

El modelo de administración de la SA cotizada en el Código Unificado de Buen Gobierno Español aprobado por la CNMV el 19 de mayo de 2006

ALBERTO ALONSO UREBA
Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO

I. ANTECEDENTES

1. La revisión del modelo de administración de la LSA/1951 y el TRLSA/1989 en los Informes Olivencia y Aldama y en las reformas de la Ley Financiera de 2002 y la Ley de Transparencia de 2003: hacia un modelo monista de administración con funciones esencialmente de supervisión
2. El desarrollo del autogobierno (Estatutos y Reglamento del Consejo) tras las reformas legales de 2002 y 2003

II. EL MODELO MONISTA DE SUPERVISIÓN DEL CÓDIGO UNIFICADO

1. Las competencias de supervisión del Consejo. En particular, el control de operaciones vinculadas e intragrupo (Recomendaciones 2 y 8)
2. La nueva composición y configuración funcional de la Comisión Ejecutiva en el modelo de Consejo de supervisión (Recomendaciones 42 y 43)
3. Previsiones sobre el funcionamiento del Consejo en garantía de su función supervisora (Presidente –Recs. 16 y 17–, Secretario – Rec. 18–, Desarrollo de Sesiones – Recs. 19 a 21– y Evaluaciones –Rec. 22–)
4. La incongruencia del modelo monista supervisor del CU con el régimen unitario de responsabilidad de los consejeros.

I. ANTECEDENTES

1. La revisión del modelo de administración de la LSA/1951 y el TRLSA/1989 en los Informes Olivencia y Aldama, y en las reformas de la Ley Financiera de 2002 y la Ley de Transparencia de 2003: hacia un modelo monista de administración con funciones esencialmente de supervisión

El modelo de gobierno o administración social subyacente a la LSA/1951 que no se altera en el TRLSA/1989, es el de un Consejo de Administración como máximo órgano de dirección de la Sociedad, sin perjuicio de las facultades reservadas legal o estatutariamente a la Junta General, que no sólo vigila sino que dirige e instruye incluso cuando delega, reteniendo todas las facultades delegadas como propias (principio de subordinación). Ni siquiera el instituto de la delegación está pensado para una dualización de funciones de dirección y supervisión, lo que explica que en la doctrina de los años 70 y 80 que contempla ese modelo de Consejo de Administración sólo se hable de la función gerencial, es decir, del ejercicio efectivo de la gestión social, situándose la matización en que los delegados la asumen de una forma «más intensa y continuada» de manera que les «corresponde la fase ejecutiva continuada del proceso de gestión, lo que exige más intensidad en la dedicación», mientras que los no delegados, es decir, el Consejo, pasa a tener «un rango cualitativo superior pero una menor intensidad en el

aspecto cuantitativo de la obligación» (QUIJANO, 1985, pgs. 278 y 299). La cuestión es por tanto la mayor o menor continuidad y por tanto intensidad, pero no se trata de que por una parte esté la dirección (delegados) y por otra la supervisión (el Consejo). Precisamente porque tanto los delegados como el Consejo dirigen-gestionan aun cuando sean con diferentes intensidades, es por lo que se concluye que sigue habiendo concurrencia unitaria en la función de administrar (que es la gerencial) y por tanto solidaridad en la responsabilidad.

Los principios y recomendaciones de la Comisión Olivencia que se trasladan al Reglamento Tipo del Consejo de Administración aprobado por la CNMV en 1998, implican una revisión del modelo monista y gerencial de Consejo de Administración hacia un modelo monista de supervisión que deberá implementarse sobre la base de los márgenes de discrecionalidad o libertad organizativa y de funcionamiento ligados a la autonomía estatutaria y a la facultad de autoorganización del Consejo (arts. 10 y 141 TRLSA).

Se establece en el Reglamento Tipo que «la política del Consejo es delegar la gestión ordinaria de la compañía en los órganos ejecutivos y en el equipo de dirección y concretar su actividad en la función general de supervisión» (art. 5.2 RCNMV), realizando a continuación una enumeración de materias sobre las que el Consejo deberá decidir «para un responsable ejercicio de la función general de supervisión», materias que versan en esencia sobre las estrategias generales de la sociedad, la estructura corporativa (composición, retribución y evaluación de la alta dirección), control de los principales riesgos de la sociedad, política de comunicación e información a accionistas y mercados, grandes operaciones, incluidas las que versen sobre los principales activos de la sociedad, y política de autocartera (art. 5.3 RCNMV).

El Reglamento Tipo de la CNMV vincula esta configuración funcional del Consejo basada en la diferenciación de las funciones de dirección (gestión ordinaria) y supervisión, a una nueva «composición cualitativa del mismo» (art. 8 RCNMV), diferenciando entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos o externos, pudiendo ser estos últimos dominicales o independientes y estableciendo la relación entre capital estable y capital flotante como criterio para la distribución de puestos entre una y otra clase de consejeros externos, previendo, además, que estos últimos deben representar una amplia mayoría frente a los consejeros ejecutivos (arts. 8 y 9 RCNMV).

Con la expresión «delegar la gestión ordinaria en los órganos ejecutivos y en el equipo de dirección» del art. 5.2 RCNMV, no parece que se quiera acudir al sentido propio y técnico jurídico de la delegación sino que se pretende dar a entender que el Consejo partirá en su funcionamiento de que la dirección ordinaria será asumida por la alta dirección donde estarán también y como primeros responsables, los consejeros ejecutivos en base a la delegación u otro título, empleándose también la expresión «órganos ejecutivos» en un sentido más amplio que el concepto de órgano societario en orden a abarcar instancias de la empresa responsables de la dirección (caso de los comúnmente denominados Comités Ejecutivos o Comités de Dirección en los que se integran los directivos de primer nivel y consejeros ejecutivos, principalmente el Consejero Delegado y, en su caso, también el Presidente, si éste desempeña igualmente funciones de dirección de manera continuada y profesional).

En relación también con la configuración funcional de la Comisión Ejecutiva, no se le define como órgano propiamente de dirección, sino que se le perfila como un Consejo reducido que debe reproducir «razonablemente» la misma composición del Consejo en cuanto a la distribución de sus miembros entre consejeros ejecutivos, dominicales e independientes (art. 15.1 RCNMV) y que tendrá delegadas de manera permanente todas las facultades delegables. La Comisión Ejecutiva se define por tanto, no como una comisión especializada del Consejo sino como un Consejo reducido que se reúne en mayor número de ocasiones, dada su mayor operatividad por el número más reducido de sus miembros, asumiendo de manera más continuada la función de supervisión entre las sucesivas sesiones ordinarias del Consejo, al que informa de todo lo tratado y de sus decisiones sin perjuicio de que respecto de las materias atribuidas al Consejo como núcleo esencial de la supervisión por el art. 5.3 RCNMV, deberá actuar el pleno del Consejo y no sólo su Comisión Ejecutiva.

Se configura así un Consejo centrado en la supervisión de la dirección, si bien integrando en el

mismo a los consejeros ejecutivos, es decir, los que desempeñan responsabilidades de dirección en la compañía, proponiéndose comisiones especializadas de suspensión integradas exclusivamente por consejeros externos. En definitiva, un órgano colegiado y único, el Consejo de Administración, que por la vía de la autorregulación ex art. 141 TRLSA, se organizaría en su funcionamiento no para dirigir, aunque tiene facultades para ello, sino para supervisar, incluyendo dentro del concepto mismo de supervisión la reserva de decisión sobre determinadas materias por su especial importancia.

Esta implementación vía autogobierno del modelo de Consejo monista y de supervisión, recibe un primer y expreso reconocimiento legal, aun cuando sólo sea parcialmente, en la Ley Financiera de 2002.

En el marco de una política jurídica ligada a la importancia de la auditoria de cuentas y de la información de los resultados de la misma a los mercados, la Ley Financiera contiene una disposición que sí que afecta al modelo de gobierno o administración de la SA cotizada. Nos referimos a la Disposición Adicional Décimo Octava que se añade a la LMV y en la que se regula el denominado Comité de auditoria, Disposición que fue objeto de modificación por la Ley 62/2003 en orden a extender dicho Comité a otras entidades emisoras de valores (caso, por ejemplo, de las Cajas de Ahorro).

La LMV impone que las sociedades cotizadas creen en el seno de su Consejo de Administración un Comité cuya regulación legal deberá complementarse y desarrollarse en los Estatutos (número de miembros, competencias y normas de funcionamiento), constituyendo por tanto el régimen legal sobre el Comité de auditoria tanto un límite a la autonomía estatutaria que deberá respetar lo previsto en la Ley, como, asimismo, un límite también a la facultad de autoorganización del Consejo en base al art. 141.1 TRLSA. Se crea así dentro del Consejo una instancia especializada de supervisión, con un ámbito mínimo de competencias atribuidas legalmente, y cuya composición viene también preconfigurada por el legislador al exigir que la mayoría de sus miembros sean consejeros no ejecutivos, aspecto este último que supone la imposición legal de una nueva composición del Consejo en el sentido de exigirse la presencia en el mismo de consejeros no ejecutivos que, como decimos, han de ser mayoría en el Comité de auditoria, debiendo ser el Presidente del Comité uno de estos consejeros no ejecutivos, regulándose, además, la duración de su mandato (cuatro años) y su reelección (una vez transcurrido el plazo de un año desde su cese).

La LMV introduce de este modo una instancia en el Consejo de Administración que al margen de su configuración concreta, alcanza relevancia externa en el sentido de que el mercado (accionistas e inversores) podrán contar, al margen de la voluntad social (autoorganización), pues se impone legalmente, con una instancia de supervisión dentro del Consejo con un ámbito mínimo de competencias, de modo que no estamos ni ante una delegación ni ante un mero reparto interno de tareas sino ante una nueva estructura de funcionamiento y composición del Consejo, pues también se impone legalmente una tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) al exigir una composición cualitativa del Comité de auditoria.

De esta forma el legislador español reconoce y hace expreso por primera vez, que frente al modelo de gobierno o administración social subyacente a la LSA/1951 y al TRLSA/1989 (un Consejo de Administración como máximo órgano de dirección de la sociedad que no sólo vigila sino que sigue dirigiendo-instruyendo incluso cuando delega, reteniendo todas las facultades delegadas como propias –principio de subordinación–), cabe en la SA cotizada un modelo caracterizado porque se separan, ahora legalmente y no por vía sólo de autoorganización del Consejo ex art. 141.1 TRLSA, funciones de dirección y funciones de supervisión, atribuyéndose algunas de estos últimos ex lege (y no vía delegación) a un Comité creado dentro del Consejo. Es cierto no obstante, que cuando se introduce el Comité de auditoria en la SA cotizada por la Ley Financiera, se instaura una pieza extraña al modelo monista que subyace a la LSA/1951 y al TRLSA/1989, y cuyo pleno sentido sólo es posible en una revisión legal más global y profunda de dicho modelo de gobierno como complemento a la autoorganización societaria, tal y como viene sucediendo en los países de nuestro entorno.

