



**El consejero independiente.
Problemas a la hora de su implantación**

Javier Gómez Izaguirre
Abogado
Máster en Responsabilidad Social Corporativa y Auditoría Social

La figura del consejero independiente proviene de la atención que el problema del gobierno corporativo merece desde la oleada de escándalos financieros que sufrieron los mercados anglosajones en los últimos años de la década de los ochenta. Debe partirse de la premisa de que la figura del consejero independiente es una institución de origen anglosajón, ajena a la tradición normativa española y a la estructura de sus sociedades cotizadas.

La exigencia de una independencia, adicional a la legalmente establecida, para algunos miembros del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas, viene siendo un elemento esencial en las normas relativas al gobierno corporativo, con el objeto de evitar los desequilibrios de poder y conflictos de intereses en el seno de los órganos de administración. Y es que, por las especiales características personales y profesionales que se exige a los consejeros independientes, se confía en que enriquezcan con nuevas perspectivas los debates del Consejo de Administración, mejorando el equilibrio de las decisiones tomadas por el mismo.

Su presencia como miembros de los órganos de administración de las sociedades cotizadas es una de las cuestiones más debatidas en el ámbito del gobierno corporativo, hecho que está relacionado con el nivel de indeterminación con que el propio significado del consejero independiente se encuentra y la voluntariedad de su nombramiento.

A la hora de determinar la validez de los instrumentos creados para la mejora del gobierno corporativo, debe ponerse de relieve cómo la distribución de las participaciones de las sociedades cotizadas condiciona su propia eficacia. Y en contra de lo que acontece en mercados como el anglosajón, el español se caracteriza por un importante nivel de agrupación en cuanto a la titularidad de las acciones, lo que entorpece la eficacia de medidas pensadas para ámbitos en los que la dispersión en la titularidad de las acciones es mayor.

Y es que, esa concentración trae consigo que la división entre administración y propiedad (elemento que ha condicionado de un modo determinante las reformas de los mercados anglosajones en el gobierno corporativo) no concurra de igual modo en las sociedades mercantiles españolas. En España sólo una pequeña parte de las sociedades cotizadas presentan una dispersión de la propiedad, al estilo de las grandes compañías británicas o estadounidenses. Y lo habitual es que haya un accionista que, aún en los casos en que tenga

una participación minoritaria, le otorga una suficiente capacidad de control como para asumir directa o indirectamente la administración de la compañía, lo que conlleva que esa separación entre propiedad y administración quede vacía de contenido en gran medida.

En lo que se refiere a la figura del consejero independiente, esta concentración de la propiedad en nuestras compañías determina el papel a desempeñar en el Consejo de Administración, en el que la protección de los intereses de los accionistas minoritarios frente a los accionistas de control será una de sus funciones más relevantes. Por el contrario, en los mercados anglosajones es la protección de los accionistas frente a los administradores ejecutivos la función predominante del consejero independiente.

Este proceso de trasposición de las instituciones propias de unos ordenamientos a otros sin tener en cuenta las peculiaridades de cada mercado, viene motivado en buena parte por la globalización producida durante las últimas décadas en los mercados financieros, lo que ha hecho necesario que se compartan instrumentos comunes en el ámbito del gobierno corporativo. Un ejemplo de lo expuesto son los propios códigos de buen gobierno cuya aplicación en muchas ocasiones excede los límites del mercado para el que se creó, sin tener en cuenta las características propias de cada ámbito.

La cuestión más importante con la que se topa la figura del consejero independiente es la propia delimitación de la institución, conforme a lo mencionado, debido a la diversidad de significados que se le ha venido atribuyendo desde su creación, a lo que no es ajena la voluntariedad que se otorga habitualmente a la presencia de consejeros independientes en las sociedades cotizadas. Dicha discrecionalidad, que está directamente relacionada con la propia naturaleza de las normas de buen gobierno, se fundamenta en el carácter voluntario de los referidos códigos y la inexistencia de normas que obliguen a la presencia de consejeros independientes en las sociedades cotizadas. Sin perjuicio de que las sociedades cotizadas españolas han acogido positivamente la necesidad de que los consejeros independientes formen parte de sus órganos de administración.

