

## COMENTARIOS DE EMISORES ESPAÑOLES A LA PROPUESTA DE LA CNMV DE MODIFICACIÓN DE DETERMINADAS RECOMENDACIONES DEL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO

Con fecha 14 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha publicado una propuesta de modificación de determinadas recomendaciones del Código de Buen Gobierno, abriendo una fase de audiencia pública hasta el 14 de febrero de 2020.

La finalidad de este documento es trasladar, por parte de Emisores Españoles (EE), a la CNMV, en el marco de la audiencia pública abierta, sus comentarios y matices a aquellas recomendaciones que pueden requerir una clarificación o, en su caso, una redacción alternativa, principalmente por plantear ciertas dificultades de aplicación práctica.

### 1.- Consideración previa.

Aunque confiamos en que se informará debidamente, por parte de CNMV, sobre la entrada en vigor de las nuevas disposiciones del Código de Buen Gobierno, consideramos necesario realizar una reflexión sobre su aplicación, pues, dependiendo de en qué momento se produzca su aprobación, no está claro si ya se considerarán vigentes para los informes correspondientes al ejercicio 2020, lo que supondría una complicación, al carecer las sociedades cotizadas de un mínimo periodo de análisis y adaptación, o ya para el ejercicio 2021.

### 2.- Análisis de las Recomendaciones.

#### Recomendación 2

Vigente redacción Código Buen Gobierno	Propuesta de modificación Código Buen Gobierno
<p>Que cuando coticen la sociedad matriz y una sociedad dependiente, ambas definan públicamente con precisión:</p> <p>a) Las respectivas áreas de actividad y eventuales relaciones de negocio entre ellas, así como las de la sociedad dependiente cotizada con las demás empresas del grupo.</p> <p>b) Los mecanismos previstos para resolver los eventuales conflictos de intereses que puedan presentarse.</p>	<p>Que, cuando <del>coticen</del> la sociedad <u>cotizada esté controlada por otra entidad, cotizada o no, y tenga o prevea tener relaciones de negocio con ella o con otras entidades del grupo o desarrolle actividades relacionadas con las de la matriz u otra entidad del grupo y una sociedad dependiente</u> <del>ambas definan informe</del> públicamente con precisión <u>acerca de:</u></p> <p>a) Las respectivas áreas de actividad y eventuales relaciones de negocio entre</p>

	<p>ellas <del>y la sociedad matriz y las</del>, así <del>como las de la sociedad dependiente cotizada con las</del> demás empresas del grupo.</p> <p>b) Los mecanismos previstos para resolver los eventuales conflictos de <del>intereses</del> <del>interés</del> que puedan presentarse.</p>
--	---

La presente Recomendación se mantiene en sus fundamentos, aunque se amplía sensiblemente su ámbito de aplicación, por lo que, si bien hasta ahora estaba dirigida a los Grupos de sociedades en que los que la sociedad matriz y su dependiente, **ambas cotizadas y ambas españolas**, mantuviesen relaciones de negocio, ahora se entiende que se aplica, igualmente, cuando la sociedad cotizada esté controlada por otra entidad, **cotizada o no**, y abre la posibilidad de que se aplique a las **sociedades con matrices no españolas**, por lo que habría que confirmar el citado ámbito de aplicación, debido a las implicaciones prácticas que acarrea.

Adicionalmente, la Recomendación 2 ha introducido el término “control” (“cuando la sociedad cotizada esté controlada por otra entidad”), surgiendo la cuestión de qué se debe entender por “control” y a qué norma hay que remitirse. El Código de Comercio establece, en su artículo 42, qué se debe entender por “grupo de sociedades”, de tal forma que se presumirá que existe “control” cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en una serie de situaciones (posea la mayoría de los derechos de voto, tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto y haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración). Por otra parte, el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, en su artículo 4, dispone que una persona física o jurídica tiene, individualmente o de forma conjunta, una participación de control de una sociedad cuando (i) bien alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por 100 o bien, cuando haya alcanzado, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto inferior y designe, en los 24 meses siguientes a la fecha de la adquisición del porcentaje inferior, en los términos del artículo 6, un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya hubiera designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad. En consecuencia, entendemos que sería deseable incluir una aclaración en relación con el citado concepto de “control” en los grupos de sociedades, bien estableciendo una definición del mismo bien por referencia a una norma, para que no haya dudas al respecto.

Por otra parte, se hace referencia a que la sociedad cotizada “tenga o prevea tener **relaciones de negocio**” con la entidad matriz, lo que puede resultar excesivo si no se introduce ningún matiz, ya que podría tratarse de cualquier tipo de relación o que sea insignificante, en términos de negocio. Por ello se propone que las relaciones de negocios sean “**significativas**” o “**relevantes**” o, a la inversa, que se puedan exceptuar del deber de informe los casos en los que la relación de negocios sea de “escasa relevancia”.

#### Recomendación 4

Vigente redacción Código Buen Gobierno	Propuesta modificación Código Buen Gobierno
<p>Que la sociedad defina y promueva una política de comunicación y contactos con accionistas, inversores institucionales y asesores de voto que sea plenamente respetuosa con las normas contra el abuso de mercado y dé un trato semejante a los accionistas que se encuentren en la misma posición.</p> <p>Y que la sociedad haga pública dicha política a través de su página web, incluyendo información relativa a la forma en que la misma se ha puesto en práctica e identificando a los interlocutores o responsables de llevarla a cabo.</p>	<p>Que la sociedad defina y promueva una política <del>de</del><u>relativa a la</u> comunicación y contactos con accionistas <u>e</u> inversores institucionales <u>en el marco de su implicación en la sociedad, así como con los</u> asesores de voto, que sea plenamente respetuosa con las normas contra el abuso de mercado y dé un trato semejante a los accionistas que se encuentren en la misma posición. Y que la sociedad haga pública dicha política a través de su página web, incluyendo información relativa a la forma en que la misma se ha puesto en práctica e identificando a los interlocutores o responsables de llevarla a cabo.</p> <p><u>Y que, sin perjuicio de las obligaciones legales de difusión de información privilegiada y otro tipo de información regulada, la sociedad cuente también con una política general relativa a la comunicación de información económico-financiera y corporativa, a través de los canales que considere adecuados (medios de comunicación, redes sociales u otras vías), que contribuya a maximizar la difusión y la calidad de la información a disposición del mercado, de los inversores y demás grupos de interés.</u></p>

--	--

La justificación de esta modificación de la Recomendación 4 radica en la próxima trasposición de la Directiva 2017/828, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas (en adelante, “la Directiva”). La Directiva impone a los inversores institucionales (no a la sociedad) ciertas medidas de transparencia, como son la elaboración y la publicación en su página web de una política de implicación, que contenga información sobre cómo integran a los inversores últimos en la política de inversión y, en concreto, sobre el modo en que (i) dan seguimiento a las sociedades en las que invierten; (ii) ejercen los derechos asociados a las acciones; (iii) cooperan con otros accionistas y (iv) gestionan los conflictos de interés. Por otro lado, la Directiva establece, respecto a la sociedad, que esta debe facilitar la información al accionista para permitirle ejercer los derechos derivados de sus acciones o indicarle dónde se puede encontrar esa información en el sitio web de la sociedad.

