



Universidad
de Alcalá

**EL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE LAS
SOCIEDADES COTIZADAS: SU
FUNCIONAMIENTO A TRAVES DE SUS
DISTINTAS COMISIONES EN EL MARCO DE
BUEN GOBIERNO CORPORATIVO**

**The Board of Directors on the listed companies: functioning
through its commissions in the frame of good corporate
governance**

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

D^a LAURA GARCÍA RODRÍGUEZ

Dirigido por:

Dra. D^a ADORACIÓN PÉREZ TROYA

Alcalá de Henares, a 25 de SEPTIEMBRE de 2020

RESUMEN:

La regulación del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas ha ido evolucionando en las últimas décadas sobre parámetros de buen gobierno corporativo que han llevado a que el funcionamiento del órgano de administración de este tipo de sociedades (sociedades anónimas cotizadas) se desarrolle sobre la actuación de distintas comisiones especializadas, como la de auditoría, la de nombramientos y la de retribuciones. En la actualidad, las comisiones del consejo juegan un papel fundamental para su correcto funcionamiento. El estudio del funcionamiento del consejo de administración a través de las distintas comisiones que integran el consejo de las sociedades cotizadas es el objetivo fundamental de este trabajo.

Para abordar el tema en su debido contexto analizaremos, preliminarmente, el concepto de gobierno corporativo, los códigos de buen gobierno y las normas sobre las que se estructura el consejo de administración de las sociedades cotizadas. Tras ese examen analizaremos el papel de dichas comisiones, considerando su distinta tipología, su carácter obligatorio o voluntario, su composición y sus específicas funciones.

PALABRAS CLAVE:

Consejo de Administración, Código de Buen Gobierno, Comisiones, Consejeros, Gobierno corporativo, Sociedades cotizadas.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA	5
2. EL CONSEJO DE LAS SOCIEADES COTIZADAS	8
2.1. CONCEPTOS BÁSICOS	8
2.2. REGULACIÓN	10
2.2.1. CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS	12
A) ANTECEDENTES: CODIGO OLIVENCIA Y COMISION ALDAMA	12
B) CODIGO DE BUEN GOBIERNO DE LA CNMV	15
2.3. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y BUEN GOBIERNO CORPORATIVO	18
2.4. TIPOS DE CONSEJEROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS	18
3. COMISIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS	22
3.1. COMISIÓN EJECUTIVA.....	22
3.1.1 Regulación y carácter no obligatorio	22
3.1.2 Composición	22
3.1.3 Funciones de la Comisión ejecutiva	23
3.1.4. Conclusiones sobre la Comisión ejecutiva	24
3.2 COMISIÓN DE AUDITORÍA.....	24
3.2.1 Regulación y carácter obligatorio. Unicidad	24
3.2.2 Composición	25
3.2.3 Funciones de la comisión de auditoría.....	26
3.2.4. Conclusiones sobre la Comisión de auditoría	34

3.3 COMISION DE NOMBRAMIENTOS Y RETRIBUCIONES.....	35
3.3.1 Regulación y carácter obligatorio.....	35
3.3.2. Composición	36
3.3.3. Funciones de la Comisión de nombramiento y retribuciones	37
3.3.4. Conclusiones sobre la Comisión de nombramientos y retribuciones.....	43
3.4. OTRAS COMISIONES ESPECIALIZADAS DEL CONSEJO.....	43
3.4.1. Regulación y carácter no obligatorio	44
3.4.2. Tipos de comisiones en las empresas estudiadas	44
4. CASOS POLÉMICOS RELACIONADOS CON EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES COTIZADAS.....	50
4.1. CASO ENRON	50
4.2. CASO BANKIA.....	51
5. CONCLUSIONES.....	54
BIBLIOGRAFÍA.....	56

1. INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El objeto del presente trabajo de investigación es el funcionamiento del consejo de administración de las sociedades cotizadas a través de las comisiones que, paulatinamente, han debido ir creando este tipo de sociedades como consecuencia del desarrollo del movimiento de buen gobierno corporativo societario que ha presidido la evolución de la legislación mercantil de las últimas décadas. En un primer estadio estas comisiones se fueron creando sobre la base de *soft law* o recomendaciones, pero progresivamente se han ido convirtiendo en obligatorias, definiéndose a través de normas imperativas su tipología, composición y funciones.

La elección del tema se explica, en primer lugar, por la importancia de las sociedades cotizadas en el mercado, al representar prototípicamente a las grandes empresas que se financian demandando fondos del público a través de los mercados de valores. Los intereses que, por tanto, confluyen en ellas, que no se dan en las sociedades que no cotizan, justifican que, partiendo de la aplicación del régimen societario general, vengan sujetas a específicas normas. En el caso de España, su régimen viene contenido en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante también identificada como LSC), que, concretamente, dedica los artículos 495 y ss. (Título XIV) a las sociedades cotizadas¹. Su marco básico se complementa con lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores (Real Decreto 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores)².

Por otro lado, el funcionamiento de los consejos de este tipo de sociedades es un tema que en la actualidad se sigue tratando de mejorar debido a las malas gestiones de consejos de administración de numerosas empresas cotizadas, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. En este trabajo haremos referencia a algunos de esos casos especialmente significativos (*vgr.* Enron, Bankia), a la vez que, por otro lado, nos apoyaremos en la realidad de otras relevantes sociedades para, a modo de ejemplo, analizar el tipo de

¹ “Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital”, Boletín Oficial del Estado (161), 03/07/2010, BOE-A-2010-10544.

² “Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores”, Boletín Oficial del Estado (255), 24/10/2015, BOE-A-2015-11435.

comisiones a través de las que se estructura su consejo de administración. Tomaremos como ejemplo de estudio cuatro empresas cotizadas españolas del IBEX 35 (Inditex, Santander, Iberdrola y Telefónica)³ que analizaremos en detalle por su relevancia en el mercado nacional.

Con este punto de partida, los objetivos específicos de este trabajo son los siguientes:

- 1º Definir el marco de funcionamiento del consejo de administración de las sociedades cotizadas a través de sus comisiones.
- 2º Conocer en profundidad el funcionamiento y composición de cada una de las comisiones de las sociedades cotizadas, utilizando los ejemplos de estudio de las sociedades españolas seleccionadas.
- 3º Delimitar las competencias y responsabilidades que tienen los consejeros dentro del consejo de administración de las sociedades cotizadas en atención al tipo de comisión en la que queden integrados.

En cuanto a la metodología y fuentes, en este trabajo se utiliza una técnica mixta: jurídico-normativa y práctica. La primera parte se dedica al marco conceptual y normativo del consejo de administración de las sociedades cotizadas con la finalidad de dar una visión de conjunto. Por otro lado, la segunda parte del trabajo se dedica al análisis de las distintas comisiones que conforman los actualmente los consejos de administración de las sociedades cotizadas. Todo ello enfocado desde una visión práctica, relacionando la regulación sobre el tema con la realidad de sociedades cotizadas españolas.

Para desarrollar un trabajo coherente y seguir una línea de estudio lógica, en primer lugar se ha acudido a la regulación del tema de estudio, principalmente a la Ley de Sociedades de Capital. Junto a la regulación *strictu sensu*, analizamos el Código de Buen Gobierno (en adelante también identificado como CBG) de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante también identificada como CNMV), que no es propiamente legislación pero que las sociedades tienen que cumplir o explicar su falta de cumplimiento (principio “*comply or explain*”)⁴. En segundo lugar, y para entender la evolución histórica

³ El IBEX 35 es el principal índice bursátil de referencia de la bolsa española elaborado por Bolsas y Mercados Españoles (BME). Está formado por las 35 empresas con más liquidez que cotizan en el Sistema de Interconexión Bursátil (SIBE) en las cuatro bolsas españolas (Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia).

⁴ CNMV, Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, Febrero de 2015, https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf

del consejo de administración de las sociedades cotizadas, hemos acudido a la doctrina, tanto en la manualística como en trabajos que abordan específicos aspectos. Asimismo, hemos considerado la jurisprudencia más relevante sobre el tema.

2. EL CONSEJO DE LAS SOCIEADES COTIZADAS

2.1. CONCEPTOS BÁSICOS

Con carácter previo al análisis del objeto de estudio de este trabajo, resulta imprescindible abordar algunos conceptos básicos. En primer lugar, es importante ubicar las sociedades cotizadas dentro de las sociedades anónimas, pues sólo éstas pueden cotizar (art. 495 LSC) y, a su vez, éstas dentro de las sociedades de capital, que son sociedades mercantiles en las que las aportaciones de los socios se reflejan en una cifra estatutaria, denominada capital, que determina su posición relativa en la sociedad y constituye el elemento nuclear sobre el que se constituye su régimen jurídico. Resulta característico de las sociedades de las sociedades de capital la plena personificación jurídica y el reconocimiento de la limitación de la responsabilidad en beneficio de los socios⁵.

Las sociedades anónimas son aquellas cuyo capital está dividido en acciones (art. 495 LSC). El capital de estas sociedades se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales⁶.

Las sociedades cotizadas son aquellas sociedades anónimas “*cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario de valores*”.⁷ Estas sociedades presentan una notable trascendencia en su decisiva influencia en la economía, además de por su cada vez más detallada regulación debido a que los valores emitidos por estas sociedades se convierten en uno de los tipos de inversión socialmente más extendidos⁸.

Todas las sociedades de capital tienen una organización corporativa a través de la cual las personas jurídicas creadas tras su fundación pueden desarrollar su propia actividad. Esta organización da lugar a la regulación de unos órganos a través de los cuales las sociedades van a poder operar, manifestar su voluntad y al mismo tiempo han de servir para que los socios participen en el funcionamiento del ente social. La competencia de los órganos sociales en las sociedades anónimas está regulada por la Ley en términos generales, que

⁵ Definición legal (Código de comercio y sociedad en Código civil).

⁶ Artículo 1.3 LSC

⁷ Artículo 495 LSC

⁸ Sánchez-Calero Guilarte, J/ Sánchez Calero, F, *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen I, 37ª Edición, 2015 Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, p. 642.

destacaremos en el siguiente apartado, aunque en los estatutos sociales se puede perfilar su estructura.

En las sociedades cotizadas, existen dos órganos a través de los cuales se gestiona su funcionamiento: la Junta General y el Consejo de administración (en adelante también identificado como CA). La Junta General (arts.511 bis y ss. LSC) tiene como principal misión la de reunir a los socios para deliberar con el fin de formar la voluntad soberana de la persona jurídica. El Consejo de administración (arts 528 y ss. LSC), forma obligatoria de órgano de administración en las cotizadas – lo cuál en sí es una especialidad de las sociedades cotizadas (art. 528 LSC), es el órgano pluripersonal encargado de la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos por la Ley de Sociedades de Capital.

El Consejo está constituido por los administradores que designe la Junta general de accionistas (art. 529 decies LSC), actuando según lo establecido en los estatutos de la sociedad. El consejo de administración se organiza en distintas comisiones especializadas: de auditoría y de nombramientos y retribuciones (obligatorias); ejecutiva y otras (voluntarias). Las Comisiones del CA son órganos internos de funcionamiento colegiado del consejo de administración de sociedades, formado al menos por tres consejeros, con funciones especializadas de gestión, organización o control, con o sin facultad de representación delegada⁹.

Por último, ha de mencionarse el concepto de Gobierno corporativo, asociado al termino gobernanza, un concepto introducido por Adam Smith en su obra “La riqueza de naciones”¹⁰. Es un conjunto de principios y normas que regulan el diseño, integración y funcionamiento de los órganos de gobierno de una sociedad. Un buen gobierno corporativo provee los incentivos para proteger los intereses de la sociedad y los accionistas, monitorizar la creación de valor y uso eficiente de los recursos brindando una transparencia de información. Como señala el Preámbulo de los Principios de Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) y del G20, “*el objetivo del gobierno corporativo es facilitar la creación*

⁹ Artículo 529 terdecies LSC.

¹⁰ Arroyo, A., “Origen y evolución de gobierno corporativo”, en *Magazcitum: Gobierno corporativo y de TI*, 26/05/2013 (en línea). https://www.magazcitum.com.mx/?p=2176#.X1fMiy_FTMI

de un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad en los negocios”¹¹. A fin de obtener el objetivo perseguido, la OCDE ha establecido una serie de principios generales (que se desarrollan más específicamente en el propio texto) que enumeramos a continuación:

1º El marco de gobierno corporativo promoverá la transparencia y la equidad de los mercados, así como la asignación eficiente de los recursos. Será coherente con el Estado de Derecho y respaldará una supervisión y una ejecución eficaces.

2º El marco del gobierno corporativo protegerá y facilitará el ejercicio de los derechos de los accionistas y garantizará el trato equitativo a todos ellos, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos tendrán la posibilidad de que se reparen de forma eficaz las violaciones de sus derechos.

3º El marco del gobierno corporativo debe proporcionar incentivos sólidos a lo largo de toda la cadena de inversión y facilitar que los mercados de valores funcionen de forma que contribuya al buen gobierno corporativo.

