgos porque, con independencia de que la legislación sea más o menos laxa, en la economía emergente en la que se ha invertido, y se cumpla en sentido estricto con la norma, nadie puede negar que ningún grupo, ningún secretario del consejo quiere que haya un efecto reputacional negativo como consecuencia de un descontrol en las prácticas, éticas o no éticas, que se hayan podido producir en una filial.

A veces surgen noticias en los medios de comunicación de hechos que, inevitablemente, acaban repercutiendo en el consejo y de forma específica en el secretario. Este último es una especie de *compliance officer* del consejo de administración, ad hoc para ellos y, por tanto, este le pedirán las explicaciones pertinentes sobre las acciones que el secretario llevó a cabo para evitar que pasase una determinada situación en un tercer país donde la normativa es distinta.

Las sociedades necesitan organizarse en un modelo de gobierno corporativo que combine la flexibilidad, necesaria para que la empresa pueda seguir funcionando, y no perder el intangible, por un efecto negativo reputacional que se produzca en un determinado país.

Por otra parte, hay que destacar el hecho de la existencia en nuestro país de multinacionales que tienen sus filiales aquí, sin mucha capacidad de decisión. Precisamente este sector de empresas filiales de multinacionales extranjeras, también se enfrentan a un reto inevitable de cumplir con la normativa de gobierno corporativo española, y tienen que tener la capacidad de explicar en su matriz cuáles son los requerimientos españoles para armonizarlo con el paquete de gobierno corporativo que desde la matriz se impone a estas empresas. Hay un trabajo específico de establecer modelos de gobierno corporativo que, sean compatibles con la eficacia en el trabajo.

La OCDE tiene unos principios de gobierno corporativo que aspiran a ser estándares internacionales. Muchos fondos e inversores institucionales, en sus páginas web hablan específicamente de los principios del gobierno corporativo de la OCDE como referencia para pedir a aquellos destinatarios de su inversión que tengan un modelo que sea internacionalmente intercambiable y, la propia OCDE, tiene un grupo de trabajo para elaborar recomendaciones, precisamente para empresas multinacionales con presencia en muchos lugares y dar algún tipo de estándares mínimos que se puedan replicar en cada uno de los sitios. En ese sentido tener una referencia, un estándar internacional que venga de un organismo como la OCDE va a reportar más seguridad, tanto a multinacionales españolas como, lógicamente, a filiales españolas que pertenezcan a grupos internacionales.

c. Superposición de Sistema de Control.

Respecto de las sociedades que operan en varios países se va produciendo, cada vez más, que las empresas españolas son las multinacionales, es decir, son las cabeceras de un grupo multinacional.

Hay grupos españoles que operan en 70 países, fundamentalmente en el mundo en el que existe seguridad jurídica, con más de 1.300 sociedades y con sociedades cotizadas, en mercados como, el argentino, el alemán o el australiano, que son modelos totalmente distintos. En estos casos, el mejor sistema de evitar responsabilidades y el mejor sistema de gobernanza es la superposición de instrumentos de control. No se pueden ni se deben suprimir los sistemas de control que, para las sociedades cotizadas, se establecen en Alemania o el sistema de control que se establece en Australia, que es similar al inglés, pero, sí puede superponer un sistema, de tal manera que el sistema de la matriz sea utilizable por cualquier persona que se relacione con la sociedad de filiales, incluso de las sociedades cotizadas.

i. Los riesgos de negocio

En los riesgos del negocio, el control fundamental lo lleva el servicio de auditoría interna, que no depende del secretario del consejo, sino que depende de las comisiones de auditoría de las diferentes sociedades.

Los riesgos del negocio son los trascendentales y son los riesgos que hay que identificar. Son riesgos específicos, especiales, y esos, no son del ámbito del secretario del consejo.

6

La normativa de gobierno corporativo y la eficacia de la gestión empresarial

Surge el debate de cómo la normativa de gobierno corporativo puede ser limitativa de la eficacia de la gestión empresarial.

La nueva Ley de Sociedades de Capital ha modificado el régimen de competencia de la junta general² para introducir la preceptiva aprobación de “La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales”. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

- ¿Qué supone la aplicación de este cambio?
- ¿Cómo debe acreditarse la autorización por la junta general para dar validez a la operación?

Efectivamente, la práctica va colocando a las empresas en una senda en la cual temas que antes eran recomendaciones de buen gobierno pasan a ser elevados a rango de ley y, en algunos aspectos, como hizo la Ley 31/2014 por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, alterando el régimen de distribución tradicional de competencias entre consejo y junta general.

El precedente está en las recomendaciones del Código Unificado o Código Conthe³ y el origen en una sentencia del Tribunal Supremo alemán ya de 1982⁴. Lo cierto es que, con la nueva normativa, conforme al 160f)⁵ los actos de adquisición, enajenación o aportación a sociedades de activos esenciales precisan aprobación por parte de la junta y ya en sede de cotizadas el **511 bis⁶**.

Competencias adicionales incluye como materias reservadas a la junta no solo las del **artículo 160. Competencia de la junta**, sino también las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad, o los supuestos en los que actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad se transfieran a entidades dependientes.

Entonces, efectivamente, el primer punto es delimitar qué se entiende por activos esenciales. Se trata de una presunción *iuris tantum* que incluye la normativa aplicable y que se determina por referencia al valor de la operación, siempre y cuando exceda del 25% del valor de los activos sociales conforme al último balance aprobado⁷.





La doctrina considera que, no solamente hay que tener en cuenta ese criterio, sino también otros criterios cualitativos que vienen a conformar el criterio cuantitativo por tratarse de una presunción *iuris tantum*. El juego de los dos artículos incluye los supuestos de modificaciones estructurales, los que impliquen, por supuesto, la liquidación de la compañía y, por supuesto, recurren también al Código Unificado y se refieren también a los casos de modificación sustancial del objeto social.

Se plantea aquí un tema relevante en cuanto a la eficacia de este tipo de operaciones, cuando no cuenten con la aprobación previa de la junta en los casos en los que, efectivamente, hubiera sido necesaria. Ya vemos que hay un sector doctrinal que entiende que, en cualquier caso, no puede ponerse en tela de juicio la validez del negocio concluido frente a los terceros de buena fe y sin culpa grave y se apoya de hecho en varias resoluciones, sobre todo del año 2015, de la Dirección General de Registros y del Notariado⁸, con base en el artículo 234.2º y, sin embargo, hay otro sector doctrinal que entiende que seguir este criterio implica privar de eficacia práctica a lo que ha pretendido incluir el legislador, y entonces acude al artículo 9 de la directiva¹⁰, que viene a sustituir a la primera directiva ya derogada, según la cual los actos realizados por los órganos de la sociedad son siempre válidos y no pueden dejarse sin efecto, salvo en el caso de que los órganos hubiesen actuado fuera del ámbito que expresamente les reconoce la ley aplicable.

7

La posición del secretario del consejo

Se debate mucho sobre la posición del secretario del consejo con respecto a si debe ser consejero, o solo secretario del consejo, aunque, al final del punto 1, del artículo 529 octies de la ley 31-2014, se deja claro que “El secretario y los vicesecretarios podrán o no ser consejeros”.

También se debate sobre si el secretario del consejo tiene que ser una persona externa a la compañía o debe ser miembro de la misma.

a. Experiencia del regulador en esta cuestión

Esto fue objeto de debate cuando se revisó el proceso de reforma de la normativa de gobierno corporativo que se inició en 2013¹¹ y, efectivamente, en la comisión que se constituyó al efecto, fue un elemento de la discusión, pues existieron opiniones diferentes. Algunos miembros de la comisión consideraban que era recomendable que el secretario asumiera asimismo la posición de consejero, y otras opiniones que reflejaban lo contrario.

Los que afirmaban que no era necesario ser consejero, básicamente destacaban que, quizás, **si no asumía la posición de consejero**, estaba revestido de una mayor independencia y autonomía para el ejercicio de las funciones propias del secretario. Otros, sin embargo, consideraban que tenía más fuerza el hecho de ser consejero para poder trabajar con más conocimiento de causa.

La *auctoritas* de un secretario del consejo no viene de ser consejero sino viene de la propia relevancia de las funciones que tiene atribuidas¹². Se supone que, si al secretario lo nombra el consejo de administración, previo informe de la comisión de nombramientos y retribuciones dentro del ámbito de las sociedades cotizadas, ya asume el cargo con suficiente *auctoritas* y, si no cuenta con la confianza del consejo, podrá ser separado y sustituido por otra persona.

Precisamente en la Ley de Sociedades de Capital se recogió explícitamente la posibilidad de que el secretario pudiera ser consejero o no¹³.

Cuál sea la responsabilidad de que, como consecuencia de una decisión o de otra se derive, si el secretario es consejero asumirá todo el régimen de derechos, obligaciones y de responsabilidades inherentes a la posición de consejero, que se recoge en la Ley de Sociedades de Capital. El secretario tiene bastantes funciones y competencias como para





asumir además la de consejero, pero esto es lo que se recoge en la ley de sociedades de capital. Si no es consejero el nivel de responsabilidad será el que se derive del cumplimiento de sus funciones, desde asistir al presidente para que los consejeros tengan la información relevante para adoptar decisiones en el momento y en el formato adecuado, la llevanza de los libros oficiales, dar fe de los acuerdos adoptados y de las resoluciones con certificación, con el visto bueno del presidente. De esas obligaciones y del cumplimiento de esas obligaciones es difícil que se pueda inferir un daño relevante a efectos de exigir responsabilidad por parte de un tercero. No obstante, si se llegase a comprobar y a acreditar que el asesoramiento al órgano de gobierno no se ha prestado, no es que no se haya prestado en la forma adecuada, sino que no se ha prestado entonces, en este caso, sí que hay algún tipo de responsabilidad derivado de ello.

