



gobierno corporativo

3-2013
Octubre, 2013

LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO EMITE SU ESTUDIO SOBRE PROPUESTAS DE MODIFICACIONES NORMATIVAS

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 14 de octubre de 2013, la Comisión Nacional del Mercado de Valores ha publicado el estudio sobre las propuestas de modificaciones normativas que ha emitido la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013.

Dicho estudio es el resultado de la primera fase del trabajo encomendado a la Comisión de Expertos según el mencionado acuerdo, que disponía que en el plazo de cuatro meses desde su constitución, la Comisión remitiría su estudio a los ministerios de Economía y Competitividad y Justicia, a efectos de su elevación al Consejo de Ministros, a fin de que el Gobierno, a partir de ese informe y, en los dos meses siguientes, apruebe las reformas o propuestas normativas que resulten necesarias.

Para la realización del estudio, la Comisión de Expertos ha analizado el grado de seguimiento y la relevancia de las recomendaciones contenidas en el Código Unificado, los estándares internacionales de buen gobierno y, en particular, las recomendaciones de la Comisión Europea, así como diversos documentos y propuestas de organismos internacionales y asociaciones, aportaciones doctrinales y la legislación de los países comparables. Respecto a España, además del análisis de la legislación societaria y de las recomendaciones contenidas en el Código Unificado, la Comisión de Expertos ha tomado en especial consideración la Propuesta de Código Mercantil recientemente publicada.

La Comisión de Expertos ha estructurado su análisis y las propuestas de mejora del marco actualmente existente en dos grandes bloques:

- Juntas de accionistas: Las medidas propuestas van encaminadas a ampliar las competencias de la junta general, reforzar los derechos de los accionistas minoritarios y asegurar la transparencia de la información que reciben los accionistas.
- Consejos de administración: Las medidas propuestas tienen como objetivo, entre otros aspectos, reforzar el régimen jurídico de los deberes y la responsabilidad de los administradores, promover la diversidad de género, experiencia y conocimientos en los consejos, introducir la figura del consejero coordinador –cuando confluyan en la misma persona los cargos de presidente del consejo y primer ejecutivo–, reducir el plazo de mandato a 4 años, clarificar el régimen de remuneraciones y su aprobación

por la junta, o convertir en obligatoria, por mandato legal para las sociedades cotizadas, además de la comisión de auditoría, la comisión de nombramientos y retribuciones.

Para facilitar la tarea y concretar el alcance de sus propuestas, la Comisión de Expertos ha incluido un anexo con el texto de las modificaciones propuestas a la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”).

2. MODIFICACIONES NORMATIVAS PROPUESTAS EN MATERIA DE JUNTA GENERAL Y DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS

2.1 Competencias de la junta general de accionistas

- Ampliar a todas las sociedades de capital la facultad de intervención de la junta general en asuntos de gestión; cuestión que el actual art. 161 LSC parece reservar solo al caso de las sociedades de responsabilidad limitada.
- Ampliar las competencias de las juntas generales de las sociedades cotizadas, en línea con la actual recomendación 3ª del Código Unificado, a las siguientes materias: incorporación de actividades esenciales a filiales, adquisición o enajenación de activos operativos esenciales, operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad y, además, en línea con otras propuestas, aprobación de la política de remuneraciones de los consejeros.

2.2 Derechos de los accionistas minoritarios. Facultades relativas a la junta general

- Reducir al 3% en las sociedades cotizadas el porcentaje que la LSC fija actualmente en el 5% para el ejercicio de ciertos derechos de minoría.

2.3 Convocatoria de la junta general

- Reforzar el derecho de información previo a la celebración de las juntas generales de las sociedades cotizadas, en particular sobre el nombramiento de administradores.

2.4 Derecho de asistencia a la junta general

- Fijar el umbral máximo que los estatutos de las sociedades cotizadas podrán exigir para asistir a la junta general en mil acciones, frente a la actual regla general del uno por mil del capital social.