4º El marco de gobierno corporativo reconocerá los derechos de los actores interesados que disponga el ordenamiento jurídico o se estipulen de mutuo acuerdo y fomentará la cooperación activa entre éstos y las sociedades con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a la sostenibilidad de empresas sólidas desde el punto de vista financiero.

5º El marco del gobierno corporativo garantizará la comunicación oportuna y precisa de todas las cuestiones relevantes relativas a la empresa, incluida la situación financiera, los resultados, la propiedad y sus órganos de gobierno.

2.2. REGULACIÓN

La regulación del consejo de administración de las sociedades cotizadas está contenida principalmente en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital. Se complementa con el Código de Buen Gobierno de la CNMV, de naturaleza voluntaria (*Soft Law*).

¹¹ OCDE (2016), *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

La Ley de Sociedades de Capital ha sido objeto de numerosas modificaciones en cuanto al régimen de las sociedades cotizadas. La *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo* ha sido la modificación más importante en los últimos veinticinco años del Derecho español de sociedades cotizadas. Esta Ley modificó la Ley de Sociedades de Capital, pero también afectó a la Ley del Mercado de Valores, que sufrió algún cambio en las competencias supervisoras de la CNMV. Sin analizar toda la reforma¹², haremos una breve referencia a los principales aspectos de la misma, algunos de los cuales serán posteriormente desarrollados a lo largo del trabajo, principalmente en lo referido a los tipos de comisiones y sus consejeros del consejo de administración de las sociedades cotizadas.

El origen de esta reforma legal se encuentra, por un lado, en la crisis económica de aquel momento y, por otro lado, en los escándalos de gestión de algunos consejos de administración de entidades financieras¹³.

Novedades de esta reforma son, por un lado, la ampliación del Título XIV (sociedades anónimas) y, por otro lado, la traslación a normas imperativas de principios o recomendaciones que hasta ese momento habían sido de cumplimiento voluntario, recogidas en los códigos de buen gobierno¹⁴.

Cabe destacar también de la reforma realizada por la Ley 31/2014 que, junto con la obligación de crear en el consejo de administración una comisión de auditoría, que ya estaba prevista como una comisión obligatoria, la creación de una comisión de nombramientos y retribuciones conjunta, o una de nombramientos y otra de retribuciones por separado. Además, se regula un nuevo régimen de remuneración de los administradores.

El propio título de la ley menciona que esta reforma va dirigida a la mejora del buen gobierno corporativo, implica un antes y un después en la regulación del consejo de

¹² Acerca de la reforma con carácter general véase, CMS Albiñana y Suárez de Lezo, *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*. 2015. Dykinson, S.L., Madrid.

¹³ Albiñana Cilveti, “Líneas generales de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital”, en: CMS Albiñana y Suárez de Lezo, *Comentario práctico*, *cit.*, p. 18.

¹⁴ Así lo destacan, entre otros, Sánchez-Calero Guilarte, J/ Sánchez Calero, F, *Instituciones*, *cit.*, Volumen I, p. 645.

administración de las sociedades cotizadas españolas¹⁵. Por último, destacar también que la regulación pretende aliviar los problemas relativos a la administración social y a los conflictos de intereses entre los administradores y los socios, ofreciendo una regulación novedosa del estatuto del administrador y de la organización del consejo de administración y sus comisiones¹⁶.

2.2.1. CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS

A) ANTECEDENTES: CODIGO OLIVENCIA Y COMISION ALDAMA

a) El Código Olivencia

En España, los antecedentes de la actual estructura del consejo de administración de las sociedades cotizadas se remontan al Código de buen gobierno de 1998 (Comisión o Código Olivencia) y a la Comisión Aldama de 2003, donde encontramos la traslación de principios y recomendaciones de buen gobierno corporativo en las sociedades cotizadas que, principalmente, procedentes del ámbito anglosajón fueron irradiando su influencia en otros países.

El Código Olivencia fue publicado en febrero de 1998, con el título de “El gobierno de las sociedades cotizadas”, por acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997, donde se crea una Comisión Especial para el Estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. El 30 de junio de 1997 se constituye formalmente la Comisión Especial con un doble cometido: la redacción de un Informe sobre la problemática de los Consejos de Administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros y la elaboración de un Código ético de buen gobierno de asunción voluntaria por estas sociedades.

En ese momento, la gran demanda que reclamaba un mejor gobierno de las sociedades que apelan a los mercados financieros definió un movimiento de reforma cuyo origen

¹⁵El preámbulo de la ley 31/2014 justifica la reforma de la LSC a fin de dotar a las sociedades de capital con una regulación dirigida a resaltar la relevancia del gobierno corporativo de las sociedades estableciendo, entre otras cuestiones, un mayor grado de transparencia y profesionalización de sus órganos de gobierno.

¹⁶ Albiñana Cilveti, Líneas generales de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, en: CMS Albiñana y Suárez de Lezo, Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital. 2015. Dykinson, S.L., Madrid, p. 20.

puede encontrarse en el mundo anglosajón, pero cuya expansión a muchos otros países acusa el fenómeno de la globalidad de la economía y la internacionalización de los mercados. Esta corriente reformista apelaba a la necesidad de separación entre propiedad y gestión de las sociedades, considerando tanto las ventajas que esto puede tener como el riesgo de conflictos de intereses y el derivado de la existencia de diversos grupos de accionistas. Por todo esto el Código de 1998 se centró en los Consejos de Administración, su funcionamiento y en las conductas de sus miembros, con el fin de evitar que el poder de gobernar la sociedad se concentre excesivamente causando un desequilibrio.

Las principales recomendaciones del Código Olivencia fueron son las siguientes: 1. La necesidad de separar gestión y propiedad de la sociedad, proponiendo la incorporación al Consejo de Administración una mayoría de consejeros independientes no vinculados patrimonialmente a la empresa y que acceden al cargo por ser profesionales con experiencia y prestigio profesional. 2. Precisar que la misión de los consejeros se basa en defender los intereses de la sociedad fomentando la toma de decisiones que mejoren la gestión de la empresa y arbitrar mecanismos para fomentar la defensa de los intereses del pequeño y mediano inversor. 3. Contemplar la creación de las llamadas comisiones delegadas de control, para garantizar la función de supervisión del órgano de administración.

Se recomendaba que las comisiones estuvieran compuestas por consejeros externos y que se crearan: una de auditoría, encargada de la verificación de la contabilidad de la sociedad, otra de nombramientos, cuya misión debía ser la selección de consejeros, y otra de retribuciones, que debería supervisar la política de remuneración de los consejeros.

Por otro lado, se recomendaba un único mandato de cuatro o cinco años para el ejercicio del cargo de consejero. También se sugería que ningún consejero formase parte de más de tres consejos de administración, además de recomendar el retiro de los consejeros a los 70 años, y que se eliminaran y declarasen nulas las cláusulas de blindaje.

b) El informe de la Comisión Aldama

Con posterioridad, la “Comisión especial constituida para la transparencia y seguridad de los mercados financieros y sociedades cotizadas” –llamada Comisión Aldama-, redacta un informe final con fecha de 8 de enero de 2003 con, básicamente, el siguiente contenido: (i) unas primeras consideraciones generales (sobre el mandato de la Comisión, diagnóstico general de la situación, la tradición española y el Código Olivencia, el Código Olivencia cuatro años después y el papel de esta Comisión, sobre los destinatarios de este informe y contenido y estructura del mismo); (ii) desarrollo de los principios esenciales (principio de transparencia y el deber de información, principios de seguridad y el deber de lealtad y diligencia), (iii) descripción de los órganos de gobierno (Junta General y Consejo de Administración), (iv) mención a los prestadores de servicios profesionales (auditores, analistas financieros y bancos de inversión y agencias de calificación); (v) alcance de las recomendaciones (principio de autorregulación y conveniencia de soporte normativo adicional)¹⁷.

Los objetivos de la Comisión, constituida en septiembre de 2002, eran: 1. Informar sobre el grado de observancia del Código Olivencia o Código de buena conducta de los consejos de administración de las sociedades cotizadas. 2. Dar mayor protección y seguridad a los accionistas e inversores, teniendo en cuenta las relaciones entre las sociedades emisoras de valores y las personas físicas y jurídicas que les prestan sus servicios profesionales. 3. Aumentar la transparencia en los mercados.

La Comisión indicó la necesidad de un conjunto de medidas a tomar por el Gobierno, los organismos reguladores y por las propias sociedades. Para la realización del informe se constituyeron cuatro grupos de trabajo: Grupo I: dedicado a analizar la situación en ese momento y llevar a cabo un análisis de las medidas y reglamentaciones que existían en Estados Unidos y en la Unión Europea. Grupo II: encargado del gobierno de las sociedades, analizando y proponiendo las medidas necesarias para el buen funcionamiento de las Juntas Generales y los Consejos de Administración. Grupo III: destinado al estudio de la responsabilidad de la empresa ante sus accionistas y la sociedad

¹⁷ CNMV, Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, 08/01/2003, https://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF

en general. Grupo IV: cuya misión fue analizar la cuestión del equilibrio entre normas obligatorias y autorregulación.

Siguiendo la opinión del profesor Juan Luis Iglesias Prada, la instauración de un régimen de transparencia que proporcione a los inversores un acceso eficiente al conocimiento de los procesos de decisión en las sociedades cotizadas, se presenta como una prioridad en materia de gobierno corporativo y la aportación más acertada del Informe Aldama se centra en la necesidad de un adecuado tratamiento legislativo de los aspectos básicos del principio de transparencia y del contenido del denominado “Informe anual de gobierno corporativo”¹⁸.

B) CODIGO DE BUEN GOBIERNO DE LA CNMV

a) Evolución reciente y texto actual

El actual Código de Buen Gobierno fue aprobado por primera vez por Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 22 de mayo de 2006, junto con las recomendaciones de gobierno corporativo a efectos de lo dispuesto en el apartado 1.f) de la disposición primera de la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre. Desde su inicial aprobación hasta la actualidad, este Código ha sufrido diversas modificaciones parciales con el objetivo de adaptarse a las diversas iniciativas legislativas que se han ido desarrollando, las cuales afectaron a ciertas recomendaciones. Las principales reformas del Código han sido las siguientes:

i) En junio de 2013 se actualiza parcialmente del Código, creando una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se considerasen adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas y para prestar apoyo y asesoramiento a la CNMV en la modificación del mencionado Código unificado de 2006.

¹⁸ Iglesias Prada, J.L., “El Informe Aldama y el gobierno corporativo”, en Escritura Pública, nº 20, 2003, p. 24-25 (en línea)
<https://www.notariado.org/portal/documents/176535/606931/El+informe+Aldama.+El+buen+gobierno+de+las+empresas.+El+Informe+Aldama+y+el+gobierno+corporativo+%2C+por+Juan+Luis+Iglesias.pdf/cbf422e0-3652-178a-27f7-b1b9c3f9f9e3?t=1571240866296>

ii) En febrero de 2015 se aprueba un nuevo Código de buen gobierno elaborado con el apoyo y asesoramiento de la Comisión (Acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015). La Comisión de expertos diferenció aquellas cuestiones que debían ser propuestas para la mejora del marco normativo, de lo que deriva la ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo; de ahí parten las recomendaciones de seguimiento voluntario sujetas al principio de “cumplir o explicar” (contenidas en el Código de buen gobierno).

iii) En junio 2020 se ha efectuado una última revisión, en la que la responsabilidad social corporativa de la empresa se ve incrementada, lo que ha exigido una adecuada atención por parte de los sistemas de gobierno corporativo de las sociedades, por lo que ésta última revisión afecta a las recomendaciones nº 2,4,6,7,8, 14, 15, 22, 24, 37, 39, 41, 42, 45, 53, 54, 55, 59, 62 y 64.

La actualización del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas introduce novedades relevantes como el establecimiento de los principios en los que se inspiran las recomendaciones a efectos de proporcionar una mejor comprensión de las mismas, reduciéndose al mismo tiempo el número de recomendaciones debido a su incorporación a la legislación vigente. Por otro lado, se incorporan al Código de buen gobierno recomendaciones relativas a responsabilidad social corporativa que no se encontraban incorporadas en el informe de 19 de mayo de 2006

En suma, puede decirse que en los últimos años se ha creado una tendencia cada vez mayor de buenas prácticas en materia de gobierno corporativo, intensificada por el inicio de la crisis financiera internacional, evidenciando la importancia que tiene que las sociedades cotizadas sean gestionadas de manera adecuada y transparente¹⁹.

A la vista de la evolución habida y el texto actual, cabe destacar que el Código de buen gobierno se articula sobre tres principios esenciales:

¹⁹ Díaz Morales, J., Gobierno Corporativo: Evolución y tendencias internacionales, Estrategia Financiera nº 218, Junio 2005, (en línea) <http://pdfs.wke.es/6/6/3/9/pd0000016639.pdf>

1º. Voluntariedad, con sujeción al principio de “*cumplir o explicar*”. Los principios y recomendaciones recogidas en el Código se rigen por este principio por su flexibilidad en el modo de ser aplicado y la posibilidad de constituirse en una referencia de buenas prácticas de gobierno corporativo. Así, las sociedades cotizadas en España cuentan con dos niveles de normas en el marco de gobierno corporativo: (i) Las normas de obligado cumplimiento incorporadas a la Ley de Sociedades de Capital y demás disposiciones legales aplicables. (ii) Las recomendaciones de buen gobierno contenidas en el Código de buen gobierno, de carácter estrictamente voluntario, puesto que las cuestiones consideradas básicas e imprescindibles han quedado incorporadas a normas de obligado cumplimiento²⁰.

