

**Alegaciones al proyecto de Orden EHA/---/2011, de ... de..., por la que se determina el contenido y estructura del informe anual de gobierno corporativo, el informe anual sobre remuneraciones, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, y de las Cajas de Ahorros y otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores.**

La finalidad de este documento es trasladar por parte de Emisores Españoles al Excmo. Señor Presidente del Consejo de Estado, en el marco de la audiencia concedida, su opinión y propuesta de modificación en relación al apartado 4.i) del artículo 8 y a la Disposición Transitoria segunda.

## **CAPÍTULO II**

*Informe anual de gobierno corporativo de sociedades anónimas cotizadas, Cajas de Ahorros y otras entidades*

### **Artículo 8. Tipos de consejeros.**

*4. Se considerarán consejeros independientes aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad, sus accionistas significativos o sus directivos.*

*No podrán ser clasificados en ningún caso como consejeros independientes quienes:*  
*i) Sean consejeros durante un período continuado superior a 12 años.*

Atendiendo al apartado 4. i) de este artículo no podrán ser clasificados en ningún caso como consejeros independientes quienes sean consejeros durante un período continuado superior a 12 años.

Hasta la fecha, “que los consejeros independientes no permanezcan como tales durante un periodo continuado superior a doce años” es una Recomendación (número 29) del Código Unificado de Buen Gobierno, que cada entidad debe explicar en caso de incumplir, de conformidad con la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005, *relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicable a las empresas que cotizan en bolsa* que establece en su considerando 4 que:

*“A la vista de la complejidad de muchas de las cuestiones planteadas, la adopción de normas vinculantes detalladas no es necesariamente la forma más deseable y eficaz de alcanzar los objetivos perseguidos. Muchos códigos de gobernanza empresarial adoptados por los Estados miembros tienden a basarse en la divulgación de información para fomentar su cumplimiento. Según el principio de «cumplir o explicar», se invita a las empresas a que señalen si cumplen el código y expliquen cualquier desviación sustancial respecto a éste. Este principio permite a las empresas reflejar los requisitos específicos del sector o la empresa y a los mercados valorar las explicaciones y justificaciones esgrimidas. Con el fin de estimular el papel de los administradores no ejecutivos o supervisores, se considera conveniente invitar a todos los Estados miembros a que den los pasos necesarios para introducir a nivel nacional un conjunto de disposiciones —inspirado en los principios presentados en esta Recomendación—*

*aplicables en las empresas que cotizan en bolsa, basadas en el principio de «cumplir o explicar» o que se establezcan en virtud de la legislación.”*

Asimismo, dicha Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005, establece en su anexo II “*Perfil de los administradores no ejecutivos o supervisores*” que:

*Es imposible hacer la lista exhaustiva de todo lo que amenaza la independencia de los administradores; las relaciones o circunstancias que parecen pertinentes para determinarla pueden variar, hasta cierto punto, entre los Estados miembros y las empresas y las mejores prácticas a este respecto pueden evolucionar con el tiempo. Hay, no obstante, una serie de situaciones que se consideran con frecuencia pertinentes para ayudar al consejo de administración o de supervisión a determinar si un administrador no ejecutivo o supervisor es o no independiente, aunque se admite generalmente que la valoración de la independencia debe basarse más en el fondo que en la forma.*

En esta línea, el propio Código Unificado indica en la explicación previa a la citada Recomendación 29 que el transcurso de ese lapso – que el Código, inspirándose en la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005, ha cifrado en 12 años- , no hará, por sí solo, que el consejero pierda la condición de independiente.

E incluso el Código Unificado reitera tal posición en la Recomendación 10, en cuya parte introductoria señala:

*“Al definir el concepto de consejeros independientes, el Código completa las orientaciones generales de los Informes Olivencia y Aldama con las propuestas más precisas contenidas en la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005. Y aunque sigue muy de cerca la citada Recomendación, hace la definición vinculante para las sociedades cotizadas y matiza su contenido en algunos aspectos. Así, añade como requisito de independencia que el Consejero haya sido propuesto por la Comisión de Nombramientos; pero, por otro lado, permite que un consejero independiente pueda seguir siendo considerado como tal aunque lleve más de 12 años con esa condición”.*

No tenemos conocimiento de que dicha limitación se haya introducido en la normativa de otros países de la UE. Tampoco, los Libros Verdes relativos al “Gobierno corporativo en las entidades financieras”, de junio de 2010, y “a la normativa de gobierno corporativo de la UE”, de abril de 2011, incluyen la introducción de limitación temporal alguna a los consejeros para que puedan ser calificados como independientes. Exclusivamente se plantea la cuestión de si se debería limitar el número de Consejos de Administración de los que los consejeros podrán formar parte.

Debe ser el Consejo de Administración de cada entidad, previamente asesorado por la Comisión de Nombramientos y Gobierno Corporativo, el que considere a la vista de las

circunstancias que concurren en cada caso concreto, si el mero transcurso de un plazo determinado en el cargo afecta o no a su independencia.

Para la valoración de su independencia se tendrán en cuenta múltiples factores, como su dedicación y el desempeño del cargo, que perciban o no retribución, la política de nombramiento y renovación de consejeros, así como el cumplimiento de las demás condiciones de independencia establecidas en la normativa, los estándares de buen gobierno y la normativa interna de cada entidad.

En definitiva, debe ser cada entidad, la que conforme al principio de “cumplir o explicar” dé cumplida información en el IAGC de las razones que concurren en cada caso concreto para mantener la calificación de un consejero como independiente a pesar de que lo haya sido por un periodo superior a doce años.

