Grant Thornton

Recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo para empresas no cotizadas

2016

Centro de Buen Gobierno

Edita: Centro de Buen Gobierno

Diseño y maquetación: Helios Producción Gráfica

Recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo para empresas no cotizadas

Tomás Garicano Rojas
Pablo Hafner

ÍNDICE

1. Antecedentes y justificación de las recomendaciones 5

2. El gobierno corporativo y las sociedades no cotizadas: nuestra visión del gobierno corporativo en las EIP 8
   2.1. La evolución a lo largo del tiempo del gobierno corporativo en las sociedades no cotizadas 9
   2.2. Nuestro modo de entender el gobierno corporativo en las empresas no cotizadas: gobierno, administración y gestión 13

3. A qué empresas va dirigida nuestra propuesta de recomendaciones 18

4. La situación en España y en otros países europeos 23
   4.1. España. Instituto de Consejeros Administradores, ICA, 2005, "Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas" 23
   4.2. España. Instituto de la Empresa Familiar: "Guía Práctica para el Buen Gobierno de las Empresas Familiares. Javier Quintana. 2012" 24
   4.3. Iniciativas más relevantes en el resto de Europa 25

5. Estructura de la propuesta de recomendaciones y metodología utilizada 26

6. Principios generales de buen gobierno corporativo aplicables a las EIP 28

7. Recomendaciones propuestas para las EIP basadas en la normativa existente y en otros códigos 32
   7.1. El marco legal establecido en los Títulos V y VI de la LSC (sociedades en general) 32
   7.2. Recomendaciones para EIP basadas en el Título XIV de la LSC (Sociedades anónimas cotizadas) 37
   7.3. Recomendaciones basadas en el CBGSC 43
   7.4. Otras recomendaciones complementarias 54

8. El caso de las empresas familiares 58
   8.1. Introducción 58
   8.2. Instrumentos y órganos específicos de la empresa familiar 59

9. Conclusiones finales 64

Anexo 1 66

Anexo 2 69

Biografía 71

1. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES

En el año 2011, el Green Paper de la CE, "The EU Corporate Governance Framework", además de concretar los temas más relevantes desde una perspectiva de buen gobierno corporativo[1], planteaba dos consideraciones previas de notable interés.

La primera, si las normas de gobierno corporativo aplicables a las sociedades cotizadas deberían aplicarse a todas ellas independientemente de su tamaño, o si deberían definirse normas específicas para las empresas cotizadas pequeñas y medianas.

La segunda, dado que parecen claras las ventajas de un buen gobierno corporativo[2] y que éste asunto debería preocupar a todo tipo de sociedades, si deberían fijarse normas específicas de buen gobierno corporativo para las sociedades no cotizadas.

El Green Paper de la CE consideraba que si bien las leyes de obligado cumplimiento ya concretaban determinadas obligaciones y algunas compañías no cotizadas ya incorporaban en su normativa interna algunas de las obligaciones y recomendaciones no obligatorias aplicables a las sociedades cotizadas, la mayor parte de estas recomendaciones no eran seguidas por aquéllas. Además, se resaltaba la importancia, por su tamaño, de buena parte de las sociedades no cotizadas, entre ellas muchas empresas familiares, y se reflexionaba sobre el coste de implantar determinadas recomendaciones en las empresas pequeñas y medianas.

Finalmente, se recordaba la existencia de algunas iniciativas europeas, públicas y privadas, que habían desembocado en diferentes propuestas de códigos para compañías no cotizadas[3].

[1] Disponer de un consejo de administración eficiente y de alto rendimiento, cómo evitar la falta de compromiso de los accionistas con las empresas y cómo mejorar la aplicación y la supervisión del principio "cumplir o explicar".

[2] A título de recordatorio mencionamos resumidamente algunas de las ventajas potenciales de un buen gobierno corporativo: empresas mejor administradas y controladas, mejor control y gestión de riesgos, mayor transparencia, integridad y ética, mayor fiabilidad de la información financiera, mejor reputación corporativa, cumplimiento de la normativa, mayor sostenibilidad económica, medioambiental y social, una mayor creación de valor sostenible a largo plazo, imagen más profesional ante distintos colectivos, atracción de mayor talento.

[3] En un trabajo realizado por Pablo Hafner, "Iniciativas públicas y privadas de códigos de buen gobierno para empresas no cotizadas en Europa", publicado por el Centro de Buen Gobierno IE/GT en el año 2015, se analizan las distintas propuestas y códigos de este tipo existentes en Europa. Este trabajo se puede descargar en la página web www.centrobuengobierno.ie.edu.

En el año 2013, el Ministerio de Economía y Competitividad, con motivo del nombramiento de la "Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo", planteaba, entre otros asuntos, la posibilidad de elaborar un Código de Buenas Prácticas para las sociedades no cotizadas.

En el trabajo desarrollado por la Comisión de Expertos en los años 2013 a 2015, dirigido y coordinado por la CNMV, ésta planteó en sus inicios, entre las materias que podrían ser tratadas en los trabajos de revisión del CUBG[4] vigente desde el año 2006, si dicho CUBG podría ser utilizado como marco de referencia para sociedades no cotizadas y/o que cotizan en otros mercados no regulados o son emisores de otros valores cotizados, o si podría recomendarse su aplicación a empresas no cotizadas con un tamaño determinado.

En el caso de un posible código para empresas no cotizadas con un tamaño determinado se concluyó que tanto el CUBG vigente en ese momento, como el futuro código que se publicara por la CNMV tras los trabajos de la Comisión de Expertos, podían ser un buen punto de partida, para las empresas denominadas Entidades de Interés Público (EIP)[5].

Una cuestión importante al respecto, con carácter previo, era la de determinar el tamaño de una empresa para ser catalogada como EIP y los criterios a utilizar para definirlo[6]. Una vez se hubiera definido, en su caso, el tamaño mínimo, se estimó de nuevo que el GUBG vigente, o el futuro código de buen gobierno, podrían ser una referencia que adaptada a las necesidades de las EIP sirviera de base para publicar un Código aplicable a dichas empresas[7].

No obstante, en el resultado final del proceso de reforma basado en las propuestas de la Comisión de Expertos - la Ley 31/2014 de reforma de la LSC para la mejora del gobierno corporativo y el nuevo "Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas" (CBGSC) de febrero de 2015 - no se contempla referencia específica alguna a un posible código para sociedades no cotizadas. La reforma de la LSC concreta cambios relevantes para todo tipo de sociedades, en los Títulos V y VI básicamente, y cambios notables para las sociedades cotizadas en su Título XIV. El CBGSC, por su parte, dirige sus recomendaciones exclusivamente a las sociedades cotizadas, basándose en el principio de "cumplir o explicar".

Por último, la reciente Ley de Auditoría de Cuentas[8], además de referirse específicamente a las EIP en el capítulo IV, tratando aspectos tan importantes, entre otros, como las incompatibilidades, los servicios prohibidos y la contratación y rotación de auditores, en su Disposición Adicional Tercera exige que las EIP dispongan de una Comisión de Auditoría con la composición y las

[4] CUBG: Código Unificado de Buen Gobierno. CNMV, 2006.

[5] Public Interest Entities (PIE), en su acepción anglosajona.

[6] Más adelante nos referiremos a esta cuestión a la hora de definir las EIP y concretar el tamaño de las empresas a las que dirigimos nuestra propuesta.

[7] Debemos recordar que la reforma de la LSC prevista en ese momento, iba a suponer cambios importantes en todo lo referente a la junta general, los administradores y el consejo de administración, tanto para las sociedades no cotizadas como para las cotizadas.

[8] Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies de la recientemente modificada LSC[9], siempre que no dispongan de un órgano con funciones equivalentes[10].

La Disposición Final Octava de la Ley de Auditoría, por otra parte, habilita al Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Competitividad, para concretar las condiciones que deben cumplir las EIP para ser consideradas como tales.

Recordamos de nuevo que en Europa, y también en España, existen algunas iniciativas y se han publicado distintos códigos dirigidos a empresas no cotizadas, tanto familiares como no familiares.

Lo expuesto en los párrafos anteriores nos muestra con claridad la preocupación existente en distintos ámbitos por la posible aplicación de recomendaciones de buen gobierno corporativo a las empresas no cotizadas, en particular a las EIP y, consecuentemente, el interés y la oportunidad de la propuesta de recomendaciones que exponemos a continuación.

[9] Por la Ley 31/2014, que a su vez ve modificado dicho artículo 529 quindecies por la Ley 22/2015 en su Disposición final cuarta, apartado 20.

[10] La Disposición Adicional tercera es muy detallada y además de lo expuesto, entre otras cuestiones, delimita una serie de entidades exentas de la obligación mencionada, de exención del requisito de independencia en determinadas entidades y consideración de las facultades del ICAC en la normativa reguladora de la auditoría de cuentas en relación con el requisito de independencia y la supervisión de lo establecido en esta Disposición por la CNMV.

2. EL GOBIERNO CORPORATIVO Y LAS SOCIEDADES NO COTIZADAS: NUESTRA VISIÓN DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS EIP

En primer lugar, debemos aclarar que centramos nuestro enfoque en este trabajo, fundamentalmente, en recomendaciones dirigidas al consejo de administración.

Los dos órganos más importantes de una sociedad, desde una perspectiva de gobierno corporativo, son la junta general y el consejo de administración. La junta general es el órgano soberano de las sociedades de capital, sin embargo, desde una perspectiva práctica, el órgano de gobierno más relevante de las sociedades suele ser el consejo de administración. De hecho, aun reconociéndose la necesidad y la utilidad de medidas que permitan mejorar el funcionamiento de la junta general y la mayor involucración y participación de los socios en la vida social, es una realidad que la mayor parte de las recomendaciones o modificaciones legislativas que se producen en distintos países van dirigidas, fundamentalmente, al consejo de administración[11].

Además, en las sociedades no cotizadas, que no suelen tener un número elevado de socios, los problemas de participación y funcionamiento de la junta general no se producen con la misma intensidad que en las sociedades cotizadas.

En segundo lugar, y dado que dirigimos nuestras recomendaciones a empresas no cotizadas de un determinado tamaño, las EIP cuyas características y tamaño definiremos más adelante, nos parece conveniente referirnos a dos cuestiones previas que nos parecen importantes:

- Cómo evoluciona a lo largo del tiempo el gobierno corporativo en las sociedades no cotizadas.

- Nuestro modo de entender el gobierno corporativo en las sociedades no cotizadas: gobierno, administración y gestión.

[11] Por ejemplo, en la reciente reforma del gobierno corporativo producida en España, de las 64 recomendaciones del CBGSC, 53 se dirigen al consejo de administración y sólo 6 a la junta general; en la Ley 31/2014, de los 57 artículos modificados o nuevos de la LSC, sólo 9 afectan a la junta general y 46 afectan a los administradores y al consejo de administración.

2.1. La evolución a lo largo del tiempo del gobierno corporativo en las sociedades no cotizadas

Se entiende por gobierno corporativo, en general, el modo o manera con el que las empresas son dirigidas y controladas. Otro modo de definirlo es como el conjunto de normas, principios y procedimientos que regulan la estructura y el funcionamiento de los órganos de gobierno de una empresa.

Los colectivos implicados en el proceso de gobierno son la alta dirección, los administradores, muchas veces constituidos en consejo de administración, los socios y, además, los grupos de interés o stakeholders. Así, un modelo de gobierno corporativo sólido deberá articular eficientemente las relaciones e intereses de todos esos colectivos defendiendo en último término el interés social, entendido éste como la creación de valor sostenible a largo plazo.

En las grandes compañías, con gran número de socios, particularmente si cotizan en mercados bursátiles, se puede dar un conflicto entre los gestores y los propietarios. Se conoce esta situación como "Problema de Agencia" y se basa en el planteamiento de la llamada "Agency Theory"[12].

Según esta teoría, los propietarios, y los inversores en general, disponen de una serie de mecanismos que les pueden permitir controlar la situación o "Problema de Agencia". De entre ellos, los más importantes son los de carácter directo: el consejo de administración, los contratos de incentivos (es decir el sistema de remuneración de los administradores y los directivos) y la junta general de socios.

Sin embargo, esta visión, basada en la "Teoría de la Agencia", probablemente válida cuando nos encontramos con sociedades cotizadas y accionariado muy diversificado, no es compartida por todos cuando nos encontramos ante empresas que no cotizan en bolsa y que no tienen un gran número de socios.

En estos casos, parece más razonable considerar una teoría alternativa, la "Stewardship Theory", (o "Teoría del Servidor" o del "Administrador Leal"). Se considera en esta teoría que los administradores y los directivos no anteponen sus intereses a los de los socios o a los de la sociedad y que actúan con la diligencia debida en la defensa del interés social y la salvaguarda de los activos de la empresa. No es fácil pensar que en este tipo de empresas, particularmente si son familiares, los altos directivos y los administradores puedan mantenerse en sus puestos si actúan en contra de los intereses de la mayoría de los socios[13].

[12] Berle y Means, plantean en 1932 la separación entre propiedad y control en las grandes corporaciones estadounidenses; más recientemente Jensen y Meckling, 1976, esbozan la "Agency Theory" y los costes de agencia derivados del llamado problema de agencia; se produce éste a causa de la diferencia de intereses entre los principales (los propietarios) y sus agentes (los directivos), cuando éstos anteponen sus propios intereses a los de aquéllos.

[13] Piénsese que en este tipo de empresas, particularmente si son familiares y disponen de consejo de administración, en éste suele estar representado directamente el 100% de los socios.

En nuestra propuesta, considerando el tipo de empresas al que vamos a dirigir nuestras recomendaciones, nos aproximamos más, en principio, a una visión en la que tanto directivos como administradores actúan en una misma dirección y nunca con intereses opuestos a los de la sociedad o de la mayoría de los socios; vemos más aplicable, pues, la "Stewardship Theory".

Es importante distinguir, por otra parte, entre las actividades de gobierno, de dirección, de aprobación de propuestas y de supervisión y control, y las actividades de gestión operativa, del denominado "día a día". Las primeras, en empresas ya evolucionadas, corresponden normalmente a los órganos de gobierno, fundamentalmente el consejo de administración, y las segundas al equipo directivo, que se apoya para ello en la estructura organizativa de la empresa. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

Partiendo de la anterior distinción, es conveniente comentar con brevedad cómo van evolucionando las empresas, en general, a lo largo de su vida y cómo la garantía del éxito y su continuidad dependen de la progresiva profesionalización tanto de la gestión operativa como del gobierno corporativo.

El ámbito en el que se ha analizado más esta cuestión es el de la empresa familiar no cotizada. Creemos, no obstante, que buena parte de las conclusiones que se extraen de dichos análisis son también aplicables a empresas no cotizadas que no son familiares.

Existen distintos modelos que consideran la evolución de la gestión y del gobierno corporativo a lo largo del tiempo; de entre ellos utilizamos como referencia el de los profesores Gallo y Amat (2003)[14] que hemos adaptado en el cuadro siguiente:

Cuadro 1

Tipo de familia	Tipo de propiedad	Tipo de empresa según su orientación estratégica		
		Mononegocio	Multinegocio relacionado	Cartera negocios diversificada
Familia extensa multigeneracional	Consorcio de primos			
Familia nuclear ampliada	Comunidad de hermanos			
Familia nuclear	Propiedad única			
Tipo estructura organizativa		Estructura funcional	Estructura divisional	Estructura holding
Tipo de empresa familiar		Empresa de trabajo familiar	Empresa de dirección familiar	Empresa de gobierno familiar

[14] "Los secretos de las empresas familiares centenarias", Miguel Ángel Gallo y Joan Amat, Colección del Instituto de la Empresa familiar, Ediciones Deusto.

Se trata de un modelo en el que observa cómo la empresa va evolucionando a lo largo de varios ejes conforme va creciendo el volumen de sus actividades, es decir su cifra de ventas, y sus operaciones se tornan más complejas.

En primer lugar considera dos ejes, el tipo de familia y el tipo de propiedad. Lógicamente se producen transiciones generacionales a lo largo de la vida de la empresa que definen el tipo de familia y el de propiedad, de forma que cuando se producen dichas transiciones aumenta el número de socios y el número de familiares, que pueden pertenecer, por otra parte, a distintas generaciones. El mayor número de socios y la confluencia de más de una generación conllevan la necesidad de contar con órganos de gobierno cada vez más desarrollados, lo que puede suponer, por ejemplo, pasar de un sistema de administrador o administradores personas físicas, a contar con un consejo de administración.

Desde otra perspectiva, las empresas evolucionan a lo largo de un eje que viene determinado por su orientación estratégica: las operaciones se vuelven más complejas y se diversifican los negocios[15]. La progresiva complejidad operativa suele originar la necesidad de ir profesionalizando progresivamente la gestión, ya que puede resultar difícil encontrar el talento y los conocimientos necesarios entre los familiares o los propietarios.

La mayor complejidad de las operaciones, suele comportar la evolución de la estructura organizativa, de forma que se pasa a disponer de estructuras y herramientas jurídicas más sofisticadas.

Finalmente, evoluciona también el grado de participación de la familia en la gestión operativa y en el gobierno de la empresa. Se pasa de un modelo de trabajo familiar, en el que la familia se ocupa de la gestión y, en su caso, del gobierno de la empresa, a un modelo de empresa de dirección familiar, con una participación de los miembros de la familia en tareas de dirección y que a partir de un cierto grado de complejidad supone la entrada de directivos no familiares. Por último se llega a una empresa de gobierno familiar, en la que los propietarios forman parte del consejo de administración y, en muchas ocasiones, no forman parte de la alta dirección.

Es importante considerar, complementariamente, cómo evoluciona en este tipo de empresas, a lo largo del tiempo, el papel del consejo de administración. Mostramos en el cuadro siguiente un modelo de cinco etapas, basado en el modelo de Gallo y Charan (cuadro 2) de tres etapas, desarrollado por Amat, Garicano, "et al." en un trabajo que se puede descargar de la página web del Centro de Buen Gobierno[16]. El modelo relaciona el grado de actividad de gobierno con la existencia y el papel representado por el consejo de administración.

[15] A título meramente informativo, en el Anexo 1, exponemos algunos datos y conclusiones de un informe del Círculo de Empresarios sobre la empresa mediana española en el que se consideran algunos factores relevantes en la evolución de este tipo de empresas. Curiosamente, no aparecen referencias a la profesionalización de la gestión o del gobierno corporativo.

