Noviembre, 2011

LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS ANTE EL LIBRO VERDE "LA NORMATIVA DE GOBIERNO CORPORATIVO DE LA UE"

El pasado mes de abril la Comisión Europea publicó el Libro Verde "La normativa de gobierno corporativo de la UE" con la finalidad de evaluar la eficacia de la normativa actual de gobierno corporativo de las empresas europeas, a la luz de una serie de consideraciones entre las que se pueden destacar las siguientes:

- El gobierno corporativo y la responsabilidad social de las empresas son elementos clave para cimentar la confianza de las personas en el mercado único.

- El gobierno corporativo es un medio para frenar planteamientos a corto plazo perjudiciales y la asunción de riesgos excesivos.

Como explica el Libro Verde, el gobierno corporativo se define habitualmente como el sistema por el cual las empresas son dirigidas y controladas y como una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su consejo, sus accionistas y otras partes interesadas. La normativa de gobierno corporativo se compone de legislación y normas de carácter no imperativo (*soft law*), éstas últimas reflejadas en recomendaciones y códigos sujetos al planteamiento de "cumplir o explicar".

El Libro Verde planteó una serie de cuestiones para que los Estados Miembros, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social y otras partes interesadas expresasen su opinión al respecto. Los tres temas tratados, todos ellos centrales para el buen gobierno corporativo, fueron: (i) el consejo de administración; (ii) los accionistas y (iii) la aplicación del planteamiento de "cumplir o explicar".

La consulta permaneció abierta hasta el pasado 22 de julio. La Comisión estudiará las respuestas a la consulta y hará público en próximas fechas un informe en el que se resumirán los resultados de la misma. El Libro Verde señala que toda futura propuesta legislativa o no legislativa estará acompañada de una amplia evaluación de impacto, teniendo en cuenta la necesidad de evitar una carga administrativa desproporcionada para las empresas.

En todo caso, es innegable que el mero planteamiento de las cuestiones tratadas en el Libro Verde marca una tendencia de hacia donde se dirigen las futuras leyes y recomendaciones en la materia. El objetivo de esta publicación es, centrándonos en este caso en el ámbito de los consejos de administración, hacer un resumen de dónde se encuentra la normativa española en

las materias tratadas por el Libro Verde, de tal manera que permita evaluar aquellos ámbitos donde hay un mayor margen de evolución y, en su caso, a prepararse para adoptar las medidas que puedan llegar a ser necesarias.

Las cuestiones se analizan de acuerdo con el siguiente esquema:

Pregunta del Libro Verde: Transcripción literal de las preguntas sometidas a consideración en el Libro Verde
Planteamiento del Libro Verde: Resumen del marco explicativo que la Comisión da a cada una de las preguntas
Tratamiento actual en la normativa española: Análisis de la normativa española actual en las materias tratadas

- **Funciones y deberes del Presidente y del Consejero Delegado**

¿Debe la UE tratar de garantizar que las funciones y los deberes del presidente del consejo de administración y del consejero delegado estén claramente separados?
Planteamiento del Libro Verde: A pesar del contenido de la pregunta, el planteamiento de la misma realizado por la Comisión es mucho más genérico, señalando simplemente que el papel desempeñado por el presidente parece tener una influencia considerable en el funcionamiento y éxito del consejo y que, teniendo en cuenta esa influencia, podría ser útil definir con más claridad la posición y las responsabilidades del presidente del consejo.
Tratamiento actual en la normativa española: El Código Unificado de Buen Gobierno ("Código de Buen Gobierno") debate dicha cuestión en la introducción a las Recomendaciones 16 y 17 sobre el presidente, advirtiendo de las ventajas e inconvenientes existentes en dicha separación, por lo que, por falta de uniformidad en la práctica internacional y de la inexistencia de base empírica para formular una recomendación precisa, el Código de Buen Gobierno no se pronuncia sobre la conveniencia o no de separar dichos cargos. Únicamente, en su Recomendación 17, indica que cuando ambas figuras coincidan en una misma persona, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día, para coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos y para dirigir la evaluación por el consejo de su presidente.

Composición del consejo

¿Deben las políticas de contratación ser más específicas en cuanto al perfil de los administradores, incluido el presidente, para asegurar que tengan las cualificaciones adecuadas y que el consejo sea convenientemente diverso? En tal caso, ¿cómo podría lograrse mejor y a qué nivel de gobierno, es decir, a nivel nacional, de la UE o internacional?