2º. Evaluación por el mercado, pues corresponde a los mercados valorar las explicaciones que las cotizadas den en relación con el no seguimiento o el seguimiento parcial de las recomendaciones, sin perjuicio de las competencias y facultades de supervisión atribuidas a la CNMV.

3º. En cuanto su contenido y alcance del Código, contiene recomendaciones de gobierno corporativo destinadas al conjunto de sociedades cotizadas españolas.

b) Principios y recomendaciones más relevantes

En cuanto al contenido del Código, después de estudiar sus características, procede a enunciar sus principios y, posteriormente, sus recomendaciones.

Los principios se dividen en tres grupos: Aspectos generales, Junta general de accionistas y Consejo de Administración. Consejo de Administración: a través de 17 principios esenciales a cumplir por toda sociedad cotizada y con sus correspondientes 53 recomendaciones.

²⁰ Véase más ampliamente CNMV, “Guía técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio “cumplir o explicar”, 15/07/2016.

<https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/GuiaCumplirExplicar.pdf>

2.3. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

De acuerdo con el Principio nº 9 del CBG, el consejo de administración asume, colectiva y solidariamente, la responsabilidad directa sobre la administración social y la supervisión de la dirección de la sociedad. Todos los consejeros deben tener como propósito común la defensa del “interés social”. Según el art. 529 terdecies LSC, el Consejo de Administración tiene reconocida la facultad de auto-organización.

Como señala la doctrina, *“el movimiento a favor del buen gobierno corporativo ha convertido en una característica propia de las sociedades cotizadas la existencia de comisiones del consejo con determinadas competencias concretas”*²¹. La importancia de estas comisiones las convierte en el objeto principal de estudio de este trabajo²².

Junto con las comisiones, una de las principales consecuencias del movimiento a favor del buen gobierno es la exigencia de que toda sociedad cotizada deba elaborar y hacer público un informe anual de buen gobierno corporativo, exigencia prevista en el artículo 540 LSC. Este informe anual es un instrumento clave para conocer la estructura de gobierno de las sociedades cotizadas y el funcionamiento de sus órganos sociales²³.

2.4. TIPOS DE CONSEJEROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS

Una de las características del gobierno de las sociedades cotizadas es la diferenciación de sus consejeros en distintas categorías, lo que guarda, como veremos, también relación con la composición de las distintas comisiones²⁴.

Conforme al Principio nº 11 del CBG, el consejo de administración debe tener una composición equilibrada, con una mayoría de consejeros no ejecutivos y una adecuada

²¹ Sánchez-Calero Guilarte, J/ Sánchez Calero, F, *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. I, *cit.*, p. 697.

²² Véase en profundidad el Apartado 3.

²³ Más ampliamente sobre este informe, Sánchez-Calero Guilarte, J/ Sánchez Calero, F, *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen I, 37ª Edición, 2015 Thomson Reuters Aranzadi, p. 699-700.

²⁴ Sánchez-Calero Guilarte, J/ Sánchez Calero, F, *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen I, 37ª Edición, 2015 Thomson Reuters Aranzadi, p. 687.

proporción entre consejeros dominicales e independientes, siendo estos últimos al menos la mitad de los consejeros. Los tipos de consejeros se regulan en el artículo 529 duodecies, y son los siguientes:

a) Consejeros ejecutivos.

Son aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo que mantenga con ella²⁵. Consejeros no ejecutivos son todos los restantes consejeros de la sociedad. Pueden ser dominicales, independientes u otros externos.

b) Consejeros dominicales

Son los consejeros que sean altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad. En concreto, se consideran que son aquellos que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía, así como quienes representen a accionistas de los anteriormente señalados²⁶.

Cuando un consejero desempeñe funciones de dirección y, al mismo tiempo, sea o represente a un accionista significativo o que esté representado en el consejo de administración se considerará como consejero ejecutivo.

Se considera que son independientes aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos.

No pueden considerarse consejeros independientes quienes se encuentren en cualquiera de las siguientes situaciones: a) Haber sido empleados o consejeros ejecutivos de sociedades del grupo, salvo que hubieran transcurrido 3 ó 5 años, respectivamente, desde el cese en esa relación. b) Percibir de la sociedad (o de su mismo grupo) cantidades o beneficios por un concepto distinto de la remuneración de consejero, salvo que no sea

²⁵ LSC y CBG

²⁶ Idem

significativa²⁷. c) Ser o haber sido durante los últimos 3 años socios del auditor externo o responsable del informe de auditoría, ya se trate de la auditoría durante dicho período de la sociedad cotizada o de cualquier otra sociedad de su grupo. d) Ser consejeros ejecutivos o altos directivos de otra sociedad distinta en la que algún consejero ejecutivo o alto directivo de la sociedad sea consejero externo. e) Mantener o haber mantenido durante el último año, una relación de negocios significativa con la sociedad o con cualquier sociedad de su grupo, ya sea en nombre propio o como accionista significativo, consejero o alto directivo de una entidad que mantenga o hubiera mantenido dicha relación²⁸. f) Ser accionistas significativos, consejeros ejecutivos o altos directivos de una entidad que reciba, o haya recibido durante los últimos 3 años, donaciones de la sociedad o de su grupo²⁹. g) Ser cónyuges, personas ligadas por análoga relación de afectividad o parientes hasta de segundo grado de un consejero ejecutivo o alto directivo de la sociedad. h) Quienes no hayan sido propuestos, ya sea para su nombramiento o renovación por la comisión de nombramientos. i) Haber sido consejeros durante un período continuado superior a 12 años. j) Encontrarse respecto de algún accionista significativo o representado en el consejo en alguno de los supuestos de las letras a), e), f) o g)³⁰.

Los consejeros dominicales que pierdan tal condición como consecuencia de la venta de su participación por el accionista al que representaban solo podrán ser reelegidos como consejeros independientes cuando el accionista al que representaran hasta ese momento hubiera vendido la totalidad de sus acciones en la sociedad. Un consejero que posea una participación accionarial en la sociedad podrá tener la condición de independiente, siempre que satisfaga todas las condiciones preceptivas y, además, su participación no sea significativa.

²⁷ A estos efectos no se tendrán en cuenta los dividendos ni los complementos de pensiones que reciba el consejero en razón de su anterior relación profesional o laboral, siempre que tales complementos tengan carácter incondicional y, en consecuencia, la sociedad que los satisfaga no pueda de forma discrecional suspender, modificar o revocar su devengo sin que medie incumplimiento de sus obligaciones.

²⁸ Se consideran relaciones de negocios la de proveedor de bienes o servicios, incluidos los financieros, y la de asesor o consultor.

²⁹ No se considerarán incluidos en este caso quienes sean meros patronos de una fundación que reciba donaciones.

³⁰ En el caso de la relación de parentesco señalada en la letra g), la limitación se aplicará no solo respecto al accionista, sino también respecto a sus consejeros dominicales en la sociedad participada.

Los estatutos sociales y el reglamento del consejo de administración pueden prever otras situaciones de incompatibilidad distintas o someter la consideración como independiente de un consejero a condiciones más estrictas que las establecidas en la Ley.

A efectos de su inscripción en el Registro Mercantil, el acuerdo de la junta general o del consejo deberá contener la categoría del consejero, siendo dicha mención suficiente para su inscripción y sin que el registrador mercantil pueda entrar a valorar el cumplimiento de los requisitos para la adscripción a la referida categoría. La eventual asignación incorrecta de la categoría de consejero no afecta a la validez de los acuerdos adoptados por el consejo de administración.

c) Otros consejeros externos

Se trata de una categoría residual que incluye aquellos consejeros externos que aunque no cumplen los requisitos de incompatibilidad previstos para los independientes ni representan a accionistas, cumplen con los requisitos de capacidad e idoneidad para formar parte del consejo. Las razones por las que no pueden designarse como consejeros independientes puede hallarse tanto en los lazos personales como en anteriores vinculaciones de carácter laboral o profesional, cuando aún están bajo el periodo de incompatibilidad previsto para ser consejeros independientes. En todo caso, se deben conocer por los accionistas, en el momento de su nombramiento o reelección, las causas que impiden que tenga esa categoría, determinándose de esta forma su asimilación o vinculación a los consejeros ejecutivos o a los dominicales³¹.

³¹ Bautista Sagüés, M, Categorías de consejeros en: CMS Albiñana y Suárez de Lezo, Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital. 2015. Dykinson, S.L., p. 187.

3. COMISIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS

3.1. COMISIÓN EJECUTIVA

3.1.1 Regulación y carácter no obligatorio

La comisión ejecutiva es una comisión especializada prevista por el art. 529 terdecies LSC³². Tiene carácter voluntario, aunque la realidad es que la gran mayoría de sociedades cotizadas españolas cuentan con esta comisión. De crearse esta comisión, mediante un acuerdo de delegación del consejo, el artículo 223.2.d) de la LSC establece que el propio consejo el régimen de actuación de la misma. Por otra parte, en el artículo 249 LSC se prevé la comisión ejecutiva como una forma de delegación permanente de funciones del consejo, indicando que el consejo de administración establecerá el contenido, los límites y las modalidades de delegación de la comisión.

Por su parte, el Código de buen gobierno aborda la comisión ejecutiva en el principio 19 y las Recomendaciones nº 37³³, relativa a la composición de la comisión, y la Recomendación nº 38, relativa al necesario conocimiento de todos los asuntos tratados y decisiones adoptadas en la comisión por todos los miembros del consejo de administración³⁴.

3.1.2 Composición

En cuanto a su composición, el Principio nº 19 del Código de buen gobierno indica que debe contar al menos con dos consejeros ejecutivos, de los cuales al menos uno debe ser

³² “**Artículo 529 terdecies.** *Comisiones del consejo de administración.* 1. El consejo de administración podrá constituir en su seno comisiones especializadas, determinando su composición, designando a sus miembros y estableciendo las funciones que asume cada una de ellas. ...”

³³ Véase infra nº 20.

³⁴ Recomendación 38: “*Que el consejo de administración tenga siempre conocimiento de los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas por la comisión ejecutiva y que todos los miembros del consejo de administración reciban copia de las actas de las sesiones de la comisión ejecutiva.*”

independiente³⁵. Además, la Recomendación nº 37 del Código añade que el secretario de esta comisión debe ser el mismo que el del consejo de administración³⁶.

El Principio nº 23 CBG de la CNMV destaca también que las comisiones que constituyan las sociedades en el ejercicio de sus facultades de auto-organización deben ser similares a las comisiones legalmente obligatorias en cuanto a su composición y organización.

A modo ilustrativo, el Banco Santander cuenta con una comisión ejecutiva formada por siete consejeros, cinco de ellos externos, siendo la mayoría independientes, y dos son consejeros ejecutivos.

3.1.3 Funciones de la Comisión ejecutiva

La principal función de la comisión ejecutiva es la delegación permanente de funciones del consejo de administración. Ahora bien, esa genérica delegación de funciones se concreta de modos diferentes en cada sociedad. Por esta razón, el análisis de las funciones de la comisión ejecutiva se realizará sobre la base de los estatutos y reglamentos de las sociedades destacadas que hemos analizado como ejemplos (Santander, Inditex, Telefónica e Iberdrola).

Del análisis de los Estatutos³⁷ sociales y los Reglamentos³⁸ del consejo de administración de las cuatro sociedades estudiadas se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1. Las comisiones ejecutivas delegan permanentemente todas las facultades que corresponden al consejo de administración excepto las legal, estatutaria o reglamentariamente indelegables.
2. Estas comisiones buscan proporcionar al consejo una mayor operatividad y eficacia en el ejercicio de sus funciones debido a que su composición es más

³⁵ Principio nº 19 CBG: “La comisión ejecutiva, en caso de existir, debe contar al menos con dos consejeros no ejecutivos, siendo al menos uno de ellos independiente, y debe mantener puntualmente informado al consejo de administración de las decisiones que adopte.”

³⁶ Recomendación nº 37 CBG: “Que cuando exista una comisión ejecutiva en ella haya presencia de al menos dos consejeros no ejecutivos, siendo al menos uno de ellos independiente; y que su secretario sea el del consejo de administración”.

³⁷ Artículo 51 Estatutos sociales de Santander, artículo 38 Estatutos sociales de Telefónica, artículo 38 Estatutos sociales de Iberdrola y artículo 27 Estatutos sociales Inditex.

³⁸ Artículo 16 Reglamento CA de Santander, artículo 21 Reglamento CA de Telefónica, artículo 30 Reglamento CA Iberdrola y artículo 14 Reglamento CA Inditex.

