



EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS

Isabel Fernández Torres

Consejera del Departamento de Protección y Promoción Social
del Tribunal de Cuentas

ÍNDICE

1. Sociedades públicas canarias y marco jurídico: breve aproximación	254
2. El Buen Gobierno Corporativo y las directrices Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)	256
3. La recepción de los principios de Buen Gobierno en la normativa pública	259
4. La mejora de la calidad de los consejos de administración	262
4.1. Composición y designación	264
4.2. Los consejeros independientes	267
4.3. La posibilidad de impartir instrucciones	273
5. Conclusiones	276
Referencias bibliográficas	279

1. SOCIEDADES PÚBLICAS CANARIAS Y MARCO JURÍDICO: BREVE APROXIMACIÓN

Es evidente que, y sobre ello no vamos a detenernos ahora, a semejanza del Estado, la Administración tanto autonómica como local tienen potestad de autoorganización y, en consecuencia, pueden crear sociedades mercantiles de titularidad 100 % pública o de porcentaje mayoritario público, directa o indirectamente a través de sus organismos autónomos o a entidades sometidas al derecho privado.

Ello implica, empero, que no es posible configurar un modelo único de empresa pública por cuanto que las comunidades autónomas, en su mayoría, han asumido competencias exclusivas para la creación de un sector público propio¹⁸⁸.

El desarrollo normativo en cada una de las comunidades autónomas difiere. Unas se han dotado de una regulación más extensa y, por ende, completa. Otras se han limitado a recoger en su legislación patrimonial o de hacienda pública un marco jurídico (de *minimis*) para el sector público empresarial. La principal dificultad que plantea el análisis del sector público empresarial tanto a nivel estatal como autonómico o incluso local es que la regulación es, en la mayoría de los supuestos, claramente insuficiente.

Al problema de la existencia de lagunas legales se une el hecho de que la perspectiva jurídica desde la que se aborda el fenómeno suele ser la pública, olvidándose en la mayor parte de los supuestos de la normativa privada y de la necesidad de conciliar ambos marcos normativos.

Algunas comunidades autónomas han optado por establecer una regulación específica sobre sociedades públicas como es el caso de Aragón, Baleares, Galicia o La Rioja; otras, las más, han optado por no introducir una norma particular y cuentan con una regulación dispersa a caballo entre las normas de patrimonio y de hacienda como es el caso de Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Principado de Asturias, Extremadura, Madrid, Navarra, Región de Murcia, País Vasco o Valencia. Este último es también el caso de Canarias, cuya Ley 6/2006, de 17 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias prevé que:

Artículo 117.- Régimen jurídico y patrimonial de las sociedades mercantiles públicas.

1. A los efectos previstos en esta ley, se consideran sociedades mercantiles públicas las sociedades mercantiles en las que la comunidad autónoma participe en más del 50 % de su capital social, directa o indirectamente, a través de otras sociedades mercantiles, públicas o participadas.

¹⁸⁸ Pala Laguna, R. (2012). "Algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles autonómicas", Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 39-40, Zaragoza.

Se consideran sociedades mercantiles participadas las sociedades mercantiles en las que dicha participación, directa o indirecta, no supere el 50 % de su capital social. En cualquier caso, dicha participación no podrá ser inferior al 10 %, salvo que se trate de sociedades cuyo capital social sea superior a 3.000.000 de euros.

2. Las sociedades mercantiles públicas se regirán por el presente título y sus normas de desarrollo, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación

3. Las sociedades mercantiles públicas ajustarán la gestión de su patrimonio al Derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de esta ley que les resulten expresamente de aplicación.

Y en el artículo 118.2 que:

Los acuerdos sociales de constitución y disolución de sociedades mercantiles por sociedades mercantiles públicas y participadas, se regirán por las normas y procedimientos de Derecho privado que les sean de aplicación. No obstante, los representantes del Gobierno en el órgano societario competente para la adopción de tales acuerdos deberán obtener, previamente y de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente, el mandato expreso del Gobierno respecto al voto a emitir en relación con dichos acuerdos.

Ni la Ley de Patrimonio a la que acabamos de referirnos ni la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria, ni tampoco la Orden de 31 de marzo de 2005, por la que se regulan determinados procedimientos relativos a la participación de la Comunidad Autónoma de Canarias en sociedades mercantiles públicas y participadas directamente por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias establecen un régimen completo aplicable a las sociedades públicas.

Estas normas se refieren a algunos aspectos específicos relativos a la constitución o disolución de sociedades, la transmisión de participaciones o a algunas cuestiones relativas a la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias en los órganos sociales de las empresas públicas, remitiendo, por lo demás, al derecho privado.