¿Se debería exigir a las empresas que cotizan en bolsa que revelen si aplican una política de diversidad y, en tal caso, que describan sus objetivos y su contenido principal y que informen periódicamente de su avance?

¿Se debería exigir a las empresas que cotizan en bolsa que garanticen un mejor equilibrio de género en los consejos? En tal caso, ¿cómo?

Planteamiento del Libro Verde:

La composición del consejo debe ser adecuada para la actividad de la empresa. Los consejeros no ejecutivos deben ser seleccionados con arreglo a un amplio conjunto de criterios, a saber, el mérito, las cualificaciones profesionales, la experiencia, las cualidades personales del candidato, la independencia y la diversidad. En materia de diversidad, el Libro Verde pone el foco sobre la profesional, la internacional y la de género.

Tratamiento actual en la normativa española:

Con carácter general, el Código de Buen Gobierno trata la cuestión de la diversidad desde planteamientos genéricos, sin el detalle que apunta el Libro Verde. En la introducción a la Recomendación 10, el Código de Buen Gobierno señala que "el consejo de administración debe reflejar la diversidad de conocimientos, de género y de experiencias precisa para desempeñar sus funciones con eficacia, objetividad e independencia". Más adelante, en la introducción a la Recomendación 27, se señala que "el proceso de selección de los consejeros debe garantizar la debida representatividad del consejo y la competencia, solvencia y experiencia de los candidatos seleccionados". A tal efecto, la Recomendación 27 deja en manos de la comisión de nombramientos la propuesta de los consejeros independientes y el informe previo sobre los demás consejeros. Por último, la Recomendación 55 atribuye a la comisión de nombramientos la función de "evaluar las competencias, conocimientos y experiencia necesarios en el consejo, definir, en consecuencia, las funciones y aptitudes necesarias en los candidatos que deban cubrir cada vacante, y evaluar el tiempo y dedicación precisos para que puedan desempeñar bien su cometido".

Sólo en materia de género el Código de Buen Gobierno plantea medidas más concretas relativas a la diversidad. Así, la Recomendación 15 establece "que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación; y que, en particular, la comisión de nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes: a) Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras; b) La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado". De hecho, el Proyecto de Orden que determina el contenido y estructura del Informe Anual de Gobierno Corporativo tras las modificaciones introducidas al mismo por la Ley de Economía Sostenible incluye, como parte de su contenido, la información que acabamos de citar contenida en la Recomendación 15.

En esta misma línea, en el año 2007 se publicó en España la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, estableciendo la obligación para las empresas con un determinado número de trabajadores de tener planes de igualdad, y creando un distintivo de igualdad que concedería el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para reconocer a aquellas empresas que destacasen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades, entre ellas, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección. En particular, el artículo 75 ("Participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles"), estableció que "Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley. Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley".

Disponibilidad y dedicación de tiempo

¿Cree que debería existir una medida a nivel de la UE que limitase el número de mandatos que un administrador no ejecutivo puede ejercer? En caso afirmativo, ¿cómo debería formularse?

Planteamiento del Libro Verde:

La limitación del número de mandatos podría ser una solución sencilla para ayudar a asegurar que los administradores no ejecutivos dediquen tiempo suficiente a vigilar y supervisar sus respectivas empresas. Los límites deberían responder a la situación particular de los administradores no ejecutivos y de la empresa de que se trate.

Tratamiento actual en la normativa española:

El Código de Buen Gobierno dedica su Recomendación 26 a esta cuestión. En la introducción, al tratar de las posibles limitaciones a aplicar a los consejeros, señala que "este Código, aunque no entra a detallar el posible contenido de tales reglas limitativas –por ejemplo, en lo que atañe a la determinación del número máximo de consejos o a la eventual exclusión del cómputo de los correspondientes a sociedades del propio grupo o a sociedades patrimoniales del consejero o de sus familiares cercanos–, recomienda que las sociedades las formulen y exijan su cumplimiento a sus consejeros".

En ese sentido la Recomendación 26 establece "que las sociedades exijan que los consejeros dediquen a su función el tiempo y esfuerzo necesarios para desempeñarla con eficacia y, en consecuencia: a) Que los consejeros informen a la comisión de nombramientos de sus restantes obligaciones profesionales, por si pudieran interferir con la dedicación exigida; b) Que las sociedades establezcan reglas sobre el número de consejos de los que pueden formar parte sus consejeros".