[16] "El gobierno corporativo en la empresa familiar", Joan Amat, Tomás Garicano, Cristina Cruz, Elena Morales; www.centrobuengobierno.ie.edu

Cuadro 2

	Poca actividad de gobierno		Transición	Mayor actividad de gobierno	
Etapa	1	2	3	4	5
Consejo	No hay/inactivo	Pasivo/ceremonial	Consejo familia o Consejo familiar	Consejo activo	Consejo útil
Participantes	Relaciones informales	Accionistas familia y directivos	Familiares, directivos y algún externo	Más externos pero minoría	Mayoría externos
Perfil externos	No externos	Externo de confianza de la familia	Externos de confianza	Externos profesionales	Externos profesionales
Nº reuniones	Sin calendario	1-3	3-4	5-6	8-10
Nº consejeros	0	Accionistas, hijos y asesor legal	Padres-hijos y 1/2 externos	7-8 (2/3 externos)	7-8 (4/5 externos)
Orden del Día	No	50% casos	Sí, dos semanas antes	Sí, 2 semanas antes	Sí, 2 semanas antes
Información con antelación	No	No	Sí pero sin antelación	Sí, 2 semanas antes	Sí, 2 semanas antes
Asistencia regular	No	No siempre	No siempre	Sí	Sí
Comisiones	No	No	Alguna familiar	Sí, 50% casos	Sí
Dinámica consejo	Inactivo	Muy pasivo	Emocional	Interactivo	Muy interactivo

La no existencia de consejo de administración en la etapa 1 no implica que no haya actividades de gobierno sino que éstas se solapan con las de gestión y son desempeñadas por los directivos y administradores personas físicas.

Se observa la evolución de las actividades del consejo de administración y su progresiva sofisticación y profesionalización, incluida en las últimas etapas la presencia de consejeros no ejecutivos profesionales. La presencia de independientes tal y como se entienden, por ejemplo, en la LSC, es menor que la de profesionales en las empresas consideradas en el análisis de estos autores. Más adelante nos referiremos con mayor profundidad a esta cuestión.

Adicionalmente, en relación con este asunto, el Código Buysse[17], en su parte introductoria, distingue cuatro fases en la evolución del gobierno corporativo que acompaña a la evolución del negocio:

- Fase 1. Espíritu emprendedor sólido: no existe un sistema de gobierno corporativo estructurado y lo importante son los fundadores de la empresa y su espíritu emprendedor.

[17] Iniciativa belga de código de buen gobierno para empresas no cotizadas familiares y no familiares.

- Fase 2. Consejo asesor ("advisory council"): utilizan este órgano como instrumento de apoyo y de contraste de la dirección emprendedora.

- Fase 3. Consejo de administración activo: consejo de administración que se formaliza y se profesionaliza progresivamente. Se van incorporando consejeros no ejecutivos y el consejo tiene gran participación en todos los asuntos importantes, particularmente en los relacionados con la estrategia y los riesgos.

- Fase 4. Expansión continuada de los instrumentos de gobierno: se perfeccionan los instrumentos de supervisión y control y aparecen los comités del consejo (auditoría, riesgos, nombramientos, retribuciones, etc.).

Las conclusiones que podemos extraer de lo expuesto hasta ahora en este apartado son las siguientes, considerando que lo que acontece en la empresa familiar no cotizada es extrapolable a la empresa no familiar no cotizada:

- A lo largo del tiempo las empresas van evolucionando, en términos de separación entre las actividades de gestión y las actividades de gobierno.

- En las fases iniciales del ciclo de vida de una empresa, ambas actividades son desempeñadas por los directivos y los administradores, no existiendo consejo de administración, o representando éste un papel meramente testimonial y de puro formalismo jurídico. En etapas más avanzadas, suele producirse una delegación de las funciones del consejo de administración, cuando éste existe, en consejeros delegados o comisiones ejecutivas

- Conforme la empresa va creciendo y sus actividades se vuelven más complejas se produce, en primer lugar, una profesionalización de la gestión operativa del negocio y, en segundo lugar, una formalización y profesionalización de las tareas de gobierno que son desempeñadas por el consejo de administración. Puede existir un solape entre las últimas fases de profesionalización de la gestión y las primeras de creación y formalización de un consejo de administración.

- Cuando las empresas han profesionalizado su gobierno corporativo adecuadamente nos encontraríamos, en teoría, con un consejo de administración que debería cumplir en buena medida, en teoría, con las recomendaciones usuales de buen gobierno corporativo.

2.2. Nuestro modo de entender el gobierno corporativo en las empresas no cotizadas: gobierno, administración y gestión

En nuestra opinión, un asunto fundamental a la hora de analizar esta cuestión es definir cómo contemplamos la función del consejo de administración desde una perspectiva de gobierno,

administración y gestión operativa. La pregunta clave es si el consejo de administración debe ocuparse de la gestión operativa de la empresa o no.

Los diccionarios de la lengua no ayudan a resolver la cuestión con claridad: cuando se refieren a gobierno se habla de dirigir, ordenar, disponer, orientar, guiar o aconsejar, y en el caso de gestionar se menciona ejecutar, dirigir o administrar. Si nos referimos a sinónimos, al hablar de gestión también parece que hablamos de dirección y administración, por lo que tampoco resolvemos la cuestión separando con claridad un concepto del otro. Por otra parte, para algunos expertos, ambos términos vienen a significar lo mismo. Vemos pues que puede existir una cierta confusión terminológica.

Desde una perspectiva legal, la LSC, ni en su título VI ni en su título XIV es absolutamente clara al respecto. En el artículo 209, "Competencia del órgano de administración", menciona como competencias de los administradores la gestión y la representación de la sociedad. Como vemos, en el mismo artículo aparecen dos palabras, administración en su título y gestión en su contenido, que como hemos dicho pueden significar para algunos lo mismo, pero para otros no.

En la práctica, en la pequeña y mediana empresa este problema, como hemos comentado anteriormente, casi no se plantea. Los administradores gestionan la compañía directamente y si existe consejo de administración, se delega en alguno o algunos de los administradores sus facultades[18]. Es decir, se produce una confusión entre las tareas de gobierno y la gestión operativa, es decir el "día a día" o realización de las tareas diarias.

Esta situación cambia cuando la empresa crece y se hace más compleja: en ese caso suele existir una gestión progresivamente profesionalizada y un órgano de gobierno que conforme se va profesionalizando, abandona su enfoque de gestión y se centra en las tareas de aprobación, supervisión y control.

En el artículo 249 bis de la LSC, "Facultades indelegables del consejo de administración", no aparece el término gestión o ejecución: se menciona la supervisión, la determinación de políticas y estrategias generales, la formulación de cuentas e informes, el nombramiento, destitución y retribuciones de consejeros delegados y de la alta dirección, la autorización o dispensa de obligaciones, la convocatoria de la junta general o la política de participaciones propias.

Si, además, recordamos el artículo 529 ter, de la LSC, "Facultades indelegables del consejo de administración", en el caso de sociedades cotizadas, nos encontramos con lo mismo: la palabra gestión no aparece y se opta claramente por un consejo con un poder de definición de políticas o estrategias, de aprobación de propuestas y operaciones de importancia, y de supervisión y control.

[18] Recordemos, no obstante, que las posibilidades de delegar en consejeros delegados o comisiones ejecutivas las funciones del consejo de administración se han visto seriamente limitadas tras la última modificación de la LSC, Ley 31/2014; en sus artículos 249 bis y 529 ter, este último en el caso de las sociedades cotizadas, se detallan las facultades indelegables del consejo de administración.

Como hemos visto anteriormente, las empresas a las que dirigimos este código como veremos más adelante las EIP (Entidades de Interés Público) de cierto tamaño, han pasado durante su desarrollo de una etapa, cuando son pequeñas y medianas, en las que probablemente los administradores o el consejo de administración, si existía, se ocupaban de la gestión operativa, del "día a día", a una situación en la que sin duda se ha profesionalizado la gestión, de la que se ocupan los directivos, y se encuentran, si no lo han hecho ya, en la fase de profesionalización de su gobierno corporativo, es decir fundamentalmente del consejo de administración; según el Cuadro 2, deberían encontrarse en las etapas 4-5. Seguramente, el tamaño de estas empresas y su mayor complejidad operativa y organizativa les ha llevado necesariamente a esa situación.

Como consecuencia de lo expuesto en los párrafos precedentes nuestra visión del gobierno corporativo en las EIP que consideramos en nuestra propuesta y que definimos en el apartado siguiente es, en términos generales, clara y simple:

- El consejo de administración se configura como un órgano fundamentalmente de aprobación, supervisión y control[19], asumiendo por supuesto sus facultades y responsabilidades legales.[20]

- El primer ejecutivo, y la alta dirección que de él depende, apoyándose en la estructura organizativa, son los encargados de la implementación de la estrategia, de la gestión operativa y de las tareas diarias - del "día a día" - de la ejecución o puesta en práctica de las políticas y de los acuerdos adoptados por el consejo de administración y, en su caso, del ejercicio de las facultades que de acuerdo con la ley se les hubiera delegado[21]. En este sentido, consideramos necesaria la presencia en el consejo de administración, como mínimo, del primer ejecutivo[22].

Por último, es conveniente plantear otra cuestión, de gran relevancia, relacionada con el objetivo de una empresa en términos del diseño de su modelo de gobierno corporativo: ¿Se busca un cumplimiento formal de la normativa legal y de las recomendaciones de buen gobierno, o se pretende ir más allá del cumplimiento formal y, en su caso, disponer de un consejo de administración de alto rendimiento?[23]

[19] En este punto es recomendable recordar un aforismo de uso común en el Reino Unido, país de referencia en el campo del buen gobierno corporativo, que contempla el enfoque del consejo de administración: "nose in, hands out" o "nariz dentro, manos fuera". Entendemos que recoge perfectamente el enfoque que asumimos en este trabajo.

[20] Desde una perspectiva mercantil, las facultades indelegables y sus responsabilidades se hayan reguladas, básicamente, en los Títulos VI y XIV de la LSC. También existen responsabilidades penales, medioambientales, fiscales y laborales que no abordamos en este trabajo.

[21] En el caso del plan estratégico, por poner un ejemplo, es el primer ejecutivo, ayudado por la alta dirección en el proceso de formulación de la estrategia, el que presenta dicho plan al consejo de administración, que en su caso lo aprueba, siendo el primer ejecutivo y la alta dirección los encargados de implementarlo y el consejo de administración quien supervisa y controla su puesta en funcionamiento.

[22] CEO ("Chief Executive Officer") en nomenclatura anglosajona o consejero-delegado/director general en la nomenclatura española (algunos expertos proponen la existencia de dos figuras separadas, el consejero delegado y el director general; no nos parece una estructura adecuada). Podría tener presencia en el consejo otro alto directivo, en cuyo caso recomendamos que sea el director financiero. En principio, no recomendamos la presencia de más de dos altos directivos en el consejo de administración.

[23] Más adelante concretamos las características de un consejo de administración de alto rendimiento.

Sin ánimo de teorizar en demasía sobre esta cuestión, entendemos que el cumplimiento formal, de las normas legales y en su caso de recomendaciones voluntarias, es el mínimo que debe satisfacer cualquier sociedad que pretenda cumplir con la normativa existente.

Ir más allá y buscar el cumplimiento real, que es lo que recomendamos, implicaría, en primer lugar, alinear:

- La formulación estratégica de la empresa: misión, visión, valores, objetivos.

- El modelo de gobierno corporativo: principios, políticas y marco normativo interno (reglamentos de la junta general y del consejo de administración, código ético, código de conducta, etc.).

- La cultura corporativa: es decir el modo efectivo de hacer las cosas, el conjunto de creencias, actitudes y conductas que determinan el modo de actuar la empresa internamente, con sus empleados, y externamente, con los grupos de interés.

Entendemos, por otra parte, que no es suficiente disponer de grandes declaraciones de intenciones o de códigos éticos o de conducta magníficamente escritos; es necesario que el comportamiento de la empresa, interno y externo, sea el adecuado, lo que supone:

- Que existan declaraciones de valores y compromisos escritos y formalizados.

- Que se dé ejemplo de comportamiento desde "arriba", sobre todo desde el propio consejo de administración y la alta dirección.

- Que exista una imbricación de dichos principios y pautas de comportamiento en la estructura organizativa: esto implica el compromiso del consejo y de la alta dirección y que la organización reciba información y formación al respecto.

- Monitorizar los comportamientos en la práctica, complementándolo con la creación de los oportunos canales de comunicación y denuncia[24].

- Que exista un sistema de incentivos que premie los comportamientos adecuados.

- Que se informe adecuadamente sobre estas cuestiones.

- Que se creen órganos de gobierno que se ocupen de estas cuestiones.

[24] Conocidos como "speak up" o "whistleblowing" en la terminología anglosajona.

En segundo lugar, se requeriría disponer de un consejo de administración de alto rendimiento, es decir de un órgano de administración que desarrollara su labor de gobierno eficientemente actuando de un modo diligente, que ejerciera el liderazgo de la organización, que estuviera profesionalizado, que tuviera una composición, estructura e información adecuados, que dispusiera de una agenda de reuniones y asuntos a tratar planificada con antelación, que dispusiera de procesos clave eficientes (por ejemplo, estratégicos, de sucesión, de evaluación, etc.), que supervisara y controlara la labor de los directivos, que desarrollara una dinámica de trabajo, de toma de decisiones y de relaciones con la alta dirección adecuadas, que considerara los intereses de los accionistas y del resto de grupos de interés y que buscara la creación de valor sostenible a largo plazo.

Como conclusión final, entendemos en nuestra propuesta que se busca, en términos de buen gobierno corporativo, un cumplimiento no únicamente formal, sino también real, basado en un enfoque estratégico y en una cultura corporativa oportuna, con el objetivo último de convertir al consejo de administración en un órgano de alto rendimiento.

3. A QUÉ EMPRESAS VA DIRIGIDA NUESTRA PROPUESTA DE RECOMENDACIONES

Es importante concretar el tipo de empresas a las que se dirige esta propuesta y precisar los límites, desde una perspectiva cuantitativa, a partir de los cuales consideramos una empresa como EIP.

Recordemos, en primer lugar, la importancia de la empresa no cotizada en España: dichas empresas representan más del 85% del tejido industrial y de la actividad empresarial.

Por otra parte, aunque la vigente LSC contiene normas específicas para los administradores y los consejos de administración de las sociedades cotizadas y no cotizadas, no debemos olvidar que el grueso de normas de obligado cumplimiento de gobierno corporativo, y el propio CBGSC, de aplicación voluntaria este último, se dirigen a las compañías cotizadas.

El universo de las empresas no cotizadas es amplio y diverso. Se pueden encontrar, empresas grandes, medianas y pequeñas, empresas familiares - con sus conocidas peculiaridades - y empresas no familiares, por último, empresas privadas y empresas propiedad de entes públicos.

Una forma de responder a la pregunta formulada en este apartado, bastante generalizada por otra parte, es definir como EIP aquellas empresas que alcanzan un umbral determinado en términos de tamaño, que operan en un sector regulado y supervisado o que se trate de empresas cotizadas[25].

En este trabajo nos centramos en las EIP definidas exclusivamente por su tamaño, en facturación o número de empleados, no considerando las EIP que así son definidas por tratarse de entidades de crédito, aseguradoras, empresas cotizadas, incluido el MAB, empresas de servicios de

[25] Según la Directiva 2014/56 del parlamento Europeo y del Consejo se consideran EIP:

a) las entidades sometidas a la legislación de un Estado miembro cuyos valores se admitan a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 14, de la Directiva 2004/39/CE;
b) las entidades de crédito, según se definen en el artículo 3, apartado 1, punto 1, de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (16), distintas de aquellas a las que se refiere el artículo 2 de dicha Directiva;
c) las empresas de seguros, en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 91/674/CEE, o
d) las entidades designadas por los Estados miembros como entidades de interés público, como por ejemplo empresas que revistan una importancia pública significativa debido a la naturaleza de su actividad, su tamaño o su número de empleados".

El artículo 15 del Reglamento de la Ley de Auditoría, recientemente modificado, va más allá e incluye además a las cotizadas en el MAB, empresas de servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, fondos de pensiones y fundaciones bancarias, con ciertos requisitos.

inversión o de inversión colectiva, fondos de pensiones y fundaciones bancarias; es decir sólo consideramos la reflejadas en el apartado 1 e) del artículo 15 del Reglamento de la Ley de Auditoría, recientemente modificado, tal y como veremos más adelante.

Si nos referimos al criterio del tamaño, se trata categorizar las EIP en función de unos requisitos cuantitativos específicos. Los requisitos para establecer dicho tamaño suelen ser tres en la normativa europea: la cifra de ventas, el volumen de activos del balance y el número de empleados. No se trata de cumplir con los tres requisitos al mismo tiempo, sino al menos con dos de ellos. Una vez establecido un umbral mínimo aceptable, se aplicarían las recomendaciones a las empresas que lo traspasasen.

La normativa europea, fundamentalmente en la Directiva del Parlamento Europeo 34/2013, de 26 de junio, esboza cuatro categorías de empresas y grupos:

- Microempresas. Aquellas que cumplen con dos de los tres requisitos siguientes en la fecha de cierre del balance: no rebasar un volumen de activos de 350.000 €, unas ventas netas de 700.000 € y un número medio de empleados de 10.

- Empresas pequeñas. Aquellas que cumplen con dos de los tres requisitos siguientes, en la fecha de cierre del balance: no rebasar un volumen de activos de 4.000.000 €, unas ventas netas de 8.000.000 € y un número medio de empleados de 50. Límites válidos para grupos matriz-filiales.

- Empresas medianas. Aquellas que cumplen con dos de los tres requisitos siguientes, en la fecha de cierre del balance: no rebasar un volumen de activos de 20.000.000 €, unas ventas netas de 40.000.000 € y un número medio de empleados de 250. Límites válidos para grupos matriz-filiales.

- Empresas grandes. Aquellas que cumplen con dos de los tres requisitos siguientes, en la fecha de cierre del balance: superar un volumen de activos de 20.000.000 €, unas ventas netas de 40.000.000 € y un número medio de empleados de 250. Límites válidos para grupos matriz-filiales.