Esta nueva estructura funcional y composición del Consejo implícita en la configuración del Comité de auditoría, trasciende sin duda al Estatuto del Consejero, pues delimita dos ámbitos funcionales (dirección y supervisión) a los que implícitamente vincula dos tipos de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos). Evidentemente, los derechos así como los deberes de diligencia (ordenado empresario y representante leal) deberán contemplarse desde esos distintos ámbitos funcionales y, consecuentemente, ello debe igualmente incidir en el régimen de responsabilidad de los consejeros, si bien, se mantiene legalmente un estatuto unitario del consejero acorde con el modelo monista gerencial de 1951 y 1989 que no encaja plenamente con este proceso de revisión hacia un modelo de administración monista y esencialmente supervisor.

Tras la Ley Financiera, la Ley de Transparencia de 2003 que hace expreso en su exposición de motivos que toma como base el Informe de la Comisión Aldama, contiene, en cuanto al modelo de administración se refiere, una doble vertiente.

De un lado, impulsa el autogobierno como vía de desarrollo de un modelo monista de administración (Consejo) compatible con la diferenciación de funciones de dirección y supervisión, imponiendo además mecanismos de información a los mercados sobre las medidas de autogobierno (obligatoriedad e inscripción en el Registro Mercantil del Reglamento de la Junta General y del Reglamento del Consejo de Administración –arts. 113 y 115 LMV–; elaboración y presentación a la Junta General del Informe Anual de Gobierno Corporativo –art. 116 LMV–; obligatoriedad y contenido de la página Web de la sociedad –art. 117.2 LMV–, entre otras medidas). El legislador quiere que, dado el amplio margen de autorregulación y la importancia del modelo de gobierno como elemento de eficiencia y confianza a valorar por los propios accionistas e inversores, el mercado pueda conocer el uso que las sociedades hagan de esa facultad de autorregulación.

De otro lado, y aquí reside lo más novedoso e importante de la reforma legal de 2003 respecto del modelo de administración de la SA cotizada, se introduce un nuevo art. 127.2 en el TRLSA relativo al deber de los administradores de «informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad». Este nuevo precepto presupone un Consejo que de hecho no dirige sino que esencialmente supervisa y que en cumplimiento precisamente de esa función de control de la dirección, ha de informarse-seguir la gestión ordinaria (la marcha) de la Sociedad en manos de los consejeros ejecutivos y la alta dirección.

2. El desarrollo del autogobierno (Estatutos y Reglamento del Consejo) tras las reformas legales de 2002 y 2003

La imposición por la Ley Financiera de 2002 de una nueva composición del Consejo (diferenciación entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos) y de una estructura funcional del Consejo adaptada al desarrollo de funciones esencialmente de supervisión o control de la dirección (configuración de la Comisión de auditoría como instancia especializada de supervisión dentro del Consejo), y, asimismo, la imposición con carácter general a los administradores del deber de seguimiento-control de la dirección (marcha) de la sociedad por el nuevo artículo 127.2 TRLSA, supone un punto de inflexión en la realidad de las sociedades cotizadas españolas en el sentido de impulsar reformas estatutarias y de los Reglamentos del Consejo que tienden a configurar a dicho órgano como una instancia esencialmente de supervisión de la dirección.

La singularidad de la reforma legal por lo que supone de sutil redefinición más que reforma del modelo legal vigente sobre la administración de la SA cotizada, y el amplio margen de autogobierno que quiere preservar, otorgan un particular interés a la interpretación y aplicación que las propias compañías han hecho de este nuevo contexto a través de las recientes modificaciones estatutarias y de los Reglamentos de Consejo.

Las fórmulas estatutarias o reglamentarias pueden variar en matices pero en esencia, de conformidad con el modelo legal, parten de la calificación del Consejo de Administración como «máximo órgano de gobierno y administración de la sociedad, teniendo al respecto plena competencia para dirigir, administrar y representar a la sociedad en el desarrollo de las

actividades que integran su objeto social», a salvo de las reservadas legal o estatutariamente a la Junta General (art. 6.1 Reglamento ALDEASA, 19 Estatutos EBRO PULEVA y 6 de su Reglamento).

Paralelamente se generaliza en los estatutos y reglamentos la declaración expresa de que el Consejo de Administración «encomendará la gestión ordinaria de la sociedad a sus miembros ejecutivos y al equipo de dirección» (arts. 21.1 Estatutos ALDEASA y 6.1 de su Reglamento; arts. 15.F Estatutos de AZKOYEN y 5.1 de su Reglamento; art. 6 párrafo segundo Reglamento EBRO PULEVA; arts. 32.2 Estatutos ZELTIA y 5.2 de su Reglamento), con el matiz de que en algunas sociedades la referencia a los «miembros ejecutivos» se sustituye por la de «órganos ejecutivos», «órganos delegados» u «órganos colegiados».

A su vez, de manera muy generalizada, a la hora de fijar la atribución de la gestión ordinaria de la sociedad (por contraposición a la supervisión o control de la misma), se hace referencia a «los miembros ejecutivos» del Consejo y al «equipo de dirección» o expresiones equivalentes, vinculándose así la distribución de funciones a una nueva composición del Consejo basada en la diferenciación entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos, haciéndose explícito que, al margen de que el Consejo como tal tenga plenas competencias de gestión por Ley, las mismas serán asumidas por los consejeros ejecutivos y, por exclusión, no por el resto de miembros del Consejo.

Se hace así explícita una realidad. Los consejeros ejecutivos que asumen funciones de alta dirección y los miembros de ésta ligados a la compañía comúnmente mediante relaciones de servicio y poder, son los que de manera efectiva llevan el día a día de las compañías, es decir, su dirección-gestión ordinaria y directa, y, más aún, son los que de hecho elaboran las propuestas que se someten al Consejo y a su Comisión Ejecutiva en el ámbito de la llamada supervisión preventiva (aprobación de la estrategia general y directrices de gestión, establecimiento de la estructura corporativa, fijación de las políticas generales de información, autocartera y grupo...) e incluso son también quienes identifican los riesgos significativos permitiendo con su información el seguimiento de los mismos por el Consejo y su Comisión Ejecutiva, posibilitando así la llamada supervisión reactiva al permitir al Consejo y a la Comisión Ejecutiva el poder adoptar decisiones respecto de dichos riesgos.

No es de extrañar por ello que los propios estatutos y reglamentos incluyan normas en relación con la alta dirección pese a situarse ésta al margen de la estructura societaria de poder, al menos respecto de quienes siendo miembros de esa alta dirección no reúnen, además, la condición de consejero. No es extraño por ello que incluso en algunos reglamentos se contengan preceptos específicos sobre las «relaciones con los directivos de primer nivel» (así el art. 48 del Reglamento IBERDROLA) o que traten de las «relaciones del Consejo con la Alta Dirección» y del propio «Comité de Dirección» (así los arts. 20 y 16 del Reglamento EBRO PULEVA, respectivamente) o que dediquen normas expresas a la «Dirección General» (así el art. 50 de los Estatutos BBVA).

La atribución de la gestión ordinaria de la sociedad a los miembros ejecutivos del Consejo y al equipo de alta dirección, se vincula además estatutaria y reglamentariamente a la configuración del Consejo de Administración como un órgano esencialmente de supervisión o control de la dirección: «centrando su actividad en la supervisión» (art. 21.1 Estatutos de ALDEASA y 6.1 de su Reglamento; art. 15.17 Estatutos de AZKOYEN y 5.1 de su Reglamento; art. 6 párrafo segundo Reglamento EBRO PULEVA; art. 6.1 párrafo segundo Reglamento de ENDESA; art. 32.2 Estatutos ZELTIA y 5.2 de su Reglamento), cambiándose en algunos casos la expresión «centrando» por otras similares como «concentrar su actividad en la función general de supervisión» (art. 3.2 Reglamento de BSCH; art. 342 Estatutos de IBERDROLA y 7.2 de su Reglamento; y art. 33 Estatutos de REPSOL) o «se configura básicamente como un órgano de supervisión y control» (art. 52 Reglamento de TELEFÓNICA).

A diferencia de las funciones de dirección o gestión ordinaria que se atribuyen directamente a «sus miembros ejecutivos», en cambio la función de supervisión se atribuye al

Consejo como tal. Ello pone de manifiesto que en el modelo real de administración de la SA cotizada, mientras que los consejeros no ejecutivos ciertamente no dirigen sino que esencialmente supervisan la dirección desde el Consejo y/o sus Comisiones, en cambio los consejeros ejecutivos sí dirigen y ello incluso al margen del funcionamiento del Consejo como tal, en su condición de miembros de la alta dirección.

Precisamente porque la función supervisora es asumida por el Consejo como ámbito competencial esencial en el que centra su actividad, y en el Consejo están presentes sus miembros ejecutivos, es por lo que se prevé una composición del mismo en la que sean mayoría los consejeros no ejecutivos. En este sentido, cuando se contempla la facultad de propuesta del Consejo a la Junta para el nombramiento de consejeros así como el uso de la facultad de cooptación, se prevé estatutaria y/o reglamentariamente que se procurará que los consejeros no ejecutivos representen mayoría sobre los consejeros ejecutivos (arts. 37.2 Estatutos de IBERDROLA y 10.3 de su Reglamento; art. 9.1 Estatutos de TELEFÓNICA; art. 5.4 Reglamento de ALDEASA y art. 32 Estatutos de REPSOL), lo que se reitera respecto de las Comisiones del Consejo, exigiéndose incluso respecto de alguna de ellas, como la de auditoría o la de nombramientos-retribuciones, que en las mismas no se integre ningún miembro ejecutivo (art. 33 Reglamento de REPSOL), llegándose en ciertos casos a exigir no ya mayoría de no ejecutivos sino de independientes, bien con carácter general (art. 1 Reglamento BBVA que exige que dos tercios de los miembros del Consejo al menos sean consejeros independientes) o respecto de determinadas Comisiones (art. 26 Reglamento de BBVA que establece una mayoría de consejeros independientes respecto de la Comisión Delegada Permanente). Y no sólo se prevé una mayoría de consejeros no ejecutivos acorde con la función esencialmente supervisora asumida por el Consejo, sino que incluso se exigen requisitos de idoneidad de los consejeros acordes con sus funciones de supervisión.