No pretendemos entrar ahora en la determinación del régimen jurídico completo de las sociedades públicas canarias, pues ello excedería con creces el objetivo, mucho más modesto por otra parte, de este trabajo. Además, otros autores abordarán sin duda cuestiones complementarias, por lo que nos remitimos a esos trabajos.

De manera modesta trataremos de contribuir a abrir el debate sobre una cuestión concreta: la necesidad de incorporar las normas de buen gobierno corporativo como un mecanismo para la mejora de la eficiencia de las sociedades públicas¹⁸⁹. Se trata de una cuestión a la que ninguna de las normas presta, directa o indirectamente, atención.

2. EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO Y LAS DIRECTRICES INTERNACIONALES DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)

El movimiento de gobierno corporativo surge como consecuencia de la internacionalización de los mercados a finales de los años noventa¹⁹⁰; busca potenciar la confianza de los inversores y para ello se plantea la necesidad de incorporar normas relativas al control de las sociedades cotizadas, así como una intensificación de la transparencia.

Preocupan, en particular, las insuficiencias de los procesos de control de riesgos, las deficiencias en los procesos de selección de los administradores y de los altos directivos, así como las cuestiones que afectan a los requisitos de idoneidad para asumir el cargo

¹⁸⁹ En relación con las sociedades de titularidad pública parece existir un cierto consenso a la hora de destacar su menor eficiencia (en comparación con las privadas): objetivos complejos; definición difusa de la propiedad entre distintos ministerios u organismos que reducen los incentivos para mejorar la eficiencia y diversificación entre el accionista y el gestor-administrador; excesiva centralización en la adopción de decisiones; rigideces de la gestión pública; controles administrativos que frenan la innovación y la agilidad; falta de sensibilidad en relación con la rentabilidad del capital invertido y la tendencia a creer que pueden evitarse fácilmente situaciones de concurso; las tentaciones de lo político, procesos de adopción de decisiones a veces opacos, procedimiento de nombramiento de administradores poco transparentes,...

Las críticas que hemos recogido no son exclusivas de las sociedades españolas (Martín-Retortillo, S. (1991). Las Empresas Públicas. Reflexiones del momento presente, Revista de Administración Pública, 126; por el contrario, el Informe del tribunal de cuentas francés L'état actionnaire (2017), señala:

Cinquante ans après le rapport Nora, et malgré d'indéniables progrès, notamment de gouvernance et de professionnalisation, les mêmes faiblesses chroniques demeurent : un portefeuille de participations publiques dispersé et peu mobile, des opérations aux motivations floues et trop souvent dictées par l'urgence, un étai de contraintes contradictoires aboutissant à ce que les autres objectifs de politique publique l'emportent en général sur les préoccupations patrimoniales de l'actionnaire, parfois aux dépens des intérêts des entreprises détenues (una de las conclusiones del informe).

En términos muy similares se pronuncia el informe del Institut Montaigne L'impossible Etat actionnaire (2017), elaborado por D. Azéma:

Regarder avec lucidité et sans idée préconçue la performance et l'utilité de l'État actionnaire ne peut que conduire à émettre de sérieux doutes sur la pertinence du maintien d'un portefeuille dont les contours doivent plus à l'histoire et à des considérations sociologiques qu'à une quelconque logique stratégique ou patrimoniale. Le contrôle par l'État d'entreprises devrait demeurer exceptionnel et la présence minoritaire au capital ne se concevoir que face à des failles de marché et dans une logique capitaliste assumée.

¹⁹⁰ Los grandes escándalos que se produjeron en compañías como Enron (2001) o Worldcom (2002) provocaron una ola de reformas en EE.UU. en materia de gobierno corporativo.

y, por último, la inadecuada regulación de la remuneración. Son estas cuestiones de carácter general, de sobra conocidas y sobre las que, en consecuencia, no merece la pena detenerse ahora.

La importancia y el tratamiento de estas cuestiones se compadece mal, sin embargo, con la escasa atención que ha merecido tanto por parte del legislador como de la Academia el gobierno corporativo de las llamadas sociedades cerradas¹⁹¹ o el de las empresas públicas. Respecto a estas últimas, las *Guidelines of Corporate Governance of State Owned Enterprises*¹⁹² elaboradas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en 2015, que actualizan el documento anterior de 2005, recomiendan que las empresas de titularidad pública asuman también los *Principles of Corporate Governance*¹⁹³. Se trata, pues, de documentos complementarios que buscan idénticos objetivos aun cuando es evidente que las *Guidelines* tienen un carácter más abierto.

El hecho de que se recomiende que las empresas de titularidad pública incorporen y apliquen los *Principles of Corporate Governance* significa, de entrada, que el gobierno corporativo en las empresas públicas preocupa y, lo que es más importante, que se traslada a las empresas públicas el planteamiento de gobierno corporativo seguido para las sociedades cotizadas. Pero no sólo eso. Implica también que se está pensando en estas entidades como sujetos que desarrollan una actividad económica en un contexto de internacionalización de los mercados y que, por tanto, pueden contar con inversores internacionales, financiarse en mercados internacionales y realizar actividades económicas internacionales.