Nos parece que, desde la perspectiva de esta norma, sólo tendría sentido hablar de códigos con recomendaciones de buen gobierno corporativo en el caso de sociedades que estuvieran en la categoría de empresas grandes. La razón tendría que ver con los costes de implantación y funcionamiento del sistema de gobierno corporativo y con su grado de complejidad, en el caso de aplicarse a empresas de menor tamaño.

Además, por debajo de ese umbral se trataría de empresas que, en principio, no habrían avanzado mucho en el proceso de formalización y profesionalización del gobierno corporativo.

No obstante, creemos que conviene concretar todavía más el tamaño referido para considerar una empresa como EIP, porque el límite establecido en esta Directiva para ser considerada una empresa como grande nos parece relativamente bajo; de hecho el número de compañías que tendrían dicha consideración, susceptibles por ello de ser consideradas EIP, sería muy grande en algunos países, particularmente en España donde abundan las empresas pequeñas y medianas.

En España, los requisitos establecidos para considerar una empresa como EIP son dos: la cifra de ventas y el número de empleados. Recordemos que nuestra propuesta no se dirige a otras entidades de interés público definidas en la normativa legal tales como las entidades de crédito, las aseguradoras, las cotizadas, incluido el MAB, servicios de inversión o instituciones de inversión colectiva, fondos de pensiones o fundaciones bancarias.

En el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Auditoría anterior[26], se establecía que se considerarían entidades de interés público aquéllas que durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre, tuvieran una cifra de ventas superior a 200.000.000 de € o un número de empleados superior a 1.000.

Como hemos mencionado anteriormente, la nueva Ley de Auditoría de Cuentas se refiere, entre otras cuestiones, a las EIP, exigiendo que éstas tengan obligatoriamente una Comisión de Auditoría, lo que ha llevado a una modificación de los requisitos para que una empresa sea considerada EIP.

El Real Decreto 877/2015 de 2 octubre, entre otros asuntos tratados, modifica, en su Disposición Final 1ª, el artículo 15 del Real Decreto 1517/2011, donde se definen las características de las entidades de interés público, concretando en su apartado 1 e), que se tratará de empresas que durante dos ejercicios consecutivos a fecha de cierre tengan una facturación superior a 2.000.000 millones de € y a 4.000 empleados, respectivamente[27].

En nuestra opinión, los límites anteriores - más de 200 millones de facturación y más de 1.000 empleados - son relativamente bajos y puede que sea costoso y complejo implantar un sistema de gobierno corporativo adecuado para muchas empresas que superen esas dimensiones.

Sin embargo nos parecen excesivamente altos los límites establecidos en la nueva normativa, 2.000 millones de euros de cifra de ventas y 4.000 empleados. Creemos que quedarían fuera de la consideración de EIP muchas empresas de muchos sectores clave en la economía española. Sin dar nombres concretos podemos mencionar sectores como el de bebidas, el de alimentación o el industrial, en los que existen muchas empresas grandes, con un alto impacto económico, social y medioambiental, que no llegan al nivel establecido en la nueva normativa.

[26] Real Decreto 1517/2011 de 31 de diciembre, reglamento en el que se desarrolla la Ley de Auditoría de Cuentas (RDL 1/2011).

[27] En la nueva normativa se dice "superior a 2000.000.000 de € y a 4.000 empleados, respectivamente", mientras que en la anterior se decía "superior a 200.000.000 de € o a 2.000 empleados", lo que parece indicar que en el futuro se tendrían que cumplir los dos requisitos de cifra de ventas y número de empleados.

Por ello, proponemos un límite entre ambas alternativas, mayor que el contemplado en la antigua normativa y menor que el nuevo límite legal, que establece que deberían ser consideradas EIP aquellas empresas, o grupos de empresas, no cotizadas, que cumplieran durante dos años consecutivos con alguno de los dos requisitos siguientes:

- Cifra de ventas superior a 750.000.000 de € al año.

- Plantilla media anual superior a 1.500 empleados[28].

Pensamos que las empresas de este tamaño pueden asumir los costes y la complejidad que la puesta en marcha de un sistema de gobierno corporativo como el que proponemos pueda conllevar[29].

Lógicamente, creemos que las empresas del tamaño definido anteriormente se encontrarán en una etapa de su ciclo vital en la que la profesionalización de la gestión esté bastante avanzada, si no completada, y su gobierno corporativo haya progresado en su proceso de formalización y profesionalización.

Conviene, por otra parte, referirse a la situación de empresas que superan los límites que hemos establecido y que son filiales de empresas multinacionales. En este caso, creemos que si estas empresas cuentan con un sistema de gobierno corporativo adaptado a recomendaciones de buen gobierno aceptadas internacionalmente, que se aplica en la sociedad matriz, no incluiríamos a dichas empresas como destinatarias de nuestras recomendaciones. No obstante, si decidieran diseñar un sistema "ad hoc" para la filial, o no lo tuvieran en origen, sí que podrían servirles nuestras recomendaciones[30].

Recordemos de nuevo que no incluimos en nuestra propuesta, a pesar de ser consideradas como EIP por la legislación vigente, ni a las empresas cotizadas[31], ni a las entidades de crédito, ni a las entidades aseguradoras[32], ni a las contempladas en los apartados b), c) y d) del artículo 15 del Reglamento de la Ley de Auditoría anteriormente mencionado.[33]

Dirigimos las recomendaciones de nuestra propuesta a las empresas definidas anteriormente, independientemente de que se trate de empresas familiares o no familiares. No obstante, en el caso de las empresas familiares, añadimos un capítulo más adelante con algunas reflexiones y recomendaciones específicas para ellas.

[28] A partir de este momento cuando hablemos de EIP nos estaremos refiriendo a EIP que cumplan con alguna de estas dos características.

[29] Estamos hablando, desde una perspectiva de la cifra de ventas, de unas 200 empresas de estas dimensiones en España. Si tuviéramos en cuenta que muchas de ellas son filiales de multinacionales, el número se reduciría a poco más de la mitad.

[30] De las 200 empresas con dimensiones como las propuestas, aproximadamente el 40% son filiales de multinacionales.

[31] Es importante recordar que a partir de la definición de EIP anterior, al referirnos a EIP estaremos asumiendo que se trata de EIP no cotizadas.

[32] En estos casos, las empresas se ven sometidas a una regulación específica que no tenemos en cuenta en este trabajo.

[33] Las 200 empresas referidas anteriormente no contemplan las empresas mencionadas en este párrafo.

Además, debe tratarse de empresas de propiedad privada. Entendemos que las empresas de titularidad pública[34] disponen en buena medida de su propia normativa, aunque es cierto que las recomendaciones que exponemos a continuación podrían ser una buena referencia incluso para ellas.[35]

Por último, definido nuestro límite, creemos que buena parte de las recomendaciones que proponemos también pueden servir de referencia para empresas de un tamaño menor. De hecho, estimamos que las empresas con una facturación entre 250 y 750 millones de euros y/o entre 500 y 1.500 empleados, podrían utilizar como referencia las recomendaciones que proponemos adaptándolas, en su caso, a sus características y necesidades.

[34] En el Anexo 2 nos referimos brevemente a este tipo de empresas desde la perspectiva de los principios de la OCDE.

[35] Ejemplos de leyes que afectan a este tipo de empresas son la Ley del Patrimonio del Estado, la Ley de Régimen Local o, en su caso, la Ley General Presupuestaria.

4. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA Y EN OTROS PAÍSES EUROPEOS[36]

En la actualidad existen en España dos iniciativas concretas que contienen, con distintos estilos, principios y propuestas de buen gobierno corporativo para las empresas no cotizadas. En Europa también se han publicado varios códigos o guías.

4.1. España. Instituto de Consejeros Administradores, ICA, 2005, "Principios de Buen Gobierno Corporativo para Empresas No Cotizadas"

Se trata de un "código de buenas prácticas para los administradores, consejeros y el consejo", según afirman en su introducción.

Plantea un modelo evolutivo para la pequeña y mediana empresa con distintos niveles de gobierno de carácter acumulativo: conforme la empresa va creciendo, su sistema de gobierno corporativo se va completando y mejorando.

Centra sus recomendaciones en tres ámbitos fundamentales:

- El consejo de administración: contempla tres fases sucesivas en las que partiendo de la inicial en la que se consideran aspectos básicos (profesionalización de la empresa, consejo asesor, consejo con accionistas y ejecutivos, composición, reuniones, orden del día y actas, información del consejero, auditoría de cuentas y secretario del consejo), una segunda fase en la que el consejo añade funciones y una mayor formalización (reglamento del consejo, incorporación de consejeros profesionales independientes, estatuto del consejero, formación de los consejeros, elección y remuneración de los consejeros, transparencia y conflictos de interés) y, por último, la tercera fase en la que aparecen las diferentes comisiones del Consejo (auditoría, nombramientos, remuneraciones), los sistemas de gestión y control y la evaluación del Consejo, sus miembros y sus comisiones. En un anejo, detalla las funciones primordiales del consejo de administración).

[36] Ver Pablo Hafner, "Iniciativas públicas y privadas de códigos de buen gobierno para empresas no cotizadas en Europa", www.centrobuengobierno.ie.edu

- La junta general, con recomendaciones centradas en el derecho de información de los socios y su funcionamiento.

- Los órganos de la familia empresaria, analizando la asamblea familiar, el consejo de familia y el protocolo familiar.

El contenido de este código se ha visto superado por las recientes modificaciones que se han producido en la LSC, para el caso de sociedades cotizadas y no cotizadas y, en la medida que contiene principios probablemente aplicables también para las grandes empresas no cotizadas, por la publicación del CBGSC. Por ello, nos parece recomendable su actualización.

4.2. España. Instituto de la Empresa Familiar: "Guía Práctica para el Buen Gobierno de las Empresas Familiares. Javier Quintana. 2012"[37]

No se trata de un código con recomendaciones específicas sino de un documento dirigido a las empresas que forman parte del Instituto de la Empresa Familiar (IEF), en el que tras definir lo que es para ellos una empresa familiar y razonar sobre la necesidad de contar con un buen gobierno corporativo y familiar, plantea una serie de propuestas sobre tres temas principales:

- Gobierno corporativo en general: describen y dan consejos sobre aspectos relacionados con la junta general, los órganos colegiados de administración, particularmente el consejo de administración, el tamaño y composición del consejo de administración, las clases de consejeros, los deberes de los consejeros, el nombramiento, reelección y cese de los consejeros, la estructura del consejo de administración, la remuneración de los consejeros, las cuentas anuales y el control interno y la responsabilidad y sostenibilidad empresarial.

Creemos que esta parte de la guía, aun siendo útil para empresarios familiares en términos generales, ha quedado superada en gran medida por las reformas normativas producidas en España en 2014 y 2015 y por la existencia de una LSC previa a dichas reformas que tenía en cuenta buena parte de los aspectos tratados en este apartado.

- Gobierno familiar: este apartado se centra en las herramientas y órganos específicos de la empresa familiar. Examina el consejo de familia y la asamblea familiar y dedica especial atención a la formalización de los acuerdos familiares mediante el protocolo familiar.

- Relaciones entre familia y empresa: dedica unos párrafos de interés a la comunicación como aspecto clave de la relación entre empresa y familia y contempla varias alternativas para gestionar el encaje entre la junta general, el consejo de administración y el consejo de familia.

[37] Javier Quintana (2012). www.iefamiliar.com

4.3. Iniciativas más relevantes en el resto de Europa

Por lo que se refiere a las iniciativas existentes en otros países europeos, destacamos entre ellas el Código Buysse. Además de las referencias a la evolución temporal del gobierno corporativo a lo largo del ciclo de vida de una empresa, reflejadas en el punto 2.1 del documento, el código define recomendaciones concretas sobre varias cuestiones de interés:

- La búsqueda de un consejo de administración activo, objetivo que refuerza con recomendaciones sobre la tarea a desarrollar por los consejeros, sus derechos y sus obligaciones, la composición del consejo de administración y su funcionamiento, el nombramiento de los consejeros, la evaluación del consejo de administración, las remuneraciones de los administradores, el papel del presidente del consejo de administración, los comités.

  Además reflexiona sobre el concepto de "dirección de alto rendimiento" ("high performance senior management") definiendo los puestos, las tareas a desarrollar, el nombramiento, la evaluación y la remuneración.

- Conseguir la involucración de los accionistas en la vida social: partiendo del principio básico de contar con accionistas que se comprometan a largo plazo y cedan las actividades de gestión y administración a personas y órganos especializados, definen el papel de los accionistas y concretan recomendaciones que promuevan la implicación de dichos accionistas.

- Resaltar el papel del consejo en el control interno y en la gestión de los riesgos: destaca la trascendencia de concretar una política de gestión de riesgos, la importancia de los sistemas de control interno, gestión de riesgos y auditoría interna y el importante papel del auditor externo.

- Destacar la importancia del gobierno corporativo en la empresa familiar: resalta el valor de la asamblea y del consejo familiar, del protocolo familiar, de la relación con los accionistas, del proceso de sucesión y de los sistemas de resolución de conflictos.

Otras iniciativas relevantes en Europa, a las que ya nos hemos referido anteriormente son:

- EcoDa, 2010, "Corporate Governance guidance and principles for unlisted companies".

- "Governance Kodex fur Familienunternehmen", 2010, iniciativa alemana promovida por INTES y Die Familien Unternehmer/ASU.

5. ESTRUCTURA DE LA PROPUESTA DE RECOMENDACIONES Y METODOLOGÍA UTILIZADA

Las recomendaciones que proponemos se centran en el consejo de administración: su estructura, organización y funcionamiento. Lo hacemos así por entender, como ya hemos afirmado anteriormente, que es el órgano de gobierno más relevante en términos de gobierno corporativo[38]. El ámbito geográfico en el que nos centraremos es el español.

En relación con la junta general, asumimos como marco regulatorio básico la normativa legal obligatoria (LSC) y voluntaria (CBGSC) que afectan al funcionamiento y organización de dicha junta general y entendemos que existen asuntos relacionados con la misma, entre otros lograr una mayor involucración de determinados accionistas en la vida social o el conflicto entre la visión a corto plazo o la visión a largo plazo, que permitirían la mejora de su funcionamiento pero que no tratamos en este trabajo. Quizá el Centro de Buen Gobierno aborde los problemas y la mejora del funcionamiento de la junta general en futuros trabajos.

Nuestra propuesta, relacionada fundamentalmente con el consejo de administración, se articula de la siguiente manera:

- En primer lugar detallamos una serie de principios generales de buen gobierno corporativo.

- En segundo lugar, utilizamos como punto de partida ineludible las normas de obligado cumplimiento aplicables a las sociedades de capital que se detallan en el los Títulos V y VI de la vigente LSC, particularmente el Capítulo VI sobre el consejo de administración. Se trata de artículos aplicables a todas las sociedades de capital.

- En tercer lugar, repasamos las normas de obligado cumplimiento aplicables a las sociedades cotizadas, Título XIV de la LSC, y seleccionamos aquéllas que nos parecen de aplicación a las EIP objeto de nuestra propuesta; consideramos particularmente los Capítulos VI, VII, VIII y IX de dicho Título.

[38] No obstante, cuando nos parezca necesario haremos alguna referencia a normas que afectan a la junta general de accionistas.

- En cuarto lugar, revisamos el vigente CBGSC publicado por la CNMV en febrero de 2015 y seleccionamos aquellos principios y recomendaciones que nos parecen aplicables a nuestras EIP. En este caso utilizamos como referencia la estructura del CBGSC.

- En quinto lugar añadimos algunas recomendaciones suplementarias inspiradas en otras propuestas de recomendaciones para sociedades no cotizadas existentes en Europa o en experiencias propias.

- Por último, dedicamos un capítulo a reflexiones y recomendaciones específicas para las empresas familiares.

Es muy importante tener en cuenta que, excepto las normas de obligado cumplimiento que se derivan de la LSC vigente, las propuestas que presentamos en este trabajo tienen un carácter de recomendaciones de aplicación voluntaria basadas en el principio de "cumplir o explicar". Si las empresas a las que nos referimos deciden no seguirlas, simplemente deberían manifestarlo así y explicar brevemente las características básicas de su modelo de gobierno corporativo. En este sentido, el principio que aplicamos es relativamente parecido al de muchos códigos existentes, entre ellos el CBGSC.

En nuestro trabajo hemos tenido en cuenta, además de la normativa aplicable en la actualidad en España, fundamentalmente la LSC y el CBGSC, las distintas propuestas de códigos para empresas no cotizadas que existen en Europa.

6. PRINCIPIOS GENERALES DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO APLICABLES A LAS EIP

Recogemos en este apartado una serie de principios generales que conforman nuestro modo de entender el gobierno corporativo en general, y en particular para las EIP, que serán reflejados en las recomendaciones concretas que desarrollaremos en el apartado siguiente[39].

- Los socios deben establecer un marco de gobierno corporativo que, respetando la normativa vigente, se adapte a sus necesidades, a su tamaño y a la complejidad de sus operaciones.

- La sociedad debe establecer con claridad su misión, visión y valores en el proceso de formulación de su estrategia.

- El consejo de administración será responsable de la administración social y de la supervisión de la dirección con el propósito de promover el interés social, entendido éste como la creación de valor sostenible a largo plazo. Es conveniente distinguir entre las actividades de gobierno, administración, aprobación y supervisión, propias del consejo de administración, de las de gestión operativa, propias de la alta dirección y de la estructura organizativa de la empresa.

- Que en la búsqueda del interés social y de la sostenibilidad financiera, medioambiental y social de la empresa, se tenga en cuenta, según corresponda, el impacto de la actividad de la compañía en los intereses y expectativas de los distintos grupos de interés, en el medioambiente y en la comunidad en su conjunto.

- La definición de una política de responsabilidad social corporativa y el establecimiento de unas directrices que regulen la relación con los grupos de interés son aconsejables. Es particularmente importante concretar los compromisos y comportamientos que voluntariamente se asumen con los grupos de interés más próximos: además de los

[39] En este apartado hemos tenido en cuenta las referencias más relevantes recogidas en diferentes códigos, entre otras los documentos de: CBGSC, OCDE, ICGN, EcoDa y Buysse.

accionistas, los clientes, los empleados, los proveedores, los competidores, las diferentes autoridades, las organizaciones profesionales y el medio ambiente.