2.5 Votaciones en la junta general

- Establecer como obligatorio, en todas las sociedades de capital, la votación separada en junta general de los asuntos que sean esencialmente independientes, en particular, nombramiento, ratificación, elección o separación de cada administrador y modificación de estatutos, por artículo o grupos de artículos no interdependientes.
- Para afrontar la problemática de los conflictos de interés en las decisiones de la junta general se proponen tres medidas:

- En los casos más graves de conflicto de interés se propone adaptar, con ligeras modificaciones, la regulación actual de las sociedades limitadas (prohibición del derecho de voto) en el art. 190.1 LSC;
 - En los demás supuestos, se propone establecer una presunción de infracción del interés social cuando el acuerdo se haya adoptado gracias al voto determinante de los socios en conflicto; y
 - Se propone exigir votaciones separadas de los distintos grupos de accionistas en las modificaciones estatutarias que los afecten de manera asimétrica en el plano sustancial, dando lugar a un tratamiento discriminatorio.
- Modificar el art. 524 LSC para lograr un tratamiento más adecuado de la delegación de la representación y del ejercicio del voto por parte de entidades intermediarias (fraccionamiento del voto y voto divergente).

2.6 Adopción de acuerdos en la junta general

- Para todas las sociedades anónimas, se propone aclarar las dudas interpretativas sobre el cómputo de la mayorías, de acuerdo con las siguientes reglas:
 - Acuerdos ordinarios: mayoría relativa (más votos a favor que en contra).
 - Acuerdos especiales (a los que se refiere el art. 194 LSC): mayoría absoluta (más de la mitad de las acciones presentes o representadas en la junta), salvo cuando, en segunda convocatoria, concurren accionistas que representen el 25% o más del capital suscrito con derecho a voto sin alcanzar el 50%, en cuyo caso será necesario el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta.

2.7 Derecho de información de los accionistas

- Se propone, para todas las sociedades anónimas:
 - Diferenciar entre las consecuencias jurídicas de las distintas modalidades del ejercicio del derecho de información.
 - Introducir cautelas para su ejercicio dentro de la buena fe, evitando un ejercicio abusivo.
- Y, en particular, para las cotizadas, se propone extender el plazo en el que los accionistas pueden ejercitar el derecho de información previo a la junta general hasta cinco días antes de su celebración, e incorporar a la página web las respuestas a las preguntas válidamente formuladas por los accionistas, desde la fecha de su contestación.

2.8 Impugnación de acuerdos sociales

- Medidas enfocadas a maximizar la protección material del interés social y de los accionistas minoritarios (para todas las sociedades de capital)

- Unificar todos los casos de impugnación bajo un régimen general de anulación con un plazo de caducidad de un año (tres meses en el caso de las sociedades cotizadas). Se exceptúan los acuerdos contrarios al orden público –que se reputan imprescriptibles.
 - Clarificar que resultan anulables los acuerdos adoptados con infracción de los reglamentos de la junta o del consejo.
 - Prever expresamente que la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría para obtener un beneficio propio en detrimento injustificado de los demás socios.
- Medidas enfocadas a evitar el uso oportunista del derecho de impugnación (también aplicables a todo tipo de sociedades de capital):
 - Restringir la legitimación para ejercer la acción de impugnación, exigiendo un 1% del capital social en sociedades no cotizadas y un 0,1% en cotizadas; con el reconocimiento, por debajo de dichos umbrales, únicamente del derecho a reclamar la indemnización por daños y perjuicios que proceda.
 - Establecer una serie de casos de improcedencia de la impugnación.
 - Impedir impugnaciones que resultan injustificadas por ser su objeto un acuerdo que ya se ha dejado sin efecto o que ha sido válidamente sustituido por otro, con la novedad de que se reconozca expresamente que la revocación o subsanación puede efectuarse también después de interpuesta la demanda de impugnación.

2.9 Asociaciones y foros de accionistas

- Desarrollar la regulación de las asociaciones de accionistas de las sociedades cotizadas, completando la actual regulación, estableciendo los requisitos para su constitución (entre otros, deben tener como mínimo 100 miembros y ninguno de ellos pueden tener más del 0,5% del capital de la sociedad) y la prohibición de recibir, de forma directa o indirecta, cantidad o ventaja patrimonial alguna de la sociedad cotizada, e incluyendo la obligación de auditar sus cuentas para dar mayor transparencia a su actuación.