Otra cuestión: igual que se ha explicitado para las sociedades cotizadas cuáles son las competencias o las obligaciones que se exigen al secretario del consejo, no se hace lo mismo para las sociedades no cotizadas. Pero, bien es verdad que, las cotizadas, son siempre el espejo en el que poco a poco se van mirando las sociedades no cotizadas y, a pesar de que no se recoge para las sociedades no cotizadas esa función de asesoramiento, en el sentido de que los acuerdos y decisiones del consejo se ajusten a las normas, al reglamento del consejo y a todos los procedimientos y reglamentaciones internas de la sociedad, debiera ser así también para las no cotizadas.

i. Pólizas de seguro

Las tareas y las funciones que tienen atribuidas los secretarios de consejo, sean o no consejeros, son muy amplias y muy vastas y la responsabilidad que entraña el cargo es muy importante. En ese sentido, se contratan pólizas de seguro para cubrir la responsabilidad civil (*civil liability* o *third party liability*) de administradores o consejeros (*directors*) y directivos. Normalmente casi todas las compañías cotizadas tienen pólizas de día de *directors and officers*¹⁴, pero habría que analizar si está perfectamente cubierto todo el volumen de obligaciones que asume el secretario del consejo.

b. El secretario del consejo como ejecutivo de la compañía.

Que el que el secretario sea o no consejero muchas veces depende del origen. A veces se es consejero de la sociedad antes que secretario del consejo y, en consecuencia, lo que se hace es sumar funciones. Muchas veces se nombra consejero al secretario por efecto de imitación: si en el ámbito del sector hay personas que son consejeros y secretario del consejo parece que es bueno que también se sumen los cargos de consejero y el de secretario.

Lo que es transcendente no es si el secretario es consejero o no, sino si el secretario del consejo de administración forma parte o no de la nómina de la compañía, es decir, si es al mismo tiempo ejecutivo de la compañía, porque existen los dos modelos. Hay secretarios del consejo que son externos de la sociedad y hay secretarios del consejo que son internos de la sociedad. Esta sí es una cuestión transcendente.

En las grandes sociedades, por supuesto en las sociedades cotizadas en el Ibex 35, la recomendación para poder cumplir bien las funciones, sobre todo las de control de riesgos, es que los secretarios de los consejos de administración sean al mismo tiempo ejecutivos dentro de la compañía y se integren dentro del comité de dirección de la misma. Esta es una cuestión transcendente, aunque el que sea o no consejero también es muy importante.

c. El secretario externo a la compañía.

No es imaginable que, por ejemplo, en una entidad bancaria importante, pueda haber un secretario externo a la compañía. Es tal el grado de involucración que hay que tener en el proceso interno de la toma de decisiones hasta que llegan al consejo de administración que no se puede desligar una y otra faceta.

En pro de la condición de consejero del secretario hay un argumento que es muy importante. Este es la **asunción de responsabilidad**.

Tradicionalmente, en cualquier sociedad española, los consejeros estampaban la firma en la formulación de cuentas.

Hoy en día para una entidad bancaria importante esa firma, manuscrita, se produce en otros documentos, como los que plasman el resultado del ejercicio interno de autoevaluación del capital o de la liquidez.

Entonces, si el secretario se encarga de que todo llegue al consejo en debida forma y cumpliendo todos los requisitos legales, si además el secretario tiene que asumir la responsabilidad estampando su firma como el resto de consejeros, parece que es un plus de involucración en esa corrección en la toma de decisiones que el secretario sea también consejero.

Uno de los obstáculos primordiales es el tiempo. Este es un factor específico del sector bancario, donde se vigila mucho el tiempo que se dedica al desarrollo de la función. Si el secretario del consejo debe emplear bastante tiempo en procurar que el consejo funcione bien, que los documentos y las decisiones que se lleven cumplan los requisitos legales si, además, el secretario tiene que pronunciarse asumiendo responsabilidad sobre el contenido de lo que se aprueba en el consejo, esto implicaría un plus adicional de tiempo que, posiblemente, no esté en condiciones literalmente de dedicar. Esta sería también una de las principales dificultades.

En definitiva, la asunción de responsabilidad en los mismos términos que los consejeros, refuerza la labor del secretario del consejo y puede ser un buen resultado para la compañía.

d. El secretario del consejo debe dar confortabilidad y tranquilidad al consejo de administración.

Más que el secretario sea o no consejero, es absolutamente relevante que pertenezca o no a la estructura interna de la compañía. Se tiende a vincular la figura del secretario del consejo de administración con todos los asuntos relativos al compliance. El secretario es una persona que tiene que dar, fundamentalmente, confortabilidad y tranquilidad al consejo de administración en todas aquellas cuestiones:

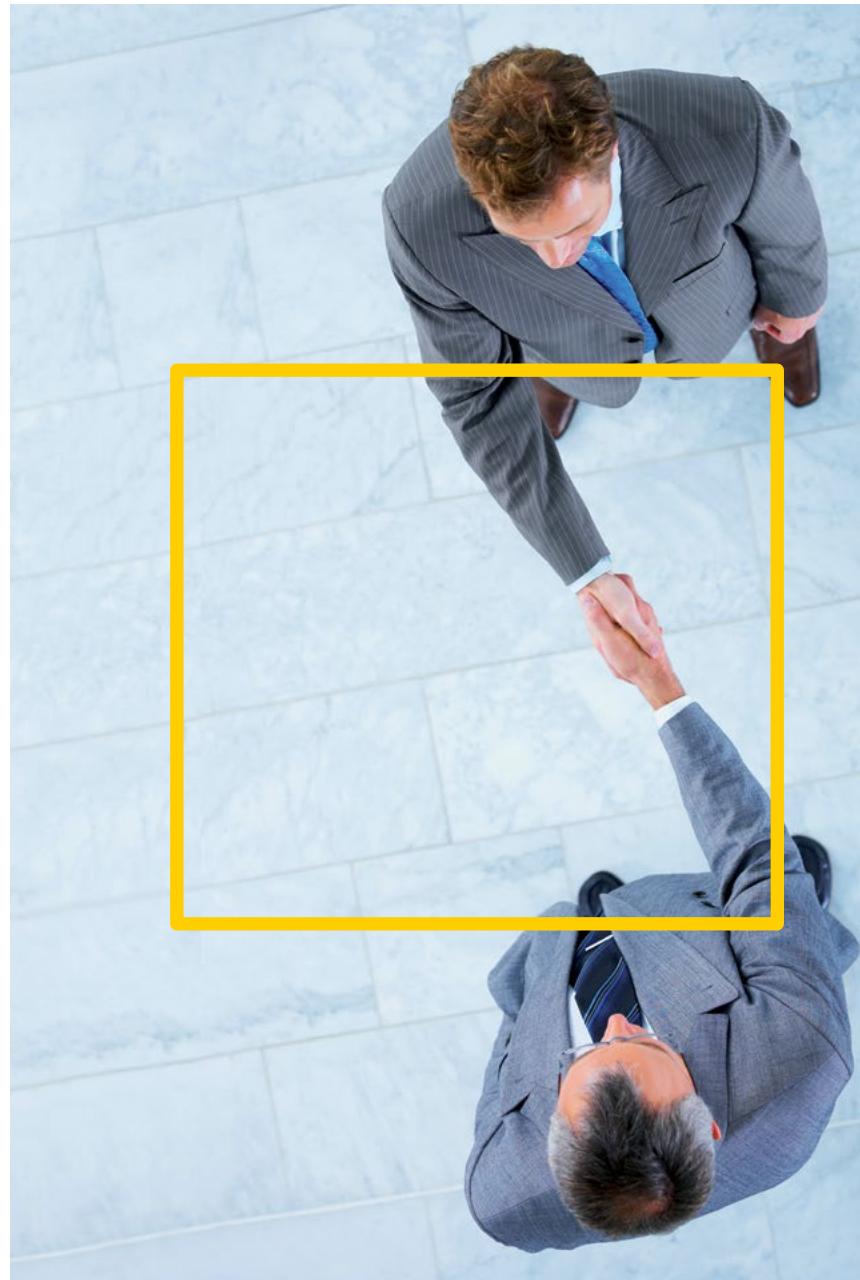
- Que son extraordinarias
- Que están relacionadas:
 - Con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
 - Con la reforma de la protección de datos para todas las compañías.
- Que son supervisadas por órganos reguladores, más allá de la CNMV.

Todas estas cuestiones, cuando se suscitan dentro del consejo de administración, es el secretario del consejo quien las resuelve, dando tranquilidad y confortabilidad a los miembros del consejo.

Por tanto, si no de forma oficial, sí oficiosamente, el secretario del consejo de administración se está responsabilizando de ser el interlocutor en relación con todos los temas de *compliance* que afectan a la sociedad, que normalmente escapan a lo que es el funcionamiento ordinario de la compañía, y que la adentran en terrenos sinuosos demasiado técnicos y, siempre, con una gran base jurídica.

Conecta con la tradición del secretario del consejo de administración ser la persona que está presente en el consejo para servir de interlocutor en todas aquellas otras áreas que pertenecen a la compañía y que no están presentes en la reunión del consejo de administración. En este caso, el secretario del consejo sirve de canal de comunicación para transmitir la sensación de tranquilidad, o lo contrario, para transmitir la sensación, si no de alarma, sí de inquietud y de generar en el consejo de administración al menos la pregunta de si se debe actuar o no se debe actuar.