Se plantea sin embargo, la compatibilidad de la función supervisora (que asume el Consejo frente a las funciones de dirección-gestión ordinaria o directa que asumen sus miembros ejecutivos y la alta dirección) con la atribución al Consejo de ámbitos de decisión directa, al margen de las llamadas materias indelegables por Ley, o si se quiere, expresado en otros términos, cómo se concilia la función supervisora con dichos ámbitos de decisión reservados estatutaria o reglamentariamente a favor del Consejo.

En primer lugar, hay una generalización estatutaria y/o reglamentaria respecto de cuáles son esos ámbitos reservados de decisión: estrategia general de la sociedad y directrices de gestión; bases de la organización corporativa; sistemas de control y de información en relación con los principales riesgos de la sociedad; política de información a accionistas y mercados bajo criterios de transparencia y veracidad; autocartera; y estrategia general del grupo empresarial (en este sentido, arts. 21 Estatutos de ALDEASA y 6 de su Reglamento; arts. 15.E Estatutos de AZKOYEN y 5.1 de su Reglamento; art. 3 Reglamento de BSCH; art. 6 Reglamento de EBRO PULEVA; art. 6.1 Reglamento de ENDESA; arts. 34.3 Estatutos de IBERDROLA y 7.5 de su Reglamento; art. 5.4 Reglamento de TELEFÓNICA), sin perjuicio del desarrollo que en los propios reglamentos suele hacerse respecto de cada una de esas materias.

A la hora de caracterizar esos ámbitos reservados de decisión, buena parte de los estatutos o reglamentos los sitúan como funciones ligadas a la propia supervisión: «se ocupará en el ámbito... de la supervisión, de las cuestiones que con carácter enunciativo se enumeran a continuación...» (art. 34.3 Estatutos de IBERDROLA y 7.5 de su Reglamento); «en el ámbito de sus funciones generales de supervisión y control, el Consejo de Administración...» (art. 5.4 Reglamento de TELEFÓNICA); «... supervisión, para lo cual asumirá entre otras funciones...» (art. 6-1 Reglamento de ENDESA). En otros casos, aun contemplando los mismos ámbitos de decisión, la redacción es menos clara aunque hablen también de «funciones generales» tras referirse a la supervisión: «... asumiendo no obstante entre otras las siguientes funciones generales...» (art. 21.1 Estatutos, de ALDEASA y 6.1 de su Reglamento, e igualmente art. 6 párrafo segundo Reglamento de EBRO PULEVA).

Para alcanzar el sentido de estas reservas a favor del Consejo y concluir si las mismas se

sitúan o no en el ámbito de la función supervisora, conviene quizás empezar poniendo de manifiesto el modelo real, es decir, lo que en la praxis sucede. Generalmente, los Consejos de Administración no ejercen iniciativa en esos bloques de materias. Son los consejeros ejecutivos con el apoyo de la alta dirección, los que elaboran las propuestas en materia de fijación de estrategias generales, establecimiento de directrices de gestión, determinación de políticas informativas... de manera que el Consejo lo que hace es evaluar esas propuestas sobre la base de la propia información que los consejeros ejecutivos, alta dirección y expertos externos traídos al Consejo por los consejeros ejecutivos, aportan al Consejo de Administración. Por ello, más que una reserva de decisión al Consejo, lo que hay es una reserva de participación del Consejo en esas decisiones, en el sentido de que sólo tras su evaluación favorable por el Consejo pueden entenderse aprobadas las directrices de gestión, las estrategias generales..., siendo este el verdadero sentido de que son ámbitos reservados al Consejo. En algunos casos esta forma de proceder se refleja incluso expresamente en los Reglamentos del Consejo (así, en el art. 4.1 Reglamento de REPSOL, cuando se hace referencia a la determinación de las orientaciones estratégicas y objetivos económicos de la sociedad, se prevé expresamente que el Consejo actuará «a propuesta de la alta dirección»).

Resultan a este respecto muy esclarecedoras las recomendaciones que realiza el Código alemán de Gobierno Corporativo de 2002 respecto de la delimitación de las relaciones entre el Consejo de Vigilancia y el Comité de Dirección en esos ámbitos de decisión, particularmente, respecto de la fijación de las estrategias generales de la sociedad y su grupo. Se refiere el Código alemán a cómo la orientación estratégica «la aprueba el Comité de Dirección conjuntamente con el Consejo de Vigilancia» (ap. 4. 1,2) y, asimismo, que el Consejo de Vigilancia «tiene que participar en las decisiones de gran trascendencia» (ap. 5). Por ello concluye el Código alemán en su ap. 3, que lleva como rúbrica «Cooperación entre Comité de Dirección y Consejo de Vigilancia», que el Comité de Dirección «acuerda con el Consejo de Vigilancia la orientación estratégica de la sociedad».

Esta cooperación en estos ámbitos de decisión (estrategias generales, directrices de gestión, identificación y control de riesgos sustantivos, política de información a los mercados, autocartera...) debe situarse en lo que se ha venido en llamar la supervisión preventiva, a la que implícitamente aluden algunos de los estatutos y reglamentos de nuestras sociedades cotizadas al establecer que «no podrán ser objeto de delegación... aquellas otras facultades necesarias para un responsable ejercicio de su función básica de supervisión y control» (art. 5.3 Reglamento de TELEFÓNICA y art. 5.3 Reglamento de ZELTIA). Y a ese mismo sentido entendemos que responden también las previsiones estatutarias o reglamentarias que establecen formas de participación-decisión del Consejo respecto de operaciones concretas que aun situadas en el ámbito de la dirección o gestión propiamente dicha, presentan una singular importancia o relieve para la sociedad y su grupo por razones económico-financieras, estratégicas o de otra naturaleza: «supervisar las principales asignaciones de capital, desinversiones y adquisiciones...» (Capítulo II Reglamento de BBVA), «en general las operaciones que entrañen la adquisición y disposición de activos sustanciales de la sociedad y las grandes operaciones societarias» (art. 32.G Reglamento de BSCH), «la consideración de aquellos asuntos de particular trascendencia para la sociedad» (art. 34.2 Estatutos de IBERDROLA y en igual sentido art. 33 Estatutos de REPSOL), «decisiones sobre las operaciones empresariales y financieras de especial trascendencia para la sociedad» (art. 5.4 Reglamento de TELEFÓNICA).

Requiere consideración separada y singular la Comisión Ejecutiva. Y también aquí el modelo real se trasluce en las previsiones de los Reglamentos del Consejo.

En la praxis, la Comisión Ejecutiva es un Consejo reducido que se reúne entre una y otra sesión ordinaria del Consejo, es decir, una instancia que se estructura de forma paralela al Consejo (presencia de los consejeros ejecutivos, así como también de consejeros no ejecutivos, siendo éstos mayoría) y que ejerce de una manera más continuada las competencias de supervisión del Consejo, conoce previamente las propuestas que los consejeros ejecutivos y alta dirección elaboran para trasladar al Consejo y decide en situaciones que no permiten mayor dilación dada la menor agilidad operativa del Consejo por su mayor número de miembros y trámites formales

de convocatoria. Por ello, lo esencial es que realmente la llamada Comisión Ejecutiva no se sitúa de hecho en el ámbito de la dirección-gerencia, que está en manos de los consejeros ejecutivos y equipo de la alta dirección, sino en el ámbito de la supervisión con un conocimiento a efectos de supervisión más continuado y particularizado de la gestión, de forma que sus decisiones tienen su origen realmente en las propuestas realizadas por los consejeros ejecutivos y miembros de la alta dirección que son quienes tienen la iniciativa y realizan todo el proceso que conduce a una decisión (estudio de necesidades, análisis de alternativas y de sus costes, y selección de la opción); la Comisión Ejecutiva aprueba y ratifica o rechaza las propuestas de la alta dirección dándose a continuación traslado al Consejo que vuelve en esencia a hacer lo mismo que la Comisión Ejecutiva: evaluar-supervisar decisiones que responden en su iniciativa y contenido a las propuestas formuladas por los consejeros ejecutivos y la alta dirección, pudiendo a partir de esa supervisión proponer y acordar alternativas o modulaciones respecto de aquellas propuestas. En este contexto deben situarse afirmaciones en el sentido de que «la Comisión Ejecutiva despachará todos los asuntos de la competencia del Consejo de Administración que, a juicio de la propia Comisión, deban resolverse sin más dilación» (art. 43.3 Estatutos de IBERDROLA) o que «la Comisión ejecutiva centrará su actividad esencialmente en ejercer la supervisión o control continuado de la gestión y dirección ordinaria de la sociedad, haciendo un seguimiento periódico de la gestión económica y del desarrollo de los presupuestos y planes estratégicos de la sociedad...» (art. 15.2 Reglamento de ZELTIA), poniendo igualmente de manifiesto este carácter de Consejo reducido entre sesión y sesión ordinaria del Consejo que tiene la Comisión Ejecutiva, el hecho de que estatutaria y reglamentariamente sea común el establecer que se aplicarán a la Comisión Ejecutiva las disposiciones relativas al funcionamiento del Consejo de Administración. Asimismo, se llega a reproducir para la Comisión Ejecutiva la misma exigencia que respecto del Consejo en el sentido de que en su composición deben ser mayoría los consejeros externos o no ejecutivos (art. 23.a Reglamento de TELEFÓNICA, art. 5 Reglamento BSCH y art. 8.1 Reglamento ZELTIA). La conclusión es que la posición de los miembros no ejecutivos del Consejo no varía por el hecho de que pertenezcan también a la Comisión Ejecutiva, si bien se añadirán los efectos derivados de la delegación.

A partir de esta situación, la cuestión que se plantea respecto de la Comisión Ejecutiva una vez configurado el Consejo con funciones esencialmente de supervisión de la dirección-gestión en manos de los consejeros ejecutivos y alta dirección, es si verdaderamente sigue teniendo o no sentido funcionalmente esta especie de Consejo reducido que opera entre sesión y sesión ordinaria del Consejo. De hecho en el Informe Olivencia se pronosticaba una importancia decreciente a medida que se fuesen adoptando las recomendaciones de dicho informe encaminadas precisamente a esa separación de los ámbitos de dirección y supervisión, centrando al Consejo de Administración en este último ámbito.

De estas cuestiones y de la configuración funcional, composición y sentido hoy de la Comisión Ejecutiva nos ocuparemos más adelante al abordar las Recomendaciones 42 y 43 del CU en relación con los apartados a) y b) de la Recomendación 8.