Es por ello, que Emisores Españoles considera que la citada limitación debe seguir constituyendo una Recomendación y no una obligación legal, ya que el mero transcurso de un plazo aleatorio no puede poner en duda la independencia de un consejero y en entredicho otras muchas circunstancias que concurren en su calificación – tales como las condiciones personales y profesionales, la dedicación, la profesionalidad, la experiencia, el conocimiento preciso del funcionamiento interno de la empresa, y el criterio – que, sin duda alguna redundan en beneficio no sólo de la sociedad sino también en el de los accionistas minoritarios a los que representa.

No obstante, lo anterior y si en todo caso se considera necesario elevar la definición de consejero independiente a norma vinculante a través del presente proyecto, se debería modificar la Disposición Transitoria Segunda “Consejeros Independientes”, en base a los argumentos que se detallan a continuación.

*Disposición Transitoria Segunda. Consejeros Independientes.*

*“En el informe anual de gobierno corporativo relativo a los ejercicios 2011 y 2012 se podrá seguir calificando como independientes a los consejeros que hubieran desempeñado su cargo durante un período superior a 12 años, siempre que no incurran en alguna de las otras causas previstas en el apartado 4 del artículo 8 que les impidan mantener dicha calificación.”*

En cuanto al plazo facilitado por esta Disposición Transitoria, hay que tener en cuenta que el ejercicio 2011 está prácticamente terminado, casi con toda probabilidad la mencionada Orden se aprobará a finales del mes de noviembre o principios de diciembre. Es por ello que no sería muy riguroso cambiar la tipología de consejeros de modo retroactivo a un ejercicio prácticamente cerrado y por tanto, sin opciones de reacción alguna para las sociedades.

Con respecto al ejercicio 2012, si a día 1 de enero de 2013 una sociedad quisiera mantener un determinado porcentaje de consejeros independientes sería necesario realizar los nuevos nombramientos en la Junta General que se celebre en 2012 (Ver art. 160 LSC) y la práctica habitual para todas las sociedades cotizadas es celebrar una única Junta General, la Ordinaria,

que, por normativa legal, debe celebrarse durante los primeros seis meses del ejercicio (ver art. 164 LSC), es decir, tendrían como plazo hasta 30 de junio de 2012.

Artículo 160 LSC “Competencias de la Junta”: *“Es competencia de la Junta General deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: .....b) el nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores .....”*.

Artículo 164 LSC “Junta Ordinaria”: *“La Junta General Ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio...”*

Es decir, en realidad la enmienda da un plazo de cómo máximo seis meses para proceder a regularizar la situación.

Asimismo, señalar que en atención al corto plazo establecido por la Disposición Transitoria Segunda, para la entrada en vigor de la medida, se podría interferir en la voluntad social y gestión empresarial.

A modo de ejemplo, si alguno de los consejeros de la sociedad pierde la condición de independiente y no es sustituido en el plazo concedido por la Disposición Transitoria, podría la sociedad: incumplir sus propios Estatutos, es práctica habitual señalar en los mismos el porcentaje de consejeros independientes que deben conformar el Consejo de Administración de la Sociedad; además, podría incumplir obligaciones legales. Establece la Disposición Adicional decimoctava de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que “Los miembros del Comité de Auditoría serán al menos en su mayoría consejeros no ejecutivos del Consejo de Administración....Al menos uno de los miembros del Comité de Auditoría será independiente..”; o incluso puede que la Sociedad pase a incumplir algunas recomendaciones del CUBG, entre ellas, se destaca por su importancia la número 44 que establece que “los Presidentes del Comité de Auditoría sean independientes”.

A nuestro juicio, lo lógico sería que si el Consejero fue elegido con la condición de independiente, la ostente hasta la finalización de su mandato, aunque este concluya transcurridos más de doce años desde su elección.

Además, la aplicación de la disposición transitoria tal y como está redactada podrá suponer en muchos casos la interrupción del mandato del consejero independiente para proceder a su sustitución, por lo que se cuestionará el prestigio de estos profesionales.

Por último, hay que tener en cuenta que el nombramiento de Consejeros es competencia de la Junta General, que adopta este tipo de acuerdos estableciendo el plazo de mandato para el que es nombrado el consejero y el carácter o tipología de cada consejero. En este sentido y dado que la Junta General es el órgano soberano de la sociedad y en definitiva instrumento de formación y expresión de la voluntad social, los acuerdos adoptados por ella deben respetarse en toda su extensión.

Por todo ello, y en caso de no considerar la opción de mantener como recomendación que “los consejeros independientes no permanezcan como tales durante un período continuado

superior a 12 años”, Emisores Españoles propone modificar la Disposición Transitoria segunda, sustituyendo el aplazamiento de la medida de 1 de enero de 2013, a el último día del año en que se agote la duración del mandato vigente (a fecha de aprobación de esta Orden) de aquellos consejeros independientes que a fecha de aprobación de esta Orden hayan desempeñado su cargo de consejero durante un periodo continuado superior a doce años.

*Disposición Transitoria Segunda. Consejeros Independientes.*

*“La definición de Consejero Independiente contenida en esta Orden, en lo relativo al apartado 4. i) del artículo 8, no será de aplicación a aquellos consejeros que calificados hasta la fecha de entrada en vigor de esta orden como independientes superen el plazo de 12 años pero no hayan agotado la duración del mandato por el que fueron nombrados. Perderán la condición de independiente una vez finalice dicho mandato”.*