La modificación propuesta de la Recomendación 4 da una nueva orientación de la política de comunicación y contactos con los accionistas e inversores institucionales, en la perspectiva de facilitar su implicación en la sociedad. No obstante, no parece adecuado incluir la referencia al marco de la implicación de los accionistas e inversores institucionales en la sociedad, en tanto podría significar expandir la información a la que está obligada la sociedad a transmitir a los accionistas, de acuerdo con la Directiva (i.e. información al accionista para permitirle ejercer los derechos derivados de sus acciones), de manera que deba transmitir toda la información necesaria para cubrir la política de inversión a elaborar por los inversores institucionales o, al menos, no debería incluirse dicha referencia al marco de implicación, en tanto no se apruebe la trasposición de la Directiva y quede establecida la implicación de los accionistas e inversores institucionales en la sociedad y, por tanto, los términos en los que, en su caso, deba ajustarse la política de comunicación y contactos con accionistas para facilitar su implicación en la sociedad.

La modificación propuesta de la Recomendación 4 también establece, en su párrafo segundo, que exista una nueva política general relativa a la comunicación de información económico-financiera y corporativa, sin perjuicio de las obligaciones legales de difusión de “información privilegiada” y “otro tipo de información regulada”. Por tanto, la propuesta establece que, incluso si se trata de información privilegiada u otro tipo de información regulada, a pesar de tener que difundirse al mercado por los canales oficiales, también debe difundirse por parte de la sociedad a través de otros medios no oficiales.

No obstante, la ampliación de los canales de difusión de la información podría inducir a confusión sobre el tipo de información objeto de difusión. Especialmente, ello ocurriría para el caso de “información privilegiada”, que tiene una serie de requisitos específicos de difusión como son:

- (i) Debe hacerse pública tan pronto como sea posible.
- (ii) Utilizando los medios en los que confíen los inversores.

- (iii) Sin mezclar la información con marketing.
- (iv) De forma completa y clara, no discriminatoria y gratuita.
- (v) Marcando siempre la información como “Información privilegiada”.
- (vi) Incluyendo la razón social completa del emisor.
- (vii) Usando medios electrónicos que garanticen integridad y confidencialidad.

Además, se trasladaría a las sociedades la carga excesiva de utilizar el mayor número de canales posibles para no vulnerar el principio de igualdad de trato para todos los accionistas, inversores, etc., que se encuentren en la misma situación.

Por ello, no se considera adecuado la creación de una nueva política al respecto para la información privilegiada u otro tipo de información regulada, existiendo ya una regulación al respecto, así como los canales oficiales para remitir y difundir dicha información o, al menos, la nueva política debería circunscribirse a aquella información económico-financiera y corporativa que, a pesar de no estar obligada legalmente o reglamentariamente a publicarla, la sociedad considere necesario, por su especial interés, difundir entre los inversores. Además, no queda claro qué supone que una política sea “general” frente a lo que puedan ser el resto de las políticas a las que se hace referencia en el Código de Buen Gobierno.

En caso de mantenerse la propuesta, debería proponerse que no tuviera el carácter de política, sino de “pautas de actuación”, de conformidad con la normativa aplicable, en lo relativo a la difusión de la información privilegiada u otro tipo de información regulada. Además, debería aclararse y sustituirse “otro tipo de información regulada” por “otra información relevante (OIR) regulada” esto es, “las restantes informaciones de carácter financiero o corporativo relativas al propio emisor o a sus valores o instrumentos financieros que cualquier disposición legal o reglamentaria les obligue a hacer públicas en España”, de acuerdo con la Ley del Mercado de Valores y el “Nuevo procedimiento de comunicación de información de emisores” de 29 de enero de 2020.

Finalmente, entendemos que la nueva política no debe ser objeto de publicación a través de la web de las entidades, a diferencia de lo que sucede con la política de comunicación y contactos con accionistas.

### Recomendaciones 6 y 8

<b>Vigente redacción Código Buen Gobierno - Principio 6</b>	<b>Propuesta de modificación Código Buen Gobierno - Principio 6</b>
<p>[...] Por otra parte se recomienda que sea el propio presidente de la comisión de auditoría quien informe a la junta general de accionistas sobre las reservas o salvedades que existan en el informe de los auditores externos pudiendo, en estos casos excepcionales, hacerlo también el propio auditor externo.[...]</p>	<p>[...] Por otra parte, <u>el consejo de administración deberá procurar que en la formulación de las cuentas anuales se apliquen correctamente los principios y criterios de contabilidad y en aquellos supuestos en que, por diferencias de criterio o juicio profesional o alguna otra circunstancia, el</u></p>

	<p><u>auditor incluya alguna salvedad en las cuentas anuales, se recomienda considera apropiado</u> que sea el propio presidente de la comisión de auditoría quien informe a la junta general de accionistas sobre las <del>reservas o</del> salvedades que existan en el informe de los auditores externos, <u>acompañado pudiendo, en estos casos excepcionales, hacerlo también por</u> el propio auditor externo. [...]</p>
--	---

Vigente redacción Código Buen Gobierno - Recomendación 8	Propuesta de modificación Código Buen Gobierno - Recomendación 8
<p>Que la comisión de auditoría vele porque el consejo de administración procure presentar las cuentas a la junta general de accionistas sin limitaciones ni salvedades en el informe de auditoría y que, en los supuestos excepcionales en que existan salvedades, tanto el presidente de la comisión de auditoría como los auditores expliquen con claridad a los accionistas el contenido y alcance de dichas limitaciones o salvedades.</p>	<p>Que la comisión de auditoría vele por que <u>las cuentas anuales que</u> el consejo de administración <del>procure presente a</del> <u>las cuentas</u> a la junta general de accionistas <u>se elaboren de conformidad con la normativa contable sin limitaciones ni salvedades en el informe de auditoría</u> y que en <u>aquellos supuestos en que el auditor de cuentas haya incluido en su informe de auditoría alguna salvedad en los supuestos excepcionales en que existan salvedades</u> tanto el presidente de la comisión de auditoría como <del>ellos</del> <u>auditores</u> expliquen con claridad a los accionistas <u>en la junta general</u> su contenido y alcance. <del>de dichas limitaciones o salvedades.</del></p>

La legislación vigente no otorga a los emisores ningún instrumento para exigir la comparecencia del auditor externo en la junta general de accionistas y, en cualquier caso, no se considera necesaria, pues el auditor facilita normalmente las explicaciones sobre las salvedades que considere pertinentes, en el correspondiente informe de auditoría.

La **recomendación 6** se ha modificado en el sentido que el auditor acompañe al presidente de la comisión de auditoría, que es quien informa a la junta general de accionistas sobre las salvedades que existan. En cambio, en la **recomendación 8** se ha mantenido que sean tanto el presidente de la comisión de auditoría como el auditor

quienes expliquen a los accionistas en la junta general el contenido y alcance de las salvedades. Debería ajustarse la redacción de la recomendación 8 en consonancia con la modificación de la recomendación 6.