Establecido este “paralelismo” entre las sociedades de titularidad pública y las de titularidad privada, se busca principalmente que las primeras estén gestionadas con estándares de gobierno corporativo similares sino idénticos a los de las empresas de titularidad privada. Así, se entiende que una mayor eficiencia de las sociedades públicas (y por tanto, una utilización eficiente de los recursos públicos) exige una adecuada gobernanza de estas entidades que mejore su funcionamiento.

En este sentido y a pesar de la teórica adaptación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) a las normas de buen gobierno, lo cierto es que la evolución entre las sociedades de capital privado y las públicas no ha discurrido, en este punto, a la misma velocidad.

Así y aunque las guías y recomendaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) están sujetas al principio “*comply or explain*”, lo cierto es que las reglas del llamado *soft law* se vienen imponiendo en las sociedades de capital privado

¹⁹¹ Existen algunas iniciativas relativamente recientes como los *Wates Corporate Governance Principles for Large Private Companies* publicados el 13 de junio de 2018 por el *Financial Reporting Council*, que dan respuesta a la nueva exigencia de requerimientos en materia de gobierno corporativo de las sociedades no cotizadas contenidos en la propuesta de Reforma de la *Companies Act* de 2006

¹⁹² <http://www.oecd.org/corporate/guidelines-corporate-governance-soes.htm>

Estas directrices fueron precedidas de otros informes, entre otros, directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas de 2011.

¹⁹³ <http://www.oecd.org/daf/ca/principles-corporate-governance.htm> .

casi como si fueran obligatorias (siquiera a veces sea por el coste reputacional que su incumplimiento puede llevar aparejado).

Por el contrario, la situación en relación con las sociedades de capital público conoce hoy mucho margen de mejora¹⁹⁴.

Entendemos que el desarrollo de un buen gobierno corporativo de las sociedades públicas puede coadyuvar a mejorar su eficiencia y, en particular, en relación con la profesionalización de la gestión, la prevención de los conflictos de interés, el régimen de retribución y el régimen de responsabilidad.

En definitiva, las *Guidelines* de la OCDE no entran a analizar ni la oportunidad de la creación de esas empresas ni su régimen jurídico. Sus preocupaciones son otras: profesionalización de la gestión; eficiencia, transparencia y responsabilidad; actuación en competencia evitando distorsiones en el mercado.

La concepción de las empresas de titularidad pública que subyace en las *Guidelines* sugiere:

- El empleo de principios de información financiera aceptados para la empresa privada conformes con los estándares internacionales.
- La auditoría de cuentas equivalente a la de las sociedades cotizadas.
- La publicación de cuentas anuales y de informes sobre gobierno corporativo, remuneraciones y responsabilidad social empresarial equiparables a los exigidos en relación con las entidades que participan en los mercados financieros.

Las *Guidelines* y los *Principles* han tenido, por el momento, un reflejo limitado en la normativa nacional. A pesar de las reformas introducidas por la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público que reflejan algunas de las ideas o principios recogidos en los documentos de la OCDE, sería conveniente abordar estas cuestiones en una futura reforma legislativa con el fin de acompasar o adecuar la normativa pública a la privada en este punto, pero también para establecer formas estandarizadas y formalizadas de cumplimiento que doten al sistema de una mayor seguridad jurídica y de mayor confianza a los mercados. Este planteamiento es válido para cualesquiera sociedades públicas, es decir, sean de titularidad 100 % pública o no, sean de carácter estatal, autonómico o local, cuestiones que tampoco prejuzga el informe de la OCDE.

En tanto dicha reforma no se produzca, conviene que las empresas del sector público se equiparen a las sociedades cotizadas en materia de gobierno corporativo lo que supone adaptarse y cumplir con el código de buen gobierno¹⁹⁵ y publicar anualmente un informe

¹⁹⁴ Merece la atención destacar que Alemania sí cuenta con un Código de Buen Gobierno para las sociedades públicas, Grundsätze guter Unternehmensführung im Bereich des Bundes - Public Corporate Governance Kodex des Bundes (2009).

¹⁹⁵ https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf

(artículo 35.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible). Todo ello sin perjuicio de la necesidad, al amparo de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno 19/2013, de 9 de diciembre o de la Ley 12/2014, de 26 de julio, de transparencia y acceso a la información pública¹⁹⁶, de publicar otras informaciones y, en particular, el informe sobre gobierno corporativo; el informe sobre remuneraciones; información sobre la selección de los consejeros y directivos y su cualificación que deberá incluir indicaciones sobre diversidad, participación en otros consejos de administración, la condición de independientes; gestión de eventuales conflictos de interés, cuestiones todas ellas estrechamente conectadas al buen gobierno corporativo.

