

¿Tienen ombligo los consejeros?

Manuel Conthe

manuel.conthe@mconthe.com

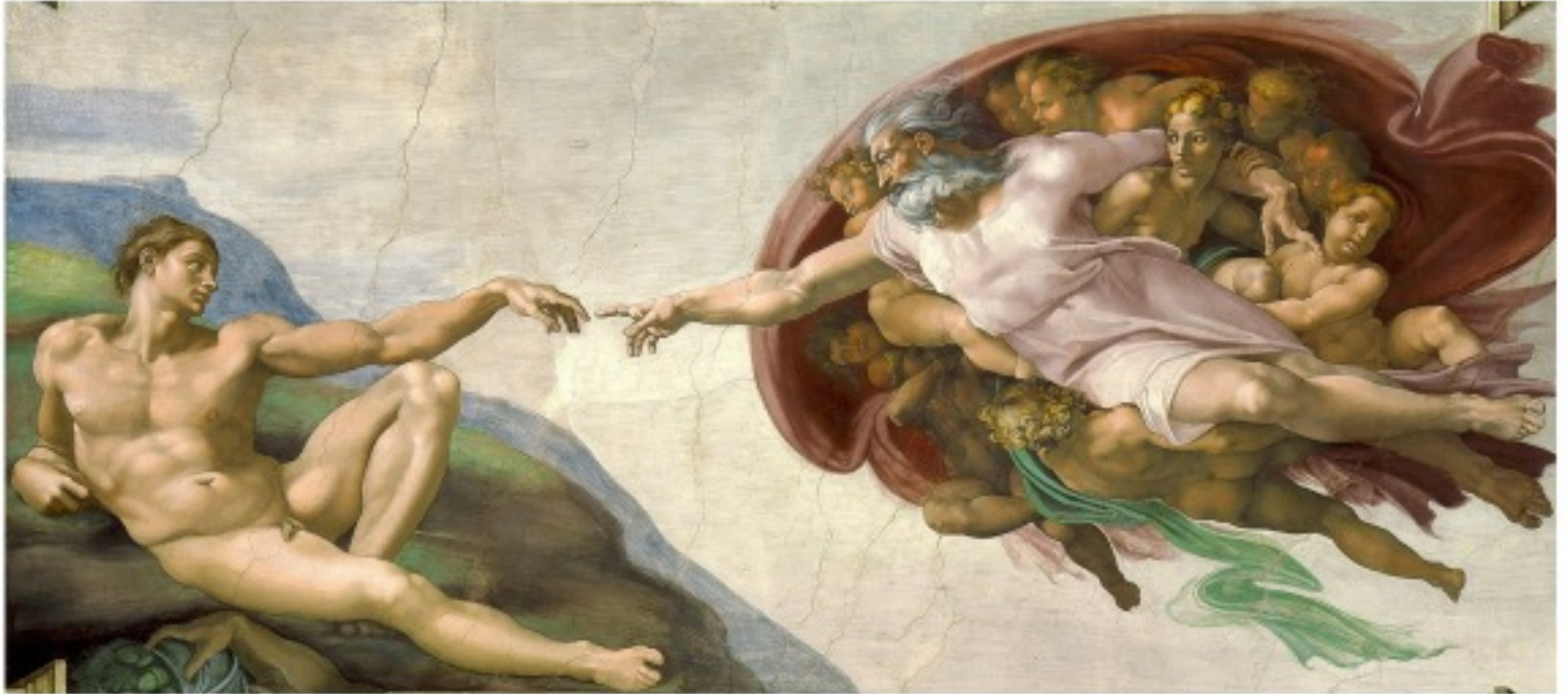
www.manuelconthe.com

VI Congreso Nacional de Derecho de Sociedades

Málaga, 3 de febrero de 2023

¿Tenían ombligo Adán y Eva?