En relación con todas aquellas cuestiones que se deben someter a la junta general, más allá de lo que pueda decir estrictamente la ley y más allá de lo que puedan decir estrictamente los códigos de gobierno, hay una serie de operaciones o actividades extraordinarias en sentido amplio que, por razón de la materia, o por razón de la cuantía, pasan por la junta general, por lo que deben ser supervisadas por el secretario general, para que no se corra el riesgo de que la junta general pueda rechazarlo por una falta de conocimiento sobre la operación.



8

Evaluación periódica del consejo de administración

El Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas¹⁵ y la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo recomienda una evaluación¹⁶ del consejo de administración¹⁷, evaluación que puede ser del mismo consejo o externa.

a. Evaluación del consejo

Hay mucho escepticismo en esta cuestión. Las evaluaciones de los consejos normalmente suelen ser autoevaluaciones. A continuación, existe en algunos casos, el control por parte de un tercero de cómo se hace toda esa autoevaluación y que la misma ha concluido en un resultado razonable.

Dentro de las sociedades de capital, el consejo de administración es el órgano de administración de un capital ajeno, propiedad de los accionistas que son los titulares del mismo. En estas circunstancias ¿quién evalúa al consejo? Le evalúa la junta todos los años. Es cierto que eso ocurre desde un punto de vista teórico pues, en muchísimos casos, hay sociedades, sobre todo las sociedades grandes y cotizadas, donde, a través del sistema de representaciones, es realmente el consejo de administración quien controla a la junta de accionistas, subvirtiendo el orden normal, que debería ser al revés.

Quien tiene que evaluar al consejo de administración en una sociedad de capital es, fundamentalmente, su junta de accionistas. Lo que hay que tratar de conseguir es que, las juntas de accionistas, sean de verdad órganos que cada año al menos, con ocasión de la aprobación de las cuentas y de la gestión del consejo de administración, que es un punto del orden del día de las juntas ordinarias, evalúen al consejo de administración de una manera independiente.

Además, se ha añadido una evaluación adicional a los consejos de administración y es la de someter a la decisión de la junta, con un carácter entre, no vinculante, y semi vinculante, la estructura retributiva del consejo de administración. Esta es la evaluación más dolorosa y, quizás, la evaluación más importante.

En un sistema capitalista, y en unas sociedades que son sociedades de capital, la evaluación la tiene que hacer la junta y la hace todos los años, aprobando o no la gestión, y en consecuencia ratificando o no a los consejeros de administración cuando caduca su nombramiento. Además, la tendencia todos los años es reducir los períodos máximos durante los cuales se puede ser consejero.

b. Independencia del secretario del consejo

La figura del secretario del consejo es una figura fundamental. El secretario del consejo, en muchas ocasiones, también es secretario de las comisiones, y las comisiones cada vez tienen más relevancia en el ámbito del consejo.

La comisión de auditoría tiene una gran preeminencia no solamente porque está en la norma, sino porque realmente es una figura fundamental de supervisión de la información, entre otras, la financiera.

La comisión de nombramientos y retribuciones tiene también un papel fundamental.

La cualificación de los secretarios en España es excelente, pero también el secretario debería tener, independencia.

Se es consciente de que el secretario del consejo, puede ser ejecutivo, puede ser externo, puede ser interno, pero, además de tener una buena cualificación, el secretario tiene que ser independiente.

La independencia de los secretarios del consejo es fundamental para un buen desarrollo de los consejos. Para reforzar la independencia y profesionalidad del Secretario del Consejo de Administración, la ley 31/2014 de 3 de diciembre expresa en el «Artículo 529 octies. Secretario del consejo de administración.

1. *El consejo de administración, previo informe de la comisión de nombramientos y retribuciones, designará a un secretario y, en su caso, a uno o a varios vicesecretarios. El mismo procedimiento se seguirá para acordar la separación del secretario y, en su caso, de cada vicesecretario. El secretario y los vicesecretarios podrán o no ser consejeros.*
2. *Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna.*

Es decir que, tanto el nombramiento del secretario del consejo, como su cese, deben ser informados por la Comisión de Nombramientos, como si de un consejero se tratase, y que el procedimiento a estos efectos conste de igual forma en el reglamento del consejo.

c. Evaluación del consejo por parte de terceros

Es bueno que haya evaluación por parte de un tercero ajeno al consejo de administración¹⁸. Hay expertos perfectamente cualificados en este país que puedan evaluar el consejo. La evaluación del consejo es sana fundamentalmente para los ejecutivos. La evaluación del consejo es cómo valoran el resto de los consejeros que no son ejecutivos a los propios ejecutivos.

Respecto de la evaluación individual¹⁹ no hay muchas sociedades que la lleven a cabo.

En el Reino Unido por ejemplo, el Principio B6 Evaluation del UK Corporate Governance Code²⁰, establece expresamente que la evaluación deberá realizarse tanto del Consejo en su conjunto, como de sus comisiones y de los consejeros de forma individual²¹.

9

El Secretario del Consejo y los Riesgos Fiscales

El secretario debe asegurarse de que, con la modificación de la ley, la estrategia fiscal que se presente al consejo, que es una competencia indelegable, responde a unos parámetros de prudencia y de buen cumplimiento normativo, en este caso tributario.

Ángel Gurría, secretario general de la OCDE, se pronunció expresamente sobre la asunción por parte de los órganos de gobierno de estas decisiones de gestión de riesgos fiscales porque, ahora, se considera muy importante el cumplimiento normativo general y, en particular, el cumplimiento del pago de los impuestos que corresponden.

Esta es una cuestión que, no solo es obligatoria en la legislación española, sino también a nivel mundial. Eso demuestra que, el propio secretario general de la OCDE, en su espíritu de gobernanza ya tiene presente la estrategia fiscal que, además, responde también a prácticas que se están siguiendo sobre todo en algunas jurisdicciones, en el mundo anglosajón, como por ejemplo Holanda, a nivel de obligar a valorar los riesgos fiscales y, en función de ese riesgo, provisionar lo que, en definitiva, afecta a la propia cuenta de pérdidas y ganancias de diferentes ejercicios, si los riesgos son exagerados.

Hay que presumir que, raramente, se va a llevar un riesgo fiscal alto a un consejo, pero, evidentemente, lo que están buscando los legisladores de toda esta órbita anglosajona y que también se ha incorporado al derecho español, es ese efecto preventivo en el cumplimiento normativo, en un momento normativo fiscal que, además, está respondiendo también a lo que los propios inversores institucionales están demandando.

El Norges Bank, gestor del fondo soberano de Noruega, en su propia web, en su propia explicación de sus preferencias a la hora de dedicar sus inversiones, cita expresamente, como elemento que transmite un concepto de inversión responsable, el cumplimiento y la gestión de los riesgos fiscales de una manera prudente por lo cual, no solo es un marco normativo sino que, los potenciales tramos de inversores institucionales, han empezado en esta tendencia que, no va a dar marcha atrás porque, exigir a las empresas en las que invierten que cumplan con esas responsabilidades tributarias o, en concreto, que eliminen cualquier riesgo fiscal tiene, para esos inversores, un efecto reputacional de alto valor ante la opinión pública.

En definitiva, el secretario del consejo en su función de compliance officer del consejo, engarzado con lo que es el equipo de la dirección fiscal de la propia compañía va a tener la capacidad de valorar exactamente el impacto o los riesgos fiscales que entraña cada operación.

En el ámbito institucional español, por parte de la Agencia Tributaria, ya hay desarrolladas una serie de herramientas, de código de buenas prácticas, etcétera, que dan una serie de pistas previamente para que las compañías no entren en esa situación de riesgo fiscal y evitar cualquier tensión reputacional en esa materia.



10 Aspectos más destacables de la Directiva 828 del 2017

El pasado 20 de mayo el Diario Oficial de la Unión Europea publicó la Directiva 828 del 2017²², que modifica la del 2007 sobre el derecho de los accionistas de sociedades cotizadas, en particular los cambios normativos que se focalizan en el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas. El contenido de esta Directiva permite augurar que el Gobierno abordará la correspondiente reforma de Ley de Sociedades de Capital.

Se pensó que, con la reforma que se había llevado a cabo hacia dos años concluirían, de momento, las modificaciones normativas en nuestro país en materia de gobierno corporativo. Esta directiva incorpora aspectos importantes en lo que es la implicación, a largo plazo de los accionistas, que constituye un elemento importantísimo del gobierno, aunque el plazo de transposición se desplaza a 2019, y por tanto no constituye una de las prioridades en el calendario normativo del Gobierno. La Directiva establece requisitos específicos con la finalidad de:

- Facilitar la identificación de los accionistas, la transmisión de la información y los derechos de los accionistas.
- Incrementar la transparencia de los inversores institucionales, los gestores de activos y los asesores de voto (*proxy advisors*).
- Reforzar el control y la transparencia de la remuneración de los administradores.
- Mejorar la supervisión y la transparencia de las transacciones con partes vinculadas.

La presencia de un número elevado de intermediarios puede dificultar el ejercicio de los derechos por parte de los accionistas por lo que se imponen obligaciones de transparencia y de información a los gestores activos e inversores institucionales.

Esto se evidenció durante la crisis que se vivió desde el año 2007, pues los accionistas no efectuaban un seguimiento adecuado de las sociedades en las que invertían donde, además, la presión era sobre rendimientos y rentabilidades de muy corto plazo, que estaban muy alejadas de lo que podía ser una alineación con lo que es sostenibilidad y el medio plazo. Por ello, se impone y se regula, por primera vez, de manera armonizada obligaciones de información y de transparencia también de nuevo para los asesores de voto, los *Proxy Advisors*, que tanta relevancia tienen para las sociedades en las juntas, materia que también está relacionada con política de remuneraciones.