- Los órganos de gobierno de una sociedad deben funcionar sobre la base de los principios de integridad, de comportamiento ético y de transparencia y divulgación de una información clara y oportuna. En este sentido es deseable que la empresa presente a todos los mercados y los grupos de interés una información equilibrada, no sólo financiera, sobre su situación y sus perspectivas.

- El consejo de administración debe favorecer una cultura que permita que los valores definidos en su formulación estratégica sean asumidos y aplicados por la organización. La creación de códigos éticos y de comportamiento, así como la monitorización de las conductas y la creación de canales de comunicación y denuncia, ayudarán a crear una cultura adecuada.

- Deben respetarse los derechos de los socios promoviendo un trato equitativo para todos ellos y una protección especial de los socios minoritarios, estableciéndose una política clara de relación con todos ellos.

- En las EIP es recomendable que exista un acuerdo entre los socios que regule, de acuerdo con la ley, sus derechos y obligaciones y las relaciones entre ellos.

- Debe crearse un consejo de administración que sea activo, eficiente y que considere especialmente importantes, además de los definidos legalmente, los asuntos relacionados con la estrategia de la empresa, los riesgos que le afecten, el sistema de control interno y los procesos de sucesión y evaluación del consejo de administración y de sus miembros.

- El consejo de administración, en relación con los riesgos, deberá impulsar el desarrollo de un sistema que permita identificarlos, evaluarlos, gestionarlos e informar interna y externamente sobre ellos.

- El consejo de administración debe tener el tamaño, la composición y la estructura adecuada, favoreciendo la diversidad, tanto de género como de experiencias, de conocimientos y de habilidades.

- El consejo de administración deberá contar con una amplia mayoría de consejeros no ejecutivos que sean profesionales acreditados y tengan independencia de criterio.

- Los miembros del consejo de administración dedicarán el tiempo necesario para el desempeño de sus tareas, se reunirán periódicamente, deberán asistir a las reuniones

convocadas y contarán con la información oportuna, el asesoramiento preciso y, si fuera necesaria, la formación adecuada.

- En la búsqueda de una mayor eficiencia en el funcionamiento del consejo de administración es aconsejable la creación de comisiones especializadas, al menos de auditoría y de nombramientos y retribuciones.

- El presidente del consejo de administración, con la ayuda en su caso del consejero independiente coordinador, debe liderar el consejo de administración, favorecer un adecuado funcionamiento del mismo y estimular la libre participación de los consejeros, velando, con la ayuda del secretario de consejo, por que los consejeros reciban la información oportuna con la antelación y el formato adecuados.

- Es aconsejable disponer de un secretario del consejo de administración que además de velar por la legalidad de las actuaciones del mismo y por su correcto funcionamiento, ayude al presidente en la ejecución de sus cometidos.

- El consejo debe evaluar anualmente su funcionamiento, tanto del órgano como tal, como de sus miembros y de las comisiones que en su caso se creen.

- No es aconsejable la acumulación de poder en una misma persona, por lo que en caso de que coincidan en el mismo sujeto los papeles de presidente y de primer ejecutivo, se aconseja dotar al consejo de los mecanismos correctores y de contrapeso adecuados, mediante la creación de la figura de un consejero no ejecutivo independiente coordinador[40].

- Deberá favorecerse la asistencia y participación de los socios en la junta general, así como el ejercicio del derecho de voto; se les dotará de la información oportuna, con la máxima transparencia, para poder participar en dicha junta, presencialmente o a distancia, facilitando la presentación de propuestas de acuerdo y de puntos de orden del día, así como el ejercicio del voto por delegación y se evitarán las limitaciones que impidan el ejercicio de sus derechos por parte de los socios.

- La remuneración de los administradores debe ser la suficiente para atraer y retener el talento, sin comprometer la independencia de criterio de los consejeros, y estar alineada con el interés social entendido como la creación de valor sostenible a largo plazo.

- La remuneración de los consejeros ejecutivos deberá premiar el rendimiento efectivo sin recompensar la excesiva asunción de riesgos e incorporará mecanismos para evitar la retribución de resultados desfavorables. Una parte relevante de dicha remuneración tendrá

[40] Más adelante nos referiremos a la figura del consejero no ejecutivo independiente.

la consideración de variable y estará sujeta a condiciones que supongan que su percepción se posponga durante un período de tiempo razonable.

- Es aconsejable que las EIP a las que se dirigen las recomendaciones de esta propuesta, informen públicamente de su sistema de gobierno corporativo.

7. RECOMENDACIONES PROPUESTAS PARA LAS EIP BASADAS EN LA NORMATIVA EXISTENTE Y EN OTROS CÓDIGOS

Con carácter previo queremos resaltar y recordar que la profunda revisión de la normativa que regula el gobierno corporativo acontecida en España en 2014 y 2015, con las importantes modificaciones de la LSC y la aparición del CBGSC, ha incorporado una gran parte de las mejoras necesarias, reclamadas por expertos, legisladores y mercados, a normas de obligado cumplimiento o, en su caso, a recomendaciones basadas en el principio de "cumplir o explicar"[41].

Partimos, así pues, de los Títulos V y VI de la LSC, donde se regula la junta general y la administración de la sociedad, particularmente del segundo, y de las modificaciones realizadas en ambos títulos en la Ley 31/2014 de 3 de diciembre.

7.1. El marco legal establecido en los Títulos V y VI de la LSC (sociedades en general)

Nos referimos en este caso no tanto a recomendaciones específicas como al marco legal establecido para las sociedades de capital en los Títulos V y VI de la LSC.

Se trata de la base de partida legal aplicable a las EIP objeto de nuestra propuesta en todo lo relacionado con la junta general y la administración de la sociedad.

No obstante, antes de exponer los aspectos legales más relevantes, con especial detenimiento en la reforma recientemente elaborada, nos permitimos concretar "a priori" dos recomendaciones importantes:

- Las EIP objeto de nuestra propuesta deberían ser sociedades anónimas.

- Su administración debería ser encomendada a un consejo de administración.

[41] A título de ejemplo, muchas iniciativas de códigos y guías plantean la concreción necesaria de las tareas y facultades que corresponden a los administradores; la LSC en dos artículos nuevos, el 249 bis y el 529 ter, enumera exhaustivamente las facultades indelegables del consejo de administración.

Entendemos que debe ser así por la mejor adecuación tanto del tipo de sociedad como de su sistema de administración a las necesidades de compañías con el tamaño definido en nuestra propuesta y con un mayor grado de complicación de sus operaciones, por lo que, en nuestra opinión, se requieren procedimientos, sistemas y órganos de administración más complejos.

Volviendo a la LSC, en general nos parece adecuada la normativa existente en los Títulos V y VI y no planteamos recomendaciones adicionales en lo relativo a la junta general y a la administración de la sociedad; sin embargo, a título informativo y por su novedad, sí queremos recordar las modificaciones más relevantes, y oportunas en nuestra opinión, propuestas en la Ley 31/2014 y aplicables a las EIP:

- **Artículos 160 y 161. Competencia de la junta e intervención de la misma en asuntos de gestión.**

  Se añade la competencia de la junta en los casos de adquisición o enajenación de activos esenciales y la posibilidad de que la junta pueda impartir instrucciones o someter a su autorización decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión.

- **Artículo 190. Conflictos de intereses.**

  Nueva regulación del ejercicio del derecho de voto por parte del socio cuando existan conflictos de intereses y de la carga de la prueba de la conformidad de los acuerdos con el interés social.

- **Artículo 197. Derecho de información en la sociedad anónima.**

  Artículo que facilita el acceso a la información de los accionistas antes y durante la celebración de la junta general.

- **Artículo 197 bis. Votación separada de asuntos.**

  Facilita y clarifica el ejercicio del derecho de voto, exigiendo que se voten separadamente determinados asuntos.

- **Artículo 201. Mayorías.**

  Aparición del principio de mayoría simple en las sociedades anónimas y definición de los umbrales de votos para los acuerdos del artículo 194.

- **Artículos 204, 205 y 206. Impugnación de acuerdos de la junta general.**

  Definición de qué acuerdos son impugnables, caducidad de la acción de impugnación y legitimación para impugnar.

- **Artículo 217 a 219. Remuneración de los administradores.**

La LSC se refiere, en el artículo 217, al sistema de remuneración de los administradores, en su condición de tales, que deberá definirse en los estatutos sociales en el caso de que éstos determinen que se trata de un cargo retribuido. Se define el detalle de los conceptos retributivos (fijo, dietas, participación en beneficios, variable, acciones o vinculado a ellas, indemnizaciones por cese, sistemas de ahorro o previsión), quién aprueba el importe máximo (la junta general) y quién aprueba su distribución entre los administradores (acuerdo entre ellos, en el caso de distintos administradores y del consejo en el caso de que éste exista), las limitaciones en su importe en función de la situación, del tamaño de la empresa y de los estándares de mercado, y el objetivo de promover un enfoque a largo plazo evitando riesgos excesivos.

Se regula también, la retribución mediante participación en beneficios, en el artículo 218, y la vinculada a las acciones de la sociedad, en el artículo 219.

En el caso de la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, en el supuesto de las sociedades anónimas, que deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas, creemos que en el caso de la introducción de instrumentos referenciados al valor de las acciones, básicamente opciones sobre acciones[42], nos parece complicado, si no imposible, en el caso de sociedades no cotizadas, calcular el precio de una opción sobre una acción, o incluso hasta el precio de la acción, por lo que no es un sistema de retribución que nos parezca recomendable a las EIP[43].

Es importante entender que el sistema de retribución se refiere a los administradores en su condición de tales. La remuneración de aquéllos administradores que sean nombrados consejeros delegados o desempeñen funciones ejecutivas se regula en el artículo 249.

- **Artículos 225 a 230 y 232. Deberes de los administradores.**

Se trata de un nuevo, exhaustivo y completo tratamiento de los deberes fiduciarios de los administradores.

En estos artículos se concreta: el deber general de diligencia (artículo 225), la protección de la discrecionalidad empresarial, que permitirá presumir el estándar de diligencia cuando el administrador haya cumplido con varios requisitos (artículo 226), el deber de lealtad

[42] Debiendo concretarse: el número máximo de acciones, el precio de ejercicio o sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración del plan.

[43] Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

(artículo 227), las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (artículo 228), el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (artículo 229), el régimen de imperatividad y dispensa (artículo 230) y las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (artículo 232).

- **Artículos 236, 239 y 241 bis. La responsabilidad de los administradores.**

Se concretan los supuestos por los que los administradores responderán ante la sociedad, los socios y los acreedores sociales (actos contrarios a la ley, estatutos o incumplimiento de los deberes fiduciarios con dolo o culpa) extendiéndolos a los administradores de hecho y, en su caso, a las personas con facultades de alta dirección (artículo 236). Se legitima para entablar la acción social de responsabilidad en defensa del interés social al socio o socios con un 5% de participación (que en todo caso podrán entablarla cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad), cuando los administradores no convoquen la junta general solicitada o no lo hagan dentro del plazo o se haya denegado la exigencia de responsabilidad (artículo 239). También se determina la prescripción de dicha acción a los cuatro años (artículo 241 bis).

- **Artículo 245. Organización y funcionamiento del consejo de administración.**

En la SRL se determinarán las reglas de organización y funcionamiento del consejo de administración en los estatutos. En la SA, si los estatutos no dispusieran otra cosa el consejo de administración podrá regular su propio funcionamiento, designar a su presidente y aceptar la dimisión de los consejeros.

- **Artículos 249 y 249 bis. Delegación de funciones del consejo de administración y facultades indelegables.**

Según nos dice el artículo 249, el consejo de administración, si los estatutos no disponen otra cosa, podrá nombrar uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas. La delegación de funciones en consejeros delegados o comisiones ejecutivas requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y en el caso de que un miembro sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas será necesario un contrato, aprobado por las dos terceras partes de los consejeros, sin que pueda deliberar y votar el consejero afectado, en el que se detallarán todos los conceptos retributivos y las posibles indemnizaciones, primas de seguro y contribuciones a sistemas de ahorro; dicho contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

En este asunto la LSC plantea una distinción clara entre la remuneración de los administradores por su condición de tales, ya tratada en el artículo 217, y la de los

administradores a los que se les nombre consejeros-delegados o se les atribuyan funciones ejecutivas[44]. La distinción da lugar a una situación polémica, en la que no entramos en profundidad por no ser el objeto de este trabajo, en la que parece atribuirse al consejo de administración la potestad de fijar las condiciones retributivas de los contratos de los consejeros ejecutivos, sin que dichos conceptos retributivos deban constar necesariamente en los estatutos aunque, como hemos visto anteriormente al mencionar el artículo 249, el contrato aprobado por el consejo de administración deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

Por otra parte, en el artículo 249 bis se detallan las facultades indelegables del consejo de administración, lo que dificulta notablemente la posible delegación de funciones en comisiones ejecutivas o consejeros delegados[45].

- **Artículo 251.Impugnación de acuerdos del consejo de administración.**

  Se faculta para hacerlo a los administradores y, también, a los socios con una participación del 1%, en el plazo de treinta días.

- **Artículo 262. Contenido del informe de gestión.**

  Se destaca la necesidad de ofrecer información financiera y no financiera (medio ambiente y personal), información sobre el período de pago a los proveedores e información sobre uso de instrumentos financieros y riesgos.

- **Artículo 293. Tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima.**

  Se establece, en caso de modificaciones estatutarias, la necesidad de acuerdo de cada clase de acciones cuando les afecte o aun siendo del mismo tipo se produzca un impacto asimétrico.

Como conclusión de este apartado podemos afirmar que la LSC, en sus Títulos V y VI, ofrece un marco legal a las EIP objeto de nuestras recomendaciones que consideramos adecuado; no obstante entendemos que es un mínimo de partida, desde una perspectiva de buen gobierno corporativo, que puede ser completado si se consideran otra normas, obligatorias o voluntarias, que en el caso español están contenidas en la propia LSC, especialidades en el caso de las empresas cotizadas, y el CBGSC, código con recomendaciones de aplicación voluntaria basado en el principio de "cumplir o explicar".

[44] Que se produce de nuevo en el Título XIV, Capítulo VII, Sección 3ª, donde se regulan las especialidades de la remuneración de los consejeros en el caso de las sociedades cotizadas.

[45] Como veremos más adelante, en el caso de las sociedades cotizadas, en el artículo 529 ter se añaden más facultades indelegables.

7.2. Recomendaciones para EIP[46] basadas en el Título XIV de la LSC (Sociedades anónimas cotizadas)

En este apartado repasamos el Título XIV de la LSC en el que se regulan las sociedades anónimas cotizadas, particularmente el Capítulo VII, seleccionando aquéllos preceptos que nos parecen aplicables a las EIP objeto de nuestra propuesta.

- **Concepto (artículo 495):** en este artículo, excepcionalmente, sólo hacemos patente que la rebaja de los porcentajes mínimos para ejercer ciertos derechos (del 5% al 3%) y para impugnar acuerdos sociales (del 1% al 0,1%) no nos parece recomendable en el caso de las EIP.

- **Competencias adicionales (artículo 511 bis):** nos parece recomendable que las EIP consideren las tres competencias adicionales de la junta general reflejadas en este artículo, particularmente la relacionada con la política de remuneraciones de los consejeros. El reglamento de la junta general podría recogerlo.

- **Reglamento de la junta general (artículos 512 y 513):** creemos que es recomendable que las EIP dispongan de un reglamento que contemple las materias que atañen a la junta general y que sea aprobado por ésta. En relación con su publicidad, recomendamos que se publique dicho reglamento en la página web de la sociedad; creemos que las EIP deberían disponer de una página web asumiendo lo establecido en los artículos 11 bis, ter y quater de la LSC (recordemos que el artículo 11 de la LSC establece que la página web será obligatoria en el caso de las sociedades cotizadas).

- **Reglamento del consejo de administración (artículos 528 y 529)**: nos parece recomendable que las EIP cuenten con un reglamento del consejo de administración, aprobado por el mismo, que contenga las normas de régimen interno y de funcionamiento y que se publique en la página web de la sociedad.

- **Carácter necesario del consejo de administración (artículo 529 bis):** creemos que una sociedad catalogada como EIP, como ya hemos manifestado anteriormente, debería ser anónima y, además, contar necesariamente con un consejo de administración.

- **Facultades indelegables (artículo 529 ter):** nos parece razonable completar el catálogo de facultades indelegables que se concretan en el artículo 249 bis, con las que se detallan en este artículo. El reglamento del consejo de administración debería recogerlo. En

[46] Recordemos que entendemos por EIP las EIP definidas anteriormente en el apartado 3 (más 750 millones de euros de facturación o más de 1.500 empleados).

particular resaltamos las facultades relacionadas con la aprobación del plan estratégico y de las políticas de responsabilidad social corporativa, de dividendos, de control y gestión de riesgos, de gobierno corporativo, de las operaciones o inversiones de elevada cuantía y la determinación de la estrategia fiscal de la sociedad.

- **Asistencia a las reuniones (artículo 529 quáter):** los consejeros deben asistir a las reuniones que se celebren y en caso de no hacerlo que sólo puedan delegar en un consejero de la misma categoría (fundamentalmente, los consejeros no ejecutivos en consejeros no ejecutivos). Se trata de un precepto recomendable para las EIP.

- **Información (artículo 529 quinquies):** los consejeros deberán contar, salvo casos excepcionales por razones de urgencia, previamente y con suficiente antelación, con la información necesaria para la adopción de acuerdos. El Presidente y el Secretario deberán velar por que así sea. Nos parece aconsejable para las EIP.

- **Presidente del consejo de administración (artículo 529 sexies):** recomendamos a las EIP que se concreten las facultades mínimas del presidente del consejo de administración, de acuerdo con lo establecido en este artículo, además de las que se puedan entresacar de las recomendaciones del CBGSC[47]. Dichas facultades se podrían concretar en el reglamento del consejo de administración.

- **Separación de cargos (artículo 529 septies):** nos parece que no es deseable la coincidencia en una misma persona de los cargos de presidente y de máximo ejecutivo, es decir la existencia de un presidente ejecutivo. Por ello recomendamos a las EIP, tal y como se establece en este artículo, que se exija una mayoría de dos tercios para su nombramiento y que en caso de que el presidente sea ejecutivo, se nombre un consejero no ejecutivo coordinador, preferiblemente independiente[48], con las facultades mencionadas en este artículo[49].