II. EL MODELO MONISTA DE SUPERVISIÓN DEL CÓDIGO UNIFICADO

1. Las competencias de supervisión del Consejo. En particular, el control de operaciones vinculadas e intragrupo (Recomendaciones 2 y 8)

Podría afirmarse que la Recomendación 8 del Código Unificado (en adelante CU) viene esencialmente a confirmar el modelo monista de administración con funciones esencialmente de supervisión que por vía de autorregulación se propone en el Informe Olivencia y en el Reglamento Tipo elaborado por la CNMV en 1998, modelo que, como ya hemos examinado, recibe apoyo, aunque sólo sea parcialmente, en las reformas legales del 2002 y 2003, y que finalmente se generaliza en las principales sociedades cotizadas españolas a través de las reformas estatutarias y de los Reglamentos del Consejo que se llevan a cabo entre los años 2003 y 2005. En este sentido, el valor o la significación de esta Recomendación 8 del CU reside

esencialmente en lo que supone de confirmación de un modelo de administración en esencia ya instaurado en nuestra praxis.

En la medida que el modelo legal vigente parte de la LSA/1951 en la que el órgano de administración es órgano de dirección-gestión (concepción monista gerencial), es lógico que la exposición de motivos de esta recomendación comience por señalar que «la Ley de Sociedades Anónimas atribuye al Consejo de Administración la totalidad de las competencias de dirección y gestión de la sociedad», añadiendo a continuación sin embargo, que el Consejo tiene «una amplia capacidad de delegación», para concluir que «en este contexto normativo, las empresas pueden adoptar modelos muy diversos de organización y actuación de sus Consejos, especialmente lo que hace a su implicación en la gestión ordinaria de la sociedad.

La referencia expresa del CU, junto a lo anterior, a la «esencial e irrenunciable función general de supervisión», supone que pese a la afirmación de que el «Código no pretende promover un modelo concreto», lo cierto es que estos elementos definidores del ámbito competencial del Consejo considerando como núcleo esencial del mismo la función de supervisión de la «gestión ordinaria de la sociedad» y la delimitación en la recomendación de las funciones que integran el núcleo de aquella función de supervisión, permiten concluir que sí hay en el CU un modelo de administración y que éste es el de un Consejo centrado en el ámbito de las funciones de supervisión de la dirección que por vía de delegaciones, apoderamientos y relaciones de servicios o alta dirección se atribuye a los consejeros ejecutivos y al equipo de dirección de la sociedad. La propia composición del Consejo sobre la base de la distribución de sus miembros entre consejeros ejecutivos y externos con mayoría de éstos (Recomendaciones 9, 10,11,12 y 13) y la estructura de funcionamiento del mismo sobre la base de comisiones con ámbitos especializados de supervisión (Recomendaciones 44 a 58) evidencian la opción del CU por ese modelo de administración.

Es cierto que una de las ventajas del artículo 141.1 TRLSA a través del amplio margen de autoorganización que otorga al Consejo es precisamente su gran «neutralidad funcional» (PAZ-ARES, 1999, pg. 1806). Pero en la medida que esa libertad de autoorganización ex artículo 141.1 TRLSA se somete a difusión a los mercados, debiendo explicarse si se sigue o no un modelo concreto de gobierno recomendado (no regulado), y en este último caso expresarse las causas, determina que ya no hay tal neutralidad sino sometimiento vía «cumple o explica» a un modelo que no se dibuja normativamente pero sí a través de las Recomendaciones del CU que por medio precisamente de ese principio de «cumple o explica» adquiere en alguna medida un valor por sí mismo próximo al significado de las «normas dispositivas» en cuanto reflejo de pautas de conducta socialmente asumidas; curiosamente, el principio «cumple o explica» lleva a un fenómeno próximo a la «atipicidad negocial», sólo que ahora lo atípico debe medirse no respecto de la norma sino respecto de lo recomendado.

En cuanto a la definición del ámbito o núcleo indelegable de la función supervisora, la Recomendación 8 del CU no implica novedad alguna respecto de lo que es ya una realidad en los Estatutos y Reglamentos de nuestras sociedades cotizadas tal y como veíamos en el apartado anterior.

En el párrafo primero de la Recomendación 8 y en el apartado a) de la misma que lo desarrolla, se establece lo siguiente:

«8. Que el Consejo asuma, como núcleo de su misión, aprobar la estrategia de la compañía y la organización precisa para su puesta en práctica, así como supervisar y controlar que la Dirección cumple los objetivos marcados y respeta el objeto e interés social de la compañía. Y que, a tal fin, el Consejo en pleno se reserve la competencia de aprobar:

- a) Las políticas y estrategias generales de la sociedad, y en particular:*
 - i) El Plan estratégico o de negocio, así como los objetivos de gestión y presupuesto anuales;*
 - ii) La política de inversiones y financiación;*
 - iii) La definición de la estructura del grupo de sociedades;*

- iv) *La política de gobierno corporativo;*
- v) *La política de responsabilidad social corporativa;*
- vi) *La política de retribuciones y evaluación del desempeño de los altos directivos;*
- vii) *La política de control y gestión de riesgos, así como el seguimiento periódico de los sistemas internos de información y control;*
- viii) *La política de dividendos, así como la de autocartera y, en especial, sus límites».*

En definitiva pocas diferencias sustantivas se plantean entre el contenido de esta Recomendación 8 y el tenor de los Estatutos y Reglamentos vigentes que reservan efectivamente al ámbito indelegable de la función supervisora del Consejo la aprobación de la estrategia general de la sociedad y directrices de gestión (lo que abarca en esencia presupuestos anuales y política de inversiones y financiación, extendiéndose también las directrices de gestión al ámbito de la responsabilidad social corporativa), la fijación de las bases de la organización corporativa (que incluirá la política de retribuciones y evaluación de la alta dirección), el establecimiento de los sistemas de control y de información respecto de los principales riesgos de la sociedad, la fijación de la política de información a accionistas y mercados bajo criterios de transparencia y veracidad; autocartera; y estrategia general del grupo empresarial, además del seguimiento o control de la gestión ordinaria de la dirección (lo que supone el seguimiento de los objetivos estratégicos, presupuestos y directrices de gestión, todo ello de conformidad con el objeto e interés social). Entendemos que formulaciones generales de los principales ámbitos de la función supervisora en los términos que acabamos de referir son más que suficientes en lo esencial sin necesidad de abordar grandes reformas en los Reglamentos o Estatutos vigentes en orden a una acomodación al tenor de la Recomendación 8 en su apartado a). Interesa además llamar la atención sobre la utilización reiterada por este apartado a) de la Recomendación 8 de la expresión «política de...» haciéndose así manifiesto que en esencia el Consejo procede a establecer las líneas generales de actuación («políticas») como parte de su función de supervisión preventiva, centrando sus actuaciones en el control o seguimiento de dichas políticas por parte de la dirección en manos de los consejeros ejecutivos y alta dirección.

A su vez, en el apartado b) de la Recomendación 8 del CU se alude a determinadas decisiones que igualmente deben quedar en el ámbito del Consejo y sólo excepcionalmente por razones de urgencia podrán ser decididas por la Comisión Ejecutiva con posterior ratificación por el Consejo.

- «i) *A propuesta del primer ejecutivo de la compañía, el nombramiento y eventual cese de los altos directivos, así como sus cláusulas de indemnización;*
- ii) *La retribución de los consejeros, así como, en el caso de los ejecutivos, la retribución adicional por sus funciones ejecutivas y demás condiciones que deban respetar sus contratos;*
- iii) *La información financiera que, por su condición de cotizada, la sociedad deba hacer pública periódicamente;*
- iv) *Las inversiones u operaciones de todo tipo que, por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico, salvo que su aprobación corresponda a la Junta General;*
- v) *La creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia del grupo».*

En general son materias en las que la iniciativa o propuesta procede comúnmente del primer ejecutivo o en general de los consejeros ejecutivos y alta dirección, y que se integran también en la llamada supervisión preventiva, en el sentido de que se trata de materias de singular importancia o relieve para la sociedad y su grupo, y que al escapar en alguna medida de la gestión-dirección ordinaria se reservan al Consejo como parte de su función de control de la

dirección.

Quizás merezca una mención especial la reserva al Consejo de las decisiones en materia de «retribución de los consejeros». El artículo 130 TRLSA exige que «la retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos», de forma que éstos deberán establecer los conceptos o sistemas retributivos y el alcance de los mismos. Y ello tanto respecto de los consejeros ejecutivos como de los no ejecutivos dado que el artículo 130 TRLSA no hace diferenciación alguna, sin perjuicio de que pueda preverse estatutariamente que la Junta General concrete las cuantías en cada ejercicio dentro de los distintos sistemas o conceptos retributivos previstos estatutariamente y de que se reserve a la competencia del Consejo la distribución entre sus miembros de las cantidades globales ligadas a cada concepto o sistema retributivo, o la concreción de las retribuciones específicas de los consejeros ejecutivos por sus funciones ejecutivas dentro de los conceptos previstos estatutariamente (retribución en base a contratos de servicio o alta dirección, seguros, sistema de previsión, indemnizaciones...). En cualquier caso, es lógico que esta materia se reserve al pleno del Consejo en la medida en que será éste el que deberá evaluar en función de la tipología y dedicación de los consejeros, la aplicación a cada uno de los mismos de los conceptos o sistemas retributivos previstos estatutariamente y, en su caso, de las cuantías que la Junta asigne a cada uno de dichos conceptos o sistemas retributivos. No obstante, pese a la afirmación contraria en la exposición de motivos de esta Recomendación, consideramos que en este caso no estamos propiamente en el ámbito de la supervisión, pues no es materia propia de la dirección o gerencia de la Compañía la fijación de la retribución de los consejeros. Cosa distinta es la retribución de los directivos que no reúnen la condición de consejeros, pues en estos casos la iniciativa reside en los propios consejeros ejecutivos y alta dirección, teniendo ahí sentido hablar de supervisión por el Consejo.

Por último, el apartado c) de la Recomendación 8 del CU alude a las denominadas «operaciones vinculadas» reservando al Consejo el conocimiento y autorización de las mismas como parte de su función supervisora o de control de eventuales conflictos de interés, salvo que se den las condiciones previstas en la propia Recomendación.