2.10 Conocimiento de la identidad de los accionistas

- Reservar el derecho de los accionistas de las sociedades cotizadas a conocer la identidad de los consocios a los accionistas que tengan una participación individual o conjunta de, al menos, el 3% del capital social y a las asociaciones de accionistas que se hubieran constituido en la sociedad emisora, exclusivamente a los efectos de facilitar su comunicación con los accionistas para el ejercicio de sus derechos y la mejor defensa de sus intereses comunes.

3. MODIFICACIONES NORMATIVAS PROPUESTAS EN RELACIÓN CON EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS ADMINISTRADORES, LA COMPOSICIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, EL RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y LAS COMISIONES DEL CONSEJO

3.1 Estatuto de los administradores: deberes y régimen de responsabilidad (para todo tipo de sociedades de capital)

- Deber de diligencia: completar su regulación para establecer regímenes diferenciados en atención a las funciones encomendadas a cada administrador, y consagrar legislativamente la denominada *business judgment rule*, cuyo objetivo es proteger la discrecionalidad empresarial en el ámbito estratégico y en las decisiones de negocio. Además, se propone hacer explícito el derecho y el deber de los administradores de recabar la información necesaria para adoptar decisiones informadas.
- Deber de lealtad: mejorar el orden y la descripción de las obligaciones derivadas de dicho deber, completando el catálogo actual –sobre todo en materia de conflictos de interés–, y extendiéndolo a los administradores de hecho en sentido amplio. Asimismo, ampliar el alcance de la sanción más allá del resarcimiento del daño causado para comprender la devolución del enriquecimiento obtenido con la infracción.
- Régimen de responsabilidad: se extiende el régimen de responsabilidad de los administradores a personas asimiladas y se facilita la interposición de la acción social de responsabilidad, reduciendo la participación necesaria para obtener legitimación y permitiendo, en los casos de infracción del deber de lealtad, su interposición directa, sin necesidad de esperar a un acuerdo de la junta general.

3.2 Consejo de administración: composición, competencias y funcionamiento

- Introducir una norma que expresa y directamente prevea la obligación de que el órgano de administración de una sociedad cotizada adopte la modalidad de consejo de administración.
- Introducir una norma programática para sociedades cotizadas que reconozca la relevancia de una composición diversa en género, experiencias y conocimientos (sin perjuicio de que se analice la conveniencia de recomendaciones más concretas en la reforma prevista del Código Unificado).
- Reservar ciertas facultades al consejo de administración, estableciendo al efecto un listado de facultades indelegables aplicable indistintamente a sociedades no cotizadas y cotizadas, y otro adicional específico para sociedades cotizadas.
- Establecer un mínimo de cuatro reuniones anuales para los consejos de todas las sociedades anónimas (con independencia del tratamiento particularizado que se dé a las sociedades cotizadas en el ámbito de las recomendaciones de buen gobierno).

- Para las sociedades cotizadas, además, introducir la obligación de los consejeros de asistir a las sesiones, la prohibición de que los consejeros no ejecutivos deleguen en consejeros ejecutivos, y el derecho de los consejeros a recibir con antelación suficiente el orden del día de la reunión y la información necesaria para la deliberación y la adopción de acuerdos sobre los asuntos a tratar.

3.3 Presidente del consejo de administración

- Igualmente para las sociedades cotizadas (aunque la Comisión de Expertos lo ve aplicable a todas las sociedades de capital), desarrollar la regulación de las funciones del presidente del consejo de administración y establecer la necesidad de informe previo de la comisión de nombramientos y retribuciones para su nombramiento.
- Introducir legalmente la figura del consejero coordinador cuando los cargos de presidente y consejero delegado se acumulen en una misma persona, junto con sus funciones y procedimiento de su nombramiento.

3.4 Secretario del consejo de administración

- Como en el caso del presidente, se propone para las sociedades cotizadas (aunque la Comisión de Expertos lo ve igualmente aplicable a todas las sociedades de capital), desarrollar la regulación de las funciones del secretario del consejo de administración y establecer la necesidad de informe previo de la comisión de nombramientos y retribuciones para su nombramiento.

3.5 Evaluación del consejo de administración y de sus comisiones

- Introducir la evaluación anual obligatoria del consejo de administración de las sociedades cotizadas y sus comisiones.