- reducida que la del órgano de administración y que se reúnen con mayor frecuencia.
3. La relación entre la comisión ejecutiva o delegada y el consejo de administración se basa en el principio de transparencia, puesto que todos los miembros del consejo deben estar informados sobre los asuntos y decisiones adoptadas en las sesiones de la comisión. Debe hacerse entrega a los miembros del consejo de copias de todas las actas de dichas sesiones.
 4. En todas ellas el Presidente del consejo de administración es el Presidente de la comisión. Además de formar parte de la comisión ejecutiva todos los consejeros delegados de la sociedad.
 5. Coinciden también las cuatro sociedades estudiadas en que la formación de la comisión ejecutiva y los acuerdos de nombramiento de sus miembros necesitan el voto favorable de al menos dos tercios de los componentes del consejo de administración.

3.1.4. Conclusiones sobre la Comisión ejecutiva

Aunque se trata de una comisión no obligatoria, el estudio demuestra que existen en casi todas las empresas cotizadas. Por otra parte, tanto en su composición como en sus funciones, estas comisiones ejecutivas cumplen con los principios y recomendaciones del CBG. Finalmente, en aquellas sociedades en las que existe esta comisión, cumple un papel muy relevante en dicha sociedad, al asumir todas las funciones indelegables del consejo de administración y aportar rapidez y eficacia al mismo consejo. Puede afirmarse, por todo ello, que concentran gran parte del poder de administración y gestión de la sociedad.

3.2 COMISIÓN DE AUDITORÍA

3.2.1 Regulación y carácter obligatorio. Unicidad

La comisión de auditoría viene regulada en la Ley de Sociedades de Capital con carácter obligatorio para las sociedades cotizadas en su artículo 529 *terdecies* -relativo a las comisiones del consejo de administración-. Se desarrolla su régimen en el artículo 529 *quaterdecies*.

Sobre su carácter obligatorio no deja duda el apartado 2 del artículo 529 *terdecies*, así como sobre su unicidad, pues no puede unirse a ninguna otra comisión, a diferencia de la de nombramientos y retribuciones, que pueden unirse en una u, optativamente, a voluntad de la sociedad, configurarse como dos comisiones separadas³⁹.

Por otro lado, el Código de Buen gobierno dedica, por su parte, varios Principios (el nº 20 y 21) y distintas Recomendaciones a esta comisión, completando de esta suerte mediante normas de *soft law* lo previsto en la LSC.

3.2.2 Composición

De acuerdo con lo que prevé el artículo 529 *quaterdecies* LSC, esta comisión debe estar formada exclusivamente por consejeros no ejecutivos y, como mínimo, por una mayoría de consejeros independientes, nombrados por el consejo de administración. Además, uno de ellos debe ser designado teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o en ambas. En su conjunto, los consejeros de esta comisión deben tener los conocimientos técnicos pertinentes en relación con el sector de actividad al que pertenezca la sociedad (art. 529 *quaterdecies*.1).

El presidente de la comisión ha de ser elegido entre los consejeros independientes de la misma, con una duración del cargo de 4 años, pudiendo ser reelegido una vez haya transcurrido el plazo de un año desde su cese (art. 529 *quaterdecies*.2).

El Código de Buen Gobierno prevé en su Principio nº 20 que en la designación de los miembros de la comisión de auditoría se tendrán en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría y gestión de riesgos, tanto financieros como no financieros, y sus normas de funcionamiento reforzarán su especialización, independencia y ámbito de actuación. La Recomendación nº 39 dispone: “*Que los miembros de la comisión de auditoría en su conjunto, y de forma especial su presidente, se designen teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría y gestión de riesgos, tanto financieros como no financieros.*”

³⁹ Artículo 529 *terdecies* LSC “*Comisiones del consejo de administración. ... 2. No obstante lo anterior, el consejo de administración deberá constituir, al menos, una comisión de auditoría y una comisión, o dos, comisiones separadas, de nombramientos y retribuciones, con la composición y las funciones mínimas que se indican en esta Ley. ...*”.

La Ley prevé que cada sociedad establezca el número de miembros y el funcionamiento de la comisión de auditoría en sus Estatutos o en su Reglamento del consejo de administración, favoreciendo la independencia en el ejercicio de sus funciones.⁴⁰ En los ejemplos examinados la comisión de auditoría de Inditex tiene 6 consejeros. La de Iberdrola tiene 4 consejeros (todos externos independientes). La del Santander tiene 5 consejeros independientes designados por el CA teniendo en cuenta sus conocimientos, aptitudes y experiencia en materia de finanzas, contabilidad, auditoría, control interno, tecnologías de la información, negocio o gestión de riesgo.

3.2.3 Funciones de la comisión de auditoría

3.2.3.1. Funciones obligatorias:

De acuerdo con la LSC (art. 529 *quaterdecies*.4), sin perjuicio de las demás funciones que le atribuyan los Estatutos sociales -o de conformidad con ellos, el Reglamento del consejo de administración-, la comisión de auditoría tiene, como mínimo, las siguientes:

1. Informar a la junta general de accionistas sobre las cuestiones que se planteen acerca de las materias que sean competencia de la comisión y, en particular, sobre el resultado de la auditoría, explicando cómo esta ha contribuido a la integridad de la información financiera y la función desempeñada por la comisión en ese proceso.

2. Supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, así como discutir con el auditor de cuentas, sin quebrantar su independencia, eventuales debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría. A tales efectos, y en su caso, podrá presentar recomendaciones o propuestas al consejo con un plazo para su seguimiento.

En relación a estas funciones legalmente atribuidas cabe destacar la existencia de distintas Recomendaciones del CBG relativas a la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos. En cuanto a la auditoría interna la Recomendación nº 40 establece la creación de

⁴⁰ Artículo 529 *quaterdecies* LSC

una unidad encargada de la auditoría interna bajo supervisión de la comisión.⁴¹ La Recomendación nº 41 añade que el responsable de dicha unidad presente a la comisión un plan anual para su aprobación e información sobre su ejecución.⁴²

En cuanto a los sistemas de control de riesgos, la Recomendación nº 46 dispone que bajo la supervisión de la comisión de auditoría u otra comisión especializada del consejo, exista una función interna de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad del departamento interno de la sociedad con las siguientes funciones: a) Asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de control y gestión de riesgos, identificando, gestionando y cuantificando los riesgos importantes. b) Participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgos y en las decisiones relevantes sobre su gestión. c) Velar por que los sistemas de control y gestión de riesgos reduzcan los riesgos adecuadamente. La Recomendación desarrolla el Principio nº 21⁴³.

3. Supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva y realizar recomendaciones o propuestas al consejo al objeto de preservar su integridad.

4. Elevar al consejo las propuestas de selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor de cuentas, responsabilizándose del proceso de selección, conforme la normativa europea -artículos 16, apartados 2, 3 y 5, y 17.5 del Reglamento (UE) nº 537/2014, de 16 de abril-, las condiciones de su contratación, y recabar regularmente de él información sobre el plan de auditoría y su ejecución.

5. Establecer las oportunas relaciones con el auditor externo para recibir información sobre las cuestiones que puedan amenazar su independencia, para su examen por la

⁴¹ Textualmente: “Que bajo la supervisión de la comisión de auditoría, se disponga de una unidad que asuma la función de auditoría interna que vele por el buen funcionamiento de los sistemas de información y control interna y que funcionalmente depende del presidente no ejecutivo del consejo o de la comisión de auditoría”.

⁴² Textualmente: “Que el responsable de la unidad que asuma la función de auditoría interna presente a la comisión de auditoría, para su aprobación por ésta o por el consejo, su plan anual de trabajo, le informe directamente de su ejecución, incluidas las posibles incidencias y limitaciones al alcance que se presente en su desarrollo, los resultados y el seguimiento de sus recomendaciones y le someta al final de cada ejercicio un informe de actividades”.

⁴³ Textualmente: “La sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración.”

comisión, y cualesquiera otras relativas al proceso de desarrollo de la auditoría de cuentas. En todo caso, deberán recibir anualmente de los auditores externos la declaración de su independencia en relación con la entidad o entidades vinculadas a esta e información detallada de los servicios adicionales de cualquier clase prestados.

6. Emitir anualmente, con carácter previo al informe de auditoría de cuentas, un informe opinando sobre si la independencia de los auditores de cuentas o sociedades de auditoría resulta comprometida.

7. Informar, con carácter previo, al consejo sobre todas las materias previstas en la Ley, los Estatutos sociales y en el Reglamento del consejo y en particular, sobre: 1º La información financiera que la sociedad deba hacer pública periódicamente. 2º La creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en paraísos fiscales. 3º Las operaciones con partes vinculadas⁴⁴.

3.2.3.2. *Funciones adicionales recomendadas:*

El Código de Buen Gobierno recomienda (Recomendación nº 42) que, además de las previstas en la ley, la comisión asuma las siguientes funciones:

1. En relación con los sistemas de información y control interno, recomienda: a) Supervisar y evaluar el proceso de elaboración y la integridad de la información financiera y no financiera, así como los sistemas de control y gestión de riesgos financieros y no financieros relativos a la sociedad y, en su caso, al grupo -incluyendo los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medioambientales, políticos y reputacionales o relacionados con la corrupción- revisando el cumplimiento de los requisitos normativos, la adecuada delimitación del perímetro de consolidación y la correcta aplicación de los criterios contables. b) Velar por la independencia de la unidad que asume la función de auditoría interna; c) Proponer la selección, nombramiento y cese del responsable del servicio de auditoría interna; proponer el presupuesto de ese servicio; aprobar o proponer

⁴⁴ La Comisión de Auditoría no ejercerá estas funciones cuando estén atribuidas estatutariamente a otra comisión y ésta esté compuesta únicamente por consejeros no ejecutivos y por, al menos, dos consejeros independientes, uno de los cuales deberá ser el presidente [letra g) del apdo. 4 del art. 529 *quaterdecies* LSC].

la aprobación al consejo de la orientación y el plan de trabajo anual de la auditoría interna, asegurándose de que su actividad esté enfocada principalmente en los riesgos relevantes (incluidos los reputacionales); d) Recibir información periódica sobre sus actividades; y verificar que la alta dirección tenga en cuenta las conclusiones y recomendaciones de sus informes. e) Establecer y supervisar un mecanismo confidencial para que empleados y otras personas relacionadas con la sociedad (consejeros, accionistas, proveedores, contratistas o subcontratistas), comuniquen las irregularidades de potencial trascendencia, incluyendo las financieras y contables, o de cualquier otra índole, relacionadas con la compañía o su grupo. f) Velar por que las políticas y sistemas de control interno se apliquen de modo efectivo.

2. En relación con el auditor externo, recomienda: a) En caso de denuncia del auditor externo, examinar las circunstancias que la hubieran motivado. b) Velar por que la retribución del auditor externo no comprometa su calidad ni independencia. c) Supervisar que la sociedad comunique a través de la CNMV el cambio de auditor y eventuales desacuerdos con el auditor saliente. d) Asegurar que el auditor externo mantenga anualmente una reunión con el pleno del consejo para informarle sobre el trabajo realizado y sobre la evolución de la situación contable y de riesgos de la sociedad. e) Asegurar que la sociedad y el auditor externo respetan las normas vigentes sobre prestación de servicios distintos a los de auditoría, los límites a la concentración del negocio del auditor y demás normas sobre su independencia.

Cabe tener en cuenta, además, que el Código establece dos Recomendaciones relacionadas con las funciones de la comisión. Se trata, por un lado, de la Recomendación nº 43, disponiendo que la comisión *pueda convocar a cualquier empleado o directivo de la sociedad*. Por otro lado, la Recomendación nº 44, prevé que la comisión de auditoría sea informada sobre las operaciones de modificaciones estructurales y corporativas que proyecte realizar la sociedad para su análisis de informe previo al consejo sobre sus condiciones económicas y su impacto contable y, particularmente, sobre el tipo de canje propuesto.

3.2.3.3. Configuración funcional de comisiones de auditoría de sociedades examinadas:

En este punto nos vamos a referir a dos casos en particular: A) Telefónica; y B) Inditex.

A) En el caso de Telefónica se establece que sin perjuicio de cualquier otro cometido que le pudiera asignar el Consejo de Administración, la “Comisión de Auditoría y Control”, que es como se le denomina, tendrá como función primordial la de servir de apoyo al Consejo de Administración en sus funciones de supervisión y, en concreto, tendrá como mínimo las siguientes competencias:

1. Informar a la Junta General de Accionistas sobre las cuestiones que se planteen en su seno en materia de su competencia y, en particular, sobre el resultado de la auditoría, explicando cómo ésta ha contribuido a la integridad de la información financiera y la función que la Comisión ha desempeñado en ese proceso.

2. Elevar al Consejo de Administración las propuestas de selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor externo, responsabilizándose del proceso de selección de conformidad con lo previsto en la ley, así como las condiciones de su contratación y recabar regularmente del auditor información sobre el plan de auditoría y su ejecución, además de preservar su independencia en el ejercicio de sus funciones.