- «c) *Las operaciones que la sociedad realice con consejeros, con accionistas significativos o representados en el Consejo, o con personas a ellos vinculados (“operaciones vinculadas”).*
Esa autorización del Consejo no se entenderá, sin embargo, precisa en aquellas operaciones vinculadas que cumplan simultáneamente las tres condiciones siguientes:
- 1^ª *Que se realicen en virtud de contratos cuyas condiciones estén estandarizadas y se apliquen en masa a muchos clientes;*
 - 2^ª *Que se realicen a precios o tarifas establecidos con carácter general por quien actúe como suministrador del bien o servicio del que se trate;*
 - 3^ª *Que su cuantía no supere el 1% de los ingresos anuales de la sociedad».*

El artículo 116.4 c LMV exige la incorporación al Informe Anual de Gobierno Corporativo de las operaciones vinculadas de la sociedad, entendiendo como tales las que realiza la sociedad con sus accionistas, administradores y cargos directivos así como las operaciones intragrupo, derivándose además del artículo 127 ter.3 respecto de los administradores que, en tanto las operaciones vinculadas impliquen, directa o indirectamente, una situación de conflicto con el interés de la sociedad, deberán ponerlo en conocimiento del Consejo y abstenerse de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera.

El apartado c) de la Recomendación 8, a diferencia del artículo 116.4.c LMV que se refiere a los accionistas sin más, limita el concepto de operaciones vinculadas a las que se realicen con accionistas significativos, lo que nos parece acertado si bien se plantea la duda de qué debe entenderse por accionista significativo, pues en las definiciones del CU se incluye la participación significativa (superior al 5%) pero no al accionista significativo; dado que ello puede depender en cada caso de la estructura accionarial, podría dejarse en manos del Consejo la concreción y, en su caso, revisión del alcance a estos efectos del concepto de accionista significativo.

Asimismo, a diferencia del artículo 116.4.c LMV, la Recomendación 8 en su apartado c) contempla a los «accionistas representados en el Consejo». Esta expresión no puede referirse al accionista consejero, pues el apartado c) ya menciona genéricamente a los «consejeros» (sean o no accionistas). En el contexto de las Recomendaciones relativas a los distintos tipos de consejeros, se utiliza la misma expresión o semejante en relación con los consejeros dominicales (así en la Recomendación 12), aludiéndose dentro de la definición de consejeros dominicales a «los que representen a accionistas» con participaciones igual o superior a la considerada legalmente como significativa o que han sido designados por su condición de accionistas aunque su participación no sea significativa. La expresión utilizada por la Recomendación 8 apartado c) permite así que el concepto de operación vinculada se extienda no sólo al consejero sino también al accionista que lo ha propuesto para su nombramiento (en el caso de consejeros dominicales) y, asimismo, a la persona física representante del consejero persona jurídica. No obstante, no consideramos acertado hablar de «representante» en relación a los consejeros designados a propuesta o instancia de un accionista (consejero dominical) pues éste no es jurídicamente representante del accionista que lo propuso o designó, ni siquiera cuando dicha designación se haya producido a través del sistema de representación proporcional del artículo 137 TRLSA; su posición jurídica como consejero es absolutamente autónoma e independiente del accionista que lo propuso o designó y, por tanto, no está sujeto a instrucciones del mismo, debiendo operar en el exclusivo interés de la sociedad (art. 127 bis TRLSA). La Recomendación 8.c) extiende sin embargo el concepto de operación vinculada no sólo al consejero si no también al accionista al que se atribuye la iniciativa o propuesta para su nombramiento, al presuponer que de ello puede derivar el riesgo de que el Consejero actúe en interés del accionista, identificando así una eventual situación de conflicto con el interés de la sociedad.

Por lo demás, la Recomendación 8.c) constriñe el ámbito de las operaciones vinculadas respecto del artículo 116.4.c LMV al no contemplar las operaciones con «cargos directivos» ni tampoco las «operaciones intragrupo» si bien éstas últimas se abordan en la Recomendación 2 exigiendo la previsión al respecto de mecanismos de resolución de eventuales conflictos de interés.

En los casos de operaciones vinculadas contempladas en la Recomendación 8.c), se exige la autorización del Consejo salvo que concurren simultáneamente tres requisitos: condiciones estandarizadas aplicadas en masa, aplicación de precios o tarifas generales y que por cuantía no superen el 1% de los ingresos anuales de la sociedad. Las dos primeras condiciones vienen a garantizar una especie de paridad de trato que impide la actuación en perjuicio de la sociedad. La tercera utiliza una técnica con origen en el régimen de las cláusulas colusorias prohibidas en Derecho de la competencia (efecto «sensible» sobre el mercado), en el sentido de excluir del control del Consejo aquellas operaciones que aun teniendo carácter vinculado, sin embargo por su cuantía no son «sensibles o relevantes» para el interés social.

En cuanto a las operaciones intragrupo, a pesar de abordarse en la perspectiva de los conflictos de interés propia de las operaciones vinculadas, no se tratan en la Recomendación 8.c) sino en la Recomendación 2:

«Que cuando coticen la sociedad matriz y una sociedad dependiente ambas definan públicamente con precisión:

- a) Las respectivas áreas de actividad y eventuales relaciones de negocio entre ellas, así como las de la sociedad dependiente cotizada con las demás empresas del grupo;*
- b) Los mecanismos previstos para resolver los eventuales conflictos de interés que puedan presentarse».*

La rúbrica de esta Recomendación 2 («cotización de sociedades integradas en grupos») no se corresponde realmente con su contenido, pues lejos de limitarse a los eventuales y singulares conflictos que pueden plantearse entre dos sociedades de grupo (matriz y dependiente) como consecuencia de la cotización de ambas, contempla en general las relaciones de la dependiente «con las demás empresas del grupo» sean o no cotizadas. En realidad, los conflictos de interés que pueden suscitarse dentro de una estructura de grupo son esencialmente los mismos al margen de que una o varias de las sociedades del grupo coticen: el sacrificio del interés de una

de las sociedades y por ende de los accionistas externos de la misma, en beneficio de la matriz o de cualquier otra sociedad del grupo.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Recomendación plantea como cuestión previa la finalidad o alcance de la misma desde un punto de vista jurídico sustantivo dada la inexistencia en nuestro Ordenamiento jurídico de un régimen general sobre grupos en el que ubicar las eventuales obligaciones de compensación-indemnización entre sociedades del grupo cuando se perjudica a una de ellas en beneficio de otra u otras integradas igualmente en el grupo.

Pues si la información a que se refiere el apartado b) de la Recomendación 2 lo que pone de manifiesto es precisamente esa realidad, por lo demás llena de lógica dentro de una política de grupo (la unidad de dirección permite imponer en determinados casos el interés del grupo frente al de algunas de las sociedades que lo integran), faltaría en nuestro Ordenamiento la consecuencia. Y ante ello solo cabe un tratamiento «patológico» y en cuanto tal inidóneo. Lo lógico sería que, a partir de la legitimidad y sentido de la unidad de dirección, se establecieran normas de compensación a favor de la sociedad perjudicada en interés del grupo o sociedades del mismo. Pero la inexistencia de normas jurídico-sustantivas de esta naturaleza podría llevar en la praxis a reconducir el supuesto a la patología del «administrador de hecho» (sociedad matriz) y al consiguiente régimen de responsabilidad de los artículos 133 y concordantes TRLSA, lo que no por inevitable deja de ser inadecuado en técnica y política jurídica.

Por lo demás y también como cuestión previa, la inexistencia en nuestro Derecho de un régimen general sobre grupos plantea el concepto mismo de grupo y sociedad matriz o dependiente a efectos de esta Recomendación 2. Ante el silencio de la exposición de motivos de la Recomendación quizás solo quepa, una vez más, acudir al artículo 42 del Código de Comercio para definir la relación de grupo (unidad de dirección), la sociedad matriz (dominante) y el concepto de sociedad dependiente, siendo más problemático que deba entenderse por «las demás empresas del grupo» a que alude la Recomendación, inclinándonos por entender que bajo este concepto deberán integrarse aquéllas sociedades no cotizadas pero igualmente dependientes en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

El régimen propuesto por la Recomendación 2 se centra, de un lado, en hacer público el marco de posibles operaciones intragrupo (definición de «las respectivas áreas de actividad y eventuales relaciones de negocio entre ellas, apartado a), si bien la Recomendación no propone un instrumento concreto de publicidad. De una parte, aún cuando ni el tenor de la Recomendación ni su exposición de motivos lo aclaran, el apartado a) de la misma parece referirse a «relaciones de negocio» que hayan podido tener lugar («eventuales»), si bien no se concreta el marco temporal al que deberá referirse la «definición pública» (entendemos «información pública a los mercados») de dichas relaciones de negocio, limitándose además la información exigida a las relaciones en que sean partes la sociedad matriz o dependiente que coticen.

Ante estas indeterminaciones entendemos que, en la medida que se trata de dar información a los mercados y accionistas sobre relaciones de negocio que se hayan realizado intragrupo, el instrumento de información podría ser el Informe Anual de Gobierno Corporativo dado que éste se centra en informar a posteriori en relación con un ejercicio cerrado, abarcando a este respecto las relaciones intragrupo que se hayan dado en dicho ejercicio en el marco de las respectivas «áreas de actividad» de las sociedades integradas en el grupo, áreas que deberán también definirse-explicarse en dicho Informe centrándose no en lo formal (objetos sociales estatutarios) sino en lo material (sectores de actividad en los que realmente se haya tenido presencia).

A su vez, y pese al silencio de la Recomendación, consideramos que la información deberá recogerse en los Informes Anuales de Gobierno Corporativo tanto de la matriz como de la dependiente cotizada y que corresponderá al Consejo de Administración de una y otra sociedad la elaboración y aprobación de dicha información, debiendo explicarse si en las «eventuales relaciones de negocio» se han causado o no perjuicios a alguna de las sociedades del grupo y, en

su caso, qué tipo de compensación o medida equivalente se ha establecido de conformidad con el Consejo de la sociedad afectada.

En relación con el contenido de la información que deberá hacerse pública, además de lo ya referido, el apartado b) de esta Recomendación 2 alude a los mecanismos previstos para resolver los eventuales conflictos de interés que puedan presentarse. A este respecto, corresponderá a la matriz y dependiente cotizadas el establecimiento de dichos mecanismos y la información sobre los mismos, lo que podrá igualmente hacerse a través del Informe Anual de Gobierno Corporativo.

Dada la libertad para el establecimiento de los mecanismos de resolución de conflictos, cabría, por ejemplo, atribuir a alguna de las Comisiones del Consejo el conocer y resolver, informando al Consejo de las «relaciones de negocio» intragrupo sobre la base de la información suministrada por la dirección de la sociedad, estableciéndose una especie de franquicia similar a la que prevé la Recomendación 8.c) en relación con el control por el Consejo de las operaciones vinculadas, de modo que el mecanismo de control previo no operaría cuando se tratase de operaciones negociales cuyas condiciones estén estandarizadas y se apliquen generalmente a terceros o cuando se realicen a precios o tarifas reguladas o intervenidos o cuando no dándose alguna de las dos circunstancias referidas la cuantía de la operación no supere un determinado porcentaje del volumen de negocio de la sociedad del grupo con la que la matriz o dependiente cotizadas hayan realizado la operación en cuestión, o del volumen de negocio de la propia matriz o dependiente cuando la operación tenga lugar entre ellas mismas.