3.6 Nombramiento de consejeros

- Establecer que las propuestas de nombramiento de los consejeros vayan acompañadas por un informe justificativo, que valore su curriculum vitae, considerándose la competencia, experiencia y méritos del candidato; y que la propuesta de nombramiento o reelección, cuando se trate de un consejero independiente, provenga necesariamente de la comisión de nombramientos y retribuciones, o cuente con un informe de esta cuando se trate de un consejero de otra categoría.
- Modificar el régimen de cooptación en las sociedades cotizadas, eliminando el requisito de ser accionista, y proporcionar solución al caso de vacante una vez convocada junta general, pero antes de su celebración.
- Eliminar en las sociedades cotizadas la posibilidad de designar suplentes.
- En sociedades cotizadas, reducir el plazo de duración máximo del cargo de consejero (de 6 años a 4 años).

3.7 Definición de las distintas clases de consejeros

- Incluir en la ley las definiciones de las distintas clases de consejeros previstas en la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, manteniendo la de otros consejeros externos.

3.8 Retribución de los administradores. Especial consideración a la remuneración de los consejeros

- Propuestas aplicables a todas las sociedades de capital:
 - Incluir referencias programáticas, que deberán inspirar las decisiones en relación con la remuneración de los administradores, y que se extiendan a la razonabilidad de la remuneración, acorde con la situación económica de la sociedad y con las funciones y responsabilidades que les sean atribuidas a los administradores y a que el sistema de remuneración esté orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad en el largo plazo, incorporando las cautelas necesarias para evitar la excesiva asunción de riesgos.
 - Establecer que los estatutos contengan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones como tales, y que la remuneración anual del conjunto de los administradores deba ser aprobada por la junta.
 - Clarificar, con carácter general, el régimen de retribución de los administradores que desempeñen funciones ejecutivas y establecer cautelas adecuadas para su fijación por el consejo.
- Propuestas aplicables a las sociedades cotizadas:
 - Fijar el carácter necesariamente remunerado del cargo de consejero.
 - Establecer el contenido mínimo de la política de remuneración de los consejeros que deberá aprobar el consejo, a propuesta de la comisión de nombramientos y retribuciones, y que será sometida a aprobación de la junta general. Se señala que corresponderá al consejo de administración, en el marco de la política de remuneraciones acordada por la junta general, fijar la remuneración de cada uno de los consejeros, tanto por sus funciones de administración como por sus funciones ejecutivas.
 - Someter a aprobación de la junta general, al menos cada tres años, la política de remuneraciones de los consejeros de la sociedad, como punto separado del orden del día (sin que pueda realizarse ninguna modificación, ni ningún pago por el ejercicio o terminación del cargo de consejero que no esté contemplado y sea consistente con dicha política, salvo aprobación específica por la junta general de accionistas).
 - Mantener la votación consultiva del informe sobre remuneraciones. Sin perjuicio del carácter consultivo de la votación, si resulta rechazado, será necesaria la revisión de la política de remuneraciones, que deberá someterse a la aprobación de la siguiente junta general (aunque no hubiese transcurrido el plazo de tres años antes mencionado).

Se prevé la introducción de un régimen transitorio en relación con la aprobación de las políticas de remuneración y del informe sobre remuneraciones de las sociedades cotizadas.

3.9 Comisiones del consejo de administración

- Establecer el carácter obligatorio de la comisión de nombramientos y retribuciones (en una única o dos comisiones), además de la de auditoría, que estará compuesta por consejeros no ejecutivos, dos de los cuales deben ser independientes, debiendo el presidente ser elegido entre los independientes.
- Modificar la composición de la comisión de auditoría: compuesta por consejeros no ejecutivos; con al menos dos miembros independientes, uno de ellos designado teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o en ambas. El presidente debe ser un consejero independiente.

4. OTRAS MODIFICACIONES NORMATIVAS

Finalmente, el estudio hace mención a otras modificaciones normativas en materia de competencias supervisoras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, infracciones, derogaciones y a la conveniente sistematización de la información que las sociedades emisoras están obligadas a realizar.

5. PRÓXIMAS ACTUACIONES DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS

En los próximos cuatro meses, la Comisión de Expertos deberá abordar la siguiente fase de su trabajo que consistirá en la revisión de las recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno.

La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoría jurídica-fiscal.

© Octubre 2013. J&A Garrigues, S.L.P, quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.