- **Secretario del consejo de administración (artículo 529 octies):** nos parece que este precepto podría ser de aplicación a las EIP, es decir que exista un secretario del consejo, que podrá ser o no consejero, con las funciones que se concretan en dicho artículo.

- **Evaluación del desempeño (artículo 529 nonies):** tal y como se establece en este artículo recomendamos a las EIP que el consejo de administración realice una evaluación de su funcionamiento y el de sus comisiones, cuando éstas existan. En todo caso el consejo debería evaluar el desempeño del máximo ejecutivo y del presidente.

[47] En las recomendaciones que seleccionamos del CBGSC, consideraremos también las facultades que aparecen en la Recomendación 33.
[48] A la figura del consejero independiente nos referimos un poco más adelante
[49] En las recomendaciones que seleccionamos del CBGSC, consideraremos también las facultades que aparecen en la Recomendación 34.

- **Nombramiento y reelección de consejeros (artículo 529 decies):** nos parece recomendable para las EIP el contenido de este artículo, y yendo un poco más allá de lo que se prevé en el mismo, que todas las propuestas de nombramiento de consejeros se acompañen de un informe de la comisión de nombramientos y retribuciones, independientemente del informe del consejo, en el que se valore la competencia, experiencia y méritos del candidato.

- **Categorías de consejeros (artículo 529 duodecies):** nos parece aplicable a las EIP la definición de las distintas categorías de consejeros que se concreta en este artículo. La distinción básica entre consejeros ejecutivos y consejeros no ejecutivos, y en el caso de estos últimos, la diferencia entre dominicales e independientes[50], es de aplicación en las EIP, si bien vamos a hacer algunos comentarios referidos a los consejeros independientes.

  En el ámbito del gobierno corporativo se ha venido considerando tradicionalmente al consejero independiente, particularmente en las empresas cotizadas, como un administrador que, además de sus responsabilidades y obligaciones fiduciarias, debía defender los intereses de los accionistas minoritarios, del denominado en la jerga financiera "free float", o "capital flotante" en español (se suele tratar de un gran número de accionistas con participaciones muy pequeñas que no se sientan en el consejo de administración)[51].

  En las sociedades cotizadas tiene sentido que dichos consejeros independientes, entre otras características definidas en este artículo, lo sean porque no tienen relaciones con los accionistas con participaciones significativas.

  En las empresas no cotizadas, en general, la estructura de la propiedad es diferente de la que se da en las empresas cotizadas: el accionariado suele estar mucho más concentrado, con pocos socios y en el caso de las empresas familiares, normalmente, en manos de una misma familia o de varias ramas de la misma familia.

  Suele ser bastante común que en este tipo de empresas el porcentaje del capital representado por los consejeros en el consejo de administración sea el ciento por ciento. Normalmente suele tratarse de los propietarios, o de socios familiares en el caso de las empresas familiares o, menos usuales, de consejeros no ejecutivos, profesionales de

[50] La figura de "otros externos" nos parece que sobra en las EIP.

[51] Otras ventajas de disponer de consejeros independientes son la ausencia, en teoría, de conflictos de interés personales, la mayor credibilidad y mejor imagen de la sociedad, la aportación de habilidades personales y funcionales, la aportación de capital relacional, su independencia de los directivos y de los socios de control o su neutralidad a la hora de fijar las retribuciones del consejo y de la alta dirección o de resolver posibles conflictos de interés. También existen dudas o críticas en relación con la figura del consejero independiente, sobre todo en el ámbito de las empresas familiares: cuál es su grado de independencia real, su coste en relación con lo que aportan, su dedicación o su grado de conocimiento del negocio.

confianza, que representan en el Consejo a alguno de los socios, o que han sido nombrados por acuerdo entre dichos socios.

Así, en la mayoría de los casos, en este tipo de empresas no cotizadas, nos encontraríamos, de hecho, con que los consejeros no ejecutivos serían "dominicales" todos ellos, según la terminología utilizada en este artículo.

Tengamos en cuenta, por otra parte, que la práctica profesional nos muestra que en muchas ocasiones se produce un rechazo, o una falta de comprensión, del concepto de consejero "independiente" en las empresas no cotizadas, particularmente cuando se trata de empresas familiares.

Creemos que la clave desde la perspectiva del tipo de consejeros que deben sentarse en el consejo de las EIP no cotizadas es que se trate de profesionales, con conocimientos, experiencia y prestigio, pudiendo tratarse de representantes de socios con participaciones significativas en el capital de la empresa o, en el caso de empresas familiares, de miembros de la familia propietaria con las características personales arriba enunciadas o de consejeros nombrados de común acuerdo.

Nos parece que nadie mejor que un profesional acreditado, representando participaciones en el capital, directa o indirectamente, puede defender el interés social y velar por la buena marcha de la sociedad, máxime cuando suelen representar al 100% del capital.

No obstante, reconocemos la importancia que en algunos casos puede tener la presencia de participaciones minoritarias no representadas en el consejo de administración y, también, la tendencia imperante en el mundo del gobierno corporativo que considera necesaria la existencia de consejeros independientes, por lo que la presencia de estos podría ser asimismo recomendable en algunas situaciones.

Como conclusión debemos decir que, en el caso de las EIP, aunque valoramos positivamente que un consejero no ejecutivo sea independiente, sobre todo en los casos en los que socios minoritarios no tengan representación en el consejo, lo que nos parece absolutamente necesario es que los consejeros no ejecutivos sean profesionales, con conocimiento, experiencia y prestigio, aunque puedan ser catalogados como dominicales por no cumplir con los minuciosos requisitos de independencia que se establecen en la LSC. El hecho de ser independientes sería un plus, un complemento deseable, pero no una necesidad imperiosa, en nuestra opinión[52].

[52] En el análisis de las posibles recomendaciones aplicables a nuestras EIP, derivadas del CBGSC, volveremos sobre esta cuestión.

- **Comisiones del consejo de administración (artículos 529 terdecies, quaterdecies y quindecies).**

Creemos que se puede recomendar a las EIP que existan dos comisiones, la de auditoría[53] y la de nombramientos y retribuciones. Las características y funciones que aparecen en dichos artículos nos parecen aplicables a las EIP con la salvedad de que la mayoría de los miembros sean consejeros no ejecutivos, dominicales o independientes, con competencia, experiencia y prestigio[54].

- **Remuneración de los consejeros (artículos 529 sexdecies a novodecies).**

Nos parece recomendable para las EIP que el cargo de consejero sea necesariamente remunerado (529 sexdecies), que la política de remuneraciones que determina la remuneración de los consejeros por su condición de tales sea conforme al sistema estatutariamente previsto y que se concrete en la misma el máximo anual del conjunto de los consejeros, dejando la determinación de su distribución individual a cargo del consejo de administración (529 septdecies).

Nos parece razonable, como ya hemos mencionado anteriormente, que la remuneración de los consejeros ejecutivos sea diferente de la de los consejeros no ejecutivos, en atención a su dedicación y responsabilidades específicas, y que la de los consejeros no ejecutivos dependa de su mayor o menor dedicación específica (por ejemplo, por pertenencia a comisiones), como así lo reconoce la LSC.

Nos parece sensato, y recomendable para las EIP, que la remuneración de los consejeros ejecutivos prevista en los contratos que se debe firmar con ellos sea conforme a lo dispuesto en el artículo 249 y se ajuste a la política de remuneraciones aprobada por la junta general (que deberá contemplar todos los aspectos relacionados con la remuneración: fijo, variable, duración, indemnizaciones, pactos de exclusividad, etc.) siendo fijada por el consejo de administración, con las condiciones establecidas al comienzo del presente párrafo tal y como establece el artículo 529 octodecies[55]. No obstante, el vocablo "siendo fijada" no nos convence, porque creemos que el consejo de administración lo que debe hacer, como concretamos más adelante, es proponer una política de retribuciones, tanto para los consejeros ejecutivos como para los no ejecutivos, que en su caso deberá aprobar la junta general.

[53] Recordemos que la nueva Ley de Auditoría exige que las EIP, cuyo tamaño se definirá reglamentariamente, dispongan de una Comisión de Auditoría de características similares a las de las sociedades cotizadas.

[54] Recordamos de nuevo que nuestro enfoque en lo referente a las categorías de consejeros, en el caso de EIP, da más importancia al nivel profesional del consejero que a la independencia "per se". Nos parece más importante contar con buenos profesionales; si además son independientes, mejor. En todo caso recordemos que el artículo 529 quaterdecies, recientemente reformado por la Ley de Auditoría, establece que la mayoría de los consejeros miembros de la comisión de auditoría deberán ser independientes, exigencia que afecta a las EIP.

[55] Hacemos notar de nuevo la polémica enunciada anteriormente sobre el poder concedido al consejo de administración a la hora de fijar las retribuciones de los consejeros ejecutivos.

En relación con lo establecido en el artículo 529 novodecies, nos parece aconsejable para las EIP, y necesario, que la política de remuneraciones se ajuste al sistema estatutariamente previsto y que sea aprobada por la junta general, pero creemos que no debe serlo cada tres años, sino anualmente.

Es procedente también, y aconsejable, que la propuesta de la política de remuneraciones de los consejeros sea motivada y se acompañe de un informe de la comisión de nombramientos y retribuciones.

Creemos que la política de remuneraciones debe tener una vigencia anual, y no de tres años, dado que hemos recomendado anteriormente a las EIP su aprobación anual.

No nos parece aplicable a las EIP que se someta a votación consultiva el informe de remuneraciones y que, en caso de ser rechazado, deba someterse a la junta general una nueva política de remuneraciones[56].

En resumen, recomendamos para las EIP que la política de remuneraciones de los consejeros, ejecutivos y no ejecutivos, que propondrá el consejo de administración y será conforme al sistema fijado estatutariamente, se apruebe anualmente por la junta general, y no cada tres años, y sea sometida su aplicación a la junta general para su ratificación también anualmente. El resultado de la votación debe ser vinculante. No contemplamos, por lo tanto, someter informe alguno sobre remuneraciones a votación consultiva en la junta general.

- **Informes anuales de gobierno corporativo y de remuneraciones (artículos 540 y 541).**

No creemos que sea recomendable para las EIP lo establecido en estos artículos por la amplitud y grado de complejidad de ambos informes, sobre todo si consideramos además el desarrollo de sus contenidos por parte de la CNMV en sus circulares 4 y 5 de 2013, actualmente en proceso de adaptación a la nueva normativa.

Sin embargo sí que nos parece recomendable que en el informe de gestión, o por separado, se informe de ambas cuestiones de un modo resumido, en un documento con un formato simplificado que explique cuál es el sistema de gobierno corporativo utilizado por la empresa, su sistema de remuneraciones y si se ajusta, en general, a algún tipo de recomendaciones existentes[57]. En todo caso que dicha información se cuelgue en la página web.

No estimamos que sea necesario que las sociedades deban informar a ningún organismo de supervisión de estas cuestiones o, en el caso de las remuneraciones, hacer público el detalle individual de las mismas.

[56] En el párrafo siguiente nos referimos a los informes anuales en el caso de las EIP.

[57] La base de dicho documento simplificado podría ser el actual IAGC.

No recomendamos someter a voto consultivo la información sobre remuneraciones, como ya hemos mencionado anteriormente, porque consideramos suficiente lo que aconsejamos en el apartado anterior (aprobación anual de la política de remuneraciones de los consejeros, ejecutivos y no ejecutivos y ratificación de su aplicación por la junta general con carácter anual).

Recordamos que, como ya hemos afirmado anteriormente, el seguimiento de estas recomendaciones es algo completamente voluntario que, en su caso, será valorado por los diferentes agentes económicos.

7.3. Recomendaciones basadas en el CBGSC

En este apartado seleccionamos aquéllas recomendaciones del CBGSC que nos parecen aconsejables para las EIP. No nos referimos, en principio, a aquéllas recomendaciones del CBGSC que no son, en nuestra opinión, aconsejables para las EIP.

- Limitaciones estatutarias (Recomendación 1).

Nos parece recomendable para las EIP que no se limite el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista. Debe respetarse el principio de "una acción, un voto". Y ello pese a que en el artículo 188 de la LSC están permitidas para las sociedades anónimas, no así para las de responsabilidad limitada, con la salvedad del artículo 527 en el caso de sociedades cotizadas.

Sin embargo, en el caso de las EIP, no contemplaríamos la limitación de las restricciones que dificulten la toma de control; entendemos que tratándose de empresas con un número de accionistas normalmente pequeño, y no cotizadas deben ser los acuerdos entre ellos los que regulen semejantes situaciones.

- Sociedades integradas en grupos (Recomendación 2).

En el caso de sociedades integradas en grupos nos parece aconsejable para las EIP que se definan con precisión las relaciones entre ellas y los mecanismos para resolver los eventuales conflictos de interés a efectos de proteger los intereses de todas las partes involucradas y particularmente los de los accionistas minoritarios.

- Transparencia informativa (recomendación 6).

Nos parece recomendable para las EIP que se publiquen en la página web los informes preceptivos o voluntarios (independencia del auditor, informes de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones, cuando existan, operaciones vinculadas y responsabilidad social corporativa).

- Reservas y salvedades (Recomendación 8)

Nos parece recomendable que, en el caso de las EIP, la comisión de auditoría vele por que se presenten las cuentas a la junta general sin reservas ni salvedades y si las hubiera que se expliquen con claridad a los socios.

- Responsabilidad del consejo de administración (Recomendación 12).

Nos parece que la definición de interés social de dicha recomendación, en particular la visión de sostenibilidad a largo plazo y la maximización del valor económico de la empresa, así como la necesidad de considerar los intereses de los diferentes grupos de interés, son recomendables a las EIP[58].

- Tamaño del consejo de administración (Recomendación 13).

Tratándose de EIP, estimamos que el número de consejeros debería estar entre cinco y diez miembros.

- Política de selección de consejeros (Recomendación 14).

Nos parece de aplicación a las EIP esta recomendación tanto en lo referente a la existencia de una política de selección de consejeros que sea concreta y verificable, que favorezca la diversidad y que se base en un análisis previo de las necesidades del consejo de administración, como que dicha política se recoja en un informe que se publique al convocar la junta general. También nos parece recomendable que la comisión de nombramientos y retribuciones, cuando exista, verifique anualmente que se cumple dicha política

En relación con la diversidad de género, sin ánimo de entrar en discusiones sobre la conveniencia o no de las cuotas, asumimos la tendencia legislativa existente en Europa en términos de la fijación de cuotas obligatoria y recomendamos que las EIP tengan una política al respecto que permita alcanzar una presencia equilibrada de ambos sexos que, en términos cuantitativos, plantee una presencia mínima del 30%, en un plazo razonable[59].

[58] Mas adelante nos referimos de nuevo a este asunto al considerar la Responsabilidad Social Corporativa.

[59] Existen países en Europa donde ya se ha legislado una presencia obligatoria mínima de mujeres en los consejos de administración (por ejemplo, Francia, Italia o los países nórdicos). En España, la Ley 3/2007, de Igualdad, en su artículo 75, establecía que en el plazo de 8 años las sociedades deberían procurar una presencia equilibrada de mujeres en sus consejos de administración (mínimo del 40% y máximo del 60%). La LSC se refiere a esta cuestión en los artículos 529 bis (que los procesos de selección favorezcan la diversidad de género, de experiencias y de conocimientos, que no existan sesgos y que se facilite la elección de consejeras), 529 quindecies (que la comisión de nombramientos establezca un objetivo de representación para el sexo menos representado y orientaciones sobre cómo conseguirlo) y el 540 (obligación de informar en el Informe Anual de Gobierno Corporativo sobre las medidas que se hubieran convenido al respecto). La recomendación 14 del CBGSC, por otra parte, plantea un objetivo de presencia de mujeres del 30% para el año 2020. Creemos que a corto plazo se van a producir modificaciones legislativas que van a obligar a una cuota mínima que, prevemos, estará entre el 30% y el 40%.

- Composición del consejo de administración (Recomendaciones 15 a 19).

Nos parece claramente aplicable a las EIP la recomendación 15, que los consejeros no ejecutivos sean una amplia mayoría, teniéndose en cuenta la complejidad de la sociedad y el porcentaje de participación en manos de los consejeros ejecutivos.

La Recomendación 16, que el porcentaje de consejeros dominicales sobre el total de consejeros no ejecutivos no sea mayor que la proporción entre su participación y el resto del capital, también nos parece aplicable sin necesidad de las reglas de atenuación, más propiaas de sociedades cotizadas. Como ya hemos comentado anteriormente, lo más usual es que en las EIP los socios, más concentrados, se encuentren representados en el consejo al ciento por ciento.

En el caso de la Recomendación 17, porcentaje mínimo de consejeros independientes, no nos parece aconsejable su aplicación en el caso de las EIP. Como ya hemos comentado, para nosotros la clave es contar con profesionales con conocimientos, experiencia y prestigio, sean dominicales o independientes. Por ello, si en el consejo de administración se encuentra representado el capital al 100% por profesionales acreditados, nos parece aceptable aunque todos ellos sean dominicales.

Aconsejaríamos un mínimo de independientes en el caso de que en el capital de las EIP existieran participaciones minoritarias no representadas en el consejo. En dicha situación recomendaríamos una participación de independientes proporcional al porcentaje de participaciones minoritarias no representadas, sin establecer un mínimo de independientes.

La recomendación 18, mantener actualizada en la página web la información sobre los consejeros, también nos parece de aplicación en el caso de las EIP.

La recomendación 19, explicar por qué se haya nombrado consejeros dominicales con participación menor del 3% nos parece menos relevante en el caso de las EIP, sin embargo no haber atendido peticiones de otros accionistas con participaciones iguales o superiores que otros que si lo sean, sí nos parece relevante y aplicable en el caso de las EIP.

- Separación y dimisión de consejeros (Recomendaciones 20 a 24).

Nos parece aplicable a las EIP la recomendación 20, es decir que los consejeros dominicales dimitan cuando el accionista al que representen transmita íntegramente su participación accionarial, o reduzcan su presencia cuando dichos accionistas rebajen su participación.