En la parte de identificación de los accionistas, que es un elemento fundamental para que la sociedad pueda comunicarse con ellos y se pueda facilitar el ejercicio de sus derechos, la Ley de Sociedades de Capital recoge, en el artículo 497²³ la posibilidad de las sociedades de recabar información del depositario central de valores, para la identificación de los accionistas.

En ordenamiento español se presumen accionistas, es una presunción *iuris tantum*, aquellos cuyas acciones consten inscritas a su nombre en el registro de anotaciones en cuenta correspondiente con cinco (5) días de antelación, al menos, a aquél en que haya de celebrarse la Junta General.



El procedimiento registral español, sigue manteniendo una de sus características más relevantes, y que no es exactamente igual a otros sistemas de registro de valores. Estamos hablando del denominado Registro de Doble Escalón. En primer lugar —el Registro Central— es el representado por las anotaciones efectuadas en el sistema informático de iberclear²⁴. Este registro es el denominado Registro Central o «primer escalón»²⁵. Adicionalmente, se cuenta con el Registro de Detalle, el segundo escalón, constituido por registros informáticos anotados en las entidades financieras, donde se abren las cuentas de valores de los inversores. Es importante destacar que ambos son parte integrante del registro de valores español, donde la anotación de los valores confiere al inversor la presunción de ser su propietario titular a todos los efectos. En caso de discrepancia en los saldos entre el primer escalón y el segundo, es el saldo anotado en el Registro Central del DCV (depositarios centrales de valores) el que prevalece; las diferencias pueden deberse a error, negligencia o dolo.

Las obligaciones de identificación a lo largo de toda la cadena de intermediarios para llegar al “end investor” o al último titular, que es el verdadero accionista, que se piden en la DIRECTIVA (UE) 2017/828, probablemente no sean exigibles en el caso español porque esta salvaguardado en dicha directiva con un considerando 13²⁶, donde se hace una remisión a las disposiciones nacionales sobre tenencia de valores.

En la medida en que son accionistas los que figuran inscritos en el registro contable, se continuará y se seguirá manteniendo la obligación de información, por parte del depositario central de valores (DCV), a las sociedades, para identificar como accionistas aquellos que figuran en su registro contable sin tener que continuar a lo largo de la cadena.

Sin embargo, cuando se acometa la transposición de la directiva, las obligaciones que se imponen a los intermediarios de comunicar a los accionistas la información que la sociedad pone a su disposición para poder ejercitar correctamente sus derechos, (la indicación de la parte del sitio web de la sociedad en la que figura dicha información), sí debería incorporarse a nuestro ordenamiento.

También existen una serie de medidas que responden a actuaciones que estaban siendo acometidas por sociedades, pero que se incorporarán, probablemente, como normas de obligado cumplimiento en el proceso de transposición. Este es el caso de que, cuando se vota electrónicamente, deba existir una confirmación electrónica de la recepción del voto y, en el caso de que así se solicite, también debe existir una confirmación electrónica de que los votos han sido registrados y debidamente contabilizados.

a. Política de remuneraciones:

El detalle de la política de remuneraciones ahora mismo está incorporado en nuestro Código de buen gobierno de sociedades cotizadas. La directiva 2017/828 es bastante taxativa sobre lo que los estados exigirán²⁷ y, por tanto, lo que se le detalle de la política de remuneraciones que aparece incorporado en nuestro código pase a ser elevada a norma de elevado cumplimiento.

Se incorporan algunas novedades como la posibilidad de aplicar excepciones a la política de remuneraciones, pero siempre que estén para salvaguardar lo que es la sostenibilidad de la compañía y asegurar su viabilidad.

En el considerando (30) de la directiva 2017/828 se establece:

En excepcionales circunstancias excepcionales, las sociedades pueden necesitar establecer excepciones a determinadas normas de la política de remuneración como los criterios relativos a la remuneración fija o variable. Por consiguiente, los Estados miembros deben poder permitir a las sociedades aplicar esas excepciones temporales a la política de remuneración aplicable si especifican en su política de remuneración la manera en que se aplicará en determinadas circunstancias excepcionales. Las circunstancias excepcionales solo deben cubrir situaciones en las que la excepción de la política de remuneración es necesaria para servir a los intereses a largo plazo y la sostenibilidad de la sociedad en su conjunto o para asegurar su viabilidad. El informe sobre remuneraciones debe incluir información sobre la remuneración abonada o por abonar en tales circunstancias excepcionales.

En el ámbito de las remuneraciones y de las novedades que incorpora la directiva 2017/828, España ya recoge, en la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades cotizadas, la obligación de que la política de remuneraciones sea aprobada por la Junta de Accionistas. En el ámbito europeo se deja que sea aprobado con carácter vinculante o consultivo²⁸. En el caso español es vinculante. Esto último no tiene por qué modificar el proceso de transposición. En Europa se permite que, el informe de remuneraciones, sea consultivo o que sea simplemente un debate que se ejerza en la junta, sin embargo, en España es consultivo. Estos temas, que de alguna manera ya fueron incorporados en el proceso de reforma de 2014, no es probable que se modifiquen con la transposición de la directiva.



b. Obligaciones de transparencia:

Hay que señalar la importancia de las obligaciones de transparencia que se reflejan en el considerando 26 de la directiva 2017/828:

Dada su importancia, los asesores de voto deben estar sujetos a requisitos de transparencia. Los Estados miembros deben garantizar que los asesores de voto que estén sujetos a un código de conducta informen efectivamente sobre su aplicación de dicho código. Asimismo, deben revelar determinados datos esenciales relacionados con la preparación de su investigación, asesoramiento y recomendaciones de voto y cualquier conflicto de intereses real o potencial o relación empresarial que pueda influir en la preparación de la investigación, el asesoramiento y las recomendaciones de voto. Esa información debe permanecer públicamente disponible por un período de por lo menos tres años para permitir a los inversores institucionales elegir los servicios de los asesores de voto teniendo en cuenta su rendimiento en el pasado.

En los asesores de voto (Proxy Advisors), se evidenció el poco seguimiento que hacían de las sociedades en las que invertían, a pesar de la importancia y la relevancia que tienen los inversores institucionales en el accionariado de las compañías. Por tanto, en consonancia con la directiva 2017/828 se va a exigir que se haga pública:

- La política por parte de los asesores de voto.
- Se haga pública de forma gratuita la política de implicación a largo plazo de los accionistas.
- En qué medida se integra con su estrategia de inversión.

De forma precisa deberá referirse esta política, por ejemplo,

- A la forma en que estos inversores institucionales y gestores activos
 - Dialogan con la sociedad.
 - Emiten el voto.
- A los ámbitos de gobierno corporativo.
- Al impacto medioambiental y social.

En el caso de que un gestor de activos vote en representación de un inversor institucional se deberá dar publicidad, en los términos que establece la directiva, al contenido de los acuerdos que tienen que suscribirse entre ambos.

Debe publicarse anualmente la forma en la que la estrategia de inversión se aplica y que están alineados con los rendimientos a medio y largo plazo de la sociedad, toda una serie de obligaciones de información y de transparencia que sin duda repercuten en beneficio de lo que es la integridad, el correcto funcionamiento de los mercados y sobre todo la implicación a largo plazo de los accionistas. En cuanto a los asesores de voto (*Proxy Advisors*), además de lo que expone el considerando 26 citado anteriormente, en el considerando 17 establece que:

Por consiguiente, los inversores institucionales y los gestores de activos deben ser más transparentes por lo que respecta a su planteamiento sobre la implicación de los accionistas. Deben desarrollar y revelar su política en materia de implicación de los accionistas o explicar por qué han optado por no hacerlo. La política en materia de implicación de los accionistas debe describir el modo en que los inversores institucionales y los gestores de activos integren la implicación de los accionistas en su estrategia de inversión y las diferentes actividades de implicación que piensen llevar a cabo y el modo en que lo hagan. La política de implicación debe incluir además medidas que permitan gestionar los conflictos de intereses reales o potenciales, en particular en situaciones en las que los inversores institucionales o los gestores de activos o sus empresas asociadas mantienen relaciones comerciales importantes con la sociedad en que se invierte. Esta política de implicación o la explicación deben estar públicamente disponibles en línea.

En definitiva, lo que se inició hace unos años en el ámbito de transparencia parece que ha venido para quedarse y se seguirán acumulando nuevas obligaciones de información. Este ámbito de transparencia, probablemente implicará nuevas normas de obligado cumplimiento en la Ley de Sociedades de Capital y en la legislación del mercado de valores.

11

Operaciones vinculadas y de conflicto de interés

Uno de los temas que más preocupa a nivel global es la supervisión de operaciones vinculadas y de conflicto de interés. Por ello es importante determinar:

- ¿Cuál es la experiencia en las empresas en la comunicación de estas operaciones? y si, en este sentido,
- ¿El rol del CEO y del consejo se tendría que reforzar?

Esta es una materia en la que la Ley 31/2014, que modificó la Ley de Sociedades de Capital, viene a elevar a rango de ley lo que era una recomendación de buen gobierno, que estaba contenida en el Código Unificado.

En particular el artículo 230 “**Régimen de imperatividad y dispensa**”²⁹, reconoce la posibilidad de dispensa en relación a las operaciones vinculadas.

La Ley trata de garantizar que la dispensa se acuerde por instancias independientes. Esto sucederá en principio, por la propia composición del órgano, cuando la autorización se conceda por la junta general. Lo que ha de suceder necesariamente (competencia exclusiva) cuando el valor de la transacción en cuestión sea superior al 10 por 100 de los activos sociales (en las sociedades de responsabilidad limitada la junta será igualmente el único órgano competente para otorgar la autorización cuando ésta se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera o al establecimiento con la compañía de una relación de servicios o de obra: cfr. artículos 162 y 220 de la LSC)³⁰.

El artículo 529 ter “facultades indelegables”³¹.