3. Supervisar la auditoría interna, y, en particular: a) Velar por la independencia y eficacia de la función de auditoría interna; b) Proponer la selección, nombramiento y cese del responsable del servicio de auditoría interna; c) Proponer el presupuesto de ese servicio; d) Revisar el plan anual de trabajo de la auditoría interna y el informe anual de actividades; e) Recibir información periódica de sus actividades; y f) Verificar que la alta dirección tiene en cuenta las conclusiones y recomendaciones de sus informes.

4. Supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva y presentar recomendaciones o propuestas al órgano de administración dirigidas a salvaguardar su integridad. En relación con ello, le compete supervisar el proceso de elaboración e integridad de la información financiera relativa a la Sociedad y al Grupo, revisando el cumplimiento de los requisitos normativos, la adecuada delimitación del perímetro de consolidación, y la correcta aplicación de los criterios contables, dando cuenta de ello al Consejo de Administración.

5. Supervisar la eficacia del control interno de la Sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, incluidos los fiscales, así como discutir con el Auditor de Cuentas las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría, todo ello sin quebrantar su independencia. A tales efectos, y en su caso, podrá presentar recomendaciones o propuestas al Consejo de Administración y el correspondiente plazo para su seguimiento. En relación con ello, le corresponde proponer al Consejo de Administración la política de control y gestión de riesgos, la cual identificará, al menos: a) los tipos de riesgo (operativo, tecnológico, financiero, legal y reputacional) a los que se enfrenta la sociedad; b) la fijación del nivel de riesgo que la Sociedad considere aceptable; las medidas para mitigar el impacto de los riesgos identificados en caso de que lleguen a materializarse; y c) los sistemas de control e información que se emplearán para controlar y gestionar los citados riesgos.

6. Establecer y supervisar un sistema que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y anónima, las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que se adviertan en el seno de la Sociedad.

7. Establecer y mantener las oportunas relaciones con el Auditor de Cuentas para recibir información sobre aquellas cuestiones que puedan suponer amenaza para la independencia de éste, para su examen por la Comisión, y cualesquiera otras relacionadas con el proceso de desarrollo de la auditoría de cuentas, y, cuando proceda, la autorización de los servicios distintos de los prohibidos, en los términos contemplados en la legislación aplicable, así como aquellas otras comunicaciones previstas en la legislación de auditoría de cuentas y en las normas de auditoría. En todo caso, la Comisión de Auditoría y Control deberá recibir anualmente del Auditor de Cuentas la declaración de su independencia en relación con la entidad o entidades vinculadas a ésta directa o indirectamente, así como la información detallada e individualizada de los servicios adicionales de cualquier clase prestados y los correspondientes honorarios percibidos de estas entidades por el citado Auditor, o por las personas o entidades vinculados a éste de acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente.

8. Emitir anualmente, con carácter previo a la emisión del informe de auditoría de cuentas, un informe en el que se expresará una opinión sobre si la independencia del Auditor de Cuentas resulta comprometida. Este informe deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la

valoración motivada de la prestación de todos y cada uno de los servicios adicionales a que hace referencia el punto 7) anterior, individualmente considerados y en su conjunto, distintos de la auditoría legal y en relación con el régimen de independencia o con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

9. Analizar e informar las condiciones económicas, el impacto contable y, en su caso, la ecuación de canje propuesta de las operaciones de modificaciones estructurales y corporativas que proyecte realizar la Sociedad, antes de ser sometidas al Consejo de Administración.

10. Informar, con carácter previo, al Consejo de Administración, sobre todas las materias previstas en la ley y los Estatutos Sociales, y, en particular, sobre: 1. La información financiera que la Sociedad deba hacer pública periódicamente; 2. La creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales; y 3. Las operaciones con partes vinculadas.

11. Ejercer, respecto de aquellas sociedades de su Grupo que tengan la consideración de Entidades de Interés Público (tal y como éstas se definen en la legislación vigente) para las que así lo apruebe el Consejo de Administración, siempre que estén íntegramente participadas, de forma directa o indirecta, por la Sociedad de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, y que no tengan atribuida la administración a un Consejo de Administración, todas las funciones propias de la Comisión de Auditoría contempladas en cada momento por la legislación vigente⁴⁵.

B) En el caso de Inditex, la llamada en esta sociedad “Comisión de auditoría y cumplimiento” asume las siguientes funciones:

⁴⁵ Las sociedades del Grupo Telefónica con consideración de Entidades de Interés Público, respecto de las cuales la Comisión de Auditoría y Control de Telefónica, S.A. ha asumido las competencias propias de sus respectivas Comisiones de Auditoría, son las siguientes: [Telefónica de España, S.A.U. PDF](#), [Telefónica Emisiones, S.A.U. PDF](#), [Telefónica Participaciones, S.A.U. PDF](#) y Telefónica Europe, B.V.

1. Informar a la Junta General de Accionistas sobre las cuestiones que se planteen en relación con aquellas materias que sean competencia de la Comisión de Auditoría y Control.
2. Supervisar la eficacia del control interno de la Sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, incluidos los fiscales, así como discutir con el auditor de cuentas las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría.
3. Supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva.
4. Elevar al Consejo de Administración las propuestas de selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor externo, así como las condiciones de su contratación y recabar regularmente de él información sobre el plan de auditoría y su ejecución, además de preservar su independencia en el ejercicio de sus funciones.
5. Establecer las oportunas relaciones con el auditor externo para recibir información sobre aquellas cuestiones que puedan poner en riesgo su independencia, para su examen por la Comisión, y cualesquiera otras relacionadas con el proceso de desarrollo de la auditoría de cuentas, así como aquellas otras comunicaciones previstas en la legislación de auditoría de cuentas y en las normas de auditoría. En todo caso, deberán recibir anualmente de los auditores externos la declaración de su independencia en relación con la entidad o entidades vinculadas a esta directa o indirectamente, así como la información de los servicios adicionales de cualquier clase prestados y los correspondientes honorarios percibidos de estas entidades por el auditor externo o por las personas o entidades vinculados a este de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre auditoría de cuentas.
6. Emitir anualmente, con carácter previo a la emisión del informe de auditoría de cuentas, un informe en el que se expresará una opinión sobre la independencia del auditor de cuentas. Este informe deberá contener, en todo caso, la valoración de la prestación de los servicios adicionales a los que hace referencia el párrafo anterior, individualmente considerados y en su conjunto, distintos de la auditoría legal y en relación con el régimen de independencia o con la normativa reguladora de auditoría.

7. Informar, con carácter previo, al Consejo de Administración sobre todas las materias previstas en la Ley, en los Estatutos Sociales y en el Reglamento del Consejo de Administración y, en particular, sobre: (i) la información financiera que la Sociedad deba hacer pública periódicamente; (ii) la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales; y (iii) las operaciones con partes vinculadas.

8. Además, la Comisión de Auditoría y Control también tiene funciones relativas a los siguientes campos: a) Proceso de elaboración de la información financiera regulada; b) Auditoría de cuentas; c) Auditoría Interna; d) Política de control interno y gestión de riesgos; e) Gobierno corporativo; f) Cumplimiento de la normativa interna; g) Responsabilidad social corporativa; h) Sostenibilidad medioambiental; i) Asuntos fiscales.

Es de reseñar que existen, además, dos Comités que periódicamente reportan a la Comisión de Auditoría y Control y que son los siguientes:

a) El *Comité de Cumplimiento Normativo*, compuesto por el Presidente y Consejero Delegado de la Sociedad, que lo preside; y el Secretario General, que, además, es el Director de Cumplimiento Normativo; el Director de Mercado de Capitales y la Directora de Recursos Humanos. El Comité de Cumplimiento Normativo ostenta la función general de promover el conocimiento y asegurar el cumplimiento del Reglamento Interno de Conducta de Inditex y su Grupo de sociedades en materias relativas a los Mercados de Valores (RIC).

b) El *Comité de Ética*, compuesto por el Secretario General y Director de Cumplimiento Normativo, que lo preside; el Director de Auditoría Interna; la Directora de Recursos Humanos y el Director de Responsabilidad Social Corporativa. El Comité de Ética vela por el cumplimiento del Código de Conducta y Prácticas Responsables y del Código de Conducta de Fabricantes y Proveedores del Grupo Inditex.

3.2.4. Conclusiones sobre la Comisión de auditoría

La Comisión de auditoría es la que históricamente se previó primero. Se hacía alusión a la misma ya en el Informe Olivenza⁴⁶. Se trata de una comisión que goza de cierta independencia al considerarse un órgano social obligatorio de las sociedades cotizadas.

La reforma de la Ley de sociedades de capital del año 2014 refuerza la comisión de auditoría, quedando como órgano encargado de los sistemas de control y gestión de los riesgos no financieros, con mención expresa a los relacionados con la corrupción⁴⁷.

3.3 COMISION DE NOMBRAMIENTOS Y RETRIBUCIONES

3.3.1 Regulación y carácter obligatorio

Esta comisión viene establecida con carácter obligatorio para las sociedades cotizadas, al igual que la comisión de auditoría, en el artículo 529 *terdecies* de la LSC y viene desarrollada en su artículo 529 *quindecies*. A diferencia del carácter único de la comisión de auditoría, la comisión de nombramientos y retribuciones puede estar unida en una o configurarse como dos comisiones separadas⁴⁸.

El Código de Buen gobierno de la CNMV dedica su Principio nº 22 y varias Recomendaciones (nº 47, 48, 49, 50 y 51) a esta comisión.

La CNMV ha elaborado la Guía Técnica 1/2019 sobre Comisiones de nombramientos y retribuciones⁴⁹, de 20 de febrero de 2019, donde se desarrollan los principios básicos de actuación que deben regir las Comisiones de nombramientos y retribución y que son los siguientes:

⁴⁶ De Dios Martínez, L.M, La comisión de auditoría, en: CMS Albiñana y Suárez de Lezo, Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital. 2015. Dykinson, S.L., p. 189.

⁴⁷ Martín Simón, P/ Belinchón, F, Abella reforma el Código de Buen Gobierno para atacar la corrupción en las empresas cotizadas, Cinco Días, 15/01/2020 (en línea).

https://search.proquest.com/docview/2338858011?rft_id=info%3Aaxri%2Fsid%3Aprimo

⁴⁸ Artículo 529 *terdecies*.2 LSC y Recomendación 48 CBG Recomendación 48 CBG: “*Que las sociedades de elevada capitalización cuenten con una comisión de nombramientos y con una comisión de remuneraciones separadas.*”

⁴⁹ CNMV, “Guía técnica 1/2019 sobre comisiones de nombramiento y retribuciones”, 20/02/2019.

http://www.cnmv.es/DocPortal/Legislacion/Guias-Tecnicas/GuiaTecnica_2019_1.pdf

- Independencia y escepticismo. Es decir, que los miembros de la comisión cuenten con libertad de criterio y juicio y que en la evaluación de potenciales candidatos no se permitan influencias de personas ajenas a la comisión.
- Diálogo constructivo que promueva la libre expresión de sus miembros. La libertad de expresión y la actitud crítica con diversidad de opiniones enriquece el análisis y propuestas de la comisión.
- Diálogo Interno. Se debe fomentar la participación de los máximos representantes ejecutivos o directivos de la compañía pero sin que tales intervenciones se conviertan en una práctica habitual en el funcionamiento de la Comisión para que se garantice la independencia en su funcionamiento.
- Capacidad de análisis suficiente y utilización de expertos. La contratación debidamente justificada de asesores externos que se pronuncien sobre aspectos de carácter técnico o particularmente relevantes es una práctica recomendada siempre que se asegure la no existencia de conflictos de intereses.

3.3.2. Composición

El artículo 529 *quindecies.1* LSC establece que esta comisión debe estar compuesta exclusivamente por consejeros no ejecutivos nombrados por el consejo de administración y, al menos, dos de esos consejeros deberán ser consejeros independientes⁵⁰. En el apartado 2 del artículo 529 *quindecies*, se prevé que los estatutos sociales o el reglamento del consejo de administración, conforme a lo que dispongan los estatutos, determinarán el número de miembros y regularán el funcionamiento de la comisión.

El Código de Buen Gobierno recomienda un nivel de exigencia mayor para las sociedades de elevada capitalización en su Principio nº 22, recomendando que la comisión de nombramientos y retribuciones esté formada por una mayoría de consejeros independientes, teniendo en cuenta para su elección los conocimientos, aptitudes y experiencia necesarios. La Recomendación nº 47 añade que la mayoría de los miembros sean independientes⁵¹. Se recomienda que el presidente de la comisión sea designado de entre los consejeros independientes que pertenezcan a la comisión.

⁵⁰ Art. 529 *quindecies.1* LSC

⁵¹ Recomendación nº 47 CBG “*Que los miembros de la comisión de nombramientos y de retribuciones –o de la comisión de nombramientos y la comisión de retribuciones, si estuvieren separadas- se designen*

3.3.3. Funciones de la Comisión de nombramiento y retribuciones

La misión fundamental de la Comisión de nombramientos y retribuciones es la captación y retención de talento a fin de que la sociedad cuente con los mejores profesionales en sus órganos de gobierno y alta dirección, estableciéndose la funciones a ser desarrolladas por esta para el mejor cumplimiento de su cometido y que se indican a continuación, diferenciando aquellas que tienen un carácter obligatorio de aquellas otras que son recomendaciones.