La dificultad a la hora de definir el propio concepto de independiente (aquellos requisitos para que pueda atribuírsele a un consejero la condición de independiente), hace que sea habitual que el análisis del consejero independiente se efectúe en contraposición con los otros tipos de

consejeros, a los que resulta más sencillo delimitar, partiendo de sus vinculaciones con los accionistas o con los administradores ejecutivos de la Compañía. Y se considera que un consejero es independiente cuando no ostente la condición de consejero ejecutivo o dominical, ni esté afectado por relaciones análogas a la de estos con la sociedad, sus accionistas o directivos.

Prueba de la ambigüedad referida es la definición que el Código Unificado de Gobierno Corporativo de 19 de mayo de 2006 (CUGC), también llamado Código Conthe, y aun suponiendo un avance en la delimitación del concepto del consejero independiente, otorga a estos consejeros: *“se consideraran consejeros independientes aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionado por relaciones con la sociedad, sus accionistas significativos o sus directivos”*.

La amplitud de tal definición exige delimitar cuáles son aquellos vínculos con la sociedad, sus accionistas significativos o directivos que puedan viciar la independencia del consejero e imposibilitan que sea considerado como tal. El CUGC atendiendo al contenido de la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores, recoge nueve situaciones que considera incompatibles con la condición de consejero independiente, por verse condicionado por su relación con la sociedad, sus accionistas significativos o sus directivos basándose en: vinculaciones pasadas de empleo, dirección o prestación de servicios para la sociedad, en relaciones personales y profesionales del consejero con los accionistas y directivos, o en aspectos procedimentales tales como su nombramiento o renovación sin haber sido propuesto por la Comisión de Nombramientos del Consejo de Administración.

Sin embargo, la enumeración que hace el CUGC tampoco puede considerarse un *numerus clausus*, ya que tal y como señala la Recomendación de la Comisión es imposible elaborar una lista exhaustiva de todo aquello que amenace la independencia de los administradores, ya que las relaciones o circunstancias que parecen pertinentes para determinarla pueden variar, entre los Estados miembros y las empresas. También las mejores prácticas pueden evolucionar a ese respecto.

En cuanto a la mención que se hace en el CUGC de la designación de los consejeros independiente atendiendo a sus condiciones profesionales, no viene acompañada de una aclaración de a qué condiciones profesionales se está haciendo referencia, justificándose la referida exigencia con la pretensión de utilizar la figura del consejero independiente para mejorar el nivel técnico de los miembros de los órganos de administración de las sociedades cotizadas.

En cualquier caso, el análisis de la figura del consejero independiente debe partir de que es un consejero externo, es decir un miembro del Consejo de Administración que no participa en la gestión de la empresa, tarea reservada a los consejeros ejecutivos. Y es administrador de la sociedad, miembro de su Consejo de Administración en tanto que órgano societario colegiado y permanente encargado de la gestión social, integrándose en el mismo en igualdad de condiciones que el resto de consejeros (ejecutivos, dominicales y otros consejeros externos) y que asumen exactamente las mismas obligaciones y deberes en su cargo en promoción del interés social.

Por eso, en la configuración y atribución de funciones a los consejeros independientes, y en el actual escenario de unidad de régimen jurídico aplicable a todos los miembros del Consejo de Administración, propio del ordenamiento español, debe medirse muy bien la diferenciación de estos consejeros respecto al resto, pues no son extraños o ajenos al Consejo de Administración, sino miembros de pleno derecho.