1. *El consejo de administración de las sociedades cotizadas no podrá delegar las facultades de decisión a que se refiere el artículo 249 bis ni específicamente las siguientes:*

2. En su apartado H:

La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros, en los términos de los artículos 229 y 230, o con accionistas titulares, de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa³², incluyendo accionistas representados en el consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas. Los consejeros afectados o que representen o estén vinculados a los accionistas afectados deberán abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión. Solo se exceptuarán de esta aprobación las operaciones que reúnan simultáneamente las tres características siguientes:

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

Las compañías cotizadas que se dedican a prestar servicios con una pluralidad indeterminada que, con carácter general, van destinados al público, y que, además, tienen accionistas significativos, con participación significativa, que son entidades financieras o bancos, la principal dificultad que se les plantea en este tipo de operaciones vinculadas no es tanto la aprobación cuando exceden los umbrales y por tanto requieren de la aprobación en consejo o junta, sino la recopilación de todo este volumen tan inmenso de información para su inclusión en la información pública de la compañía.

Allí los secretarios del consejo trabajan muy estrechamente con el área financiera y con el auditor externo. Es el auditor externo quien fija una serie de parámetros a la hora de definir umbrales de materialidad que, desgraciadamente, suelen ser bajísimos, lo cual implica que la labor de recopilación es muy importante. Hay que incluirlo en la memoria de las cuentas anuales, la información financiera semestral y en el informe anual de gobierno corporativo. Aquellos que cotizan en Estados Unidos tienen un capítulo entero dedicado al tema de las operaciones vinculadas en el informe 20F que se reporta a la SEC anualmente y posteriormente, si ha habido alguna operación aprobada e informe de la comisión de auditoría, por el Código de Buen Gobierno tienen que incluirlo en la web con antelación suficiente a la celebración de la junta.

En este marco, la directiva 2017/828 que se ha publicado el 20/05/2017 en el diario oficial de la Unión Europea, dedica concretamente el artículo 9 quater³³ a regular todo el tema de la transparencia y la aprobación de este tipo de operaciones y deslinda determinados casos que se deberán aprobar por la junta y otros que deberán aprobarse por el consejo.

Este artículo sigue el criterio de nuestra Ley de Sociedades de Capital en cuanto al deber de abstención por parte de los consejeros y accionistas que sean parte vinculada, abstención tanto en el proceso de debate y deliberación como en la votación, pero añade la posibilidad de que los estados miembros puedan decidir autorizar la participación del consejero de la sociedad que sea parte vinculada, siempre y cuando se establezcan mecanismos o salvaguardias que impidan que la parte vinculada pueda aprobar la operación contra el criterio de la mayoría de los accionistas o, en su caso, de los consejeros que no son parte vinculada. Hay que estar atento sobre si nuestro legislador decide hacer uso de esta facultad o no.

También, el artículo 9, prevé que habrá que delimitar umbrales de materialidad, no solo a efectos de determinar cuándo aprueba la junta o cuándo aprueba el consejo, sino incluso a efectos de la obligación de comunicar, de hacer una divulgación o comunicación pública de la operación en el momento de su celebración, cosa que aquí se hace porque se registra el correspondiente hecho relevante si la operación es material. Sin embargo, el artículo 9 quater al final incluye un párrafo que dice:

*El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las normas sobre difusión pública de la información privilegiada establecidas en el artículo 17 del Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (***)*

Por tanto, lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de las obligaciones que impone el reglamento de abuso de mercado sobre difusión pública de la información privilegiada y relevante.

También llama la atención que fija los criterios que deberán tener en cuenta los estados miembros a la hora de establecer los umbrales de materialidad, tanto para la aprobación como para esa obligación de comunicación pública. Entonces habrá que tener en cuenta el impacto o la influencia que la información sobre esas operaciones vinculadas puede tener sobre las decisiones económicas de los accionistas y así como también el riesgo que la operación entrañe para la sociedad y para los accionistas que no son parte vinculada, incluidos los minoritarios. Esta última cuestión se repite constantemente en el artículo que trata de las operaciones vinculadas. Y, finalmente, entre los criterios a tener en cuenta para definir los umbrales de materialidad, incluye el impacto en la situación financiera de la compañía, la naturaleza de la operación y la posición que ocupen las partes vinculadas.

Llama la atención, que, en los casos en los que proceda esta comunicación pública inmediata en el momento de la celebración de la operación, los estados miembros pueden decidir incluir la obligación de acompañar esa comunicación pública de un informe que valore la razonabilidad y si la operación es justa o *faire* para la sociedad y para los accionistas que no son parte vinculada, incluidos los minoritarios, y ese informe prevé que los estados miembros decidirán si será elaborado por un tercero independiente, por el consejo o por la comisión de auditoría, como tenemos nosotros para el tema en el ámbito de las cotizadas.

También prevé la agregación de valor de las operaciones que no hayan alcanzado los umbrales pero que estén con la misma parte vinculada dentro de un mismo período de tiempo, cosa que expresamente no está prevista en nuestra ley. También añade la posibilidad de exceptuar supuestos de la obligación de aprobación. La regulación está bastante en consonancia con la española, pero abre ahí un margen de posibilidades al legislador que, al hilo de las otras modificaciones comentadas anteriormente, se puede ver tentado a introducir más modificaciones en este tema.

(***) Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión (DO L 173 de 12.6.2014, p. 1).»

12 Asesores externos

La recomendación 29³⁴ del nuevo Código del gobierno corporativo de sociedades cotizadas sugiere que la sociedad establezca los cauces adecuados para que los consejeros puedan obtener el asesoramiento preciso para el cumplimiento de sus funciones incluyendo asesores externos con cargo a la empresa. El tema del asesoramiento externo es algo recurrente.

¿En qué casos es conveniente este asesoramiento?

¿En qué ámbito el asesoramiento tiene sentido y si es una práctica sustancialmente recurrente o no tiene que serlo?

Cada vez es más frecuente que los consejeros puedan obtener el asesoramiento preciso para el cumplimiento de sus funciones incluyendo, si así lo exigieran las circunstancias, asesoramiento externo con cargo a la empresa. Aquí se producen dos supuestos en los que normalmente se piden asesores.

SUPUESTO 1: Se piden asesores, porque prestan un servicio casi directamente al consejo y a las comisiones

Este es el caso de pedir asesoría cuando esta viene impuesta por una obligación legal, situación que es cada vez más frecuente. Por ejemplo, dentro del sector financiero, se tienen unas normas que regulan las retribuciones de todas las personas cuya función incide en el perfil de riesgo de la entidad, que es lo que se denomina el colectivo identificado.

Son unas normas bastante intrusivas, muy detalladas, que además generan problemas de competencia fuertes con otros sectores, incluso con otros países, y que la norma exige que exista una evaluación anual por un tercero independiente sobre si la política de retribuciones es congruente con la aplicación de las normas y se están llevando a cabo efectivamente.

Por ejemplo, es frecuente que expertos de despachos y firmas de auditoría vayan anualmente a la comisión de retribuciones del consejo a explicar cuál es la evaluación que se ha hecho y, efectivamente, si se están cumpliendo adecuadamente todas las normas reguladas de retribuciones en el banco.



SUPUESTO 2: Evaluación

Otra cuestión importante es la evaluación. Hay entidades financieras importantes que tienen incorporada, siguiendo recomendaciones, una evaluación anual del consejo de administración y, cada tres años como máximo, se tiene que realizar por un evaluador externo.

Este año de 2017 algunas entidades financieras han hecho la evaluación internamente y, el año pasado, fue con un evaluador externo.

Se han elaborado cuestionarios que se han alimentado de ejercicios de evaluadores externos realizados anteriormente y luego, por ejemplo, con lo que hacen las filiales de estas entidades financieras en países como Reino Unido, donde están bastante avanzados en este tema.

El cuestionario en cuestión es anónimo y de él surgen cosas que merecen la pena ser tenidas en cuenta y que sirven para mejorar el funcionamiento del consejo y de las comisiones.

Es cierto que al final el evaluador fundamental es la junta de accionistas. Muchas veces los proxy advisors se quejan de que es excesivamente largo el período de duración de los consejeros³⁵, de manera que no se somete todos los años su reelección a la junta. En España un accionista con una acción en la junta de accionistas, sin estar en el orden del día, puede levantarse y pedir que se vote el cese de un consejero, cosa que es un mecanismo de exigencia de responsabilidad bastante intenso y que va mucho más allá de la pura reelección que se produce con una periodicidad determinada.

Hay veces que el acceso o la contratación de asesores externos viene impuestas por normas legales o recomendaciones, pero, cada vez más, es necesario contar con ese soporte para el cumplimiento de las obligaciones como consejo.

Por ejemplo

En el tema de las retribuciones, una importante entidad financiera española lleva todos los años a la junta de accionistas cinco acuerdos en materia de retribuciones, que son:

1. El informe de retribuciones, que sigue el formulario de la CNMV.
2. La política de retribuciones de consejeros.
3. El acuerdo que fija la retribución del consejo en sus funciones de supervisión.

4. Los acuerdos de retribuciones que implican la entrega de acciones y que, en la normativa bancaria, son todos los que afectan al colectivo de identificados, porque, para el que no esté familiarizado con el sistema, la retribución variable del colectivo identificado en los bancos tiene que ser pagada la mitad en efectivo y la mitad en acciones pues, al implicar la entrega de acciones tiene que someterse a junta de accionistas.

5. Hay una regla del sector financiero que es que la retribución variable no puede exceder de la fija y puede llegar hasta el doble de la fija siempre que lo autorice la junta de accionistas

Llevando cinco acuerdos en materia de retribuciones a la junta de accionistas se debe ser prudente e ir con el soporte de algún asesor externo, que puede ser tanto antes como después.