3.3.3.1. Funciones obligatorias:

De acuerdo con el art. 529 *quindecies*.3 LSC, sin perjuicio de otras funciones previstas en la ley, los estatutos sociales o el Reglamento del consejo, la Comisión de nombramientos y retribuciones tendrá, como mínimo, las siguientes competencias:

1. Evaluar las competencias, conocimientos y experiencia necesarios para formar parte del consejo de administración. A estos efectos, definirá las funciones y aptitudes necesarias en los candidatos a consejeros y evaluará el tiempo y dedicación precisos para desempeñar eficazmente el cargo.

2. Establecer un objetivo de representación para el sexo menos representado en el consejo y elaborar orientaciones sobre cómo alcanzar dicho objetivo.

3. Elevar al consejo las propuestas de nombramiento de consejeros independientes para su designación por cooptación o para su sometimiento a la decisión de la junta general de accionistas, así como las propuestas para la reelección o separación de dichos consejeros por la junta general.

4. Informar las propuestas de nombramiento de los restantes consejeros, así como las propuestas para su reelección o separación por la junta general.

procurando que tengan los conocimientos, aptitudes y experiencia adecuados a las funciones que estén llamados a desempeñar y que la mayoría de dichos miembros sean consejeros independientes.”

5. Informar las propuestas de nombramiento y separación de altos directivos y las condiciones básicas de sus contratos.

6. Examinar y organizar la sucesión del presidente del consejo y del primer ejecutivo de la sociedad y, en su caso, formular propuestas al consejo para que la sucesión sea ordenada y planificada.

7. Proponer al consejo la política de retribuciones de los consejeros y de los directores generales o de quienes desarrollen sus funciones de alta dirección bajo la dependencia directa del consejo, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados, así como la retribución individual y otras condiciones contractuales de los consejeros ejecutivos, velando por su observancia.

3.3.3.2. Funciones adicionales recomendadas:

El Código de Buen gobierno recomienda (Recomendación nº 50) que la comisión, además de las funciones que le atribuya la ley, asuma las siguientes: a) Proponer al consejo las condiciones básicas de los contratos de altos directivos. b) Comprobar la observancia de la política retributiva de la sociedad. c) Revisar periódicamente la política de remuneraciones aplicada a los consejeros y altos directivos, incluidos los sistemas retributivos con acciones y su aplicación, así como garantizar que su remuneración individual sea proporcionada a la que se pague a los demás consejeros y altos directivos de la sociedad. d) Velar por que los eventuales conflictos de intereses no perjudiquen la independencia del asesoramiento externo prestado a la comisión. e) Verificar la información sobre remuneraciones de los consejeros y altos directivos contenida en los distintos documentos corporativos, incluido el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros.

3.3.3.3. Configuración funcional de comisiones de nombramiento y retribuciones de sociedades examinadas:

En este apartado cabe hacer una distinción entre las cuatro empresas estudiadas debido a que Telefónica tiene una única comisión de nombramientos y retribuciones, frente a

Santander, Iberdrola e Inditex que cuentan, por un lado, con su comisión de nombramientos y, por otro lado, con otra comisión de retribuciones.

A) En el caso de Telefónica se establece que, sin perjuicio de cualquier otro cometido que le pudiera asignar el consejo de administración, la Comisión de Nombramientos, Retribuciones y Buen Gobierno tendrá las siguientes competencias:

1. Evaluar las competencias, conocimientos y experiencia necesarios en el Consejo, definiendo las funciones y aptitudes necesarias en los candidatos que deban cubrir cada vacante y evaluando la dedicación precisa para desempeñar eficazmente su cometido.
2. Establecer un objetivo de representación para el género menos representado en el Consejo de Administración y elaborar orientaciones sobre cómo alcanzar dicho objetivo.
3. Elevar al Consejo de Administración las propuestas de nombramiento de Consejeros independientes para su designación por cooptación o para su sometimiento a la decisión de la Junta General de Accionistas, así como las propuestas para la reelección o separación de dichos Consejeros por la Junta General de Accionistas.
4. Informar las propuestas de nombramiento de los restantes Consejeros de la Sociedad para su designación por cooptación o para su sometimiento a la decisión de la Junta General de Accionistas, y las propuestas para su reelección o separación por la Junta General de Accionistas. Igualmente, informará las propuestas de nombramiento y separación del Secretario y, en su caso, del Vicesecretario del Consejo de Administración de la Sociedad, así como las propuestas de nombramiento, reelección y separación de los Consejeros de sus sociedades filiales.
5. Informar sobre las propuestas de nombramiento, y separación de los Altos Directivos de la Sociedad y de sus sociedades filiales.
6. Informar sobre las propuestas de nombramiento de los miembros de la Comisión Delegada y de las demás Comisiones del Consejo de Administración, así como la del respectivo Secretario y, en su caso, la del respectivo Vicesecretario.

7. Proponer al Consejo de Administración el nombramiento del Consejero Independiente de Coordinador de entre los Consejeros independientes.

8. Organizar y coordinar, junto al Presidente del Consejo de Administración, la evaluación periódica del Consejo de Administración, conforme a lo dispuesto en este Reglamento.

9. Informar sobre la evaluación periódica del desempeño del Presidente del Consejo de Administración.

10. Examinar y organizar la sucesión del Presidente del Consejo de Administración y, en su caso, hacer propuestas al Consejo de Administración para que dicha sucesión se produzca de forma ordenada y planificada.

11. Proponer al Consejo de Administración, en el marco establecido en los Estatutos Sociales, la retribución de los Consejeros y revisarla de manera periódica para asegurar su adecuación a los cometidos desempeñados por aquéllos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de este Reglamento.

12. Proponer al Consejo de Administración, en el marco establecido en los Estatutos Sociales, la extensión y cuantía de las retribuciones, derechos, y compensaciones de contenido económico, del Presidente del Consejo de Administración, de los Consejeros ejecutivos, y de los altos directivos de la Sociedad, así como las condiciones básicas de sus contratos, a efectos de su instrumentación contractual.

13. Elaborar y proponer al Consejo de Administración un informe anual sobre la política de retribuciones de los Consejeros.

14. Verificar la información sobre remuneraciones de los Consejeros y altos directivos contenida en los distintos documentos corporativos, incluido el informe anual sobre remuneraciones de los Consejeros.

15. Supervisar el cumplimiento de los códigos internos de conducta de la Sociedad y de las reglas de gobierno corporativo asumidas por ella, y vigentes en cada momento.

16. Ejercer aquellas otras competencias asignadas a la Comisión de Nombramientos, Retribuciones y Buen Gobierno en este Reglamento.

B) Por el contrario, Santander, Iberdrola e Inditex, como ya se ha anticipado, cuentan por separado con una comisión de nombramientos y una comisión de retribuciones. Al ser sus estructuras similares, el estudio se centrará en el análisis de las comisiones del grupo Inditex:

La Comisión de nombramientos de Inditex tiene las siguientes funciones:

1. Evaluar las competencias, conocimientos y experiencia necesarios en el Consejo de Administración. A estos efectos, definirá las funciones y aptitudes necesarias en los candidatos que deban cubrir cada vacante y evaluará el tiempo y dedicación precisos para que puedan desempeñar eficazmente su cometido. Establecer un objetivo de representación para el sexo menos representado en el Consejo de Administración y elaborar orientaciones sobre cómo alcanzar dicho objetivo.
2. Elevar al Consejo de Administración las propuestas de nombramiento de consejeros independientes para su designación por cooptación o para su sometimiento a la decisión de la Junta General de Accionistas, así como las propuestas para la reelección o separación de dichos consejeros por la Junta General de Accionistas.
3. Informar las propuestas de nombramiento de los restantes consejeros para su designación por cooptación o para su sometimiento a la decisión de la Junta General de accionistas, así como las propuestas para su reelección o separación por la Junta General de Accionistas.
4. Informar las propuestas de nombramiento y separación de altos directivos.
5. Examinar y organizar la sucesión del Presidente del Consejo de Administración y del primer ejecutivo de la Sociedad y, en su caso, formular propuestas al Consejo de Administración para que dicha sucesión se produzca de forma ordenada y planificada.

Por lo que respecta a la Comisión de retribuciones de Inditex, sus funciones son las siguientes:

1. Proponer al Consejo de Administración la política de retribuciones de los consejeros y de los directores generales o de quienes desarrollen sus funciones de alta dirección bajo la dependencia directa del Consejo, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados.
2. Proponer al Consejo de Administración la retribución individual y las demás condiciones contractuales de los consejeros ejecutivos, velando por su observancia.
3. Proponer las condiciones básicas de los contratos de los altos directivos.
4. Proponer al Consejo de Administración el sistema y cuantía de las retribuciones anuales de los consejeros, para su elevación a la Junta General de Accionistas, así como la retribución individual de los consejeros ejecutivos y las demás condiciones básicas de sus contratos, incluyendo las eventuales compensaciones o indemnizaciones que pudieran fijarse para el supuesto de separación, de conformidad en todo caso con lo previsto en el sistema de gobierno corporativo y en la política de remuneraciones de los consejeros aprobada por la Junta General de Accionistas.
5. Elaborar y elevar al Consejo de Administración para su aprobación el Informe Anual sobre Remuneraciones de los Consejeros y verificar la información sobre remuneraciones de los consejeros y altos directivos contenida en los documentos corporativos.
6. Comprobar la observancia de la política retributiva establecida por la Sociedad.
7. Velar por que los eventuales conflictos de interés no perjudiquen la independencia del asesoramiento externo prestado a la Comisión.
8. Además, la Comisión de Retribuciones, en relación con la política de remuneraciones de consejeros y altos directivos se encarga de proponer al Consejo de Administración la cancelación del pago o, en su caso, la devolución de los componentes variables de la remuneración de los consejeros basados en los resultados cuando tales componentes se hayan pagado atendiendo a unos datos cuya inexactitud haya quedado después

demostrada de forma manifiesta y la extinción de la relación con el responsable correspondiente y la interposición de las reclamaciones que correspondan.

3.3.4. Conclusiones sobre la Comisión de nombramientos y retribuciones

La constitución de una comisión de nombramientos y retribuciones, o de dos comisiones diferenciadas, tiene como finalidad principal dar apoyo al consejo de administración en la selección de consejeros y altos directivos y en la fijación de la política de retribuciones de unos y otros.

Como destaca el Código de buen gobierno, el papel de estas comisiones es esencial. Por una parte, el acierto en los nombramientos de los consejeros es clave para el eficaz funcionamiento del consejo de administración. Por otra parte, la complejidad que implica establecer un correcto sistema de remuneración para consejeros y altos directivos justifica la existencia de una comisión de retribuciones⁵².

A mi juicio, en sociedades de gran volumen de negocio con estructuras organizativas complejas, la división de la comisión de nombramientos y retribuciones en dos comisiones, una dedicada a nombramientos y la otra dedicada a retribuciones, se justifica por la diferente naturaleza de ambas y contribuye a un funcionamiento más eficaz de las mismas en atención a su especialización sin perjuicio de que ambas deben estar coordinadas entre ellas. Además, considero que la comisión de nombramientos tiene un carácter más estratégico en la búsqueda de los profesionales más adecuados para la compañía mientras que la comisión de retribuciones podríamos afirmar que está más marcado por un aspecto técnico, lo que justifica más la separación de ambas comisiones. Esta separación de ambas comisiones, es la recomendación del Código de Buen Gobierno para las sociedades de mayor capitalización (IBEX35) y para determinados sectores como las entidades de crédito.

3.4. OTRAS COMISIONES ESPECIALIZADAS DEL CONSEJO

⁵² CBG, Comentarios al Principio nº 22. En el mismo sentido, Miró Moriano, I, Comisiones dentro del consejo: comisión de nombramientos y retribuciones, en: CMS Albiñana y Suárez de Lezo, Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital. 2015. Dykinson, S.L., p. 197.

3.4.1. Regulación y carácter no obligatorio

En el marco de las facultades de auto-organización previstas en el artículo 529 *terdecies* LSC⁵³, las sociedades cotizadas pueden crear otras comisiones especializadas más allá de las legalmente obligatorias.

Al margen de esta previsión legal, estas comisiones especializadas se mencionan en el Principio nº 23 del CBG que recomienda que su composición y organización sea similar a las comisiones legalmente obligatorias⁵⁴. En concreto, y conforme a la Recomendación nº 52, en los siguientes aspectos: a) *“Que estén compuestas exclusivamente por consejeros no ejecutivos, con mayoría de consejeros independientes. b) Que sus presidentes sean consejeros independientes. c) Que el consejo de administración designe a los miembros de estas comisiones teniendo presentes lo conocimientos, aptitudes y experiencia de los consejeros y los cometidos de cada comisión, delibere sobre sus propuestas e informes; y que rindan cuentas, en el primer pleno del consejo de administración posterior a sus reuniones, de su actividad y que respondan del trabajo realizado. d) Que las comisiones puedan recabar asesoramiento externo, cuando lo consideren necesario para el desempeño de sus funciones. e) Que de sus reuniones se levante acta, que se pondrá a disposición de todos los consejeros.”*

Por último, cabe mencionar que la Recomendación nº 53 señala que la supervisión del cumplimiento de las políticas y reglas de la sociedad en materia medioambiental, social y de gobierno corporativo, así como los códigos internos de conducta, puede atribuirse a una comisión especializada en sostenibilidad o responsabilidad social corporativa u otra comisión especializada que estará integrada por consejeros no ejecutivos, en su mayoría independientes y cuyas funciones mínimas se establecen en la Recomendación nº 54.