Evaluación

¿Conviene fomentar que las empresas que cotizan en bolsa realicen una evaluación externa periódicamente (por ejemplo, cada tres años)? En tal caso, ¿cómo puede hacerse?

Planteamiento del Libro Verde:

La utilización periódica de un facilitador externo (por ejemplo, cada tres años) podría mejorar las evaluaciones del consejo, aportando una perspectiva objetiva y compartiendo las mejores prácticas de otras empresas. No obstante, parece que la oferta de este tipo de servicio en algunos mercados nacionales es aún limitada. En todo caso, es probable que una mayor demanda genere una mejora de la oferta.

Tratamiento actual en la normativa española:

El Código de Buen Gobierno trata la evaluación periódica en su Recomendación 22, pero dicha Recomendación, en línea con la Recomendación de 2005 de la Comisión Europea[1], se refiere a la autoevaluación de rendimiento anual (evaluación anual por parte del consejo de la calidad y eficiencia del funcionamiento del consejo, del desempeño de sus funciones por el presidente y el primer ejecutivo y del funcionamiento de sus comisiones).

En cuanto a la participación de externos en esta labor de evaluación, sólo tangencialmente hace referencia la introducción a esta Recomendación 22 al señalar que "El consejo ha de estar alerta frente al riesgo de la rutina y de la inercia. Resulta por ello conveniente que adopte pautas de autocontrol y examine con cierta periodicidad su propio funcionamiento y el de sus comisiones, ya sea mediante sus propios medios o, si se considera oportuno, con el asesoramiento profesional de expertos externos".

[1] Recomendación de la Comisión, de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa, 2005/162/CE.

Remuneración de los administradores

¿Debe ser obligatorio publicar información sobre la política de remuneración, el informe anual relativo a las remuneraciones (un informe acerca de cómo se aplicó la política de remuneración el año anterior) y la remuneración individual de los administradores ejecutivos y no ejecutivos?

¿Debe ser obligatorio someter la política de remuneración y el informe relativo a las remuneraciones a la votación de los accionistas?

Planteamiento del Libro Verde:

La Comisión ha tratado los problemas relacionados con la remuneración de los administradores en tres Recomendaciones de la comisión (2004/913/CE, 2005/162/CE y 2009/385/CE). Las principales recomendaciones son que se informe sobre la política de remuneraciones y sobre la remuneración específica de los administradores ejecutivos y no ejecutivos, que la declaración relativa a las remuneraciones se someta a la votación de los accionistas, y que haya un comité de remuneraciones que funcione de manera independiente e incentivos adecuados que promuevan el rendimiento y la creación de valor a largo plazo de las empresas que cotizan en bolsa.

Tratamiento actual en la normativa española:

Hasta hace escasas fechas estas cuestiones estaban tratadas, a nivel de recomendación, en el Código de Buen Gobierno. Así, la Recomendación 40 establece "que el consejo someta a votación de la junta general de accionistas, como punto separado del orden del día, y con carácter consultivo, un informe sobre la política de retribuciones de los consejeros". La Recomendación continúa señalando que dicho informe debe ponerse a disposición de los accionistas, y debe tratar tanto la política para el año en curso, como la prevista para años futuros y un resumen de la aplicación de la del año anterior.

Por su parte, la Recomendación 41 establece "que la Memoria detalle las retribuciones individuales de los consejeros durante el ejercicio", incluyendo información pormenorizada con el desglose individualizado de la remuneración de cada consejero o el desglose individualizado de las eventuales entregas a consejeros de acciones, opciones sobre acciones o cualquier otro instrumento referenciado al valor de la acción.

Sin embargo, a partir de las modificaciones introducidas en la Ley del Mercado de Valores por la Ley de Economía Sostenible, estas dos cuestiones pasan a tener carácter imperativo. La Ley de Economía Sostenible añade el artículo 61ter a la Ley del Mercado de Valores, estableciendo la obligación del consejo de administración de realizar un informe sobre las remuneraciones de los consejeros de las sociedades cotizadas. Dicho informe debe ser anual, y es adicional al Informe Anual de Gobierno Corporativo. Debe incluir información completa, clara y comprensible sobre (i) la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por el consejo para el año en curso y, en su caso, la prevista para años futuros, (ii) un resumen global de cómo se aplicó la política de retribuciones durante el ejercicio; y (iii) el detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de los consejeros. El mismo artículo establece la obligación de someter dicho informe, con carácter consultivo, a la junta general ordinaria.