La polémica histórica: Martin Gardner, Editorial de bolsillo, 2003 (ver nota final 1)



“La creación”, Miguel Ángel, frescos de la Capilla Sixtina (1508-1512)



“Adán y Eva en el Paraíso”
Jan van Scorel (1540)

(sin ombligos)

¿Tienen ombligo los consejeros (y asimilados)?

| Tipo | Forma de selección y nombramiento | Ejemplos | ¿Tienen ombligo? |
|--------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| "Inmaculados" | A propuesta (genuina) de comisión de nombramientos (con mayoría de independientes) | Consejeros independientes de soc. cotizadas | No |
| | Por tercero independiente | Árbitro único o presidente designado por institución arbitral | |
| | Por sorteo | ¿Vocales de CGPJ? (ver nota 2) | |
| "Digitales" | Por nombramiento directo de alguien | Ver Diapositiva siguiente | Sí |
| | Por órgano colegiado o tercero, a propuesta expresa de alguien | | |
| "Para-dominicales" | Por órgano colegiado, pero por imposición, presión o "sugerencia" de un accionista influyente ("técnica Lukashenko") (ver nota 3) | <ul style="list-style-type: none"> • Presidente del Banco Mundial • Presidentes de algunas sociedades cotizadas | Sí (aunque lo escondan) (Guía Técnica CNMV s/ CNR 3.4. b: ¿"quién ha sugerido el nombre") |

Tipología de consejeros “digitales” (o “con ombligo”)

| Tipo | Ejemplo | Facultades de quien le designó “a dedo” | | | |
|---------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------|--------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|
| | | Recibir información confidencial | Hacerle sugerencias bilateralmente (<i>ex parte</i>) | Darle instrucciones vinculantes | Cesarle |
| Dominical controlado | Presidente de Agencia Pública | Sí | Sí | Sí (art. 178-179 LPAP) | Sí |
| | Administrador de sociedad mercantil estatal (art. 166.2 Ley 33/2003 de Patrimonio de AAPP) | | | | |
| Dominical autónomo | Director ejecutivo en organismos internacional (ej. FMI) | Sí (No obsta 228 b LSC) | Sí | No | Sí (con acuerdo de Junta) |
| | Consejero dominical en sociedad mercantil (ej. sociedad cotizada) | | | | |
| Independiente accesible | Fiscal General del Estado (tras Ley 24/2007) | No (salvo previsión legal) | Sí | No (“efecto Beckett” o “efecto Papiniano”) (ver nota 4) | No (aunque se dan casos ocasionales de “mobbing”) (ver nota 5) |
| | Presidente de Autoridad Administrativa Independiente (ej. CNMV, Banco de España) | | | | |
| | Comisario Europeo (español) | | | | |
| Independiente inaccesible | ¿Vocal del Consejo General del Poder Judicial o magistrado del TC? | No | No | No | No |
| | Árbitro designado por una parte (<i>party-appointed arbitrator</i>) | | | | |

Régimen del consejero dominical en España

- “En el principio” (LSA de 1951...) todos los consejeros se suponía, de forma tácita, que eran representantes de “su” accionista. Derecho de “representación” de la minoría, para que el mayoritario no nombrara a todos los administradores
No hacía falta la distinción entre “independientes” y “dominicales”

- Código Olivencia (1998)

Incorporación del concepto anglosajón de “consejero independiente” y, en consecuencia, invención del neologismo “consejero dominical”

8.6 “El reconocimiento de [la fuerte presencia de accionistas significativos (accionistas capaces de influir, individual o conjuntamente, sobre el control de la compañía)] nos ha llevado a propiciar la participación de estos accionistas en el Consejo (“consejeros dominicales”), y asimismo ha de llevarnos ahora a aconsejar la adopción de medidas que puedan eliminar o, al menos, reducir el riesgo de que hagan uso de su posición privilegiada para obtener ventajas especiales, sean de índole informativa, contractual o patrimonial”.

- Código Unificado (2006) y siguientes

Recomendación 20:

“Que los consejeros dominicales presenten su dimisión cuando el accionista a quien representen transmita íntegramente su participación accionarial. Y que también lo hagan, en el número que corresponda, cuando dicho accionista rebaje su participación accionarial hasta un nivel que exija la reducción del número de sus consejeros dominicales”.