Antes de la ejecución:

- Se habla con los *Proxy Advisors*.
 - Se analizan cómo van las tendencias.
 - Se revisa qué sistema retributivo y qué política de retribuciones satisface más las expectativas del consejero.
- Por tanto, el rol del asesor de voto es importante.

En la ejecución:

- Todos estos sistemas de retribuciones normalmente implican la utilización de objetivos a medio y largo plazo que van, desde:
 - El retorno total para el accionista.
 - Hasta las ganancias por acción, que implican una acreditación formal de si se han cumplido o no los requisitos.
- Como se está haciendo la comparación con entidades qué se han tomado como referencia para ver si se está cumpliendo el objetivo de retorno total para el accionista, la mejor forma de acreditar todo esto es recurriendo a un asesor externo que certifique si se han cumplido unos objetivos y por tanto en qué medida puedes pagar la retribución supeditada a ello. Por ello cada vez es más frecuente un asesoramiento que ya no se da a los servicios de la compañía, sino directamente a las comisiones del consejo y al propio consejo.

13 Requerimientos del gobierno corporativo, en términos de control, para una empresa estatal.

AENA es una sociedad mercantil estatal que, además, es una sociedad cotizada. Tiene unas especialidades dentro de su régimen jurídico muy considerables porque el 51% del capital, después de la salida a bolsa en febrero de 2015, es del Estado. Eso supone que su marco jurídico es bastante especial, porque es un marco jurídico público-privado que, en el ámbito del gobierno corporativo, determina una serie de exigencias diferentes que en el resto de sociedades cotizadas.

AENA es una sociedad mercantil estatal que se rige por el ordenamiento jurídico privado. Si bien tiene determinadas especialidades donde se rige por el ordenamiento jurídico público, como establece la ley y como además así se ha publicado en información reciente donde, en caso de conflicto la prevalencia es de la normativa pública, como así ha dicho la Abogacía del Estado en un informe en febrero del año 2016³⁶.

Esto significa que, en la práctica, en materia de régimen de personal y en materia presupuestaria, AENA está sujeta a las mismas especialidades que se establecen para el resto del sector público estatal es decir que, tanto en el régimen de contratación de personal como el régimen de masa salarial AENA se ajusta a las especialidades que establece la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el resto del sector público estatal. Esto hace referencia a sociedades que son 100% de control estatal.

En régimen de contratación pública, AENA, contrata igual que una entidad pública, dado que es ENAIRE³⁷, una entidad pública empresarial la titular de las acciones de AENA. Es decir, AENA está considerada como poder adjudicador, aunque no es una administración pública, lo cual supone un régimen de contratación con unos controles en materia de gobierno corporativo muchísimo más exigentes que los que puede tener una empresa de titularidad privada.

AENA tiene control a nivel financiero, porque está sujeta también a lo que es un control de eficacia y supervisión continua tanto por el control por el Tribunal de Cuentas como por la Intervención General de la Administración del Estado, la ICAE, y tiene también control en materia, o especialidades por ejemplo en materia de responsabilidad

de los administradores. La Ley 40/2015³⁸ establece que los administradores que estén designados por la Administración no responden. Responde directamente la Administración General del Estado por ellos, sin perjuicio de que la Administración luego pueda repetir contra los mismos.

En relación con las remuneraciones, en este tipo de sociedad³⁹, se ha entendido que no aplica las recomendaciones de buen gobierno en materia de remuneraciones porque la política de remuneraciones que tiene AENA es la política pública que fija el Ministerio de Hacienda.

Son muchas las especialidades que, como sociedad mercantil estatal, tiene AENA. Tiene muchos controles públicos y, por otra parte, la mayor utilidad que tiene el gobierno corporativo es la de mitigar los riesgos. Cuanto mejor sea y cuanto más se refuerce el gobierno corporativo de una sociedad, mejor ejercerá la función de mitigar los riesgos que tiene la sociedad en cuestión pues, finalmente, los riesgos que puede controlar un secretario de un consejo o un director de la asesoría jurídica, básicamente son los riesgos legales porque los riesgos de operación tienen establecidos otros controles que no dependen del secretario general.

En AENA el asesoramiento jurídico de los asuntos de contratación que se llevan al consejo de administración de AENA, además de estar visados por la secretaría del consejo, todos llevan, un informe específico de la Abogacía del Estado y del Ministerio de Hacienda. Eso, refuerza la seguridad y el control para el consejo de administración. Estos informes específicos lo que hacen es mitigar los riesgos que tiene el consejo de administración. Ahora bien, todos aquellos controles que coloquen a empresas tipo AENA en unos niveles de eficiencia, unos niveles de responsabilidad o unos niveles de competitividad diferentes a las empresas de titularidad privada o a exigencias que determinen la no aplicación o el incumplimiento de recomendaciones de buen gobierno, deberían adaptar su régimen jurídico para que no se produzcan distorsiones en el funcionamiento de las sociedades en el mercado.

14

Implicación de los accionistas

La implicación de los accionistas es una de las piedras angulares del gobierno corporativo. ¿Qué instrumentos utilizan las empresas para potenciar la implicación de los accionistas y qué papel tiene el secretario del consejo en este sentido?

A las empresas las evalúan los accionistas en la junta general, pero en la práctica la junta general no pasa de ser un mero acto formal, puesto que la junta general dura 365 días al año, 366 los bisiestos, y eso obliga a las empresas a mantener un contacto permanente con los accionistas.

Hay accionistas que se implican y accionistas que no se implican, por lo que muchas veces hay que hacer un seguimiento para que los accionistas vayan a las juntas, para que voten, y no siempre se consiguen unos quórum todo lo satisfactorios que a las empresas les gustaría. Ese respaldo de los accionistas es verdaderamente importante.

Uno de los problemas de las normas de gobierno corporativo es que establecen reglas generales para todas las sociedades y las sociedades son radicalmente distintas unas de otras. Respecto de los accionistas, la estructura del capital es un elemento determinante. Hay sociedades que tienen un capital con unos accionistas de control perfectamente identificados y otras que no. Red Eléctrica de España tiene un *Free Float* del 80%, y una participación del Estado del 20%, aunque esa distribución del capital no le confiera ninguna naturaleza pública.

Hay otra circunstancia y es en qué ámbito se mueven esos accionistas. En Red Eléctrica Española más del 70% del capital son accionistas extranjeros y, además, son accionistas con un perfil razonablemente conservador y, por consiguiente, un accionariado razonablemente estable, que están ahí, que conocen la sociedad y que los 365 días del año están controlando a REE.

Cuando REE salió a bolsa en el año 1999, tenían un bajo conocimiento del gobierno corporativo. Cumplían la normativa mercantil y cumplían el Código Olivencia y el Código Conthe. Esto les obligó a tener un estrecho contacto con todos los accionistas comprometidos y con los *Proxy Advisors*.

En estas circunstancias, para REE su secretario general del consejo tuvo un papel destacado pues hizo de puente entre el consejo y esas prácticas o esas recomendaciones que se marcan el marco internacional. Dentro del marco

internacional los accionistas de REE les exigen que se muevan con arreglo a esos criterios. Eso les obligó a entender lo que querían sus accionistas. Detrás de todas esas recomendaciones de los accionistas y de los criterios de gobierno corporativo hay reflexiones muy importantes, de mucha gente durante mucho tiempo. REE ha encontrado foros donde ha aprendido a entender qué son las cosas importantes y las que no lo son. Por qué les piden determinadas cosas. Por ejemplo uno de ellos es el ICGN, el International Corporate Governance Network⁴⁰.

En ese foro, REE empezó a establecer una relación de diálogo y a entender la importancia de los estándares de gobierno corporativo. En este sentido la misión del secretario de REE fue trasladar al consejo la comprensión y la importancia del gobierno corporativo. Gracias a esto, REE, empezó a entender la importancia del gobierno corporativo y la cadena de comunicación con el consejo fue muy importante.

En el caso de REE, el resultado al cabo de cierto tiempo ha sido absolutamente satisfactorio y el consejo ha empezado a comprender exactamente los requerimientos del gobierno corporativo y el resultado de todo se ha transformado en una buena reputación.

La buena reputación es una llave que soluciona muchísimos problemas de gobierno corporativo, por ejemplo, con los accionistas pues, esa buena reputación, ha establecido una relación perfectamente estable con ellos y que facilita la credibilidad de REE ante ellos. Esto hace que los accionistas entiendan en qué términos se le están planteando los hechos y su respuesta es la comprensión. Comprenden perfectamente y son absolutamente razonables y ayudan a que el gobierno corporativo vaya mejorando.

El gobierno corporativo es un tema bastante técnico por lo que los debates que se producen en la autoevaluación dentro del consejo, que es uno de los foros donde se discute la citada autoevaluación, hace que el consejo se permeabilice de todas estas cosas, pues el consejo es un escenario absolutamente razonable.

Por ello el papel de puente del secretario entre el consejo y el mundo de los accionistas es verdaderamente importante, sin perjuicio de que haya refuerzos, por ejemplo, el papel que desempeñan las comisiones de nombramientos, o el papel del consejero independiente coordinador.

15

Prácticas del Banco Central Europeo, en la supervisión de las entidades financieras

Respecto de las prácticas, el Banco Central Europeo, hace lo que se denomina una temática review y se centra todos los años en determinados aspectos y, uno de ellos, es el gobierno corporativo, pero no con carácter general sino en la determinación de en qué medida ese gobierno corporativo favorece que la toma de decisiones en una entidad financiera, que se atribuyen al consejo de administración, es correcta.

Aquí se parte de un problema bastante serio, que es que gran parte de la normativa bancaria está inspirada por el modelo alemán, que tiene un Consejo de Supervisión⁴¹ y un Consejo de Gobierno más ejecutivo.