Pero además de la delimitación de los supuestos («relaciones de negocio») que entrarían dentro del mecanismo de control y que instancia deberá «resolver» el eventual conflicto de interés, deberá preverse e informarse públicamente sobre los «criterios» de resolución de los eventuales conflictos. A este respecto cabría, por ejemplo, prever que el Consejo (o, en su caso, alguna de sus Comisiones a las que se le atribuya la competencia) velará para que en las relaciones negociales intragrupo se respete el interés social de cada una de las sociedades afectadas de modo que dichas relaciones respondan al principio de reciprocidad y equilibrio de los intereses entre las partes, y que cuando se incumpla dicho principio en perjuicio de alguna de las partes, se establezcan las compensaciones o medidas equivalentes a favor de la sociedad del grupo afectada. Sin embargo, según el tenor de esta Recomendación 2 no deberá darse conocimiento en la información pública exigida por esta Recomendación 2 de dichas eventuales compensaciones o medidas equivalentes, toda vez que la Recomendación se refiere a la información de los «mecanismos de resolución de conflictos» que se establezcan en la matriz y dependiente cotizadas, pero no a la información sobre cómo se han resuelto en particular cada uno de los conflictos que hayan podido presentarse.

Todas las previsiones que proponemos a título de ejemplo (u otras que pudieran establecerse alternativa o complementariamente) para dar cumplimiento a esta Recomendación 2, podrían recogerse como tales en el Reglamento del Consejo de la matriz y dependiente cotizadas, o bien limitarse el Reglamento a prever que el Consejo, mediante el acuerdo correspondiente, adoptara las medidas oportunas para dar cumplimiento a lo previsto en dicha Recomendación. Pero se opte internamente por una u otra vía a la hora de asumir la Recomendación, el cumplimiento de la misma exigirá la información a los mercados en los términos previstos por la Recomendación.

En cualquier caso, aún cuando compartimos la preocupación subyacente a la Recomendación 2 en orden a dar transparencia a las relaciones intragrupo y a los mecanismos de resolución de eventuales conflictos, estas materias resultan de difícil autorregulación cuando no se cuenta con unas normas básicas generales en materia de Derecho de grupos, materia ésta que sin embargo el CU no incluye entre las recomendaciones complementarias al Gobierno recogidas en su Anexo II.

2. La nueva composición y configuración funcional de la Comisión Ejecutiva en el modelo de Consejo de supervisión (Recomendaciones 42 y 43)

En relación con la Comisión Ejecutiva, las Recomendaciones 42 y 43 del CU parten de la composición y configuración funcional que en la praxis ha terminado asumiendo la Comisión Ejecutiva a raíz de la evolución del modelo de administración de la S.A. cotizada desde el Consejo gerencial subyacente a la LSA/1951 y al TRLSA/1989 a un Consejo de supervisión centrado no en la gestión o dirección efectiva u ordinaria sino en el control de la misma en manos de los consejeros ejecutivos y alta dirección, modelo éste que como ya hemos expuesto en el apartado 1 del presente trabajo, después de imponerse en la praxis, obtuvo refrendo en el Informe Olivencia y RCNMV de 1998, en el Informe Aldama y, finalmente, en el propio Derecho de anónimas a través de las sucesivas reformas introducidas por la Ley Financiera y la Ley de Transparencia.

Mientras que en el modelo legal del Consejo gerencial, la Comisión Ejecutiva, basada en el instituto de la delegación, no vaciaba al Consejo de sus competencias de dirección y gestión (principio de subordinación) si bien estaba llamada a jugar un papel preponderante en el ejercicio efectivo de la dirección (limitación al mínimo de las materias indelegables art. 141 TRLSA) ahora, consumada en la praxis y en la legislación la transición al modelo de Consejo supervisor, la Comisión Ejecutiva se adapta a esta nueva configuración del Consejo perdiendo el papel preponderante que tenía en el modelo legal de Consejo gerencial.

El CU en los apartados a) y b) de la Recomendación 8 opta porque el núcleo esencial de la función supervisora preventiva (aprobación de la estrategia general y directrices de gestión, fijación de las bases de la organización corporativa, política de control y gestión de riesgos, definición de la estrategia del grupo, y las políticas de retribuciones, autocartera, dividendos y responsabilidad social corporativa –apartado a)- y determinadas decisiones de singular significación en el ámbito de supervisión como las relativas a la información financiera a los mercados, inversiones en operaciones estratégicas, nombramiento, cese y retribución de la cúpula directiva y creación o toma de participación en entidades especiales –apartado b)-) quede reservado al pleno del Consejo excluyendo la posibilidad de delegación unipersonal (Consejero Delegado) o colegiada (Comisión Ejecutiva), y permitiendo tan solo en las materias del referido apartado b) que con carácter excepcional y por razones de urgencia pueda decidir la Comisión Ejecutiva con posterior ratificación por el Consejo. De esta forma, frente al papel particularmente relevante que la Comisión Ejecutiva jugaba de hecho en el modelo legal de Consejo gerencial ahora, situado el ámbito de la dirección-gerencia en manos de los consejeros ejecutivos y equipos de alta dirección y centrado el núcleo esencial de la función supervisora en el pleno del Consejo, la Comisión Ejecutiva pasa a tener en la praxis un papel menos relevante del que tuvo en el modelo de Consejo gerencial, proceso éste que ya fue señalado en el Informe Olivencia y que conduce a que en la exposición de motivos de la Recomendación 42 del CU se hable de una «paulatina desaparición de las Comisiones Delegadas o Ejecutivas».

La realidad de nuestras S.A. cotizadas confirma en el modelo de Consejo supervisor, el papel subordinado de la Comisión Ejecutiva respecto de un Consejo a cuyo pleno y sin posibilidad de delegación, se le reserva el núcleo esencial de las funciones de supervisión y control de la dirección. Pero no compartimos la afirmación del CU de que se vaya a una «paulatina desaparición» de la Comisión Ejecutiva, pues lo que realmente se está produciendo es una transformación y adaptación de la misma como instancia que intermedia en las relaciones entre el Consejo y la dirección, sirviendo de filtro de las propuestas, iniciativas y decisiones que desde la dirección se someten al control y supervisión del Consejo.

En este nuevo contexto, la Comisión Ejecutiva ha pasado de ser una instancia esencialmente decisoria (como lo era en el modelo legal del Consejo gerencia) a ser una instancia de apoyo a la funcionalidad o funcionamiento del Consejo como órgano supervisor de la dirección. En este sentido, la Comisión Ejecutiva opera en la praxis en un doble ámbito. De un lado, realiza un seguimiento más continuado y directo de la dirección-gerencia a partir de las decisiones de supervisión preventiva adoptadas por el pleno del Consejo, asumiendo un control de la ejecución de las decisiones-marco del propio Consejo (directrices de gestión, presupuestos, líneas estratégicas bases de las políticas de autocartera y retribuciones...), así como la supervisión o control continuado de la gestión y dirección ordinaria de la sociedad entre sesión y sesión del

pleno del Consejo, operando en este sentido como una especie de Consejo reducido. Y, de otro lado, recibe de los consejeros ejecutivos y alta dirección, las iniciativas o propuestas para su traslado y presentación al pleno del Consejo realizando así un primer filtro de las mismas.

Siendo ésta la nueva configuración funcional de la Comisión Ejecutiva es lógico que la Recomendación 42 del CU, en primer lugar, respecto de su denominación, prefiera hablar de Comisión Delegada más que de Comisión Ejecutiva (expresión esta última más propia del modelo gerencial de Consejo que del actual modelo de Consejo supervisor) y, en segundo lugar, en relación a su composición, traslada a la Comisión Ejecutiva la misma estructura del Consejo respecto de la distribución de sus puestos entre las diferentes clases o tipos de consejeros e incluso propone que su secretario sea el mismo que el del Consejo, pues en realidad funciona como un Consejo reducido entre sesiones del pleno del Consejo.

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

A su vez, esa misma configuración funcional de la Comisión Ejecutiva y su posición subordinada respecto del Consejo a cuyo pleno se reservan las decisiones básicas en el ámbito de la supervisión o control de la dirección-gestión de la sociedad explica y justifica la exigencia de la Recomendación 43 de que el Consejo y sus miembros tengan un conocimiento pleno y directo de las materias, abordadas por la Comisión Ejecutiva y de los acuerdos adoptados por la misma, en garantía de lo cual se prevé que todos y cada uno de los consejeros reciban copia de las actas de sus sesiones.

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

Consideramos acertadas estas escasas pero importantes precisiones del CU en relación con la Comisión Ejecutiva, acorde con el papel que la Comisión Ejecutiva está llamada a jugar y que de hecho viene desempeñando en la praxis actual a partir del modelo de Consejo de supervisión.

3. Previsiones sobre el funcionamiento del Consejo en garantía de su función supervisora (Presidente –Recs. 16 y 17–, Secretario – Rec.18–, Desarrollo de Sesiones – Recs. 19 a 21– y Evaluaciones –Rec. 22–)

Las Recomendaciones 16 a 22 tienen como finalidad esencialmente, que determinados aspectos relativos al funcionamiento del Consejo de Administración contribuyan al mejor posible cumplimiento por el Consejo de sus funciones de supervisión. En este contexto se sitúan las Recomendaciones 16 y 17 relativas al Presidente, la Recomendación 18 sobre el Secretario, las Recomendaciones 19 a 21 sobre el desarrollo de sus sesiones y la Recomendación 22 que contempla la evaluación periódica del Consejo, del Presidente y primer ejecutivo de la compañía y de las Comisiones del Consejo.

En este sentido y respecto del Presidente, la Recomendación 16 le atribuye un doble papel con la consiguiente responsabilidad. De un lado, se quiere que el Presidente responda de los distintos aspectos relativos a la organización del desarrollo de las sesiones bajo una premisa fundamental que no es otra que la «salvaguarda de la libre toma de posición y expresión de opinión» por parte de los miembros del Consejo. Pero a su vez, se pretende también que el Presidente adopte una aptitud proactiva en orden a la participación de los consejeros, presupuesto necesario para que el Consejo pueda cumplir realmente sus funciones de supervisión. A este respecto se exige al Presidente que garantice el derecho de información de los consejeros mediante la recepción por los mismos con carácter previo a la sesión de una «información suficiente», lo que deberá entenderse en relación con el contenido del orden del día de la sesión de que se trate; además, y con esa misma finalidad, se le asigna al Presidente la función de promover o estimular «el debate y la participación activa de los consejeros durante las sesiones».