La Recomendación 2005/162/CE de la Comisión que, en el apartado 13.1, indica que *“...debe considerarse que un administrador es independiente cuando no está vinculado por ninguna relación comercial, familiar o de otro tipo, con la empresa, sus accionistas mayoritario o la dirección de cualquiera de los dos, que cree un conflicto de intereses que haga obstáculo a su capacidad de juicio”*. El consejero independiente según esta interpretación, debe considerarse como aquel consejero que no se encuentra inmerso en conflictos de interés con la propiedad sociedad cotizada, así como con sus accionistas significativos o directivos, sin que el desempeño de sus funciones se vea coartado por vinculación alguna con aquellos.

Sin embargo, la referida exigencia es obligatoria pero no bastante para que un consejero pueda ser considerado como independiente. El CUGC establece que *“...todos los consejeros,*

con independencia de cuál sea el origen o la causa de su nombramiento, deben tener como propósito común la defensa del interés social” (comentario a la recomendación 7). Así pues, la visión del consejero independiente como un simple consejero desinteresado resulta limitada, ya que no consigue diferenciar al consejero independiente de los otros miembros del órgano de administración, a quienes también se les exige a la hora de desempeñar su puesto en el Consejo de Administración que no lo haga contradiciendo el interés social. La propia Ley de Sociedades Anónimas exige como obligación de los administradores cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la fidelidad al interés social (artículo 127 bis), así como comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener, con el interés de la sociedad y, en caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera. Concebir el consejero independiente como un simple consejero desinteresado supondría dar por buena la presencia de un conflicto de intereses en los consejeros dominicales y ejecutivos, lo que resulta errado desde un prisma más amplio que el del puro gobierno corporativo.

En cuanto al papel que se espera del consejero independiente, el Código Olivencia ya consideraba como su principal misión la de hacer valer en el Consejo de Administración los intereses del capital flotante o accionistas ordinarios, considerados como accionistas que carecen del control de la sociedad, bien por lo reducido de su participación o bien por la rapidez con que invierten o desinvierten en la compañía, lo que hace que carezcan de fuerza o voluntad de lograr una representación directa en el Consejo. Son accionistas que pueden quedar desprotegidos por los administradores externos dominicales, sobre todo en aquellos casos en los que puedan existir conflictos de intereses.

Con todo ello, lo que se trata, en el fondo, al introducir independientes en el Consejo es evitar que el creciente favorecimiento de la posición de los accionistas de control en las sociedades cotizadas dé lugar a un escenario en el que se reduzca la protección del inversor, dentro de un mercado carente de un poder compensador al de los citados accionistas de control. Esta misión de los independientes es de especial utilidad en mercados como el español y la mayoría de los continentales, en el que existe una fuerte concentración del capital social. En el ámbito societario anglosajón, debido a las especiales características de sus compañías, la principal misión que se otorga a los consejeros independientes es la defensa de los intereses de los accionistas frente a los administradores ejecutivos.

Debe ponerse de relieve como en las sociedades cotizadas en las que la titularidad de las acciones se repartan en un gran número de pequeños accionistas, que cambian de una manera continua, es el contexto más adecuado para que los administradores ejecutivos con la ayuda de un grupo de accionistas relativamente pequeño puedan manejar la compañía a su gusto. Y es sencillo que ese grupo haga caso omiso a los intereses de los accionistas minoritarios, a pesar de que todos unidos sean mayoría, aprovechándose de la falta de tiempo o capacitación de esos accionistas minoritarios para controlar de un modo efectivo la tarea de los administradores ejecutivos.

En ese contexto, el papel de los consejeros independientes puede ayudar a la hora de que los intereses de los referidos accionistas esté presente en el Consejo de Administración con el objeto de que el esfuerzo del órgano de administración no se aparte de la búsqueda de unos buenos resultados económicos para la compañía, veraces y obtenidos a través un comportamiento adecuado, evitando que prevalezca los intereses de un grupo de control respecto al de la sociedad en su conjunto.