### Recomendaciones 14 y 15

Vigente redacción Código Buen Gobierno	Propuesta modificación Código Buen Gobierno
<p><b><u>Recomendación 14</u></b></p> <p>Que el consejo de administración apruebe una política de selección de consejeros que:</p> <p>a) Sea concreta y verificable.</p> <p>b) Asegure que las propuestas de nombramiento o reelección se fundamenten en un análisis previo de las necesidades del consejo de administración.</p> <p>c) Favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias y género.</p> <p>Que el resultado del análisis previo de las necesidades del consejo de administración se recoja en el informe justificativo de la comisión de nombramientos que se publique al convocar la junta general de accionistas a la que se someta la ratificación, el nombramiento o la reelección de cada consejero.</p> <p>Y que la política de selección de consejeros promueva el objetivo de que en el año 2020 el número de consejeras represente, al menos, el 30% del total de miembros del consejo de administración.</p> <p>La comisión de nombramientos verificará anualmente el cumplimiento de la política de selección de consejeros y se informará de ello en el informe anual de gobierno corporativo.</p>	<p><b><u>Recomendación 14</u></b></p> <p>Que el consejo de administración apruebe una política <del>de selección de consejeros que</del> <u>dirigida a favorecer una composición apropiada del consejo de administración y que:</u></p> <p>a) <del>s</del>Sea concreta y verificable;</p> <p>b) <del>a</del>Asegure que las propuestas de nombramiento o reelección se fundamenten en un análisis previo de las necesidades del consejo de administración, y</p> <p>c) <del>f</del>Favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias y género. <u>A estos efectos, se considera que favorecen la diversidad de género las medidas que fomenten que la compañía cuente con un número significativo de altas directivas.</u></p> <p>Que el resultado del análisis previo de las necesidades del consejo de administración se recoja en el informe justificativo de la comisión de nombramientos que se publique al convocar la junta general de accionistas a la que se someta la ratificación, el nombramiento o la reelección de cada consejero.</p> <p><del>Y que la política de selección de consejeros promueva el objetivo de que en el año 2020 el número de consejeras</del></p>

<p><b><u>Recomendación 15</u></b></p> <p>Que los consejeros dominicales e independientes constituyan una amplia mayoría del consejo de administración y que el número de consejeros ejecutivos sea el mínimo necesario, teniendo en cuenta la complejidad del grupo societario y el porcentaje de participación de los consejeros ejecutivos en el capital de la sociedad.</p>	<p><del>represente, al menos, el 30% del total de miembros del consejo de administración.</del></p> <p>La comisión de nombramientos verificará anualmente el cumplimiento de la política de selección de consejeros y se informará de ello en el informe anual de gobierno corporativo.</p> <p><b><u>Recomendación 15</u></b></p> <p>Que los consejeros dominicales e independientes constituyan una amplia mayoría del consejo de administración y que el número de consejeros ejecutivos sea el mínimo necesario, teniendo en cuenta la complejidad del grupo societario y el porcentaje de participación de los consejeros ejecutivos en el capital de la sociedad.</p> <p><u>Y que el número de consejeros del sexo menos representado suponga, al menos, el 40% del total de miembros del consejo de administración.</u></p>
--	---

La eliminación, en el párrafo primero de la **Recomendación 14**, de la referencia a la “selección de consejeros” (“política de selección de consejeros”), plantea la duda de si se sigue recomendado o no la existencia de una “política de selección de consejeros”, puesto que, en otros puntos del Código de Buen Gobierno y en la Guía Técnica 1/2019, se sigue haciendo referencia a esa “política de selección de consejeros”. Por otra parte, y dada la pervivencia de las otras referencias a la “política de selección de consejeros”, se plantea la duda de si lo que se está recomendado es que existan dos políticas: una de “selección de consejeros” y, otra, “dirigida a favorecer una composición apropiada del Consejo de Administración”. En cualquier caso, no parece que existan razones para la eliminación de la “política de selección de consejeros” y, a la inversa, parece excesivo que deban existir dos políticas (una de “selección de consejeros” y, otra, “dirigida a favorecer una composición apropiada del Consejo de Administración”).

En la **Recomendación 14**, párrafo primero, letra, c), se considera preferible separar en dos el párrafo, de manera que la letra c) se refiera a que se “favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias y género” y, el resto del párrafo, pase a ser

un párrafo independiente, separado por punto y aparte (“A estos efectos, se considera que favorecen la diversidad de género las medidas que fomenten que compañía cuente con un número significativo de altas directivas”). De esta manera (y con el cambio de redacción que se indica a continuación), se evitaría que pareciera que esta letra se está refiriendo solamente a los “consejeros ejecutivos” (es decir, que en las empresas haya “altas directivas” para que se pueda elegir entre ellas a las consejeras ejecutivas) cuando, en realidad, si se favorece la presencia de “altas directivas” en las empresas, se está favoreciendo la existencia de más posibles candidatas para puestos de consejeras (tal vez en sociedades distintas de aquéllas en las que desempeñen sus funciones de alta dirección), pero no, específicamente, de consejeras ejecutivas. La redacción de este párrafo podría ser la siguiente: “A estos efectos de favorecer la diversidad de género en los Consejos de Administración, se debería fomentar que las compañías cuenten con un número significativo de altas directivas”. Alternativamente, en relación con dicho inciso, en la medida en que la Recomendación 14 se refiere al Consejo de Administración y los altos directivos no son miembros de Consejo, se podría considerar su eliminación.

En cuanto a la **Recomendación 15**, la propuesta relativa a que el sexo menos representado debería tener una presencia de, al menos, el 40% de los miembros del Consejo, resulta discutible en este momento:

- En primer lugar, la **Recomendación 14** suponía, hasta ahora, que las sociedades cotizadas tuvieran como objetivo la presencia de un 30% de consejeras, como miembros del Consejo. Por lo tanto, el proceso lógico sería que, de constituir un “objetivo”, el 30% pasara a ser una recomendación “directa” de presencia en el Consejo (durante unos años se habría recomendado tener un objetivo y, llegados a 2020, de recomendarse tener ese objetivo, se pasaría a una recomendación directa de presencia del 30% del sexo menos representado). En esta situación, parece razonable que se pudiera estar durante varios años, ya que éste era el objetivo que se venía recomendando para 2020 y no parece que tenga sentido que, cuando se llega a 2020, se cambie el objetivo.
- Por otra parte, la recomendación directa e inmediata de la presencia de, al menos, el 40% de sexo menos representado en el Consejo, resulta excesiva en este momento, puesto que se estaría llevando a la casi totalidad de las sociedades cotizadas a estar incumpliendo una recomendación que habría aparecido de manera “sorpresiva”. Por lo tanto, sin perjuicio de que se considere elevado, en este momento, el porcentaje del 40% del sexo menos representado, si se llega a introducir el citado porcentaje como recomendación, se considera imprescindible establecer un plazo para alcanzarlo que, siguiendo el precedente de la **Recomendación 14** del Código de Buen Gobierno de 2015, podría fijarse en 5 años.

## **Recomendación 22**

Vigente redacción Código Buen Gobierno	Propuesta modificación Código Buen Gobierno
<p>Que las sociedades establezcan reglas que obliguen a los consejeros a informar y, en su caso, a dimitir en aquellos supuestos que puedan perjudicar al crédito y reputación de la sociedad y, en particular, les obliguen a informar al consejo de administración de las causas penales en las que aparezcan como imputados, así como de sus posteriores vicisitudes procesales.</p> <p>Y que, si un consejero resultara procesado o se dictara contra él auto de apertura de juicio oral por alguno de los delitos señalados en la legislación societaria, el consejo de administración examine el caso tan pronto como sea posible y, a la vista de sus circunstancias concretas, decida si procede o no que el consejero continúe en su cargo. Y que de todo ello el consejo de administración dé cuenta, de forma razonada, en el informe anual de gobierno corporativo.</p>	<p>Que las sociedades establezcan reglas que obliguen a los consejeros a informar y, en su caso, a dimitir <del>en aquellos</del> <u>cuando se den situaciones que les afecten, relacionadas o no con su actuación en la propia sociedad, incluyendo casos de corrupción</u>, que puedan perjudicar al crédito y reputación de la sociedad y, en particular, <u>que</u> les obliguen a informar al consejo de administración de <del>las</del> <u>cualquier</u> causas penales en las que aparezcan como <del>imputados</del> <u>investigados</u>, así como de sus <del>posteriores</del> vicisitudes procesales.</p> <p>Y que, <u>habiendo sido informado o habiendo conocido el consejo de otro modo alguna de las situaciones mencionadas en el párrafo anterior, si un consejero resultara procesado o se dictara contra él auto de apertura de juicio oral por alguno de los delitos señalados en la legislación societaria, el consejo de administración examine el caso tan pronto como sea posible y, a la vista de sus circunstancias concretas, examine el caso tan pronto como sea posible y, atendiendo a las circunstancias concretas, decida si debe o no adoptar alguna medida, como solicitar la dimisión o proponer el cese del consejero, o la apertura de una investigación interna si procede o no que el consejero continúe en su cargo.</u> Y que <u>se informe al respecto de todo ello el consejo de administración dé cuenta, de forma razonada, en el informe anual de gobierno corporativo, sin perjuicio de la información que la sociedad deba difundir, en su caso, en el momento de la adopción de las medidas correspondientes.</u></p>