Sucede que muchas de las decisiones que se obligan a tomar en la Normativa Europea Bancaria se residencian en el Consejo de Administración quien, en ese modelo dual, es el Consejo de Gobierno. A los que tienen un único órgano, es ese único órgano el que tiene que tomar las decisiones y esto implica que deben utilizar documentos que no tienen como, por ejemplo, el RECOVERY PLAN⁴², que es un plan de viabilidad para situaciones de estrés. El RECOVERY PLAN es un documento que tiene, como anexos, los datos de cada una de las filiales relevantes, pudiendo llegar a ser un documento de 700 páginas. Luego el ICAAP y el ILAAP⁴³, que son ejercicios internos de autoevaluación del capital y de la liquidez. Mediante el ICAAP y el ILAAP, se comprueba si se tiene un nivel confortable de capital y de liquidez y si el banco lo seguirá teniendo en situaciones de estrés. Estos también son documentos bastante densos. Por supuesto está la formulación de cuentas, y la determinación del apetito de riesgo del banco, con todas las métricas, financieras, no financieras, de mercado y operacionales. Esas son decisiones y documentos que aprueba el consejo de administración del banco como tal.

Entonces, se le pide al banco que, por un lado, incremente el perfil de los consejeros ajenos al sector financiero y que le permiten afrontar los nuevos desafíos, por ejemplo, incorporar al consejo personas como Steve Jobs en su día o Larry Ellison, fundador de Oracle, donde fue Director Ejecutivo hasta 2015.

¿Cuál es el problema? Que si el banco sienta en su consejo a personas del perfil de las citadas anteriormente lo primero que tendrían que hacer es aprobar el *Recovery Plan* (documento de 700 páginas). Y ¿esto cómo es posible? Porque hay que tener un *background* financiero.

Entonces, como los bancos son conscientes de estos problemas lo que quieren es ver que, cuando llega el apetito de riesgo al consejo quiere saber por qué fase ha pasado, qué comisiones internas del banco lo han visto, qué comisiones del consejo lo han visto, si lo ha visto la comisión de supervisión de riesgos y luego cuál es el nivel de *challenge*.

Es decir, comprobar hasta qué punto los consejeros se limitan a decir que la propuesta está bien o preguntan cosas que ponen en evidencia ciertas carencias de la propuesta en cuestión.

Esto es lo que analiza el consejo de administración del banco, es decir, todo el proceso de toma de decisiones que forma parte del funcionamiento de los órganos de gobierno del banco.

El proceso de toma de decisiones obliga a extremar el celo en la preparación de la reunión. Es decir, el BCE le dice al banco que, con ocasión de su presencia en esa reunión, se ponga a su disposición los documentos citados anteriormente. Los consejeros deben haber recibido, evaluado y suministrado la información adecuada y suficiente para la toma de decisiones e informar si lo han hecho con la debida antelación. Todo ese proceso hay que hacerlo especialmente bien en esa reunión.

En el sector bancario se ha llegado a un nivel muy elevado de intensidad, de debates, de discusión en la toma de decisiones y de cuestionamiento de las propuestas que se elevan que, a pesar de la complejidad que reviste, logra mejorar de forma muy importante a las entidades bancarias.

a. Toma de decisiones en la banca

La toma de las decisiones, en la banca se hace de forma muy detallada y escrupulosa respetando las normas del buen funcionamiento del banco.

El proceso de toma de decisiones del banco no solo afecta al consejo de administración del banco, sino que también implica a los supervisores del BCE que deben señalar los aspectos de la toma de decisiones que puedan afectar al buen funcionamiento del banco. Por tanto, ante los posibles riesgos, los supervisores del BCE también tienen una responsabilidad, además de la que tiene el consejo de administración del banco. Como colofón hay que destacar el grado de discusión y de preparación al que ha llegado la banca.



16 Conclusiones

De acuerdo con Miguel Ferré, Vicepresidente del Global Corporation Center:

1. Se debe reconocer el papel esencial que tiene el secretario del consejo, en el sentido de que garantiza de alguna manera o da comodidad a los órganos de gobierno, a los miembros del consejo de administración.
2. Dar esa comodidad, esa confortabilidad jurídica en un entorno normativo al órgano de gobierno de una cotizada o incluso no cotizada, es algo muy importante y que, en definitiva, es el objetivo último de lo que se denomina, gobierno corporativo.
3. El balance de la actuación del secretario del consejo es positivo y, por tanto, de alguna manera el secretario del consejo actúa como una especie, de notario, fedatario de las cosas que están pasando en el consejo y, además, está transmitiendo confianza y tranquilidad a las organizaciones de gobierno. Por ello su papel es auténticamente relevante y es evidente que tiene retos muy especiales y muy potentes por delante.
4. En particular cuando se habla de grupos complejos, con presencia internacional, hay una superposición de las normas de gobierno corporativo, que también suponen un reto específico para los propios secretarios del consejo.
 - a. El secretario el consejo debe poder dar una respuesta adecuada a los miembros del órgano de gobierno a la hora de transmitir que las filiales están razonablemente homogeneizadas o encuadradas en la política de gobierno corporativo de la propia entidad.
5. En definitiva, hay retos muy importantes los que vienen por delante que van a impactar en el futuro, en el día a día de los secretarios del consejo como, por ejemplo, los que se derivan de los requisitos específicos que establece la Directiva 828 del 2017, con la finalidad de:
 - a. Facilitar la identificación de los accionistas, la transmisión de la información y los derechos de los accionistas.
 - b. Incrementar la transparencia de los inversores institucionales, los gestores de activos y los asesores de voto (*Proxy Advisors*).
 - c. Reforzar el control y la transparencia de la remuneración de los administradores.
 - d. Mejorar de la supervisión y la transparencia de las transacciones con partes vinculadas.



Notas

- 2 Artículo único. *Modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.*

El texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, queda modificado en los siguientes términos:

Uno. El artículo 160 queda redactado como sigue:

«Artículo 160. Competencia de la junta.

Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

- a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.
- b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- c) La modificación de los estatutos sociales.
- d) El aumento y la reducción del capital social.
- e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.
- f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.
- g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.
- h) La disolución de la sociedad.
- i) La aprobación del balance final de liquidación.
- j) Cualesquier otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.»

- 3 El Consejo de la CNMV acuerda:

1. Se aprueba como documento único con las recomendaciones de gobierno corporativo, a efectos de lo dispuesto en el apartado primero f) de la Orden ECO/3722, de 26 de diciembre, el Código Unificado de Buen Gobierno que figura como Anexo I del Informe de 19 de mayo de 2006 del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas.

2. Las sociedades cotizadas deberán tomar como referencia el citado Código Unificado al presentar, en el primer semestre de 2008, el Informe Anual de Gobierno Corporativo relativo al ejercicio 2007.

3. El documento único con las recomendaciones de gobierno corporativo (es decir, el Código Unificado) se hará público por la CNMV a través de su página web. Madrid, 22 de mayo de 2006.

4. Tal y como han señalado Segismundo Álvarez y Jaime Sánchez en su trabajo "La nueva competencia de la Junta General sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC" (Segismundo Álvarez Royo-Villanova y Jaime Sánchez Santiago, Diario La Ley nº 8546, 25 Mayo 2015), el origen de esta norma se encuentra en la jurisprudencia sobre la delimitación de competencias entre la junta general y el órgano de administración, así como en determinada normativa de derecho comparado sobre esta misma cuestión, citando estos autores como precedente jurisprudencial más famoso en Europa la sentencia Holzmüller del Tribunal Supremo alemán de 25 Febrero 1982, que estableció que determinadas decisiones, aunque formalmente estén cubiertas por el poder de representación de los administradores, "afectan de forma tan profunda a los derechos de participación de los socios y a sus intereses patrimoniales" que no pueden ser adoptadas sin la participación de la junta general.

- 5 «Artículo 160. Competencia de la junta.

f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

- 6 Artículo 511 bis. Competencias adicionales. (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

1. En las sociedades cotizadas constituyen materias reservadas a la competencia de la junta general, además de las reconocidas en el artículo 160, las siguientes:

a) La transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas.

b) Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad.

c) La política de remuneraciones de los consejeros en los términos establecidos en esta ley.

2. Se presumirá el carácter esencial de las actividades y de los activos operativos cuando el volumen de la operación supere el veinticinco por ciento del total de activos del balance.»

- 7 Artículo 160f: La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

- 8 Resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad interino de A Coruña n.º 5 a inscribir una escritura de compraventa...." Cuestión distinta es la relativa a la posible analogía que puede existir entre el supuesto normativo del artículo 160.f) y el de los actos realizados por los administradores con extralimitación

respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave ex artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 10.1 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que se corresponde con el artículo 9.1 de la derogada Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968) el artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave.