Las recomendaciones 21, 22, 23 y 24, también nos parecen aplicables, en su mayor parte, a las EIP: limitar la separación de los consejeros independientes o profesionales a la existencia de justa causa (no sería de aplicación práctica en las EIP el párrafo relativo a las ofertas públicas de adquisición), establecer reglas para que los consejeros informen y la sociedad pueda decidir si el consejero debe seguir en su cargo en el caso de que resulten procesados en causas penales o que afecten a la reputación de la sociedad, que los consejeros, particularmente los independientes cuando existan, expresen su oposición cuando se presenten propuestas contrarias al interés social o que perjudiquen a accionistas no representados y que en el caso de dimisión por adoptarse dichas propuestas expliquen las razones de dicha dimisión y que, en todo caso, cuando un consejero cese antes del término de su mandato explique las razones de hacerlo así.

La información que se recomienda dar, en estas recomendaciones del CBGSC, en el IAGC, podría ofrecerse en el documento alternativo a este informe recomendado anteriormente para las EIP.

- Dedicación de los consejeros (Recomendación 25).

Nos parece de aplicación a las EIP que la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, cuando exista, se asegure de que los consejeros no ejecutivos tengan disponibilidad de tiempo para el ejercicio de sus funciones; por otra parte, si se limitara el número máximo de consejos a los que pueden pertenecer los consejeros de la sociedad, práctica aconsejable en general, debería tratarse de otras EIP o de sociedades cotizadas.

- Frecuencia de las reuniones y asistencia a las mismas (Recomendaciones 26 a 28).

Nos parece aconsejable, tal y como sugiere la Recomendación 26, que el consejo de administración se reúna con la frecuencia precisa y, que yendo más allá de las cuatro reuniones anuales que prevé el artículo 245.3 de la LSC, se contemple para las EIP un mínimo de ocho reuniones al año.

También es recomendable que se establezca al inicio del ejercicio un programa de fechas y asuntos a tratar y que los consejeros puedan proponer puntos del orden del día no previstos.

Tal y como sugiere la recomendación 27, nos parece aconsejable que las inasistencias de los consejeros se reduzcan a casos indispensables y se informe de ello en el documento alternativo al IAGC propuesto anteriormente.

Nos parece también recomendable que se reflejen en el acta las preocupaciones manifestadas por el secretario o los consejeros sobre la marcha de la sociedad que no queden resueltas, tal y como sugiere la recomendación 28.

- Información y asesoramiento de consejeros (Recomendaciones 29 a 32).

Nos parece recomendable para las EIP que los consejeros puedan disponer de asesoramiento preciso para el ejercicio de sus funciones, incluso externo, con cargo a la empresa si fuera necesario, y que se les ofrezcan programas de actualización de conocimientos, tal y como sugieren las recomendaciones 29 y 30.

También nos parece recomendable lo establecido en la recomendación 31: indicar con claridad en el orden del día los asuntos sobre los que el consejo deba tomar una decisión o acuerdo, para que los consejeros puedan recabar y estudiar con carácter previo la información necesaria.

Asimismo, nos parece aconsejable que cuando el presidente quiera someter a la aprobación del consejo de administración acuerdos que no figuren en el orden del día, sea preciso el consentimiento de la mayoría de los consejeros presentes.

Lo establecido en la recomendación 32, información sobre movimientos en el accionariado u opiniones de accionistas significativos, inversores y agencias de calificación, no nos parece relevante en el caso de las EIP.

- El presidente, el consejero coordinador y el secretario (Recomendaciones 32 a 35).

Creemos que deben concretarse lo más posible las funciones del presidente, del consejero no ejecutivo coordinador (en su caso independiente) y del secretario, por lo que asumimos y aconsejamos que se apliquen a las EIP las recomendaciones 32, 33 y 34 del CBGSC, en las que se complementan las funciones recogidas en los artículos 529 sexies, septies y octies, de la LSC, artículos cuya aplicación también hemos recomendado para las EIP en el apartado 8.1.

- Evaluación periódica del Consejo (Recomendación 36).

Nos parece aconsejable que el Consejo en pleno evalúe una vez al año su funcionamiento. En este asunto, dado que la Recomendación 36 desarrolla el contenido del artículo 529 nonies de la LSC, entendemos que la misma es aplicable a las EIP; incluso que cada tres años el Consejo sea auxiliado por un consultor externo e independiente. El objetivo fundamental del proceso de evaluación debe ser identificar oportunidades de mejora que permitan un mejor desempeño del consejo de administración.

- La comisión ejecutiva (Recomendaciones 37 y 38).

Compartimos la filosofía de esta recomendación del CBGSC y el temor de que dicha comisión ejecutiva pueda sustituir “de facto” y vaciar de funciones al propio consejo de

administración, además de que puede, eventualmente, no reflejar la composición del propio consejo.

En las sociedades cotizadas la conjunción de los artículos 249 bis y 529 ter, que concretan las facultades indelegables del consejo de administración, y de estas dos recomendaciones, impiden un poder excesivo de esta comisión ejecutiva.

Creemos que lo mismo debería ocurrir en el caso de las EIP; por eso hemos recomendado en un apartado anterior que se aplique a las EIP el artículo 529 ter, además del 249 bis, este último de obligado cumplimiento, y ahora sugerimos que las Recomendaciones 37 y 38 también sean aplicables a las EIP, es decir que si existe comisión ejecutiva tenga una composición por categorías de consejeros similar al consejo y que éste tenga conocimiento de los asuntos tratados y los consejeros reciban copia de las actas de las sesiones de la comisión ejecutiva.

- La comisión de auditoría (recomendaciones 39 a 44).

Anteriormente hemos mencionado que la nueva Ley de Auditoría (22/2015 de 20 de julio) exige que las EIP, cuyo tamaño está por concretarse reglamentariamente, cuenten con una comisión de auditoría similar a la establecida para las sociedades cotizadas en el artículo 529 quaterdecies de la LSC.

En el apartado de recomendaciones para las EIP seleccionadas de la LSC, hemos aconsejado que las EIP definidas en este trabajo dispongan de una comisión de auditoría con las características especificadas en dicho artículo. Creemos que también es aconsejable, recordando las Recomendaciones del 39 a 44 del CBGSC, que:

- La mayoría de sus miembros sean expertos en cuestiones de contabilidad, auditoría y riesgos[60].
- Exista una función de auditoría interna que dependa del presidente no ejecutivo del consejo o del de la comisión de auditoría.
- El auditor interno presente su plan de trabajo anual a la comisión de auditoría y le someta al final de cada ejercicio un informe de actividades.
- La comisión de auditoría pueda convocar a cualquier empleado sin que sea necesaria la presencia de ningún otro directivo.
- La comisión de auditoría sea informada de las operaciones estructurales y corporativas para que pueda analizarlas e informar al consejo.

[60] En otros países se utilizan términos más genéricos y que van más allá de la mera contabilidad y auditoría: "financial experience", "financial literacy" y "experience on corporate financial matters". Nos parece una terminología más completa; la española parece que reserva el puesto a antiguos auditores.

Por último nos parece aconsejable que se completen, en caso necesario, las funciones de la comisión de auditoría utilizando como referencia la recomendación 42 del CBGSC (se completan en dicha recomendación las funciones definidas en la LSC para la comisión de auditoría).

- La función de gestión y control de riesgos (Recomendaciones 45 y 46).

Una de las facultades indelegables, y en nuestra opinión crucial, del consejo de administración, tal y como establece el artículo 529 ter de la LSC, es "la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control". Anteriormente hemos recomendado que las EIP amplíen el catálogo de facultades indelegables detalladas en el artículo 249 bis con las contenidas en el artículo 529 ter.

Como consecuencia lógica, nos parece aconsejable que se invite a las EIP a secundar la Recomendación 45 en la que se concreta el contenido de la política de control y gestión de riesgos: identificar los distintos tipos de riesgos, establecer un nivel de riesgo aceptable para la sociedad, concretar las medidas previstas para mitigar el impacto de los riesgos y describir los sistemas de información y control interno para controlar y gestionar los citados riesgos[61].

Adicionalmente, también nos parece recomendable que las EIP apliquen la recomendación 46 en la que se aconseja la existencia de una función interna de gestión y control de riesgos que dependa de la comisión de auditoría, con cometidos específicos. No recomendamos a las EIP la creación de una comisión específica, aunque sí que se integre la función en la comisión de auditoría, para evitar una mayor complejidad y coste del sistema[62].

- La comisión de nombramientos y retribuciones (Recomendaciones 47 a 51).

En el apartado 8.1 hemos sugerido que las EIP se adapten a lo establecido en el artículo 529 quindecies de la LSC en relación con la comisión de nombramientos y retribuciones.

De la misma manera nos parece razonable sugerir que las EIP sigan las Recomendaciones 47 (composición de la comisión de nombramientos y retribuciones) y 50 (más funciones de la comisión, además de las atribuidas por la ley).

No recomendamos en el caso de las EIP que existan dos comisiones separadas, de nombramiento y de retribuciones, tal y como sugiere la recomendación 48 del CBGSC.

[61] En este sentido, entendemos que un sistema de control y gestión de riesgos implica, resumidamente: identificarlos (mediante el oportuno mapa de riesgos), evaluarlos (considerando los factores de probabilidad e impacto), gestionarlos (con medidas que permitan mitigarlo, compartirlo o eliminarlo), controlarlos (mediante un sistema de monitorización adecuado) e informar sobre ellos (interna y externamente).

[62] Excepto cuando se trate de negocios o sectores en los que exista una normativa específica que sí lo exija.

Sí recomendamos, por otra parte, que la comisión de nombramientos y retribuciones consulte con el presidente y el primer ejecutivo en el caso de nombramientos y de retribuciones de consejeros ejecutivos (como aconsejan las Recomendaciones 49 y 51).

- Otras comisiones especializadas del consejo de administración (Recomendaciones 52 y 53)

Si bien nos parece aconsejable que, tal y como establece la recomendación 53 del CBGSC, la supervisión del cumplimiento de las reglas de gobierno corporativo, los códigos internos de conducta y la política de responsabilidad social corporativa se consideren asuntos de la máxima importancia y sean asumidos por el consejo de administración, no creemos necesario que se cree en las EIP una comisión específica que se ocupe de estos asuntos; alguna de las comisiones que recomendamos en este trabajo, la de auditoría o la de nombramientos y retribuciones, podrían ocuparse de ello. La razón de no recomendar la creación de otra comisión es evitar un sistema más complejo y más costoso.

En relación con los cometidos relacionados con las reglas de gobierno corporativo, los códigos internos de conducta y la responsabilidad social corporativa, nos parece asumible lo establecido en la Recomendación 53, apartados a) a h), donde se detallan las funciones mínimas de la comisión que se ocupe de estos asuntos, que en nuestra opinión, manifestada anteriormente, no tendría por qué ser una comisión de nueva creación.

- La responsabilidad social corporativa (Recomendaciones 54 y 55)

Creemos que la política responsabilidad social de la empresa es una parte integral no sólo de las funciones o asuntos de relevancia (e indelegables según el artículo 529 ter en el caso de las sociedades cotizadas) que debe tratar un consejo de administración, sino también de su propia estrategia.

Definir la misión, visión y valores de una compañía, punto de partida de la formulación estratégica, implica considerar el impacto que las actividades de aquélla tienen en los distintos grupos de interés y los de éstos en la actividad de la propia compañía.

Identificar las oportunidades de crear valor compartido entre la empresa y los grupos de interés, definir qué grupos de interés son particularmente importantes para la compañía y concretar los compromisos que la empresa asume en relación con dichos grupos de interés, son tareas que van a facilitar la sostenibilidad económica, social y medioambiental de la actividad empresarial y, a la postre, permitir una mayor creación de valor sostenible a largo plazo.

Integrar en la organización empresarial dichos valores y compromisos y desarrollar una cultura que propicie unas creencias y comportamientos en consonancia con ellos, es una labor crítica e ineludible del consejo de administración.

Es conocido que en las empresas de menores dimensiones, y particularmente en las empresas familiares, este enfoque de responsabilidad social corporativa está más integrado en el modo de entender la actividad empresarial que en las empresas cotizadas, probablemente por la mayor proximidad de aquellas empresas al entorno que las rodea.

Por ello sugerimos anteriormente el seguimiento de la Recomendación 12 y en este caso asumimos la Recomendación 54, que creemos aconsejable para las EIP en toda su extensión. Nos parece que el detalle de las funciones mínimas que aparece en dicha recomendación es completo y una referencia válida para las EIP.

De la misma manera, aconsejamos también el seguimiento de la Recomendación 54, de forma que la compañía informe, utilizando algunas de las metodologías existentes comúnmente utilizadas, sobre los asuntos relacionados con la responsabilidad social corporativa.

Por último, queremos resaltar de nuevo que no nos parece necesario que se cree una nueva comisión para ocuparse de este asunto; la de auditoría o la de nombramientos y retribuciones podría responsabilizarse de ello.

- Remuneraciones de los consejeros (Recomendaciones 56 a 64).

Los problemas causados tanto a la economía en general, como a sectores específicos como el financiero o a muchas empresas de otros sectores, provocados en buena medida por la existencia de sistemas de retribución poco adecuados, son sobradamente conocidos y han dado lugar a abundante literatura y a reflexiones y propuestas en todos los ámbitos, destacando entre otras la posición y recomendaciones de la UE.

La reforma de la LSC de diciembre de 2014 y el CBGSC de 2015 así lo han reconocido, con un tratamiento bastante exhaustivo de esta cuestión, como ya hemos mencionado anteriormente: la LSC en los artículos 217 a 219 (que modifica en profundidad dichos artículos que ya existían en la LSC) y en los artículos 529 sexdecies a 529 novodecies (en este caso se trata de artículos totalmente nuevos), y el CBGSC en las Recomendaciones 56 a 64.

Anteriormente hemos asumido, con alguna salvedad, el contenido de los artículos 217 a 219 de la LSC que se aplican a las sociedades de capital aunque no coticen en bolsa. Nos parece una buena aproximación que contempla todos los aspectos relevantes relacionados con la retribución de los administradores.

No obstante, recordemos de nuevo que al contemplarse en los artículos 217 y 219 la posibilidad de pagar en acciones o en opciones sobre acciones o referenciadas al valor de

las acciones, se introduce una posibilidad que la experiencia nos muestra difícil de aplicar[63]: como hemos comentado anteriormente, calcular, por ejemplo, el valor de una opción sobre una acción en una sociedad que no cotiza en bolsa se antoja algo francamente difícil y que puede dar lugar a pleitos sin fin. Por otra parte, utilizar valores basados en datos contables es simplificar el problema y puede llevar a fijar retribuciones que no tengan que ver con el valor intrínseco de la empresa.

Conviene destacar, además, que no es fácil ni usual que en las empresas familiares, como son muchas EIP, se pague a los consejeros o a la alta dirección en acciones por el desempeño de sus responsabilidades. Lógicamente todavía más difícil será encontrar, en estas empresas, sistemas de retribución con pago mediante opciones sobre acciones o instrumentos parecidos.

Dicho esto, nos permitiríamos recomendar que no se utilice la alternativa de opciones sobre acciones o de retribuciones referenciadas al valor de las acciones en las EIP, dejando abierta la posibilidad de pagar en acciones contemplada en el artículo 219 de la LSC, en caso excepcionales y sólo para los consejeros ejecutivos.

Recomendamos, así pues, que la retribución variable se componga de una remuneración basada en beneficios (o métricas más completas, como puedan ser, por ejemplo, el flujo de caja libre o el flujo de caja para el accionista) y, en ocasiones, una parte menor en acciones.

Recordemos, además, que anteriormente hemos recomendado a las EIP, en relación con lo establecido en los artículos 529 sexdecies a novodecies, que el cargo sea necesariamente remunerado, que exista una política de remuneraciones aprobada por la junta general que se ajuste al sistema estatutariamente previsto y que las remuneraciones de los consejeros, tanto de los ejecutivos como de los no ejecutivos, se acomoden a ella, además de aconsejar que la política de renumeraciones de los consejeros sea aprobada por la junta general anualmente y su aplicación se ratifique por ésta anualmente también.

Por último, centrándonos en las Recomendaciones 56 a 64 del CBGSC, nos parecen aconsejable para las EIP:

- Recomendación 56: que la remuneración permita atraer y retener consejeros con talento, pero que no sea tan alta como para comprometer su independencia y su libertad de criterio.

[63] Los autores de este trabajo han tenido la oportunidad de participar como peritos en pleitos entre directivos y sociedades en los que el problema básico era precisamente determinar el valor de una acción de una empresa no cotizada o de opciones sobre la misma; al final dependía de la opinión de expertos independientes, y ya se sabe, hay tanto valores como clientes y expertos en valoración. Si valorar una acción de una empresa no cotizada es complicado, es fácil suponer que valorar una opción sobre la misma es casi imposible.

- Recomendación 57: que, sin excepciones, sean exclusivamente los consejeros ejecutivos quienes puedan recibir remuneraciones variables ligadas al rendimiento de la sociedad y acciones.

- Recomendación 58: que en el caso de que existan remuneraciones variables se establezcan las cautelas y los límites que se detallan en esta recomendación y particularmente que busquen un equilibrio en el cumplimiento de los objetivos a corto, medio y largo plazo, y que también tengan en cuenta criterios no financieros.

- Recomendación 59: que una parte relevante de los componentes variables se difieran en el tiempo para poder comprobar que se han cumplido las condiciones de rendimiento.

- Recomendación 60: que las remuneraciones relacionadas con los resultados tengan en cuenta las eventuales reservas y salvedades detectadas en la auditoría que minoren los resultados de la compañía.

- Recomendación 61: en este caso no seguimos fielmente la recomendación y aconsejamos que una parte de la remuneración se pague, en ocasiones, en acciones, pero que no se trate de una parte sustancial, y que no se pague en opciones o instrumentos referenciados al valor de las acciones[64].

- Recomendación 62: en este caso la recomendación no nos parece de aplicación para las EIP. Limitar la transferencia de acciones y un plazo para hacerlo es algo que debería estar regulado, en su caso, en los pactos entre accionistas que recomendamos posteriormente. En este sentido, las posibles limitaciones y obligaciones deberían ser las mismas para todos los accionistas.