En EE nos parece, en líneas generales, justificada la modificación señalada, si bien su redacción podría ser objeto de ciertas mejoras técnicas, para adecuarla a la práctica de gobierno corporativo de las compañías a las que se refiere el Código:

(i) la incorporación a la legislación de sociedades o códigos de buen gobierno del término “corrupción” puede no ser adecuada. En primer lugar, porque la corrupción se refiere y se utiliza en términos equívocos. Así, por ejemplo, cuando hablamos de medidas frente a la corrupción, en la legislación de información no financiera. En segundo lugar, porque los temas a los que se refiere la recomendación, que pueden afectar a la reputación de la compañía, son muchos más de los que pudieran entenderse incluidos dentro de ese término. Por último, porque la corrupción no tiene como tal un significado técnico jurídico preciso en nuestro ordenamiento jurídico.

(ii) Es indiscutible que, en el caso de producirse una situación que pueda perjudicar a la reputación de la sociedad, el Consejo deba adoptar, a la mayor brevedad, las medidas precisas para proteger el interés social, en los términos que se señalan a continuación y siempre sin perjuicio de los derechos que corresponden al miembro del Consejo afectado. No debe olvidarse que, el hecho de estar investigado no supone un reproche, como hemos podido advertir tantas veces en la práctica.

(iii) Mencionar en concreto que el Consejo deba decidir sobre el cese del afectado, podría suponer que se tuviera que manifestar con precipitación y antes de que pudieran valorarse las posibles consecuencias y que, en la práctica, se llegara a recomendar la convocatoria de una Junta extraordinaria para el cese, lo que tendría un efecto aún más perjudicial.

En conclusión, resulta aconsejable que, ante este tipo de situaciones, la recomendación sea que la Comisión de Nombramientos examine la situación en concreto y proponga al Consejo, en su caso, la eventual modificación de la idoneidad como consejero del correspondiente miembro del Consejo. En el caso de cambio en su idoneidad, debería hacerse constar en el Informe Anual de Buen Gobierno y, en el momento que fuera posible y oportuno, determinar la propuesta de su cese.

#### Recomendación 24

Vigente redacción Código Buen Gobierno	Propuesta modificación Código Buen Gobierno
Que cuando, ya sea por dimisión o por otro motivo, un consejero cese en su cargo antes del término de su mandato, explique las razones en una carta que remitirá a todos los miembros del consejo de administración. Y que, sin perjuicio de que dicho cese se comunique como hecho relevante, del	Que cuando, ya sea por dimisión o <b>por acuerdo de la junta general otro motivo</b> , un consejero cese en su cargo antes del término de su mandato, explique <b>de manera suficiente</b> las razones <b>de su dimisión o, en el caso de consejeros externos, su parecer</b>

<p>motivo del cese se dé cuenta en el informe anual de gobierno corporativo.</p>	<p>sobre los motivos del cese por la junta, en una carta que remitirá a todos los miembros del consejo de administración.</p> <p>Y que, sin perjuicio de que se dé cuenta de todo ello en el informe anual de gobierno corporativo, en la medida en que sean relevantes para los inversores la sociedad publique el cese, su motivo o circunstancias y las razones o parecer del consejero a la mayor brevedad posible, <del>dicho cese se comunique como hecho relevante, del motivo del cese se dé cuenta en el informe anual de gobierno corporativo</del></p>
--	---

En relación con las modificaciones propuestas a esta Recomendación, entendemos que, en lugar de precisar y aclarar su redacción, se pretende introducir un nuevo supuesto para que, en caso de cese del consejero por acuerdo de la junta general, y en concreto respecto de los consejeros externos, estos expliquen su parecer sobre los motivos del cese por la junta.

La vigente redacción de la Recomendación se refiere a que, cuando un consejero dimita o por “*otro motivo*” cese en su cargo antes del término de su mandato, “*explique las razones en una carta que remitirá a todos los miembros del consejo de administración*”. En este sentido, lo cierto es que su vigente redacción no es suficientemente clara en lo que se refiere al término “*otro motivo*”, pues únicamente serían explicables por parte de un consejero las razones para cesar en el cargo de consejero cuando se ha producido una dimisión, puesto que cuando hay un cese por acuerdo de la junta general, lo más probable es que el consejero no pueda explicar las razones para dicho cese, posiblemente porque las desconozca o porque esté en desacuerdo con las razones expuestas por la compañía, de manera que únicamente podría explicar su parecer sobre los motivos del cese. Además, conviene poner de manifiesto que, una recomendación relativa a explicar el parecer sobre los motivos del cese podría llevar al consejero a incurrir en indefensión, si se viera en la necesidad de dar explicaciones sobre su cese por la Junta General. En este sentido, debemos asimismo recordar que, en determinados supuestos amparados por la ley, como por ejemplo por razón de parentesco o secreto profesional, no se estaría obligado a declarar sobre hechos que presuntamente pudieran ser delictivos. Es, por tanto, en este punto, donde la nueva redacción propuesta entendemos que se extralimita en su aclaración y debería haber eliminado únicamente la parte de la frase “*o por otro motivo*”, que es la que puede generar dudas interpretativas, de forma que quede

circunscrita la Recomendación a informar únicamente sobre las razones del cese de un consejero, cuando se ha producido su dimisión.

Con carácter adicional, entendemos que lo verdaderamente relevante para un inversor es conocer las razones por las cuales un consejero dimite, mientras que, una vez cesado un consejero por la junta general, por el motivo que fuere, el consejero deja de formar parte del consejo de administración de la sociedad y, por tanto, ya no vendría compelido bajo el marco de la recomendación de buen gobierno a dar las explicaciones o razones de su cese si no lo deseara o no lo considerase conveniente.

Por lo tanto, además de que pueda no resultar relevante hacer público *a posteriori* el parecer del consejero sobre su cese, entendemos que las sociedades cotizadas estarían asumiendo como recomendación de buen gobierno la realización de determinados actos -en este caso, el envío de una carta dirigida por el consejero cesado a todos los miembros del consejo de administración- de personas que ya no forman parte del órgano de administración de la sociedad, desde el momento en que la junta general, en cuanto órgano soberano, acuerde su cese; actos de los cuales la sociedad no puede ni debe responder. En consecuencia, tras el cese de un consejero por acuerdo de la junta general, entendemos que no resulta relevante hacer público, *a posteriori*, su parecer sobre los motivos de dicho cese, y tampoco a los efectos de dar cuenta en el informe anual de gobierno corporativo.