3.4.2. Tipos de comisiones en las empresas estudiadas

⁵³ Artículo 529 *terdecies* LSC. *“Comisiones del consejo de administración.* 1. El consejo de administración podrá constituir en su seno comisiones especializadas, determinando su composición, designando a sus miembros y estableciendo las funciones que asume cada una de ellas. ...”

⁵⁴ Principio nº 23 CBG *“La composición y organización de las comisiones que, en el ejercicio de sus facultades de auto-organización, constituyan las sociedades deben ser similares en su configuración a las de las comisiones legalmente obligatorias.”*

Dentro de las cuatro empresas estudiadas (Santander, Telefónica, Iberdrola e Inditex) podemos diferenciar sus otras comisiones especializadas en tres grupos:

A) En cuanto a sostenibilidad:

a) Santander: “*Comisión de banca responsable, sostenibilidad y cultura*”. Regulada en el artículo 54 ter de los Estatutos sociales y en el artículo 21 del Reglamento del consejo. El propósito de esta comisión es asistir al consejo de administración en el cumplimiento de sus responsabilidades de supervisión con respecto a la estrategia de negocio responsable y las cuestiones de sostenibilidad de la Sociedad y su Grupo. (Art. 21.4 Reglamento del consejo).

Sus funciones se especifican en el artículo 21.5 del Reglamento del consejo. Entre ellas destaca el asesoramiento en el diseño de la cultura y valores corporativos; asesoramiento en la formulación de la estrategia del Grupo; supervisión y seguimiento de la reputación corporativa; promoción e integración de la cultura y valores corporativos en todo el Grupo; colaboración y coordinación con las otras comisiones en cuestiones de prácticas bancarias responsables y sostenibilidad; y finalmente, informar periódicamente al consejo sobre la actuación de la sociedad y el Grupo.

b) Telefónica: “*Comisión de sostenibilidad y calidad*”. Esta comisión está regulada en el artículo 25 del Reglamento del consejo. Este artículo prevé como funciones mínimas las siguientes: supervisar y revisar las estrategias y políticas de negocio responsable de la Compañía; promover una estrategia proactiva de relación con los grupos de interés; supervisar los análisis de impacto y riesgo ligados a la estrategia de negocio responsable, en particular con los derechos humanos y medioambiente; impulsar y supervisar objetivos, planes de actuación y otras prácticas en materia de responsabilidad social y medioambiental, incluyendo aspectos relativos a derechos humanos, medioambiente, cadena de suministro y uso responsable de la tecnología; realizar el seguimiento de la estrategia y prácticas de sostenibilidad y promesa a cliente; colaborar con la Comisión de auditoría y control en el reporte de la información no financiera en materia de responsabilidad social y sostenibilidad.

c) Iberdrola: “*Comisión de desarrollo sostenible*”. Esta comisión se regula en el artículo 41 de los Estatutos sociales, el artículo 34 del Reglamento del consejo y a través de un reglamento específico: “Reglamento de la Comisión de Desarrollo Sostenible”. Se trata de un órgano interno de carácter informativo y consultivo creado por el consejo de administración sin funciones ejecutivas, con facultades de información, asesoramiento y propuesta dentro de su ámbito de actuación.

Por lo que respecta a sus competencias, el Reglamento de la comisión prevé cuatro bloques competenciales. En primer lugar, el asesoramiento al consejo en la aprobación y modificación del Propósito y Valores del grupo Iberdrola (art. 3 Reglamento).

En segundo lugar, en materia de desarrollo sostenible, la comisión debe revisar las políticas de desarrollo sostenible; supervisar los procesos de relación con distintos grupos de interés; elaborar las pautas y principios generales para la elaboración del estado de información no financiera, que ha de adecuarse a la estrategia de desarrollo sostenible; supervisar la actuación de la sociedad, especialmente en materia medioambiental y social; monitorizar el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible; asesorar en temas de empleo, innovación, integración, igualdad y no discriminación; evaluar al Grupo en materia de desarrollo sostenible; analizar la regulación legal, así como las iniciativas voluntarias y recomendaciones en materia de desarrollo sostenible y responsabilidad social, buenas prácticas y últimas tendencias sobre la materia; y emitir los informes que le solicite el consejo de administración o su presidente (art. 4 Reglamento).

En tercer lugar, se prevén competencias en materia de reputación corporativa: fundamentalmente realizar el seguimiento de la actuación de la sociedad; informar sobre los contenidos de reputación corporativa de los informes anuales de Grupo; supervisar y revisar los aspectos relativos a la reputación, imagen de marca, capital intelectual, internalización, transparencia y ética; revisar los planes de ejecución en materia de reputación corporativa; y emitir los informes que se le soliciten en materia de reputación corporativa (art. 5 Reglamento).

Finalmente, se establecen competencias relativas al gobierno corporativo de la Sociedad y el cumplimiento normativo. Entre otras, revisar y hacer seguimiento del sistema de gobierno corporativo, monitorizando el cumplimiento de los requisitos legales y de las

normas de sistema de gobierno corporativo; revisar el Informe anual de gobierno corporativo con carácter previo a su aprobación; examinar el grado de cumplimiento de las recomendaciones de buen gobierno; informar sobre las propuestas de modificación del Código ético; revisar las políticas y procedimientos internos para prevenir conductas inapropiadas; y verificar que la información de la página web corporativa en los ámbitos de su competencia sea suficiente y adecuada (art. 6 Reglamento).

d) Inditex: “*Comisión de sostenibilidad*”. Esta comisión está regulada en el artículo 30 bis de los Estatutos sociales, en el artículo 17 bis del Reglamento del consejo de administración y en su propio reglamento denominado “Reglamento de la Comisión de Sostenibilidad”. Se trata de un órgano de carácter informativo y consultivo responsable de asesorar al consejo de administración en las materias de su competencia y de supervisar y controlar las propuestas en materia de sostenibilidad en los ámbitos social, medioambiental, de salud y seguridad de los productos comercializados por la Sociedad, así como de las relaciones con los distintos grupos de interés en el ámbito de la sostenibilidad (art. 5 del Reglamento de la comisión).

Entre sus principales funciones destaca la de realizar el seguimiento de las políticas de sostenibilidad social y ambiental y proponer al consejo, en su caso, su actualización o modificación; supervisar el cumplimiento del Código de Conducta de Fabricantes y Proveedores; verificar el cumplimiento de los estándares de salud y seguridad de los productos comercializados por la Sociedad; verificar el cumplimiento de los estándares ambientales en el uso de materias primas, procesos productivos, producto y tienda; revisar, actualizar o modificar de forma periódica la normativa interna del Grupo en materia de sostenibilidad; supervisar el proceso de elaboración de la información no financiera regulada en el ámbito de sus competencias; supervisar y evaluar los procesos de relación con los distintos grupos de interés de la Sociedad en lo relativo a sus competencias; informar con carácter previo a su aprobación toda la documentación que deba publicar la Sociedad que guarde relación con las materias que sean competencia de la comisión; y proponer al Consejo de Administración las políticas, objetivos y estrategias a seguir en relación a las competencias de la Comisión.

B) En cuanto a regulación:

a) Santander: “*Comisión de supervisión de riesgos, regulación y cumplimiento*”

Esta comisión está regulada por el artículo 54 bis de los Estatutos sociales y el artículo 20 del Reglamento del consejo. Entre las funciones enumeradas en el artículo 20 del Reglamento descantan la de apoyar y asesorar al consejo en la definición y evaluación de políticas de riesgos que afectan al Grupo; asistir al consejo en la vigilancia de la aplicación de la estrategia, apetito y límites de riesgos fijados y su alineación con los planes estratégicos, los objetivos y cultura y valores corporativos del Grupo; asistir al consejo en la aprobación de la estrategia de capital y liquidez y supervisar su aplicación; vigilar la política de precios ofrecidos a los clientes; conocer y valorar los riesgos derivados del entorno macroeconómico y de los ciclos económicos en que se enmarcan las actividades de la Sociedad; revisar sistemáticamente las exposiciones con los clientes principales, sectores económicos de actividad, áreas geográficas y tipo de riesgo; supervisar la función de riesgos; supervisar la función de cumplimiento; apoyar y asistir al consejo en la realización de test de estrés por la Sociedad; y colaborar para el establecimiento de políticas y prácticas de remuneración racionales.

b) Telefónica: “*Comisión de regulación y asuntos institucionales*”. Esta comisión está regulada en el artículo 24 del Reglamento del consejo. Sin perjuicio de otras funciones que pueda atribuirle el consejo, la comisión tiene como funciones mínimas llevar a cabo el seguimiento permanente de los principales asuntos y temas de orden regulatorio que afectan en cada momento al Grupo; servir de cauce de comunicación e información entre el Equipo de Dirección y el consejo en materia regulatoria; y analizar, informar y proponer al consejo los principios a los que debe acomodarse la política de Patrocinios y Mecenazgo del Grupo, realizar su seguimiento y aprobar individualmente aquellos patrocinios o mecenazgos cuyo importe o importancia excedan del umbral fijado por el consejo de administración.

C) En cuanto a innovación

a) Santander: “*Comisión de innovación y tecnología*”. Esta comisión está regulada en el artículo 22 del Reglamento del consejo, donde se indica que sus principales funciones son las de estudiar e informar sobre los planes y actuaciones relativos a tecnología; estudiar e informar sobre los planes y actuaciones relativos a la innovación; proponer al consejo el

marco de tecnología y el marco de gestión de datos de la Sociedad; asistir al consejo en la aprobación del Plan estratégico de tecnología; asistir al consejo con recomendaciones acerca de la agenda de innovación del Grupo; asistir al consejo en la identificación de las principales amenazas al status quo que sean consecuencia de nuevos modelos de negocio, tecnologías, procesos, productos y consejos; proponer al consejo el Plan anual de sistemas; asistir al consejo en la evaluación de las capacidades y condiciones para la innovación a nivel Grupo y a nivel país; y asistir a la comisión de supervisión de riesgos, regulación y cumplimiento en la supervisión de los riesgos tecnológicos y de seguridad y supervisar la gestión de ciberseguridad.

b) Telefónica: “*Comisión de estrategia e innovación*”. Esta comisión, cuya existencia consta en la pagina web corporativa, no está contemplada ni en los estatutos sociales ni en el reglamento del consejo. Sus principales funciones son, por un lado, apoyar al consejo de administración en el análisis y el seguimiento de la política estratégica del Grupo a nivel global y, por otro lado, asesorar y proporcionar apoyo en todas las cuestiones relacionadas con la innovación, realizando un análisis, estudio y seguimiento periódico de los proyectos de innovación de la Compañía, proporcionando criterio y prestando su apoyo para garantizar su adecuada implantación y desarrollo en todo el Grupo.

4. CASOS POLÉMICOS RELACIONADOS CON EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES COTIZADAS

4.1. CASO ENRON

El análisis de este caso es especialmente relevante por marcar el inicio de sucesivos escándalos en empresas a nivel internacional, derivados de la mala gestión del consejo de administración y de la actitud desleal de sus consejeros⁵⁵.

Por lo que respecta a los hechos del caso, se destacarán solo los que interesan a los efectos de este trabajo. Enron era una compañía inicialmente dedicada al suministro de gas, que pasa a dedicarse a la intermediación para la compraventa de gas. Posteriormente, va extendiendo su actividad a otros mercados ya no relacionados con la compraventa de energía, creando un holding que crece más y más en sectores cada vez más diversos y en los que Enron ofrece contratos de extraordinaria complejidad y de alto riesgo.

En ese proceso y en un periodo de tan solo cinco años (1995 a 2000), Enron pasa de la posición 141 al número 7 de las compañías más importantes de Estados Unidos, un crecimiento sin precedentes y difícil de explicar a la luz de la experiencia corporativa previa y el análisis de datos de la compañía.

¿Qué había ocurrido? Enron se había sobrevalorado a si misma y empezado a practicar “ingeniería financiera” (contabilidad creativa), simulando beneficios ficticios para dar una apariencia de liquidez, apoyándose en auditorías falsas o poco precisas. Para simular estos falsos beneficios, Enron utilizó cruces de operaciones entre filiales de la empresa para disfrazar pérdidas y obtener financiación que no era contabilizada como deuda. Además utilizó otro tipo de empresas filiales (llamadas “Raptors”) para asegurarse a sí misma, dado que ninguna entidad aseguradora le ofrecía cobertura a precio razonable.