Por otra parte, tampoco recomendamos el pago en opciones o similares, por lo que la limitación temporal de su ejercicio tampoco es de aplicación.

- Recomendación 63: que existan cláusulas que permitan reclamar a la sociedad los pagos realizados que no se hayan ajustado a las condiciones de rendimiento o se hayan abonado atendiendo a datos inexactos acreditados con posterioridad.

- Recomendación 64: que existan limitaciones a los pagos por resolución del contrato, con un límite de dos años de la retribución total anual y que se comprueben los criterios de rendimiento.

[64] Nos remitimos aquí de nuevo a lo recomendado en el caso de opciones sobre acciones o similares.

7.4. Otras recomendaciones complementarias

En este apartado detallamos una serie de recomendaciones basadas en otros códigos europeos, o en experiencias propias, que, en parte, refuerzan y complementan aspectos tratados en puntos anteriores.

- Reglamento del consejo de administración

El reglamento del consejo de administración debe, como indica la LSC[65], concretar las normas de régimen interno y funcionamiento del propio consejo, de acuerdo con la ley y los estatutos, conteniendo las medidas específicas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad. Es aconsejable que las EIP dispongan de un reglamento del consejo, tal y como ya hemos recomendado anteriormente.

Adicionalmente nos parece que es recomendable que se destaquen, además de los asuntos que se consideran facultades indelegables, detallados en los artículos 249 bis y 529 ter de la LSC, los siguientes aspectos:

- El papel del consejo en términos de las tareas de aprobación, toma de decisiones, supervisión y control, tanto en relación con la propia empresa como con la actividad de la alta dirección y el control y gestión de los riesgos.

- El papel de liderazgo que debe ejercer el consejo de administración y de reto, o desafío bien entendido, en relación con las actividades desarrolladas por la alta dirección.

- La actividad de aprobación de la estrategia de la sociedad y de supervisión y control de su ejecución, de la supervisión del sistema de gestión y control de riesgos y del sistema de control interno.

- La existencia y seguimiento de un plan de sucesión, tanto de la alta dirección, particularmente del máximo ejecutivo, como de los propios consejeros y de los puestos clave (presidente, consejero no ejecutivo coordinador, presidentes de comisiones).

- El proceso de toma de decisiones, en particular los procedimientos utilizados y la información necesaria. En este sentido es importante: conocer los objetivos del proceso de toma de decisiones, la técnica utilizada (por ejemplo, búsqueda del consenso, votación de las propuestas, método Delphi, u otros), la existencia de propuestas alternativas y el análisis de sus ventajas e inconvenientes, la búsqueda de información necesaria o el plan de implementación de las propuestas.

[65] Artículo 528 de la LSC.

- Estatuto del consejero y programas de "iniciación e ingreso"[66]

Es aconsejable, en primer lugar, que se detallen en un documento que se entregue a los consejeros lo que se espera de éstos, sus obligaciones y responsabilidades[67], los perfiles deseados, los criterios de idoneidad profesional e independencia, edad, jubilación o número máximo de mandatos.

Asimismo es conveniente que se concreten los mecanismos y programas de formación necesarios para mantener actualizados los conocimientos y habilidades de los consejeros, tanto en el momento de su nombramiento como posteriormente.

- Importancia de las actas

Las actas de las reuniones del consejo de administración son el reflejo de lo acontecido en dichas reuniones y de la relevancia y profundidad de los asuntos tratados. Recomendamos que sean lo suficientemente amplias como para plasmar tanto los asuntos tratados, como las opiniones vertidas por los consejeros y las decisiones tomadas, evitándose las versiones telegráficas.

- Acuerdos entre accionistas: pactos parasociales

Recomendamos que en las EIP exista un documento en el que se detallen los acuerdos entre accionistas en relación, entre otros, con los derechos y obligaciones entre ellos, la transmisión de las acciones y sus posibles limitaciones, los mecanismos para establecer los precios de transferencia de las acciones y los modos de instrumentar la operación.

Creemos que, en su caso, es necesario que tales pactos se comuniquen a la sociedad, con sus cláusulas anejas, y se realice su depósito en el Registro Mercantil[68].

- Responsabilidad social corporativa e involucración de los grupos de interés[69]

En el establecimiento de la política de responsabilidad social corporativa[70], facultad indelegable para las sociedades cotizadas, es importante que se identifiquen los grupos de interés prioritarios, conocer cuáles son sus intereses, necesidades y expectativas, identificar los retos y oportunidades que suponen, investigar los impactos mutuos entre la empresa y los grupos de interés desde una perspectiva de creación de valor compartido y definir

[66] "Induction" en la terminología anglosajona.

[67] Todo lo relativo a los deberes de diligencia, lealtad y conflictos de interés está ampliamente regulado en los artículos 225 y siguientes de la vigente LSC.

[68] La LSC, en sus artículos 530 a 5365, regula, en el caso de las sociedades cotizadas, los pactos parasociales sujetos a publicidad.

[69] "Stakeholder engagement" en la terminología anglosajona.

[70] Se trata de un aspecto tratado anteriormente, en el que incidimos de nuevo por su especial importancia.

objetivos y políticas concretas con los grupos de interés identificados. Aconsejamos lo mismo a las EIP.

Adicionalmente, es importante involucrar tanto a los propios empleados, mediante la implantación de una cultura corporativa adecuada, como al resto de los grupos de interés, mediante la creación de los canales oportunos de información y comunicación con los diferentes grupos de interés.

- Cumplimiento normativo y modelos de prevención penal

En el contexto actual, con los recientes cambios normativos producidos en el ámbito penal[71], nos parece ineludible que las empresas pongan en funcionamiento un modelo de organización y gestión con medidas de vigilancia y control para prevenir la comisión de delitos.

El modelo deberá, como mínimo:

- Identificar las actividades en cuyo ámbito se puedan cometer delitos.
- Definir los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica en la toma y ejecución de las decisiones.
- Estar gestionado por un órgano autónomo de la persona jurídica con poderes de iniciativa, control y recursos financieros adecuados.
- Informar de riesgos e incumplimientos al órgano encargado de la vigilancia.
- Establecer un sistema disciplinario que sancione los incumplimientos de las medidas definidas en el modelo.

Recomendamos, además del desarrollo necesario del modelo de prevención de delitos, que las empresas definan con precisión la función de cumplimiento normativo, dotándola de la importancia y los recursos adecuados y buscando una integración adecuada de dicha función en el sistema de gobierno corporativo y en la propia estructura organizativa de la empresa[72].

[71] Reforma del Código Penal, Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos 31 bis a quinquies.

[72] Para un mayor detalle en relación con esta cuestión, recomendamos la lectura del trabajo realizado por José Eugenio Soriano García, para el Centro de Buen Gobierno, titulado "Código penal y cumplimiento normativo: la paradoja de un derecho suave que elimina al más fuerte de los derechos". www.centrobuengobierno.ie.edu.

- Relaciones con accionistas

Aunque en el ámbito de las EIP el problema de las relaciones con accionistas, al tratarse normalmente de empresas con pocos accionistas, no se plantea con el mismo grado de virulencia que en las sociedades cotizadas, nos parece aconsejable que las EIP dispongan de un sistema de relación con los accionistas que permita conocer sus opiniones, intereses y expectativas, particularmente cuando no se hallen representados todos ellos en el consejo de administración.

En este sentido, el tipo de accionista conveniente para la empresa y su enfoque, deseablemente a largo plazo, particularmente en las EIP, se convierten en aspectos de gran importancia[73].

El sistema debería tener un enfoque de relación continuada a lo largo del tiempo, buscando una relación periódica que vaya más allá de las reuniones del consejo de administración o de la celebración de la junta general anual.

- Sistema de información para el consejo de administración

La información de la que deben disponer los consejeros es un recurso absolutamente necesario para el cumplimiento de sus obligaciones como administradores. Según la ley vigente, el consejero tiene el deber de exigirla y el derecho a recibirla; por otra parte en las sociedades cotizadas, el presidente, auxiliado por el secretario del consejo, debe velar por que los consejeros reciban la información necesaria[74].

En este sentido recomendamos que las EIP dispongan de un sistema de información específicamente diseñado para el consejo de administración que contenga información financiera y no financiera, interna y externa, histórica, presente y futura y que contemple como mínimo los asuntos relacionados con la situación presente y las perspectivas financieras de la empresa, el plan estratégico y su implementación, los riesgos, el cumplimiento normativo, el mercado y los competidores y los aspectos relacionados con la gestión interna y los recursos humanos.

[73] La polémica entre el enfoque accionarial "cortoplacista" frente al "de largo plazo" está presente hoy día en el ámbito del buen gobierno corporativo. Simplemente recordamos el problema, sin entrar en él en profundidad. Quizás el Centro de Buen Gobierno aborde esta cuestión en un futuro trabajo.

[74] Recogido en el artículo 529 quinquies de la LSC y recomendado a las EIP.

8. EL CASO DE LAS EMPRESAS FAMILIARES

8.1. Introducción

Las empresas familiares tienen unas características que las diferencian de las empresas no familiares y han desarrollado instrumentos y órganos de gobierno específicos. Nos referimos brevemente a todo ello a continuación.

Como características diferenciadoras básicas de la empresa familiar podemos mencionar[75]:

- El deseo de continuidad en la propiedad, que se mantiene durante largos períodos de tiempo, y de transmitir un legado a la siguiente generación.
- El deseo de continuidad en la dirección.
- La existencia de unos valores y de una cultura fuerte implantada por los fundadores.
- Una propiedad más concentrada.
- Un mayor porcentaje del patrimonio familiar invertido en la empresa.
- Las relaciones entre socios y de éstos con la alta dirección son singulares.
- Más agilidad para la toma de algunas decisiones y mayor dificultad para tomar otras.
- Confusión entre órganos de gobierno y toma de decisiones y órganos e instrumentos de gestión.

Además, en este tipo de empresas se presentan situaciones, creencias y actitudes que pueden derivar en las denominadas “trampas” de la empresa familiar:

- Confundir dos realidades: la capacidad para dirigir con el hecho de ser propietario.
- La estrecha relación entre propiedad y gestión, que puede suponer un exceso de influencia de los directivos propietarios.
- Aplicar en la empresa recetas que sólo son válidas para la gestión de la realidad familiar: importancia de los factores emocionales.
- No buscar la armonía entre los propietarios, los directivos y los trabajadores.
- Confundir el gobierno con la gestión.

[75] “Los secretos de las empresas familiares centenarias”. Miguel Ángel Gallo y Joan Amat.

Asimismo, es importante recordar cuáles son los factores críticos que garantizan la continuidad de una empresa familiar relacionados con una serie de variables críticas:

- Familia: promover la unidad, el compromiso y el diálogo, desarrollar valores y pautas de comportamiento.
- Propiedad: evitar las tensiones y la dispersión del capital, crear estructuras de gobierno que permitan evitarlas, favorecer la continuidad y el compromiso entre los socios.
- Negocio: promover la innovación y la renovación continua para lograr una rentabilidad sostenible, promoción de una mayor conciencia estratégica.
- Gestión: promover la renovación del personal, cultura y sistemas de dirección, profesionalización de la dirección, descentralización.
- Sucesión: preparar anticipadamente la sucesión en la propiedad y en la gestión.

Por último es útil recordar algunas características de las empresas familiares de éxito, según los autores Ward, Davis y Landsberg:

- Familia: buenas relaciones entre los familiares, comunicación fluida, sentimiento de orgullo y pertenencia familiar, importancia de los valores y la historia familiar.
- Propiedad: compromiso de continuidad, fomento de la autofinanciación, estabilidad de los dividendos, sentido de responsabilidad.
- Empresa: fomento de la renovación estratégica con cada cambio generacional, visión a largo plazo, autonomía y autoridad de la alta dirección.
- Ideas/máximas: el cliente es el rey, transformación e innovación continuas, tamaño razonable para mantener la independencia, respeto a las personas.

8.2. Instrumentos y órganos específicos de la empresa familiar

La empresa familiar, en la búsqueda del éxito y la continuidad a largo plazo, ha desarrollado herramientas y órganos específicos y se puede hablar de un sistema de gobierno familiar[76].

Se suele definir el gobierno familiar como un sistema que articula las relaciones de los miembros de la familia y de los accionistas familiares entre sí, y de todos ellos con la empresa.

Según el Instituto de la Empresa Familiar, los objetivos del sistema deben ser: definir el punto de vista de la familia en términos de misión, visión y valores, preservar los valores y la cultura de la familia emprendedora, diseñar una adecuada planificación patrimonial que considere los intereses de la familia y de la empresa, y evitar o contribuir a solucionar los conflictos familiares.

[76] Recordemos que las conclusiones que hemos expuesto en el punto 2 de este trabajo, particularmente las relacionadas con la progresiva profesionalización de la gestión y del gobierno corporativo, se basan en la situación y evolución de las empresas familiares.

Comentamos brevemente los mecanismos y órganos más utilizados y hacemos las recomendaciones oportunas para las EIP a las que dirigimos nuestra propuesta en el caso de que se trate de empresas familiares:

- **El Consejo Asesor:** se trata de un órgano informal, sin capacidad de tomar decisiones pero sí de hacer recomendaciones y sin responsabilidad jurídica. Suelen formar parte de él expertos sectoriales o funcionales con experiencia y personas de confianza de la familia.

  Si bien puede ser de utilidad en las primeras etapas en la profesionalización del gobierno de la empresa, cuando no haya consejo de administración o se trate de un órgano meramente formal, no nos parece un órgano útil en el caso de las EIP familiares a las que dirigimos nuestras recomendaciones, dado que estas, por su tamaño y etapa en su ciclo de vida, dispondrán normalmente de un órgano de administración más formalizado y más profesionalizado.

- **El Protocolo familiar:** se trata de un documento en el que se definen las normas que clarifican las relaciones entre los familiares y de la familia con la empresa.

  Se trata de un acuerdo que surge del consenso entre los familiares que son propietarios de la empresa, así como de los miembros de la siguiente generación.

  Debe ser aprobado y firmado por los miembros de la familia y es recomendable que se eleve a escritura pública.

  Es aconsejable para todas las empresas familiares, independientemente de su tamaño, particularmente cuando hay familiares que trabajan en la empresa o que pueden incorporarse a ella.

  Sin ánimo de profundizar en el contenido óptimo de un protocolo familiar, resumimos los asuntos más relevantes que deberían concretarse en el mismo[77]: objetivos y filosofía del protocolo, misión, visión y valores de la familia, definición de los códigos éticos y de comportamiento, criterios y requisitos para la incorporación de los familiares a la empresa y a sus diferentes órganos de gobierno, políticas de acceso a la condición de accionista, política de retribución de los familiares miembros del consejo de familia y del consejo de administración, creación de los órganos de gobierno familiares y sus normas de funcionamiento (consejo de familia y, en su caso, asamblea familiar), descripción de los órganos de gobierno societarios, políticas de sucesión, normas para la toma de decisiones

[77] En el ya mencionado libro de Gallo y Amat, o en el documento del IEF de 2012 titulado "Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares" preparado por Javier Quintana, puede encontrase un mayor detalle del contenido y objetivos de un protocolo familiar.

y resolución de conflictos, política de valoración y compraventa de acciones, políticas de liquidez y de ayuda a familiares, derechos de información de los miembros de la familia, normas para la actualización y modificación del protocolo.

Recomendamos a las EIP que sean familiares que dispongan de un protocolo familiar.

- **El Consejo de Familia[78]:** es el órgano que regula el funcionamiento de la familia empresaria y, en particular, las relaciones de la familia con sus actividades empresariales y extra-empresariales ligadas a la empresa o al patrimonio familiar.

  Es el nexo de unión entre la familia y la empresa, comunicándose a través del consejo de administración.

  Está formado por un grupo de familiares, accionistas o potenciales accionistas, que se reúnen periódicamente para discutir los problemas que afectan a la familia y a la empresa.

  Puede tener carácter formal o informal, aunque recomendamos, en general, que tenga carácter formal.

  Su creación, asunto siempre complejo, puede verse facilitada en aquellas etapas en las que el peso de los fundadores sea menor.

  Normalmente, el Consejo de Familia tiene sentido cuando la dispersión del accionariado y el número de familiares no es demasiado grande; si lo fuera, como veremos más adelante, se suele poner en funcionamiento la Asamblea Familiar.

  Entre sus funciones principales destacamos: preservar y actualizar los valores y la visión de la familia, mantener la disciplina familiar evitando injerencias en la empresa, preparar la sucesión y la transición generacional, trasladar al consejo de administración la visión y opinión sobre las políticas empresariales básicas (inversiones, financiación, dividendos, etc.), servir de foro para la discusión de los asuntos que afecten a la familia y a sus miembros (patrimonio, compraventa de acciones, reparto de acciones a las nuevas generaciones, pactos parasociales, dividendos, formación, trabajos de elaboración y actualización del protocolo, incorporación de familiares a la empresa, representar a la familia en diferentes ámbitos).

  Un asunto de interés al que se refiere en sus propuestas el Instituto de Empresa Familiar (IEF)[79] es la relación entre el consejo de familia, la junta general de accionistas y el consejo de administración.

[78] De nuevo, recomendamos consultar el libro de Gallo y Amat o el documento del IEF para mayor detalle.
[79] "Guía Práctica para el buen gobierno de las empresas familiares", Javier Quintana, Instituto de la Empresa Familiar, 2012.

Se plantea en dicho documento, como estructura propia de fases más avanzadas en el ciclo de vida de la empresa familiar, que la junta general delega informalmente alguna de sus competencias en el consejo de familia y éste interactúa directamente con el consejo de administración.

Creemos que, y en el mismo documento se plantea como alternativa, el consejo de familia no debe suplantar las funciones de la junta general y que debe actuar más bien, en su relación con el consejo de administración, como un órgano de apoyo y de comunicación pero sin asumir funciones que correspondan a la junta general, limitándose a fortalecer los valores y la unidad familiar, resolver los problemas familiares, trabajar en el proceso de sucesión y, en relación con la empresa, limitarse a recibir información sobre su evolución y proyectos.

Entendemos que, en su caso, aquellos familiares que sean miembros del consejo de administración[80], lo serán porque el Consejo de Familia así lo haya sugerido y muy probablemente formen parte de éste, en cuyo caso la relación del Consejo de Familia con el Consejo de Administración será directa, respetándose así a la Junta General como órgano soberano de la sociedad.