Por todo ello, se propone la siguiente redacción para la Recomendación 24:

*“Que cuando, ~~ya sea por dimisión o por acuerdo de la junta general~~, un consejero cese en su cargo antes del término de su mandato, explique de manera suficiente las razones de su dimisión ~~o, en el caso de consejeros externos, su parecer sobre los motivos del cese por la junta~~, en una carta que remitirá a todos los miembros del consejo de administración.*

*Y que, sin perjuicio de que se dé cuenta de todo ello en el informe anual de gobierno corporativo, en la medida en que sean relevantes para los inversores, la sociedad publique el ~~cese, su~~ motivo o circunstancias ~~de su dimisión y las razones o parecer del consejero~~ a la mayor brevedad posible.”*

### Recomendación 37

Vigente redacción Código Buen Gobierno	Propuesta de modificación Código Buen Gobierno
Que cuando exista una comisión ejecutiva, la estructura de participación de las diferentes categorías de consejeros sea similar a la del propio consejo de administración y su secretario sea el de este último.	Que cuando exista una comisión ejecutiva, <u>en ella haya presencia de al menos dos consejeros externos, siendo al menos uno de ellos independiente,</u> <del>la estructura de participación de las diferentes categorías de consejeros sea similar a la del propio consejo de administración</del> <u>y que su secretario sea el</u>

	del <u>consejo de administración de este último</u> .
--	---

En cuanto a que el secretario de la comisión ejecutiva deba ser el del consejo de administración, no se comprende que deba ser exigible tal requisito, al menos en el caso de que el secretario sea no consejero, por lo que se propone, como mínimo para este supuesto, que se permita que el secretario de la comisión ejecutiva pueda ser persona distinta del secretario del consejo. Además, en caso de existir vicesecretario del consejo, también debería contemplarse como posible persona que pudiera ser secretario de la comisión ejecutiva.

#### Recomendación 41

Vigente redacción Código Buen Gobierno	Propuesta de modificación Código Buen Gobierno
Que el responsable de la unidad que asuma la función de auditoría interna presente a la comisión de auditoría su plan anual de trabajo, informe directamente de las incidencias que se presenten en su desarrollo y someta al final de cada ejercicio un informe de actividades.	Que el responsable de la unidad que asuma la función de auditoría interna presente a la comisión de auditoría <u>para su aprobación</u> su plan anual de trabajo, <u>le</u> informe directamente de las incidencias que se presenten en su desarrollo y <u>le</u> someta al final de cada ejercicio un informe de actividades.

Las Directrices de Gobierno Interno EBA (EBA/GL/2017/11, en su apartado 22, párrafo 206), aplicables al sector financiero, requieren que el plan de auditoría interna sea aprobado por el órgano de administración, aspecto que con la nueva redacción no queda recogido (ya que se especifica su aprobación por la comisión de auditoría).

#### Recomendaciones 42, 53, 54<sup>1</sup> y 55

Vigente redacción Código Buen Gobierno	Propuesta modificación Código Buen Gobierno
<u>Recomendación 42</u>  Que, además de las previstas en la ley, correspondan a la comisión de auditoría las siguientes funciones:	<u>Recomendación 42</u>  Que, además de las previstas en la ley, correspondan a la comisión de auditoría las siguientes funciones:

<sup>1</sup> Por razones sistemáticas, atendiendo a la peculiar naturaleza de su contenido, se propone distribuir el texto de la recomendación 53 en dos recomendaciones separadas, la 53 y la 54.

<p>1. En relación con los sistemas de información y control interno:</p> <p>a) Supervisar el proceso de elaboración y la integridad de la información financiera relativa a la sociedad y, en su caso, al grupo, revisando el cumplimiento de los requisitos normativos, la adecuada delimitación del perímetro de consolidación y la correcta aplicación de los criterios contables.</p> <p>b) Velar por la independencia de la unidad que asume la función de auditoría interna; proponer la selección, nombramiento, reelección y cese del responsable del servicio de auditoría interna; proponer el presupuesto de ese servicio; aprobar la orientación y sus planes de trabajo, asegurándose de que su actividad esté enfocada principalmente hacia los riesgos relevantes de la sociedad; recibir información periódica sobre sus actividades; y verificar que la alta dirección tenga en cuenta las conclusiones y recomendaciones de sus informes.</p> <p>c) Establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si resulta posible y se considera apropiado, anónima, las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa.</p> <p>2. En relación con el auditor externo:</p> <p>a) En caso de renuncia del auditor externo, examinar las circunstancias que la hubieran motivado.</p> <p>b) Velar que la retribución del auditor externo por su trabajo no comprometa</p>	<p>1. En relación con los sistemas de información y control interno:</p> <p>a) Supervisar <u>y evaluar</u> el proceso de elaboración y la integridad de la información financiera <u>y no financiera y los sistemas de control y gestión de riesgos financieros y no financieros incluyendo los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medioambientales, políticos y reputacionales, así como los relacionados con la corrupción</u>- relativos <del>a</del> a la sociedad y, en su caso, al grupo, revisando el cumplimiento de los requisitos normativos, la adecuada delimitación del perímetro de consolidación y la correcta aplicación de los criterios contables.</p> <p>b) Velar por la independencia de la unidad que asume la función de auditoría interna; proponer la selección, nombramiento, <del>reelección</del> y cese del responsable del servicio de auditoría interna; proponer el presupuesto de ese servicio; aprobar la orientación y sus <del>planes</del> planes de trabajo anual, asegurándose de que su actividad esté enfocada principalmente <del>hacia en</del> <u>hacia en</u> los riesgos relevantes <del>de la sociedad (incluidos los reputacionales y los relacionados con la corrupción)</del>; recibir información periódica sobre sus actividades; y verificar que la alta dirección tenga en cuenta las conclusiones y recomendaciones de sus informes.</p> <p>c) Establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, <del>de forma confidencial y, si resulta posible y se considera apropiado, anónima</del>, las irregularidades de potencial trascendencia, <del>especialmente</del> <u>especialmente incluyendo las</u> financieras, <del>y</del> contables, <del>o de cualquier otra índole relacionadas con la compañía</del>, que adviertan en el seno de la empresa. <u>Dicho mecanismo deberá</u></p>
--	--

<p>su calidad ni su independencia.</p> <p>c) Supervisar que la sociedad comunique como hecho relevante a la CNMV el cambio de auditor y lo acompañe de una declaración sobre la eventual existencia de desacuerdos con el auditor saliente y, si hubieran existido, de su contenido.</p> <p>d) Asegurar que el auditor externo mantenga anualmente una reunión con el pleno del consejo de administración para informarle sobre el trabajo realizado y sobre la evolución de la situación contable y de riesgos de la sociedad.</p> <p>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, en general, las demás normas sobre independencia de los auditores.</p> <p><b><u>Recomendación 53</u></b></p> <p>Que la supervisión del cumplimiento de las reglas de gobierno corporativo, de los códigos internos de conducta y de la política de responsabilidad social corporativa se atribuya a una o se reparta entre varias comisiones del consejo de administración que podrán ser la comisión de auditoría, la de nombramientos, la comisión de responsabilidad social corporativa, en caso de existir, o una comisión especializada que el consejo de administración, en ejercicio de sus facultades de auto-organización, decida crear al efecto, a las que específicamente se les atribuyan las siguientes funciones mínimas:</p>	<p><u>garantizar la confidencialidad y, en todo caso, incluir supuestos en los que las comunicaciones puedan realizarse de forma anónima.</u></p> <p><u>d) Velar en general por que las políticas y sistemas establecidos en materia de control interno se apliquen de modo efectivo en la práctica.</u></p> <p><b><u>Recomendación 53</u></b></p> <p>Que la supervisión del cumplimiento <u>de las políticas y reglas de la sociedad en materia medioambiental, social y de gobierno corporativo, así como de las reglas de gobierno corporativo</u>, de los códigos internos de conducta, <u>y de la política de responsabilidad social corporativa</u> se atribuya a una o se reparta entre varias comisiones del consejo de administración que podrán ser la comisión de auditoría, la de nombramientos, <u>una</u> <del>la</del> <u>comisión especializada en sostenibilidad o de responsabilidad social corporativa</u> , <u>en caso de existir, u otra o una</u> comisión especializada que el consejo de administración, en ejercicio de sus facultades de auto-organización, <u>decida</u></p>
---	---