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

La Recomendación 16 del CU, dado que asigna al Presidente un papel relevante en la organización de las sesiones e impulso de la participación de los consejeros, lo lógico hubiese sido que no atribuyera también al Presidente, aun cuando éste no sea consejero ejecutivo, la organización y coordinación de la evaluación periódica del Consejo, dado que es el principal responsable de un funcionamiento de calidad y eficiente del Consejo sino, por ejemplo, al Presidente de la Comisión de nombramientos y retribuciones o a cualquiera de los consejeros independientes mediante acuerdo al respecto del pleno del Consejo de Administración. No vemos inconveniente alguno en cambio, en que se atribuya al Presidente la organización y coordinación de la evaluación periódica, en su caso, del Consejero Delegado o primer ejecutivo de la compañía, si bien las objeciones que antes destacábamos se hacen otra vez presentes si el Presidente es también consejero ejecutivo pese a no ser primer ejecutivo de la compañía, pues la evaluación de los consejeros ejecutivos debiera organizarse y coordinarse por el propio Consejo pero no por la línea ejecutiva de la compañía.

Además, la Recomendación 16 a pesar de atribuirle al Presidente la organización y coordinación de la evaluación periódica referida, no delimita el alcance u objeto de dicha evaluación, materia ésta que se aborda en la Recomendación 22.

«Que el Consejo en pleno evalúe una vez al año:

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

Respecto de ésta evaluación por el Consejo de sí mismo, sobre la calidad y eficiencia de su funcionamiento, en realidad debe entenderse como una auto revisión o autocontrol que el Consejo deberá realizar sobre las funciones que tiene atribuidas, esencialmente en el ámbito de la supervisión, lo que conllevará un examen del calendario de sesiones, de las materias abordadas en las mismas y, como conclusión, del grado de satisfacción sobre el desarrollo real de las competencias de supervisión de la dirección atribuida a consejeros ejecutivos y alta dirección, constituyendo a este respecto también un elemento importante de evaluación el grado de suficiencia de la información recibida por parte de la dirección de la sociedad. En otro ámbito, la autoevaluación del Consejo podría también abordar su propia composición y estructura, es decir, si se entiende que los distintos consejeros aportan las diversas capacidades, independencia y conocimientos necesarios para el ejercicio de sus funciones y si las aportaciones que realicen las distintas Comisiones del Consejo respecto de sus respectivos ámbitos especializados de supervisión, contribuyen eficazmente al desarrollo de las tareas del Consejo, evaluando los instrumentos de comunicación entre las Comisiones y el Consejo.

La Recomendación exige a este respecto que la evaluación de las Comisiones por el Consejo venga precedida de un informe de las propias Comisiones que entendemos debe abarcar, de un lado, la descripción de las tareas desarrolladas en el seno de cada una de ellas y, de otro, la propia autoevaluación que las Comisiones hagan de sí mismas en cuanto a sus funciones y eficiencia en el desarrollo de las mismas. Por último, la evaluación respecto del Presidente del Consejo y del primer ejecutivo de la compañía, requiere quizás de un marco formal especial, en el sentido de que lo propio sería la convocatoria de una sesión especial del Consejo al respecto prevista en el calendario anual de sesiones, sesión en la que deberían hacer una presentación previa el propio Presidente y el primer ejecutivo de la compañía, ausentándose a continuación

ambos de la sesión y sin perjuicio de que al final de la misma se incorporen de nuevo a la reunión para recibir las conclusiones de la evaluación llevada a cabo por el Consejo, evaluación que consideramos debe centrarse esencialmente en la organización y funcionamiento del Consejo respecto del Presidente y en la suficiencia de la información recibida por el primer ejecutivo de la compañía para hacer posible una supervisión real de la dirección efectiva de la sociedad.

Aun cuando referida también al Presidente, se sitúa en un contexto distinto la Recomendación 17 que contempla el supuesto en el que el Presidente es asimismo el primer ejecutivo de la compañía.

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

Resulta en la praxis muy distinto el supuesto en el que el Presidente, aun siendo consejero ejecutivo no es el primer ejecutivo de la sociedad (Consejero Delegado), asumiendo funciones esencialmente institucionales y de coordinación, y aquel otro caso en el que el Presidente es también primer ejecutivo de la misma. Es ciertamente en este segundo caso cuando se crea una situación en la que el principal responsable respecto de la organización, funcionamiento e impulso del Consejo para el ejercicio por éste de las funciones de supervisión de la dirección, es quien precisamente ha de someter al control del Consejo su propia actividad como primer ejecutivo de la sociedad.

Las orientaciones de buen gobierno en esta materia han sido contrapuestas. Así, mientras el Informe Cadbury partía de que «dada la importancia y naturaleza especial del papel del Presidente, este papel debería separarse del propio del primer ejecutivo» (punto 4.9, primer inciso), el primer Informe Vienot, cercano a la realidad y praxis francesa, destacaba las posibles disfunciones derivadas de la existencia de un Presidente sin funciones directivas de primer rango. El Informe Olivencia optó por una vía intermedia en el sentido de permitir la figura del Presidente primer ejecutivo pero destacando a su vez la necesidad de establecer en estos casos un adecuado contrapeso al riesgo de concentración de poder, proponiendo «que, en el caso de que el Consejo opte por la fórmula de acumulación en el Presidente del cargo de primer ejecutivo de la sociedad, adopte las cautelas necesarias para reducir los riesgos de la concentración de poder en una sola persona», sugiriendo a este respecto el «nombrar, entre los consejeros independientes, un Vicepresidente coordinador y con facultades subsidiarias de convocar el Consejo, incluir nuevos puntos en el orden del día, remitir información a los consejeros y en general hacerse eco de sus preocupaciones». El Reglamento Tipo de la CNMV hizo suyas las sugerencias del Informe Olivencia en sus artículos 11 y 12, lo que daba lugar a que dos personas compartieran facultades como las de convocatoria, fijación del orden del día de las mismas..., con el evidente riesgo de bicefalia en la dirección del Consejo.

La solución propuesta por la Recomendación 17 sigue la orientación marcada por el Informe Olivencia y el Reglamento Tipo de la CNMV de 1998. El atribuir a uno de los consejeros independientes (en lugar de al Vicepresidente) la facultad para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día, no es una solución realista en la medida en que difícilmente los consejeros independientes van a poder disponer previamente de la información necesaria como para poder tomar iniciativas respecto de la convocatoria del Consejo y de las materias a tratar en el mismo, a lo que se añade, se quiera o no, el riesgo de dañar seriamente la cohesión del Consejo en su organización y funcionamiento.

A su vez, nos parece hasta casi infantil atribuir a ese consejero independiente la función de coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos, como si éstos no tuviesen capacidad e iniciativa por sí mismos para un ejercicio diligente de sus funciones al que vienen obligados por sus deberes como consejeros. La instancia en la que deben coordinarse o expresarse las preocupaciones es el propio Consejo y no una especie de subconsejo informal que opere al margen del Consejo mismo. Que el problema al que responde la Recomendación 17 es

real y que requiere una solución, no cabe duda. Pero quizás debería haberse dejado un amplio margen de libertad a cada una de las sociedades para que éstas por vía de su autogobierno buscarán la solución más idónea a su caso concreto, sin perjuicio de que la misma tuviese que ser objeto de explicación y detalle en el Informe Anual de Gobierno Corporativo y que fuese, además, objeto de autoevaluación por el Consejo anualmente. De esta manera cabrían formulas como, por ejemplo, contemplar en relación con el calendario anual de sesiones y materias a tratar en las mismas, la necesidad de que el propio Consejo al final de cada sesión examine y apruebe la convocatoria y orden del día de la siguiente sesión, teniendo así libertad el propio Consejo para modificar dicho calendario de sesiones y materias a abordar en las mismas en función de las circunstancias que en cada momento se puedan ir dando. En definitiva, fórmulas que lo que no pongan de manifiesto sea precisamente la necesidad de una iniciativa por ciertos consejeros frente a la no iniciativa del Presidente, pues ello, como decíamos, afectará sin duda a la necesaria cohesión en el funcionamiento del Consejo de Administración.

Por último, en cuanto a la dirección de la evaluación por el Consejo de su Presidente, entendemos que no es precisa ninguna previsión expresa al respecto tal y como hace la Recomendación 17 al atribuírsela también a uno de los consejeros independientes, pues podría bastar la figura del Vicepresidente, de modo que sea éste el que en un marco normal y ordinario asuma la función de dirección en la sesión correspondiente, en la que deberá ausentarse el Presidente para permitir que el Consejo, con garantías de independencia y neutralidad, pueda proceder a evaluar el ejercicio de sus funciones como Presidente y primer ejecutivo de la compañía.

No aporta mayor debate ni novedad la Recomendación 18 relativa al Secretario del Consejo, al que se le atribuye la función de velar por la legalidad en sentido amplio, formal y material, de las actuaciones del Consejo, es decir, de que las mismas se ajusten a la normativa vigente que le es aplicable, a las disposiciones de autogobierno que la sociedad se haya dado así misma (Estatutos y Reglamentos, esencialmente) y a las Recomendaciones del CU que la sociedad haya decidido asumir.

«Que el Secretario del Consejo, vele de forma especial para que las actuaciones del Consejo:

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

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

El CU prescinde en cambio de las referencias contenidas en el Informe Olivencia a los deberes del Secretario de «facilitar el buen desarrollo de las sesiones del Consejo, ocupándose muy especialmente de prestar a los consejeros el asesoramiento y la información necesarias» y asimismo tampoco incorpora la propuesta del Informe Olivencia de que el cargo de Secretario lleve aparejado la condición de consejero, garantizándole así no sólo un derecho de voz sino también de voto, eliminándose así además cualquier especie de subordinación jerárquica en el desarrollo de su actividad.

Consideramos que el CU acierta al no recoger la referida propuesta del Informe Olivencia. Su independencia y profesionalidad no debe ligarse a su condición de consejero, sino a su propia capacitación técnica y a su dependencia jerárquica dentro de la estructura de gobierno de la sociedad, así como a la estabilidad de su cargo y derecho a acceder a toda la información societaria que resulte necesaria para el desempeño de sus funciones.