Por otra parte, la evolución sufrida respecto al papel de las compañías mercantiles en nuestra sociedad trae consigo la necesidad de que las sociedades de capital deben tener en cuenta nuevos intereses que ha de ser objeto de protección. La visión del mundo empresarial que trae consigo la Responsabilidad Social Corporativa exige que a la hora de desempeñar su tarea los administradores deban dar respuesta a las demandas de los grupos de interés de la compañía en su conjunto. A día de hoy, se exige que los administradores a la hora de desempeñar sus funciones tengan en cuenta unos intereses que van mucho más allá de los límites de sociedad de cuyo Consejo de Administración forman parte. Los consejeros independientes pueden desempeñar una importante función a este respecto, por parecer que su situación de partida es mejor para que puedan dirigir su actuación hacia el logro de objetivos sociales, entendidos como el beneficio de la sociedad civil en su conjunto.

En cuanto a su futuro, la introducción de verdaderos consejeros independientes en los consejos de administración, puede resultar positiva al permitir incrementar la profesionalización del Consejo y mejorar su funcionamiento en términos técnicos. Sin embargo, su sola presencia no es el remedio para alcanzar que los intereses de los distintos

grupos de interés de la compañía vayan a verse respetados. Consideración que se ve ratificada por la realidad, ya que su existencia en nuestros propios mercados bursátiles no ha sido suficiente para impedir escándalos financieros destapados en fecha reciente. Apreciación que no resulta novedosa, ya que al crearse la figura del consejero independiente en Estados Unidos hace más de dos décadas, sus propios promotores admitían que no se era la panacea que viniese a resolver todos los problemas del gobierno corporativo.

Por otra parte, debe exigirse que los consejeros independientes contribuyan con algo más al gobierno corporativo que con su mera independencia, para que la presencia de los consejeros independiente traiga consigo una mejora en la representatividad de los Consejos de Administración y una mejora técnica en el desarrollo de sus cometidos por los órganos de administración.

Para que el consejero independiente tenga un efecto positivo en la mejora de gobierno corporativo se hace necesario que se clarifique su propio concepto, sus requisitos, sus obligaciones y derechos, sus funciones, y que su conducta sea vigilada con especial esmero, con el objeto de descubrir a los independientes formales, esto es, aquellos nombrados bajo la apariencia de independencia pero que, en realidad, no lo son, con el riesgo de convertir el gobierno corporativo en un mero escaparate. Sin embargo, para que este proceso pueda llevarse a cabo nos encontramos con serias dificultades, como son mercados globales que exigen respuestas globales, tradiciones jurídicas distintas, estructuras societarias diferentes tanto en el reparto de la propiedad como en la configuración de sus órganos de administración. Problemas relevantes pero que resulta necesario superar con el que objeto de que quede invalidada la manifestación de un veterano político de que *“no se trata de nombrar unos pocos consejeros independientes que, en realidad, son totalmente dependientes de quién los nombra”*.

Enero de 2010

Bibliografía utilizada:

Aldama, Informe (2003): Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas.

Esteban Velasco, G. y P. Rivero Torre, Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídico-económicos, Universidad Jaime I, Catellón, 2005.

Informe del grupo especial de trabajo de buen gobierno de las sociedades cotizadas (2006)

Marcos, F. y Sánchez Graells, A., Necesidad y sentido de los consejeros independientes. Dificultades para el trasplante al derecho de las sociedades cotizadas españolas, Revista de Derecho Mercantil, 2008

Olivencia, Informe (1998): Informe sobre el gobierno de las sociedades cotizadas.

Olivencia Ruiz, M., Los llamados Códigos de Buen Gobierno, págs 133-153, Anales-2007, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Rodríguez Ruiz de Villa, D., Los consejeros independietes en las sociedades de capital españolas, La Ley, 2007.

Sánchez-Calero Guilarte, J., Los consejeros independientes (análisis de su presencia en el Ibex-35), Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense, 2006/1, marzo 2006.