El interés por esa apariencia de liquidez era debido a la necesidad de captar nuevos inversores y hacer que las acciones subieran en el mercado de valores. Todo ello llevó a

⁵⁵ Acerca del caso, más ampliamente Cruz Almirante, J, “Las enseñanzas que dejó Enron: a las corporaciones no hay que dejarlas demasiado sueltas”, Diario Clarín, 08/08/2007. https://www.clarin.com/economia/enseanzas-dejo-enron-corporaciones-dejarlas-demasiado-sueltas_0_rkMUiNDPW.html ; Galián, I, “Cuando la estrategia abandona la ética”, ponencia en el Webminar “La ética empresarial: el caso Enron”, EALDE Business School. <https://www.youtube.com/watch?v=ORPKI8ivrxw&t=3253s>

Enron a falsear los activos y los pasivos de la sociedad hasta que la periodista Bethany McLean publica su artículo “Is Enron Overpriced?” denunciando la opacidad operativa de Enron. A partir de ese momento sus acciones se desploman, se degrada la deuda de Enron a la condición de “basura”, hasta que en diciembre de 2001 presenta suspensión de pagos.

Entre otras causas que explican lo sucedido en el caso Enron se encuentran las siguientes:

- Mal funcionamiento de las auditorias, que certificaron la legalidad de la contabilidad creativa de la compañía.
- Mal funcionamiento del consejo de administración.
- Omisión de las funciones de los consejeros del consejo de administración.
- Existencias de resquicios legales aprovechadas por el equipo directivo de la compañía.
- Responsabilidad de los consejeros, que como administradores tenían el deber de pedir cuentas, analizar la contabilidad y de defender a los accionistas.

¿Qué lecciones podemos aprender del caso Enron?

Teniendo en cuenta que la economía de mercado busca maximizar el beneficio a cualquier precio, no se puede presumir el comportamiento ético de los órganos de administración de las sociedades. Dicho comportamiento debe venir exigido tanto por una regulación legal eficaz como por la existencia de controles internos y externos en las sociedades. En este punto se puede aplicar lo estudiado a lo largo del presente trabajo, dando importancia a un modelo de gobierno corporativo como forma de control y dando importancia a la regulación del consejo de administración y sus comisiones, por un lado en la Ley de sociedades de capital y por otra en el Código de buen gobierno.

También se ha de destacar la importancia de la independencia de las comisiones para su correcto funcionamiento y eficacia.

4.2. CASO BANKIA

En este apartado se analizará el denominado “Caso Bankia”, sin duda uno de los escándalos financieros recientes más relevantes de los acaecidos en España. El caso tiene múltiples vertientes y matices, pero se estudiará exclusivamente desde la perspectiva del funcionamiento del consejo de administración de una sociedad cotizada.

Para centrar el caso es necesario hacer referencia a qué es Bankia⁵⁶.

Bankia es el banco resultante de la fusión de siete antiguas cajas de ahorros en 2010. Esta nueva entidad bancaria salió a bolsa un año después de constituirse (2011), con la necesidad de captar el capital suficiente que se le reclamaba por parte del Banco de España y de las autoridades europeas.

Las acciones fueron compradas en su salida a bolsa por unos 340.000 pequeños accionistas, de los cuales el banco captó 1.800 millones de euros; el resto, hasta un total de 3.092 millones captados en la operación, procedían de inversores institucionales. Menos de un año después de la salida a bolsa, el Estado nacionaliza la matriz de Bankia, cesa a su presidente (Rodrigo Rato) y tuvo que inyectar 22.000 millones de euros para evitar la quiebra.

Posteriormente, Bankia sufre el desplome total de sus acciones, lo que provoca que los accionistas pierdan casi todo el dinero invertido en el banco.

En julio del año 2012, la Audiencia Nacional admitió a trámite diversas querellas interpuestas contra treinta y tres exconsejeros de Bankia, entre ellos su presidente.

En el proceso, aún abierto, debe dilucidarse si se cometió algún delito en la salida a bolsa de Bankia.

En el año 2019, la Fiscalía Anticorrupción⁵⁷, en sus conclusiones definitivas, sostiene que lo sucedido en Bankia no fue un error empresarial, sino una estafa consciente impulsada por los acusados para mantener sus puestos y privilegios. En esas conclusiones amplía la acusación añadiendo el delito de falsedad contable en relación con las cuentas de la sociedad. Anticorrupción destaca también la sobrevaloración ficticia de la sociedad en el momento de su salida a bolsa, la engañosa campaña de publicidad para atraer a inversores y mantener la ficción de viabilidad de la matriz tras la salida al mercado.

La Fiscalía destaca también que la nueva presidencia y los nuevos consejeros de la entidad reformularon las cuentas, lo que permitió que afloraran todas las irregularidades que considera delictivas.

⁵⁶ Lafraya, C, “Las claves para entender qué es el caso Bankia”, La Vanguardia, 09/01/2019.

<https://www.lavanguardia.com/economia/20190109/454028124545/bankia-rodrigo-rato-juicio-bolsa.html>

⁵⁷ Confilegal, “La Fiscalía concluye que el ‘caso Bankia’ fue una estafa consciente para mantener puestos y privilegios”, Confilegal, 09/09/2019. <https://confilegal.com/20190909-la-fiscalia-concluye-que-el-caso-bankia-fue-una-estafa-consciente-para-mantener-puestos-y-privilegios/>

Las lecciones que se pueden sacar del Caso Bankia son las siguientes:

Al igual que en el Caso Enron se puede ver un incumplimiento del deber de diligencia de los consejeros de esta entidad, considerando preferentes sus propios beneficios a los de los accionistas y de la sociedad. Se aprecia también un mal funcionamiento del consejo de administración, en concreto, de su comisión de auditoría, puesto que, a pesar de que los informes de auditoría externa eran favorables, los consejeros deberían haber tenido en cuenta que los activos de Bankia se estaban depreciando en el momento de su salida a bolsa. Todo esto entra en relación con el concepto de sobrevaloración ficticia de los activos que se mencionaba anteriormente y de una contabilidad creativa incompatible con un correcto funcionamiento del consejo de administración de la sociedad.

Como conclusión final, cabe aludir a la responsabilidad que tienen los consejeros en cuanto a las medidas tomadas sobre la salida a bolsa y, en caso de que se demuestre cierto, el falseamiento de las cuentas de la sociedad.

5. CONCLUSIONES

De todo lo analizado se deducen las principales conclusiones siguientes:

PRIMERA.- El marco jurídico actual de las sociedades cotizadas reconoce el carácter esencial de las comisiones del consejo de administración en este tipo de sociedades para su mejor gobierno corporativo. En la medida que determinadas de ellas resultan obligatorias y legalmente se especifican sus competencias, tanto los miembros integrantes como todo el consejo responderán del cumplimiento de sus deberes y obligaciones en las mismas. En este sentido, la reforma de la Ley de Sociedades de capital ha dado un paso importante, al ampliar el carácter obligatorio de las comisiones del consejo y detallar sus funciones y competencias mínimas.

SEGUNDA.- La Comisión ejecutiva. La gran mayoría de empresas cotizadas españolas cuentan, como mínimo, con una comisión ejecutiva o delegada que lleve a cabo todas las funciones del consejo, excepto las legal, estatutaria o reglamentariamente indelegables. Si bien, en caso de Consejos de Administración con numerosos miembros la figura de la Comisión ejecutiva resulta sumamente importante, llegando incluso en algunas ocasiones a ensombrear el papel del Consejo de Administración, lo deseable, siguiendo las recomendaciones de parte de la doctrina es que la composición del Consejo se refleje en la composición de la comisión ejecutiva para que exista equilibrio entre los distintos tipos de consejeros.

TERCERA.- La Comisión de auditoría, se convirtió en un elemento esencial para el buen desarrollo de la actividad de las sociedades cotizadas cuando en el año 2002 pasa de ser una simple recomendación a ser una obligación legal. La función de asesoramiento al consejo de administración y de supervisión y control de los procesos de creación y formulación de los informes financieros, independencia del auditor de cuentas y eficacia de los sistemas de control y gestión de riesgos previene o ayuda a prevenir malas prácticas empresariales, dando a su vez confort a los inversores de las sociedades cotizadas.

CUARTA.- La Comisión de Nombramientos y Retribuciones cuando la misma actúa con rigor e independencia constituye un órgano indispensable en las sociedades cotizadas que

confiere mayor transparencia y profesionalidad a la labor de selección, designación y establecimiento de las condiciones de aquellos que, en definitiva, van a guiar el desarrollo de la sociedad.

QUINTA.- El consejo de administración tiene obligación de crear, como mínimo, una comisión de auditoría y una comisión de nombramientos y retribuciones, o una comisión de nombramientos y otra de retribuciones. Además, el consejo tiene la facultad de crear otras comisiones para su correcto funcionamiento. Del estudio de las comisiones de las cuatro empresas cotizadas estudiadas se puede concluir que todas han creado, además de las comisiones legalmente obligatorias y de la comisión ejecutiva, una comisión relativa a la sostenibilidad, además de otras particulares.

SEXTA.- Comisiones voluntarias. El establecimiento de comisiones que sin ser objeto de una obligación legal hacen que la sociedad tenga mayor transparencia y control sobre su gestión constituye un valor añadido para la sociedad cotizada que a su vez otorga mayor confianza y seguridad a los accionistas inversores.

SÉPTIMA.- Que duda cabe que una estricta o ultraregulación de los órganos de administración de las sociedades cotizadas puede llegar a ser una traba para el funcionamiento de las mismas que de una u otra forma suponga una limitación a sus posibilidades de desarrollo, sin embargo, tanto para la protección de los inversores como para la protección de la propia sociedad frente sus administradores en algunos casos, a mi juicio es necesario el establecimiento de determinados controles. Lo importante a estos efectos es determinar el alcance de los citados controles con el fin de, por un lado, garantizar en la medida lo posible la buena practica empresarial (con las repercusiones que tal práctica tiene sobre la economía en general y sobre inversores, trabajadores y terceros en particular) con la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado establecido en el artículo 38 de la Constitución Española.

BIBLIOGRAFÍA

Arroyo, A, “Origen y evolución de gobierno corporativo”, Magazciturum: Gobierno corporativo y de TI, 26/05/2013 (en línea).

https://www.magazciturum.com.mx/?p=2176#.X1fMiy_FTMI

CMS Albiñana y Suárez de Lezo, “Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital.”, Dykinson, S.L., Madrid, 2015.

Confilegal, “La Fiscalía concluye que el ‘caso Bankia’ fue una estafa consciente para mantener puestos y privilegios”, Confilegal, 09/09/2019 (en línea).

<https://confilegal.com/20190909-la-fiscalia-concluye-que-el-caso-bankia-fue-una-estafa-consciente-para-mantener-puestos-y-privilegios/>

CNMV, Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, Febrero de 2015,

https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf

CNMV, “Guía técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio “cumplir o explicar”, de 15/07/2016.

<https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/GuiaCumplirExplicar.pdf>

CNMV, “Guía técnica 1/2019 sobre comisiones de nombramiento y retribuciones”, 20/02/2019.

http://www.cnmv.es/DocPortal/Legislacion/Guias-Tecnicas/GuiaTecnica_2019_1.pdf

CNMV, “Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas”, 08/01/2003,

https://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF

Cruz Almirante, J, “Las enseñanzas que dejó Enron: a las corporaciones no hay que dejarlas demasiado sueltas”, Diario Clarín, 08/08/2007 (en línea).

https://www.clarin.com/economia/enseanzas-dejo-enron-corporaciones-dejarlas-demasiado-sueltas_0_rkMUiNDPW.html

Díaz Morales, J., Gobierno Corporativo: Evolución y tendencias internacionales, Estrategia Financiera nº 218, Junio 2005, (en línea).

<http://pdfs.wke.es/6/6/3/9/pd0000016639.pdf>

Galián, I, “Cuando la estrategia abandona la ética”, ponencia en el Webminar “La ética empresarial: el caso Enron”, EALDE Business School.

<https://www.youtube.com/watch?v=ORPKI8ivrwx&t=3253s>

Iglesias Prada, J.L, “El Informe Aldama y el gobierno corporativo”, en Escritura Pública, nº 20, 2003, p. 24-25 (en línea).

https://www.notariado.org/portal/documents/176535/606931/El+informe+Aldama.+El+buen+gobierno+de+las+empresas.+_El+Informe+Aldama+y+el+gobierno+corporativo_%2C+por+Juan+Luis+Iglesias.pdf/cbf422e0-3652-178a-27f7-b1b9c3f9f9e3?t=1571240866296

Lafraya, C, “Las claves para entender qué es el caso Bankia”, La Vanguardia, 09/01/2019 (en línea).

<https://www.lavanguardia.com/economia/20190109/454028124545/bankia-rodri-rato-juicio-bolsa.html>

Martín Simón, P/ Belinchón, F, “Abella reforma el Código de Buen Gobierno para atacar la corrupción en las empresas cotizadas”, Cinco Días, 15/01/2020 (en línea).

https://search.proquest.com/docview/2338858011?rfr_id=info%3Axri%2Fsid%3Aprim

[o](#)

OCDE (2016), *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

Sánchez-Calero Guilarte, J/ Sánchez Calero, F, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Volumen I, 37ª Edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.