- 9 Artículo 234. Ámbito del poder de representación. (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

- 10 Artículo 9.1. La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los

- límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba.(primera directiva 68/151/CEE del consejo, de 9 de marzo de 1968, tendiente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (68/151/cee) (doce, I 65, del 14).
- 11 Comisión de expertos en materia de Gobierno Corporativo creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013 publicado por orden ECC/895/2013, de 21 de mayo). «Artículo 529 octies. Secretario del Consejo de Administración: El secretario y los vicesecretarios podrán o no ser consejeros.
- 12 Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. «Artículo 529 octies. Secretario del consejo de administración.
1. El consejo de administración, previo informe de la comisión de nombramientos y retribuciones, designará a un secretario y, en su caso, a uno o a varios vicesecretarios. El mismo procedimiento se seguirá para acordar la separación del secretario y, en su caso, de cada vicesecretario. El secretario y los vicesecretarios podrán o no ser consejeros.
2. El secretario, además de las funciones asignadas por la ley y los estatutos sociales o el reglamento del consejo de administración, debe desempeñar las siguientes:
- a) Conservar la documentación del consejo de administración, dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de su contenido y de las resoluciones adoptadas.
- b) Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna.
- c) Asistir al presidente para que los consejeros reciban la información relevante para el ejercicio de su función con la antelación suficiente y en el formato adecuado.»
- 13 Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. «Artículo 529 octies. Secretario del consejo de administración.
1. El consejo de administración, previo informe de la comisión de nombramientos y retribuciones, designará a un secretario y, en su caso, a uno o a varios vicesecretarios. El mismo procedimiento se seguirá para acordar la separación del secretario y, en su caso, de cada vicesecretario. El secretario y los vicesecretarios podrán o no ser consejeros.
- 14 Pólizas de responsabilidad de administradores y directivos (D&O liability policy). "D&O" es la abreviatura en inglés de *directors and officers*. Dichas pólizas de seguro se contratan para cubrir la responsabilidad civil (civil liability o *third party liability*) de administradores o consejeros (*directors*) y directivos (*officers*) por los daños (*damages*) causados en el ejercicio de sus funciones, tanto a sus accionistas (*shareholders*) por la pérdida de valor de la acción o de los activos de la sociedad, como a terceros (*third parties*) afectados por su mala gestión.
- 15 Comisión Nacional del Mercado de Valores. Febrero 2015.
- 16 «Artículo 529 nonies. Evaluación del desempeño.
1. El consejo de administración deberá realizar una evaluación anual de su funcionamiento y el de sus comisiones y proponer, sobre la base de su resultado, un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas.
2. El resultado de la evaluación se consignará en el acta de la sesión o se incorporará a ésta como anexo.»
- 17 II.3 Consejo de administración. 18. El consejo evaluará periódicamente su desempeño y el de sus miembros y comisiones, contando con el auxilio de un consultor externo independiente al menos cada tres años.
- 18 Aumenta la tendencia a realizar evaluaciones mixtas (22%), lo que supone implicar en una parte del proceso a un experto externo, mientras que baja el número de compañías que optan por hacer sólo una evaluación interna. Consejos de Administración de empresas cotizadas. PWC. Septiembre 2016.
- 19 Llama la atención el crecimiento de las evaluaciones individuales a los consejeros, que pasan de un 4% el año pasado a un 22%, un valor en claro ascenso que denota un alineamiento con los países de nuestro entorno. Esta tendencia se irá consolidando al haberse incluido como nueva recomendación en el Código de Buen Gobierno. Consejos de Administración de empresas cotizadas. PWC. Septiembre 2016.
- 20 B6 Evaluation. *The board should undertake a formal and rigorous annual evaluation of its own performance and that of its committees and individual directors.* UK Corporate Governance Code (the "Code"). Main Principles. Compliance for the year ending 31 March 2016.
- 21 A pesar de que el Manual de Sociedades Cotizadas de la Bolsa de Nueva York (NYSE § 303A.090) no exige la evaluación individual de los miembros del Consejo, lo cierto es que en los últimos años el número de compañías norteamericanas que realizan una evaluación individual de sus consejeros se ha ido incrementando.
- 22 DIRECTIVA (UE) 2017/828 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.
- 23 «Artículo 497. Derecho a conocer la identidad de los accionistas.
1. La sociedad emisora tendrá derecho a obtener en cualquier momento de las entidades que lleven los registros de los valores los datos correspondientes de los accionistas, incluidos las direcciones y medios de contacto de que dispongan.
2. El mismo derecho tendrán las asociaciones de accionistas que se hubieran constituido en la sociedad emisora y que representen al menos el uno por ciento del capital social, así como los accionistas que tengan individual o conjuntamente una participación de, al menos, el tres por ciento del capital social, exclusivamente a efectos de facilitar su comunicación con los accionistas para el ejercicio de sus derechos y la mejor defensa de sus intereses comunes. En el supuesto de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, la asociación o socio será responsable de los daños y perjuicios causados.
3. Reglamentariamente se concretarán los aspectos técnicos y formales necesarios para el ejercicio del derecho a los datos conforme a los dos apartados anteriores.»
- 24 Consultado en: www.iberclear.es

25 LA REFORMA DE LA POST-CONTRATACIÓN DE VALORES EN ESPAÑA Jesús Benito Naveira (consejero delegado de Iberclear) e Ignacio Solloa Mendoza (consejero director general de BME Clearing).

26 Considerando 13: La presente Directiva se entiende sin perjuicio del derecho nacional que regula la tenencia y la titularidad de valores ni de los dispositivos para el mantenimiento de la integridad de los valores y no afecta a los beneficiarios finales ni a otras personas que no sean accionistas en virtud del Derecho nacional aplicable. DIRECTIVA (UE) 2017/828 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de mayo de 2017.

27 (28) Los administradores contribuyen al éxito a largo plazo de la sociedad. La forma y la estructura de la remuneración de los administradores son cuestiones que entran principalmente en el ámbito de competencia de la sociedad, sus correspondientes órganos de administración, accionistas y, en su caso, representantes de los trabajadores. Por consiguiente, es importante respetar la diversidad de los sistemas de gobierno corporativo existentes en la Unión, que son reflejo de los diferentes puntos de vista de los Estados miembros sobre el papel de las sociedades y de los órganos responsables de determinar la política de remuneración y la remuneración específica de cada administrador. Dado que la remuneración es uno de los instrumentos esenciales para garantizar que los intereses de las sociedades estén en consonancia con los de sus administradores, habida cuenta del papel fundamental que estos desempeñan en las sociedades, es importante que la política de remuneración de las sociedades esté determinada de manera adecuada por los órganos competentes de la sociedad y que los accionistas tengan la posibilidad de expresar sus puntos de vista respecto de la política de remuneración de la sociedad.

28 Considerando 29: Para garantizar que los accionistas puedan pronunciarse realmente sobre la política de remuneración de la sociedad, se les debe conceder el derecho a votar de forma vinculante o consultiva sobre esa política, sobre la base de una descripción global clara, comprensible y completa de la misma.

29 Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

30 Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas). Alberto Díaz Moreno, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo.

31 Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

32 Por tanto, con participación del 3% o superior.

33 Transparencia y aprobación de las operaciones con partes vinculadas.

34 Recomendación 29. Que la sociedad establezca los cauces adecuados para que los consejeros puedan obtener el asesoramiento preciso para el cumplimiento de sus funciones incluyendo, si así lo exigieran las circunstancias, asesoramiento externo con cargo a la empresa.

35 «Artículo 529 undecies. Duración del cargo.

1. La duración del mandato de los consejeros de una sociedad cotizada será la que determinen los estatutos sociales, sin que en ningún caso exceda de cuatro años.

2. Los consejeros podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima.»

36 AENA, de acuerdo al Informe de la Abogacía del Estado de fecha 15 de febrero de 2016, está sujeta, entre otros, en materia de remuneraciones, a la normativa reguladora del sector público aplicable, resultando prevalente a la normativa de Derecho privado, dado el carácter imperativo y especial de la normativa pública.

37 La entidad pública empresarial ENAIRE es la empresa designada por el Estado para el suministro de los servicios de tránsito aéreo en las fases de ruta y aproximación.

38 Se mantiene el concepto de sociedades mercantiles estatales actualmente vigente en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, respecto de las cuales se incluye como novedad que la responsabilidad aplicable a los miembros de sus consejos de administración designados por la Administración General del Estado será asumida directamente por la Administración designante. Todo ello, sin perjuicio de que pueda exigirse de oficio la responsabilidad del administrador por los daños y perjuicios causados cuando hubiera ocurrido dolo, o culpa o negligencia graves. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

39 Se habla en singular porque, por ahora, solo existe una sociedad mercantil estatal cotizada que es AENA.

40 www.icgn.org. Established in 1995 as an investor-led organisation, ICGN's mission is to promote effective standards of corporate governance and investor stewardship to advance efficient markets and sustainable economies world-wide. Our policy positions are guided by the ICGN Global Governance Principles and Global Stewardship Principles, both of which are implemented by:

- Influence policy by providing a reliable source of investor opinion on governance and stewardship;

- Connect peers at global events to enhance dialogue between companies and investors around long term value creation; and
- Inform dialogue through knowledge and education to enhance the professionalism of governance and stewardship practices.

41 El Consejo de Supervisión planifica y ejecuta las tareas de supervisión, realiza los trabajos preparatorios y formula proyectos de decisión para su aprobación por el Consejo de Gobierno del banco.

42 Recovery scenarios: Analysis. The European Banking Authority (EBA). Recovery planning. 10. The description of the scenarios within recovery plans plays a key role, since it helps to determine whether they are relevant for the institution and are severe enough to allow a proper test of the credibility and feasibility of the recovery options. This implies that the assumptions underlying the scenario should be described comprehensively in both a qualitative and quantitative way. It is important that enough quantitative information on the scenario is provided, since this will help to test the adequacy of the recovery indicators as well as the severity of the scenario itself.

43 Guidelines on ICAAP and ILAAP information. EBA. These Guidelines specify the information competent authorities will collect from institutions regarding the internal capital adequacy assessment process (ICAAP) and the internal liquidity adequacy assessment process (ILAAP). These draft Guidelines aim at facilitating the consistent approach to the supervisory assessment of ICAAP and ILAAP frameworks as well as the assessment of reliability of institutions' own capital and liquidity estimates as part of the supervisory review and evaluation process (SREP) following the criteria and methodologies specified in the EBA Guidelines on common procedures and methodologies for SREP.



UNA INICIATIVA DE
Fundación EY e IE Business School