Alternativamente, es fácil suponer que aquéllos accionistas que formen parte del Consejo de Familia, tendrán una presencia directa y activa en la Junta general.

Recomendamos, finalmente, que las EIP a las que dirigimos nuestras recomendaciones, en caso de ser familiares, cuenten con un consejo de familia.

- **La Asamblea Familiar:** se trata de un órgano que tiene sentido en el caso de empresas que después de varias transiciones generacionales tengan un número elevado de socios y un número grande de familiares. En estos casos conviene diferenciar entre la Asamblea Familiar, de la que formarán parte todos los accionistas o potenciales accionistas, con el objetivo de mantener, transmitir y divulgar la visión de la familia, informar a los familiares centralizando la información, mantener la armonía y el conocimiento entre los miembros de la familia, servir de foro para expresar ideas y puntos de vista, y el Consejo de Familia, órgano más reducido y operativo, en el que estarán representadas todas las ramas familiares, con el contenido y funciones descritas en el apartado anterior.

  En caso de disponer de un gran número de socios y se trate de una familia ampliada, recomendamos que las EIP a las que dirigimos las recomendaciones, en el caso de ser familiares, dispongan de una Asamblea Familiar.

[80] Hemos asumido, en nuestro trabajo, que es necesario para que una compañía pueda ser considerada como empresa familiar, aparte de que la mayoría de las acciones, en caso de empresa no cotizada, estén en posesión de accionistas familiares, al menos un representante de la familia debe formar parte del consejo de administración. Según el IEF, también valdría, como alternativa que algún familiar participara en la gestión. No creemos que esa sea la realidad de la EF: no conocemos ninguna en la que los accionistas familiares no se sienten en el consejo de administración.

- **Las Oficinas Familiares ("family offices"):** a título meramente informativo recordamos que algunas empresas crean plataformas que se ocupan de gestionar el patrimonio familiar, ofreciendo al mismo tiempo servicios de asesoría y gestión a los familiares. Entendemos que este asunto queda fuera de las recomendaciones que contiene nuestra propuesta, aunque su existencia puede complementar la actividad desarrollada por el Consejo de Familia o la Asamblea Familiar.

9. CONCLUSIONES FINALES

En la propuesta que hemos presentado hemos intentado concretar una serie de recomendaciones que pueden servir para que las EIP que hemos definido en este trabajo puedan disponer de un sistema de gobierno corporativo eficiente y, más concretamente, de un consejo de administración de alto rendimiento que permita la defensa del interés social, entendiendo éste como la creación de valor sostenible a largo plazo.

Hemos partido de dos supuestos fundamentales:

- Las empresas evolucionan a lo largo de su vida, conforme va creciendo su volumen de actividad y haciéndose más complejas sus actividades, profesionalizando tanto su gestión, en primer lugar, como su gobierno corporativo, posteriormente.

- Las actividades de gobierno, y más concretamente de su consejo de administración, evolucionan desde una situación inicial en la que se confunden las actividades de gestión y las actividades de gobierno, y en la que no existe el consejo de administración, a situaciones posteriores en las que una vez creado el consejo de administración, éste evoluciona dando lugar a una actividad más de aprobación, supervisión y control, que de gestión, apareciendo figuras y órganos complementarios tales, entre otros, como los consejeros no ejecutivos o las comisiones del consejo.

Así, hemos entendido que las EIP que hemos definido en nuestro trabajo, por su tamaño en términos de ventas o de número de empleados, se encuentran en situaciones en las que si no cuentan ya con un sistema de gobierno corporativo adecuado, están en disposición de necesitarlo y, más concretamente, de poner en funcionamiento un consejo de administración que desempeñe sus funciones eficientemente.

Basándonos en la normativa española actual, la LSC y el CBGSC, y en otras referencias europeas centradas en el caso de las empresas no cotizadas, hemos concretado una serie de recomendaciones que se asientan en las normas de obligado cumplimiento que se definen en la LSC para todas las sociedades.

A esa base le hemos añadido las normas de obligado cumplimiento aplicables a las sociedades cotizadas establecidas en la LSC que nos parecen adaptables a las EIP y también aquellas recomendaciones del CUBG que se pueden acoplar a estas empresas.

Finalmente, hemos reflexionado brevemente, concretado algunas recomendaciones, sobre la situación de las empresas familiares.

Todo lo propuesto, excepto las normas de obligado cumplimiento para todas las sociedades según la LSC, tiene el carácter de mera recomendación, de carácter absolutamente voluntario para las EIP.

El principio de voluntariedad se complementa aconsejando a las empresas que informen sobre su sistema de gobierno corporativo y si, en su caso, siguen o aplican las recomendaciones de algún código o referencia conocida.

Creemos que las recomendaciones que concretamos en este trabajo son perfectamente asumibles por las EIP y pueden permitir disponer de un sistema de buen gobierno corporativo y, en concreto, de un consejo de administración eficiente y de alto rendimiento.

ANEXO 1
Informe del Círculo de Empresarios sobre la empresa mediana española

El informe anual del Círculo de Empresarios sobre la empresa mediana española[81] recoge las principales iniciativas y propuestas que se están elaborando para favorecer el crecimiento y profesionalización del tejido empresarial español[82]. Las iniciativas se concretan, fundamentalmente, en cuatro ámbitos de actuación:

- Impulsar el tamaño empresarial
- Favorecer el uso de nuevas fuentes de financiación.
- Impulsar la internacionalización.
- Apoyo a la Innovación.

Como vemos, a pesar de su importancia, no se considera como uno de los ámbitos relevantes la mejora o la profesionalización del gobierno corporativo de dichas empresas. Nos parece que se trata de un aspecto que debería estar en la agenda del Círculo de Empresarios para este tipo de empresas. No obstante, nos consta la preocupación del Círculo de Empresarios con el buen gobierno corporativo en general.

Haciendo una distribución por tamaño del tejido empresarial español, vemos que las empresas medianas y grandes contribuyen al 40% de la masa laboral nacional (Fig. 1), siendo las grandes empresas (más de 250 empleados) las que mejor están resistiendo a la crisis. De hecho, si en España la distribución del empleo fuera como en el Reino Unido, durante la crisis se hubiesen salvado más de 500.000[83] puestos de trabajo.

La internacionalización de las empresas, medida por su carácter exportador, se observa que está bastante alineada en las empresas medianas y grandes ya sean empresas industriales (superior al 30%) o de servicios (aproximadamente 16%) (Fig. 2, 3).

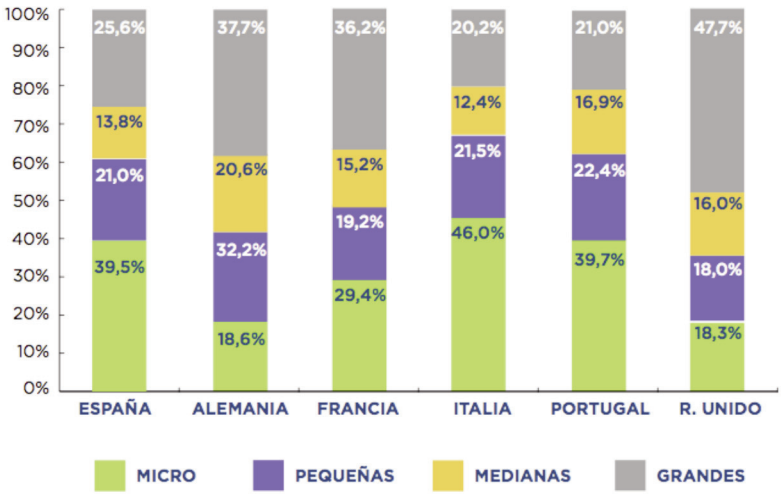
[81] http://circulodeempresarios.org/es/empresa-mediana-espa%C3%B1ola/otros-documento.

[82] Excluyendo a las empresas pertenecientes al sector inmobiliario y de intermediación financiera por su especial casuística y por estar en proceso de restructuración al igual que las empresas de las Administraciones Públicas.

[83] Círculo de Empresarios. La empresa mediana española. Informe anual 2014, página 14.

En lo relativo a la innovación (Fig. 4), el porcentaje de empresas innovadoras se incrementa significativamente con el tamaño empresarial: la mitad de las empresas grandes pueden considerarse como innovadoras, el 35.5% de las medianas y sólo el 23.6% de las pequeñas.

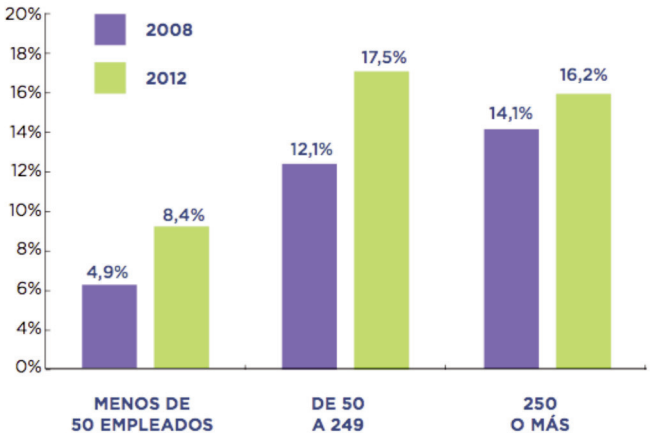
Figura 1



Aportación al empleo por tamaños de empresa. Estimaciones 2014

Fuente: Círculo de Empresarios según Eurostat

Figura 2



Ventas al exterior sobre cifra de negocios. Empresas de servicios según tramo de asalariados.

Fuente: Círculo de Empresarios según datos Encuesta Anual de Servicios del INE

Figura 3

Ventas al exterior sobre cifra de negocios. Empresas industriales según tramo de asalariados.

Fuente: Círculo de Empresarios según datos Encuesta Industrial del INE

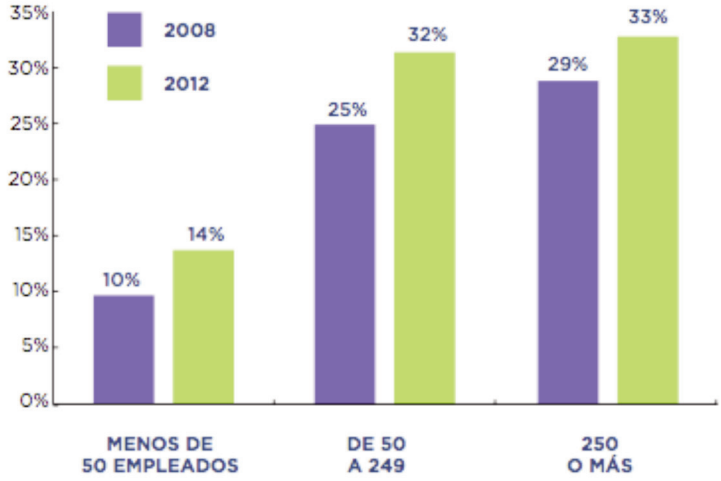
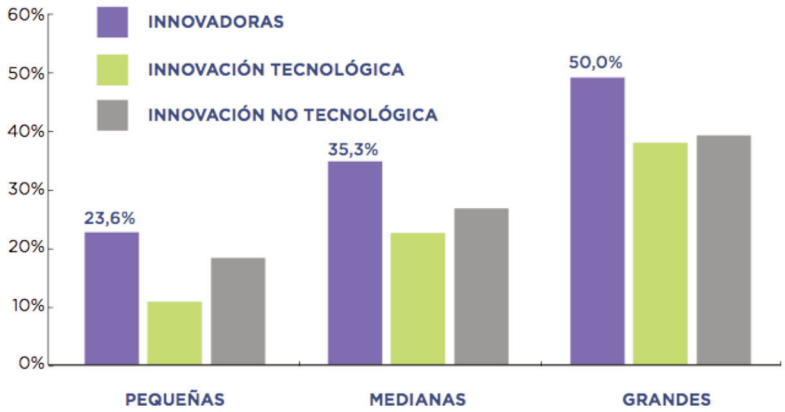


Figura 4

Porcentaje de empresas innovadoras según tamaño. % medio años 2010-2012

Fuente: Círculo de Empresarios según Encuesta sobre Innovación en las empresas del INE



ANEXO 2
El Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas según los principios de la OCDE y las empresas públicas en España[84]

La Unión Europea define a una empresa pública como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que las rigen.

El concepto español de empresa pública se refiere a toda aquella empresa que es propiedad del estado, sea éste nacional, municipal o de cualquier otro estrato administrativo, ya sea de un modo total o parcial[85].

Según la OCDE (2011), el gobierno corporativo de las empresas públicas constituye un importante reto en muchas economías. Pero, hasta ahora, no ha habido ninguna clase de referencia internacional que ayude a los gobiernos a evaluar y mejorar la forma en que ejercen la propiedad de dichas empresas, que a menudo constituyen una proporción significativa de sus economías.

Las "Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas" cubren esta importante laguna. Uno de los principales retos es el de encontrar el equilibrio entre la responsabilidad del Estado de ejercer activamente sus funciones de propiedad, como puede ser la nominación y la elección de los administradores y, al mismo tiempo, abstenerse de realizar interferencias políticas indebidas en la gestión de la empresa.

[84] *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises* (Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas), *OECD 2011*.

[85] El Título III de la Ley General Presupuestaria establece que el subsector público empresarial está integrado por:

a) Las entidades públicas empresariales (EPE).

b) Las sociedades mercantiles estatales (SME).

c) Las entidades estatales de derecho público que no sean organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado y no sean entidades públicas empresariales (EPE), dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

Además de la Ley General Presupuestaria, otras normas que contienen referencias al gobierno corporativo en las empresas públicas son la Ley del Patrimonio del Estado o la Ley de Régimen Local.

Otro importante desafío ha consistido en garantizar condiciones iguales para todos en los mercados en los que las empresas privadas pueden competir con las empresas públicas, así como que los gobiernos no distorsionen la competencia a la hora de utilizar sus poderes regulatorios o de supervisión.

En España, si bien cada vez menos, las empresas públicas todavía representan una parte sustancial del PIB, del empleo y de la capitalización de mercado. Existen en la actualidad más de 60 entidades públicas empresariales que dependen de la Administración General del Estado. Si bien es muy difícil saber qué porcentaje del PIB estas representan, éste se estima en el 16% del total[86].

Por lo tanto, el gobierno corporativo de las empresas públicas resulta decisivo para garantizar su contribución positiva a la eficiencia económica y a la competitividad global del país. La experiencia de la OCDE también ha demostrado que el buen gobierno corporativo de las empresas públicas constituye un importante requisito previo para llevar a cabo una privatización efectiva desde el punto de vista económico, dado que hará que las empresas resulten más atractivas para los posibles compradores, aumentando su valoración.

Las Directrices de la OECD sobre el gobierno corporativo de empresas públicas cubren las áreas siguientes:

- Cómo garantizar un marco jurídico y regulatorio efectivo para las empresas públicas.
- La actuación del Estado como propietario.
- El tratamiento equitativo de los accionistas.
- Las relaciones con las partes interesadas.
- La transparencia y divulgación de la información.
- Las responsabilidades de los consejos de administración de las empresas públicas[87].

[86] "Seminario Internacional Implementación del Presupuesto de Mediano Plazo (Jaime Sánchez Mayoral. Subdirector General de Política Presupuestaria, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas-Gobierno de España, 2014).

[87] Las empresas públicas a veces venden parte de sus acciones a individuos particulares, pero se consideran públicas siempre y cuando el 51% de las acciones estén en manos del sector público. A diferencia de la empresa privada, la empresa pública no busca la maximización de sus beneficios. En empresas de carácter semi-público, el gobierno corporativo debe considerar el interés económico de sus accionistas privados.

BIOGRAFÍAS

Tomás Garicano Rojas

Tomás Garicano es director del Centro de Buen Gobierno y profesor de Finanzas Corporativas y de Gobierno Corporativo en IE Business School, desde el año 1985; fue Decano de la escuela desde 1987 hasta 1994.

Desde 1976 a 1987 trabajó en la empresa privada desempeñando distintos puestos directivos en empresas nacionales y multinacionales (ICI Ltd, NH Hoteles y Cortefiel).

Desde 1994 ha compatibilizado la docencia y la investigación con actividades de consultoría en los ámbitos estratégico, financiero y de gobierno corporativo, colaborando con varias empresas de consultoría (Concord, DMR y Abacus). En la actualidad es Senior Advisor de Gobierno Corporativo en Grant Thornton.

En el ámbito del gobierno corporativo, fue miembro de la Comisión de Expertos nombrada por el Gobierno para la reforma del Gobierno Corporativo, en 2013, cuyos trabajos, dirigidos por la CNMV, dieron lugar a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital del año 2014 y al nuevo Código de Buen Gobierno de las Sociedades de Capital publicado por la CNMV en 2015. Ha publicado varios trabajos sobre temas relacionados con el gobierno corporativo y asesorado a diferentes empresas, cotizadas y no cotizadas.

Tomás Garicano es Licenciado en Derecho por la UCM y Master en Economía y Dirección de Empresas por el IESE.

Dr. Pablo Hafner (ph@hafnerandpartners.com)

Dr. Hafner es presidente de Hafner & Partners (www.hafnerandpartners.com), empresa de consultoría especializada en gobierno corporativo y estrategia. Pablo es también miembro del comité de expertos del Centro de Buen Gobierno de IE Business School y Grant Thornton.

Pablo Hafner asesora a consejeros, accionistas, consejos de familia, consultores, inversores y

formadores en temas de gobierno corporativo tanto para empresas públicas como privadas.
Pablo Hafner es autor de varias publicaciones internacionales siendo también común sus artículos en la prensa económica internacional. Además, es supervisor editorial de varias publicaciones científicas internacionales de reconocido prestigio y ha contribuido con sus conocimientos a la edición de varios libros en el área del gobierno de la empresa familiar. Son habituales sus contribuciones en talleres, seminarios y conferencias relacionadas con el Gobierno Corporativo de la Empresa Familiar.

Pablo Hafner es PhD en Economía por la Universidad de St. Gallen (Suiza).

www.centrobuengobierno.ie.edu

María de Molina, 12 - 5ª planta
28006 Madrid
Tel.: (34) 91 568 96 00
centrobuengobierno@ie.edu