<p>a) La supervisión del cumplimiento de los códigos internos de conducta y de las reglas de gobierno corporativo de la sociedad.</p> <p>b) La supervisión de la estrategia de comunicación y relación con accionistas e inversores, incluyendo los pequeños y medianos accionistas.</p> <p>c) La evaluación periódica de la adecuación del sistema de gobierno corporativo de la sociedad, con el fin de que cumpla su misión de promover el interés social y tenga en cuenta, según corresponda, los legítimos intereses de los restantes grupos de interés.</p> <p>d) La revisión de la política de responsabilidad corporativa de la sociedad, velando por que esté orientada a la creación de valor.</p> <p>e) El seguimiento de la estrategia y prácticas de responsabilidad social corporativa y la evaluación de su grado de cumplimiento.</p> <p>f) La supervisión y evaluación de los procesos de relación con los distintos grupos de interés.</p> <p>g) La evaluación de todo lo relativo a los riesgos no financieros de la empresa -incluyendo los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medio ambientales, políticos y reputacionales.</p> <p>h) La coordinación del proceso de reporte de la información no financiera y sobre diversidad, conforme a la normativa aplicable y a los estándares internacionales de referencia.</p> <p><b><u>Recomendación 54</u></b></p>	<p><u>haya decidido</u> crear <del>al efecto</del>. <u>Tal comisión deberá estar integrada únicamente por consejeros externos, siendo al menos dos de ellos independientes, y, a las que se le atribuirán</u> específicamente <del>se les atribuyan</del> las <u>siguientes</u> funciones mínimas <u>que se indican en la recomendación siguiente.</u></p> <p><b><u>Recomendación 54</u></b></p> <p><u>Las funciones mínimas a las que se refiere la recomendación anterior son las siguientes:</u></p> <p>a) La supervisión del cumplimiento de los códigos internos de conducta y de las reglas de gobierno corporativo de la sociedad.</p> <p>b) La supervisión de la estrategia de comunicación y relación con accionistas e inversores, incluyendo los pequeños y medianos accionistas.</p> <p>c) La evaluación periódica de la adecuación del sistema de gobierno corporativo de la sociedad, con el fin de que cumpla su misión de promover el interés social y tenga en cuenta, según corresponda, los legítimos intereses de los restantes grupos de interés.</p> <p>d) La revisión de la política <u>en materia medioambiental y social de responsabilidad corporativa de la sociedad, velando por que esté orientada a la creación de valor.</u></p> <p>e) El seguimiento de la estrategia y prácticas <u>en materia medioambiental y social de responsabilidad social corporativa</u> y la evaluación del <del>su</del> grado de cumplimiento <u>de la política y las reglas correspondientes.</u></p>
---	--

<p>Que la política de responsabilidad social corporativa incluya los principios o compromisos que la empresa asuma voluntariamente en su relación con los distintos grupos de interés e identifique al menos:</p> <p>a) Los objetivos de la política de responsabilidad social corporativa y el desarrollo de instrumentos de apoyo.</p> <p>b) La estrategia corporativa relacionada con la sostenibilidad, el medio ambiente y las cuestiones sociales.</p> <p>c) Las prácticas concretas en cuestiones relacionadas con: accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de conductas ilegales.</p> <p>d) Los métodos o sistemas de seguimiento de los resultados de la aplicación de las prácticas concretas señaladas en la letra anterior, los riesgos asociados y su gestión.</p> <p>e) Los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, la ética y la conducta empresarial.</p>	<p>f) La supervisión y evaluación de los procesos de relación con los distintos grupos de interés.</p> <p><del>g) La evaluación de todo lo relativo a los riesgos no financieros de la empresa incluyendo los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medio ambientales, políticos y reputacionales.</del></p> <p><del>h) La coordinación del proceso de reporte de la información no financiera y sobre diversidad, conforme a la normativa aplicable y a los estándares internacionales de referencia.</del></p> <p><b>Recomendación 55 (actual Recomendación 54)</b></p> <p>Que la política en materia <del>medioambiental y social de responsabilidad social corporativa</del> incluya los principios o compromisos que la empresa asuma <del>voluntariamente en al respecto y en cuanto a</del> su relación con los distintos grupos de interés e identifique al menos:</p> <p>a) Los objetivos de la política <del>de responsabilidad social corporativa y el desarrollo de instrumentos de apoyo</del> y la estrategia corporativa relacionada con la sostenibilidad, el medio ambiente y las cuestiones sociales.</p> <p><del>b) La estrategia corporativa relacionada con la sostenibilidad, el medio ambiente y las cuestiones sociales.</del></p> <p><del>bc) Las prácticas concretas en cuestiones relacionadas con: accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal,</del></p>
--	---

	<p>respeto de los derechos humanos y prevención de conductas ilegales.</p> <p><del>cd</del>) Los métodos o sistemas de seguimiento de los resultados de la aplicación de las prácticas concretas señaladas en la letra anterior, los riesgos asociados y su gestión.</p> <p><del>de</del>) Los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, la ética y la conducta empresarial.</p> <p><del>ef</del>) Los canales de comunicación, participación y diálogo con los grupos de interés.</p> <p><del>fg</del>) Las prácticas de comunicación responsable que eviten la manipulación informativa y protejan la integridad y el honor.</p>
--	--

**Recomendación 42. Funciones de la Comisión de Auditoría en relación con la actual recomendación 54 (53 en el proyecto).**

En relación con las funciones atribuidas a la comisión de auditoría con respecto a los sistemas de información y control interno, la reforma propone modificar la letra a) del apartado 1 de la **recomendación 42**, atribuyendo a la comisión de auditoría la función de supervisar y evaluar el proceso de elaboración y la integridad de la información financiera y no financiera y los sistemas de control y gestión de riesgos financieros y no financieros, así como los relacionados con la corrupción, relativos a la sociedad y, en su caso, al grupo.

En el documento se indica que el objetivo es precisar que, dentro de las funciones de la comisión de auditoría, es deseable incluir la de supervisar la información no financiera, como también se señala en la correspondiente Guía Técnica de la CNMV, y asimismo, atribuir a esta comisión la supervisión de los sistemas de control y gestión de riesgos financieros y no financieros. En paralelo, se modifica la actual recomendación 53 (54 en la propuesta) eliminando la posibilidad de atribuir a otras comisiones distintas de la comisión de auditoría o, incluso, a una comisión que se cree ad hoc, la función de evaluación de todo lo relativo a los riesgos no financieros de la empresa y la coordinación del proceso de reporte de la información no financiera que pasan a ser funciones, con carácter exclusivo, de la comisión de auditoría.