La independencia, imparcialidad y profesionalidad del Secretario para garantizar el

ejercicio de las funciones que se le atribuyen, se vincula esencialmente en la Recomendación 18, al régimen de nombramiento y cese del mismo (informe previo de la Comisión de nombramientos y decisión por el pleno del Consejo) y a la exigencia de que dicho régimen conste expresamente en el Reglamento del Consejo. Sin embargo, aun debiendo valorarse ello positivamente, los requisitos de independencia, imparcialidad y profesionalidad deben llevar a exigir conocimientos adecuados para el ejercicio de sus funciones y el establecimiento de su dependencia directa bien del propio pleno del Consejo o bien de alguna de sus Comisiones, de modo que sea esa instancia la que configure su estatuto en todos sus aspectos y, entre ellos, el régimen retributivo y la naturaleza de la relación que le vincule con la sociedad, y ello al margen de que en su caso pueda reunir además la condición de consejero. No obstante su dependencia directa del pleno del Consejo o de una de sus Comisiones, ello no debe ser óbice para que en el ejercicio de sus funciones actúe en coordinación siempre con la Presidencia en orden a asegurar que ésta pueda cumplir eficazmente sus funciones relacionadas con la convocatoria y desarrollo de las sesiones del Consejo, así como respecto del impulso que debe ejercer el Presidente en relación con las tareas propias del Consejo.

Respecto de la praxis bastante extendida de que se una a la posición de Secretario del Consejo la de Secretario de la Comisión Delegada o Ejecutiva, no sólo no vemos inconveniente en ello sino todo lo contrario dado el ámbito de sus funciones. Mayores problemas plantea en cambio la posible asunción por el Secretario del Consejo de las funciones propias de la Secretaría General de la sociedad, salvo que dicho cargo implique esencialmente la asunción de tareas igualmente relacionadas con la organización y funcionamiento de los órganos sociales e instancias internas de la propia sociedad, suministrando también a estos órganos e instancias asesoramiento sobre la adecuación de sus actuaciones al marco normativo y de autorregulación de la sociedad, pues dichas tareas no tienen por qué afectar a su independencia, imparcialidad y profesionalidad, y antes al contrario pueden coayudar al mejor desarrollo de sus funciones, si bien esa Secretaría General con funciones relacionadas esencialmente con la organización y funcionamiento de los órganos sociales debería también depender jerárquicamente del pleno del Consejo o de alguna de sus Comisiones.

Por último, las Recomendaciones 19 a 21, en realidad no son sino un reflejo o consecuencia del deber de diligencia con que los consejeros deben desempeñar las funciones propias de su cargo.

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

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

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

Dicho deber de diligencia debe llevar a los consejeros a exigir y establecer un programa de sesiones con fecha y asuntos a tratar, contando, como no, cada consejero con el derecho a proponer cuantos puntos del orden del día considere necesarios aun cuando no aparezcan previstos en el programa de sesiones aprobado al inicio de cada ejercicio. Asimismo, el deber de diligencia lleva igualmente a que la inasistencia de los consejeros deba ser absolutamente excepcional y que la regla sea el otorgamiento de instrucciones cuando den la representación a favor de cualquier otro consejero. Nos parece por lo demás también adecuada la exigencia de que las inexistencias se cuantifiquen, entendemos que individualmente, en el Informe Anual de Gobierno Corporativo, si bien ello no tiene sentido si a su vez no se exige que en dicho informe se haga una referencia general y resumida al programa de sesiones durante el ejercicio.

No acertamos en cambio a entender el sentido de la Recomendación 21 que alude a posibles «preocupaciones» del Secretario o de los consejeros sobre determinadas propuestas o sobre la marcha de la sociedad, exigiendo que cuando dichas preocupaciones no queden resueltas en el Consejo, se deje constancia de las mismas en el Acta. Ni comprendemos lo de «preocupaciones» ni tampoco lo de la constancia de las mismas en el Acta. Ésta debe recoger las intervenciones-deliberaciones y, por tanto, las manifestaciones realizadas por los consejeros, y en su caso por el Secretario, en el desarrollo de las sesiones, cualquiera que sea el alcance o contenido de dichas manifestaciones, pues ésta y no otra es la finalidad de las Actas del Consejo, y constituye una exigencia del deber de diligencia el que los consejeros se aseguren de que así suceda, constituyendo igualmente una obligación del Secretario derivada precisamente del núcleo esencial de sus funciones.

4. La incongruencia del modelo monista supervisor del CU con el régimen unitario de responsabilidad de los consejeros.

Como ya hemos señalado anteriormente, ha sido vía autorregulación (Estatutos y Reglamentos del Consejo) como se ha ido configurando en nuestra praxis un modelo monista de administración con funciones esencialmente supervisoras frente al modelo monista gerencial que subyace a la LSA/1951 y que como tal pasó al TRLSA/1989. La autorregulación, aun partiendo de la doble alma legal del Consejo (la gestora y la vigilante, ESTEBAN VELASCO 1999, pg. 179), potencia la función supervisora reconociendo que la gestión-dirección ordinaria sale de hecho del ámbito colegiado del Consejo para quedar en manos de los consejeros ejecutivos y la alta dirección.

A la compatibilidad de este modelo supervisor basado en la autorregulación, con el modelo legal derivado de la LSA/1951, han contribuido las dos revisiones parciales que la Ley Financiera y la Ley de Transparencia han llevado a cabo respecto del modelo legal (vid. apartado I.1.1 anterior del presente trabajo).

Estas reformas legales de 2002 y 2003, no sólo dan amparo legal a la nueva configuración supervisora del Consejo determinante de una estructura y composición del mismo basada en la diferenciación entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos y el establecimiento en el Consejo de Comisiones como instancias de supervisión especializadas dentro del mismo, sino que, además, los nuevos y obligatorios instrumentos de información a los mercados (informe anual de gobierno corporativo, página web de la sociedad, hechos relevantes, obligatoriedad-inscripción-oponibilidad del Reglamento del Consejo, aplicación del principio de «cumple o explica» respecto del modelo recomendado de gobierno, artículos 116 y 117 LMV), convierten a esa nueva configuración funcional y estructural del Consejo en algo no meramente interno sino que trasciende a terceros, al tráfico, a los mercados, pasando así a ser un elemento esencial en las decisiones de inversión-desinversión de los accionistas-inversores. Se configura así un Consejo supervisor integrado por consejeros con estatutos diferenciados ligados al carácter de consejeros ejecutivos o no ejecutivos, y vinculado a ello, un distinto alcance de los estándares de diligencia y lealtad, y sin embargo, se mantiene el estatuto o régimen unitario de responsabilidad de los consejeros heredado de la LSA/1951 en la que ello sí era congruente con un Consejo gestor sin posiciones diferenciadas entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos.

Ahora, el legislador permite y avala una delimitación autónoma y separada de la función supervisora como tal, a la que se pretende proteger en interés de los accionistas y los mercados en general mediante una nueva composición cualitativa del Consejo a través de la diferenciación de los consejeros no ejecutivos frente a los ejecutivos, asumiendo a su vez, que existe un interés de accionistas y mercados en preservar un ámbito separado y autónomo de la dirección encomendada a los consejeros ejecutivos y equipo de dirección. Y conforme a esta orientación, el propio legislador incide no ya solo en la composición del Consejo sino también en su estructura de funcionamiento imponiendo *ex lege*, al margen por tanto de la facultad de autoorganización, la existencia de comisiones especializadas de supervisión cuyos ámbitos de competencia y composición se delimitan también *ex lege*, siendo este el caso del Comité de auditoría introducido por la Ley Financiera. De otra parte, como ya señalábamos anteriormente,

el nuevo art. 127.2 TRLSA introducido por la Ley de Transparencia (deber de los administradores de «informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad») parte de que el Consejo centra su actividad no en la dirección sino en la supervisión y que en cumplimiento de esa función de control ha de seguir la gestión o dirección directa u ordinaria («la marcha») de la sociedad otorgada a los consejeros ejecutivos y alta dirección.

En última instancia, esta delimitación separada de los ámbitos funcionales de la dirección y supervisión, supone a su vez, el establecimiento de un estatuto diferenciado de los consejeros ejecutivos y de los consejeros no ejecutivos en base precisamente a la vinculación de dichos cargos a uno u otro ámbito funcional. La ausencia de simultaneidad u homogeneidad en el ejercicio del cargo (presupuestos de la colegialidad y consiguiente solidaridad en la responsabilidad) derivada de esos distintos ámbitos funcionales y, en relación con ello, de la diferenciación entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos, deben determinar la revisión del actual régimen unitario de responsabilidad.

Nuestra doctrina se ha hecho eco de esta incongruencia. Sostiene FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1999, pg. 90, que «la adopción de una composición adecuada del Consejo, de reglas de funcionamiento interno acordes con los postulados del *Corporate Governance*, de procedimientos ágiles y eficaces de control interno, constituye sin duda un ambicioso programa de política legislativa y un excelente instrumentario destinado a ofrecer certeza y previsibilidad a los administradores frente al riesgo, siempre imprevisible, de incurrir en responsabilidad. Pero obliga también a acompasar las nuevas propuestas organizativas a una reglamentación legal...». Asimismo, ESTEBAN VELASCO, 1999, pg. 183, concluye, al abordar precisamente la reconducción del Consejo a la función de supervisión, que «en todo caso es inaceptable en términos de justicia, seguridad y eficacia normativa un sistema que establezca la misma responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración cuando las funciones y el acceso a la información es distinto».

La extensión abstracta y generalizada de la solidaridad en la responsabilidad a todo tipo de consejeros prescindiendo de los distintos ámbitos funcionales de la dirección y la supervisión (artículo 132.3 TRLSA), la ausencia de matizaciones o modulaciones en relación con los estándares de los deberes de diligencia y lealtad como presupuesto de la responsabilidad (artículos 127 y ss. TRLSA), la inversión de la carga de la prueba sobre la imputabilidad al margen del correcto funcionamiento formal de procedimientos o instancias de control (por ejemplo, informes de la autoría interna o del Comité de auditoría dentro de la llamada «regla de la confiabilidad de la información interna») son algunos de los aspectos que deberían ser objeto de una profunda revisión en el modelo legal vigente de responsabilidad de los administradores, reestableciendo así su congruencia con el nuevo modelo de administración de la sociedad anónima cotizada española (ampliamente sobre estas materias, ALONSO UREBA, 2005, pgs. 60 y ss).

Autores citados:

ALONSO UREBA, A., «Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en la perspectiva de los artículos 133.3 (responsabilidad de administradores) y 141.1 (autoorganización del consejo) del TRLSA», RdS 2005, 25, pgs. 19 y ss.; ESTEBAN VELASCO, G., «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el Gobierno Corporativo», en AA VV, *El Gobierno y de las Sociedades Cotizadas*, 1999, pgs. 137 ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido», en AA VV, *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, 1999, pgs. 55 y ss.; PAZ-ARES, C., La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo, RdS núm. 20, 2003, pgs. 67 ss.; QUIJANO, J. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, 1985.