Gestión del riesgo

¿Está de acuerdo en que el consejo debe aprobar el riesgo que la empresa está dispuesta a asumir y hacerse responsable de él e informar al respecto significativamente a los accionistas? ¿Deben estas medidas de información incluir también riesgos fundamentales que puedan plantearse para el conjunto de la sociedad?

¿Está de acuerdo en que el consejo debe velar por que las disposiciones de gestión de riesgos de la empresa sean eficaces y proporcionadas con su perfil de riesgo?

Planteamiento del Libro Verde:

Teniendo en cuenta la diversidad de situaciones, no parece posible proponer un modelo de gestión del riesgo de "talla única" que sirva a todos los tipos de empresas. No obstante, es crucial que el consejo asegure una supervisión adecuada de los procesos de gestión del riesgo. Para que una política de riesgos sea eficaz, debe estar "claramente definida desde arriba", es decir, debe ser decidida por el consejo de administración para toda la organización.

Tratamiento actual en la normativa española:

El Código de Buen Gobierno trata la cuestión con cierto detalle. En su Recomendación 8 (apartado a.vii), establece como una de las materias que debe reservarse para la aprobación del pleno del consejo "la política de control y gestión de riesgos, así como el seguimiento periódico de los sistemas internos de información y control".

Por otra parte, en la introducción a las Recomendaciones relativas al comité de auditoría, señala que éste debe "ejercer importantes funciones en materia de supervisión de riesgos" y en la Recomendación 46 señala como uno de los criterios de designación de los miembros del comité de auditoría y, en particular, de su presidente, la experiencia en materia de gestión de riesgos.

La Recomendación 49 establece el contenido mínimo que debe tratar la política y gestión de riesgos: a) Los distintos tipos de riesgos (operativos, tecnológicos, financieros, legales, reputacionales…) a los que se enfrenta la sociedad; b) la fijación del nivel de riesgo que la sociedad considere aceptable; c) las medidas previstas para mitigar el impacto de los riesgos identificados, en caso de que llegaran a materializarse; y d) los sistemas de información y control interno que se utilizarán para controlar y gestionar los citados riesgos.

Por último, la Recomendación 50 incluye entre las funciones que deben corresponder al comité de auditoría, "revisar periódicamente los sistemas de control interno y gestión de riesgos, para que los principales riesgos se identifiquen, gestionen y den a conocer adecuadamente". En ese sentido, la Disposición adicional decimoctava de la Ley del Mercado de Valores, que regula el comité de auditoría de las sociedades cotizadas, establece entre sus competencias mínimas supervisar los sistemas de gestión de riesgos.

En materia de información, entre las modificaciones introducidas por la Ley de Economía Sostenible a la Ley del Mercado de Valores se encuentra la inclusión en el Informe Anual de Gobierno Corporativo de un apartado, adicional al ya existente con anterioridad sobre "sistemas de control del riesgo", en el que se realice una descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera.

- Conclusiones:

  El grado de acomodo de la normativa española interna a las cuestiones planteadas por el Libro Verde es desigual.

  En materias como el fomento de la diversidad, disponibilidad y dedicación, y evaluación de los consejeros, las medidas planteadas por el Libro Verde van más allá de lo actualmente previsto en España en las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno Corporativo.

  En materias como la transparencia en la remuneración de los administradores o en las políticas de gestión de riesgos, la normativa española cubre en gran parte los objetivos marcados en el Libro Verde, ya de forma imperativa (Informe Anual de Retribuciones incluido en la Ley del Mercado de Valores por la Ley de Economía Sostenible), ya como recomendación (en materia de gestión de riesgos), aunque en esta última materia las preguntas de la Comisión tienen un alcance mayor de lo previsto en las recomendaciones del Código de Buen Gobierno.

  En cuanto a la posible diferenciación de funciones y deberes del presidente y del consejero delegado, es una cuestión largamente debatida en la que ni siquiera el propio Libro Verde plantea una clara posición favorable a ese respecto al realizar la pregunta.

  En cualquier caso, habrá que seguir atentamente el devenir del proceso iniciado con el Libro Verde, contrastar las diferentes respuestas, y analizar en qué medidas concretas se plasman las cuestiones planteadas.

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

© Noviembre 2011. 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.