En primer lugar, cabe señalar que, si bien resulta adecuada la atribución a la comisión de auditoría de la función de supervisión del proceso de elaboración de la

información financiera y no financiera, no se especifica qué es y cómo se pretende que se realice la evaluación que se encomienda a esta comisión y qué debe hacerse con el resultado de esa evaluación. En este sentido, parece adecuado que se mantenga en el apartado a), como función encomendada a la comisión de auditoría, la de supervisar el proceso de elaboración y la integridad de la información financiera y no financiera, pero sin extenderla hasta incluir la evaluación de la comisión de auditoría.

Habida cuenta del contenido de la reforma propuesta que se acaba de describir, se considera que debería replantearse la atribución en exclusiva a la comisión de auditoría de las funciones de supervisión y evaluación de todos los riesgos de la empresa, incluidos los no financieros, y del proceso de elaboración e integridad de la información no financiera, permitiendo la posibilidad de que sean examinados por otra comisión especializada, cuando así lo haya decidido el consejo de administración de cada sociedad, en ejercicio de sus facultades de autoorganización.

La propuesta justifica esta atribución exclusiva a la comisión de auditoría en la necesidad de preservar la coherencia con los aspectos financieros a efectos de la gestión y control de riesgos y del reporte de la información anual. Ahora bien, el hecho de reconocer la necesidad de conciliar los riesgos financieros con los no financieros, a efectos de gestión y de elaboración de la información anual no justifica que otras comisiones no puedan tener atribuidas funciones en esta materia. En primer lugar, en cuanto a las funciones de la comisión de auditoría en relación a los sistemas de control y gestión de todos los riesgos de la entidad (financieros y no financieros) resulta conveniente que, bien en la propia recomendación, o, en el texto previo explicativo de la recomendación se reconozca la singularidad de aquellas entidades que cuentan con comisiones especializadas de riesgos, en particular las entidades financieras, sujetas a requisitos sectoriales específicos que han de tenerse en cuenta al valorar el cumplimiento de la recomendación habida cuenta de la necesidad, cuando existe una comisión especializada de riesgos, de que ambas se coordinen de modo apropiado en cuanto a la supervisión de la gestión y control de los riesgos. Máxime cuando se trata de una situación que ya se refleja en la *Guía Técnica de la CNMV 3/2017, sobre Comisiones de Auditoría de Entidades de Interés Público*. Por otro lado, y, como se indicó anteriormente, compartiendo que la comisión de auditoría debe supervisar que la información no financiera incluida en el informe de gestión (bien a través del estado de información no financiera o mediante informe separado) cumple con los requerimientos legales, se considera que puede resultar conveniente que la evaluación del proceso de elaboración de esta información cuente con la participación, cuando existiera, de alguna otra comisión más especializada, en función de sus conocimientos y funciones, sin que se tenga que impedir esta opción por la vía de eliminar la posibilidad de encomendar estas funciones a otra comisión tal y como se recoge hoy en día en la actual recomendación 53 (54 en la reforma propuesta).

A estos efectos, se propone mantener las letras g) y h) de la **recomendación 53** (54 en la propuesta) para permitir que, en aquellos casos en los que el consejo de administración de una sociedad así lo estime conveniente, se pueda atribuir a una comisión distinta de la comisión de auditoría las funciones correspondientes, tanto en

cuanto a la información no financiera como, en su caso, a la evaluación de los riesgos no financieros.

Por otra parte, en relación con el “canal de denuncias” al que se hace referencia en la propuesta de **recomendación 42.1.c)**, se prevé que se incluyan “supuestos en los que las comunicaciones puedan realizarse de forma anónima”, pero no se proporciona ninguna indicación de cuáles deberían ser los supuestos en los que las denuncias sería recomendable que fueran anónimas. Es cierto que pueden ser distintos en unas entidades u otras, pero, si se considera que debe haber algún tipo de denuncia que fuera particularmente útil que fuera anónima, debería mencionarse. En todo caso, es preferible que la opción de que las denuncias sean anónimas o confidenciales sea una decisión de cada entidad.

### **Recomendación 55 (actual recomendación 54) y nueva recomendación 54, letra d)**

Se propone sustituir la referencia a la “política en materia medioambiental y social” por la política “en materia de sostenibilidad”, para aclarar que también se incluyen los aspectos de gobernanza vinculados a la sostenibilidad. Por ello, se proponen las siguientes correcciones:

- a) En la **recomendación 54**, letra d) “la revisión de la política en materia medioambiental y, social **de sostenibilidad**...”.
- b) En la **recomendación 55** (actual recomendación 54) al inicio, “Que la política en materia medioambiental y, social **de sostenibilidad** incluya...”.
- c) Igualmente, en la **letra a) de la recomendación 55** “...la estrategia corporativa relacionada con la sostenibilidad, el medio ambiente y las cuestiones sociales.”

### **Recomendación 59**

<b>Vigente redacción Código Buen Gobierno</b>	<b>Propuesta modificación Código Buen Gobierno</b>
Que el pago de una parte relevante de los componentes variables de la remuneración se difiera por un período de tiempo mínimo suficiente para comprobar que se han cumplido las condiciones de rendimiento previamente establecidas	Que el pago <del>de una parte relevante</del> de los componentes variables de la remuneración se difiera por un período de tiempo mínimo suficiente para comprobar <b>de modo efectivo</b> que se han cumplido las condiciones de rendimiento previamente establecidas. <u>Las entidades incluirán en el informe anual de remuneraciones de los consejeros los criterios en cuanto a periodo mínimo y métodos de comprobación que apliquen a estos efectos en función de la</u>

	<u>naturaleza y características de cada uno de los componentes variables.</u>
--	---

La propuesta de la CNMV es modificar el texto actual, para aclarar que el objetivo de esta recomendación es que se difiera el pago por el periodo de tiempo que, en general, pueda considerarse como suficiente para que las entidades lleven a cabo actuaciones para comprobar de modo efectivo que se han cumplido las magnitudes de rendimiento o condiciones establecidas para la percepción legítima de la retribución variable.

Por parte de EE, proponemos dos redacciones alternativas:

1. Se solicita incluir de nuevo la referencia a “una parte relevante”, ya que eliminar dicha referencia conlleva a la interpretación de que el total de la retribución variable deba ser diferida cuando, en la práctica, es habitual que un porcentaje de la retribución variable sea abonada en el mismo ejercicio, dejando una parte relevante como diferida. Entendemos que la intención detrás de los cambios propuestos está más enfocada, tal y como establece el texto explicativo, a aclarar que las entidades lleven a cabo las comprobaciones necesarias para confirmar que se han cumplido las magnitudes de rendimiento. La implicación de eliminar la referencia a “una parte relevante” no va en línea con lo expuesto en la nota de la recomendación y conlleva a diferir la totalidad de la remuneración variable, sin dar la opción de abonar un porcentaje en el ejercicio en curso y sin diferimiento.
2. Alternativamente, si no es posible volver a incorporar la referencia a “una parte relevante”, se solicita incluir la siguiente mención (resaltada en un color distinto):

*Que el pago de los componentes variables de la remuneración se difiera por un período de tiempo mínimo suficiente para comprobar de modo efectivo que se han cumplido las condiciones de rendimiento previamente establecidas o, en su caso, el reembolso de las cantidades ya abonadas. Las entidades incluirán en el informe anual de remuneraciones de los consejeros los criterios en cuanto a periodo mínimo y métodos de comprobación que apliquen a estos efectos en función de la naturaleza y características de cada uno de los componentes variables*

Ambas propuestas presentadas permiten que se difiera el variable en una parte relevante (y no en su totalidad), tal y como viene siendo práctica habitual. Es importante tener en cuenta, en este punto, que la recomendación 63 ya prevé un derecho de *claw-back* para aquellas cuantías que ya se hayan abonado por lo que, en todo caso, cualquier pago de la remuneración variable que no se ajuste al *malus* previsto en la Recomendación 59 (y se abone sin diferimiento) podría recuperarse igualmente por el *claw-back* de la recomendación 63.