Régimen del consejero dominical en España (y II)

- En España, el consejero dominical es un “representante” de “su” accionista (cuando no es él mismo el accionista)

Ley de Sociedades de Capital (LSC)

Art. 243. 1 (“Sistema de **representación** proporcional”) y Real Decreto 821/1991

Art. 529 duodecies.3:

“Se considerarán consejeros dominicales aquellos que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía, así como quienes **representen a accionistas** de los anteriormente señalados”.

Ley del Mercado de Valores (art. 60.2 del T.R.)

“Se entenderá que una persona física o jurídica tiene, individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella, el **control de una sociedad** cuando (...) designe, en los términos que se establezcan reglamentariamente, un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya se hubieran designado, representen **más de la mitad de los miembros del órgano de administración** de la sociedad”.

- El Reglamento de la UE sobre Abuso de Mercado 596/2014 (art.10) permite al consejero comunicar información privilegiada a su accionista:

“A efectos del presente Reglamento, existe comunicación ilícita de información privilegiada cuando una persona posee información privilegiada y la revela a cualquier otra persona, excepto cuando dicha **revelación se produce en el normal ejercicio** de su trabajo, profesión o **funciones**”.

El cordón umbilical del consejero dominical

- Todos los consejeros, cualquiera que sea su naturaleza, tienen los **deberes de diligencia y lealtad** que establece la Ley de Sociedades de Capital (arts. 225-232).
- Como exigencia del deber de lealtad, todos los consejeros, incluidos los dominicales, deben “desempeñar sus funciones con libertad de criterio o juicio e **independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros**” (art. 228 LSC) –entre ellos, los accionistas a los que representan-.
- Con estricto respeto de esa limitación, los consejeros dominicales pueden:
 - Informar a su accionista sobre los asuntos, **incluso confidenciales**, sometidos al Consejo (lo que obligará al receptor de la información a respetar las limitaciones sobre uso de información privilegiada)
 - Presentar y defender en el Consejo el punto de vista de su accionista, siempre que ello no entre en conflicto con su deber de lealtad como consejero (p.ej. operación que favorezca a su accionista pero que perjudique a la sociedad en la que es consejero, o al revés).
- La CNMV respalda esa interpretación, que ya ha manifestado en respuesta a consultas (no publicadas).

Conclusiones

1ª Los consejeros independientes no pueden tener ombligo: su selección y nombramiento deben ser “inmaculados” (por desgracia, no siempre lo son)

2ª La copia mecánica de lo anglosajón nos ha llevado en España a ver con recelo a los consejeros dominicales (si en el Reino Unido abundaran, su existencia sería, desde el Informe Cadbury, “*best practice*”).

Ahora, paradójicamente, también por mimetismo, estamos incorporando reglas sobre “*engagement*” y “*stewardship*” de los accionistas.

3ª Los consejeros dominicales no solo tienen ombligo (= marca de nombramiento): salvo excepciones, deben mantener también el “cordón umbilical” con su accionista.



“El consejero dominical, a punto de entrar al consejo”

(cuadro anónimo, sin fecha)

1. La polémica histórica sobre el ombligo de Adán y de Eva

<https://www.expansion.com/blogs/conthe/2011/11/12/el-ombligo-de-adan.html>

2. El azar, como mecanismo de elección político y su aplicación al CGPJ

<https://www.expansion.com/blogs/conthe/2014/05/21/la-loteria-de-las-elecciones.html>

3. La “técnica Lukashenko”

<https://www.expansion.com/blogs/conthe/2021/06/12/consejeros-paradominicales-la-tecnica.html>

4. “Efecto Papiniano” y “efecto Beckett”

<https://www.expansion.com/blogs/conthe/2018/07/03/nuestros-independientes.html>

<https://www.expansion.com/blogs/conthe/2020/01/22/la-fiscal-digital-y-el-metodo-carmena.html>

5. El “mobbing” contra presidentes de instituciones independientes

<https://www.expansion.com/blogs/conthe/2011/10/06/mobbing-institucional.html>