### Recomendación 64

Vigente Gobierno	redacción	Código	Buen	Propuesta Gobierno	modificación	Código	Buen
				Que los pagos por resolución del contrato no superen un importe establecido equivalente a dos años de la retribución total anual y que no se abonen hasta que la sociedad haya podido comprobar que el consejero ha cumplido con los criterios de rendimiento previamente establecidos.	Que los pagos por resolución <u>o extinción</u> del contrato no superen un importe establecido equivalente a dos años de la retribución total anual y que no se abonen hasta que la sociedad haya podido comprobar <u>de manera efectiva</u> que el consejero ha cumplido con los criterios <u>o condiciones de rendimiento</u> <u>previamente</u> establecidos <u>para su percepción</u> .		
					<u>A efectos de esta recomendación, entre los pagos por resolución o extinción contractual se incluirán las indemnizaciones, los importes no previamente consolidados de los sistemas de ahorro a largo plazo que cubran la contingencia de cese en las funciones de dirección, las cantidades que se abonen en virtud de pactos de no competencia post-contractual y cualquier otro abono cuyo devengo u obligación de pago surja como consecuencia o traiga causa de la extinción de la relación contractual que vinculaba al consejero con la sociedad.</u>		

En nuestra opinión, al incluir la Recomendación la obligación de que la sociedad no abone ninguna cantidad hasta que haya podido comprobar, de manera efectiva, que el consejero ha cumplido con las condiciones para su percepción, parece que los pagos por pactos de no competencia no podrían abonarse hasta que no hubiera transcurrido el plazo por el que se ha pactado la no competencia, de forma que resultaría más perjudicado un consejero con el que se hubiera pactado esta cláusula, frente a aquellos con los que no se hubiera pactado ninguna obligación en este sentido e incluso viéndose perjudicados con respecto a otros ejecutivos no consejeros, que ostentarían compensación por el pacto de no competencia, no por funciones relativas a su condición de consejeros, sino a su condición de ejecutivos. Así, la inclusión indiferenciada de los pagos por obligaciones de no competencia, entre los pagos por rescisión del contrato, y su sujeción conjunta al límite de dos anualidades de la

remuneración puede conllevar situaciones discriminatorias difíciles de justificar: mientras que un consejero ejecutivo sin pacto de no competencia puede percibir dos anualidades de remuneración y empezar a trabajar en actividades competitivas desde el día siguiente al de la extinción (con el percibo de las correspondientes remuneraciones por su nueva actividad), el mismo consejero ejecutivo con un pacto de no competencia de dos años de duración, compensado con dos anualidades de su remuneración anual, no podría percibir cantidad adicional en concepto de indemnización, viendo además limitada, a diferencia del anterior, su capacidad de continuar desarrollando actividades profesionales en el sector de su experiencia (durante los años siguientes a la extinción del contrato, mientras uno puede percibir dos anualidades de indemnización, más dos anualidades del importe de su nuevo trabajo, en el mismo sector de actividad, el otro queda limitado, a lo sumo, a las dos anualidades por el pacto de no competencia y lo que pueda percibir por un trabajo en un sector distinto, en el que puede tener menos oportunidades).

A estos efectos, conviene recordar el régimen regulador de las entidades de crédito, que no considera aplicables las reglas de los pagos por terminación del contrato a la contraprestación por el pacto de no competir, siempre que sea razonable y que no encubra verdaderas indemnizaciones (i.e., que no supere los componentes fijos de la remuneración que el profesional hubiese percibido de haber continuado prestando sus servicios a la sociedad, durante el periodo de duración de la restricción de no competir). Esta normativa establece, además, que la contraprestación por el pacto de no competencia sea satisfecha en periodos sucesivos (i.e. durante la vigencia del pacto o a su finalización).

La cuestión de la transparencia, mencionada en la justificación de la propuesta de modificación que precede al texto propuesto de la Recomendación 64, queda suficientemente garantizada por las menciones necesarias en la Política de Remuneración de los Consejeros, previstas en el apartado 1 del art. 529 octodecies de la Ley de Sociedades de Capital, entre las que se incluyen los pactos de no competencia post-contractual, así como en las menciones previstas en el Informe Anual de Remuneraciones de los Consejeros. En consecuencia, se propone ser más explícito en cuanto al pacto de no competencia post-contractual y solicitar que no se incluya dentro de los conceptos indemnizatorios y otras categorías de pagos por resolución o extinción contractual.

Por otro lado, la Recomendación computa, a efectos del límite de dos anualidades por cese, “cualquier otro abono cuyo devengo u obligación de pago surja como consecuencia o traiga causa de la extinción de la relación contractual”, incluyendo, por tanto, todos aquellos importes relacionados con el finiquito de haberes salariales, como la liquidación de la retribución variable anual y a largo plazo que, en su caso, correspondieran al consejero, cuya obligación de pago o devengo en ese momento surge por la extinción de la relación, pero que no deberían computar a

efectos del límite anterior, pues ni constituyen una indemnización como tal, ni conceptualmente se asimilan a una, a diferencia, por ejemplo, de los sistemas de ahorro a largo plazo que cubren la contingencia de cese. Por ello, consideramos que estas cantidades no deberían computar a efectos del límite de dos anualidades, ya que no se tratan de pagos adicionales indemnizatorios, que percibe el consejero como consecuencia de la extinción de la relación contractual, sino que se trata simplemente de una liquidación de las cantidades salariales acumuladas, que le corresponden en virtud de un plan de incentivos, aunque debería aclararse que la remuneración del pacto no deriva directamente de la propia extinción del contrato de trabajo, sino que deriva de la obligación subsiguiente de no concurrir profesionalmente. Esta retribución no se encuadra, además, dentro del límite establecido en el artículo 15.i) de la Ley del Impuesto de Sociedades, a efectos de considerarse gasto fiscalmente deducible (ver Consulta de la DGT V0117-17 de 23 de enero de 2017).

En todo caso, consideramos que la extinción del contrato con el consejero (que abarca, al hablar de “extinción”, cualquier causa, voluntaria o no) debería excluir, a los efectos de computar los importes no previamente consolidados de los sistemas de ahorro a largo plazo, aquellos casos en que la extinción es con motivo de la jubilación del consejero ejecutivo. De lo contrario, podrían darse situaciones con consejeros ejecutivos que han desarrollado toda su carrera en una compañía y han acumulado durante veinte/treinta años importes no consolidados (incluso antes de ser consejeros) que superan con creces esas dos anualidades (no porque los importes sean sustantivos en una determinada anualidad, sino por la acumulación por los años de permanencia en la compañía). En este sentido, debe tenerse en cuenta que el objetivo de la recomendación es que no haya indemnizaciones desproporcionadas que blinden a un consejero en su puesto, no que se produzca un caso como el que señalamos, por lo que, en definitiva, entendemos que la recomendación, con su actual redacción, abarca supuestos que difieren del objeto que la ha motivado.

\*\*\*\*\*

*(14 de febrero de 2020)*