A todas estas cuestiones podría referirse, sin duda, un eventual código de buenas prácticas.

3. LA RECEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO EN LA NORMATIVA PÚBLICA

Las directrices de la OCDE sobre gobierno corporativo de las empresas públicas han influido de forma notable en la LRJSP, tal y como se desprende no sólo del artículo 112 LRJSP.

La administración General del Estado y las entidades integrantes del sector público institucional, en cuanto titulares del capital social de las sociedades mercantiles estatales, perseguirán la eficiencia, transparencia y buen gobierno en la gestión de dichas sociedades mercantiles, para lo cual promoverán las buenas prácticas y códigos de conducta adecuados a la naturaleza de cada entidad. Todo ello sin perjuicio de la supervisión general que ejercerá el accionista sobre el funcionamiento de la sociedad mercantil estatal, conforme prevé la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Sino también del expositivo I *in fine* cuando señala que la OCDE considera la reforma administrativa emprendida por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) muy positiva. Aun cuando el dicho expositivo se refiere a otro documento elaborado por la OCDE (*España de la Reforma Administrativa a la Mejora Continua*,

¹⁹⁶ Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública (BOC n.º 5, de 9 de enero de 2015)

2014¹⁹⁷) no es menos cierto que denota la influencia que dicha organización ejerce en el legislador. El objetivo básico que ha de mover a la empresa pública es la eficiencia, entendida esta no como ánimo de lucro, sino como el desarrollo de una actividad atendiendo a una planificación y organización de los recursos tendente a proveer los máximos beneficios (del tipo que estos sean) al menor coste posible.

Lo dispuesto en la LRJSP, no obstante, no resulta de aplicación a todas las sociedades, sino solo a las empresas públicas estatales, pues la disposición final 14^a de la LRJSP prevé que:

2. No tiene carácter básico y se aplica exclusivamente a la administración General del Estado y al sector público estatal lo previsto en:

c) Lo dispuesto en el Capítulo II relativo a la organización y funcionamiento del sector público institucional estatal, el Capítulo III de los organismos públicos estatales, el Capítulo IV de las autoridades administrativas independientes, el Capítulo V de las sociedades mercantiles estatales, en el artículo 123.2 del Capítulo VI relativo a los Consorcios, los artículos 128, 130, 131, 132, 133, 135 y 136 del Capítulo VII de las fundaciones del sector público estatal y el Capítulo VIII de los fondos carentes de personalidad jurídica, todos ellos del Título II relativo a la organización y funcionamiento del sector público institucional.

Además de no poder extender de manera automática el régimen previsto en los referidos preceptos a las sociedades de ámbito autonómico, es preciso advertir que tampoco ha sido objeto de ulterior desarrollo más allá del que se deriva de la normativa de transparencia.

En particular, de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas.

Las declaraciones que contiene el preámbulo de la ley son claras: solo con transparencia es posible un adecuado escrutinio de la actividad pública y con ello, en último término, se coadyuva a promover la eficacia y la eficiencia de la acción pública.

Para poder cumplir con estos objetivos la ley establece obligaciones de publicidad activa para todas las entidades públicas, garantiza el acceso a la información y establece obligaciones de buen gobierno a las que quedan sujetos los responsables públicos. La transparencia aparece así conectada con el buen gobierno, con una buena administración, íntegra, objetiva e imparcial guiada en su proceder por el interés general¹⁹⁸. Las sociedades mercantiles públicas están sometidas a la ley de transparencia sin limitación. Es decir, deberán cumplirla tanto aquellas que desarrollen un servicio público como aquellas cuya

¹⁹⁷ https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_101/pdfs/57.pdf

¹⁹⁸ Villoría Mendieta, M. (2013). El buen gobierno en la lucha contra la corrupción. La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades; los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad. Thomson-Reuters.

actividad tenga carácter mercantil o industrial¹⁹⁹.

El análisis de la transparencia será objeto de un capítulo específico, por lo que ahora no nos detendremos en ello. Simplemente advertir que la transparencia en el marco del derecho societario adquiere una dimensión más amplia que la prevista en las diferentes normas de transparencia.

En el ámbito del derecho societario ejerció un gran influjo el *Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas* de 2003, el conocido como Informe Aldama²⁰⁰. La tarea encomendada a la comisión por acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002 consistió en “estudiar y proponer criterios y pautas en lo que se refiere al gobierno de las sociedades [...] con vistas a aumentar la transparencia y la seguridad en los mercados”. Los destinatarios eran las propias sociedades y los partícipes en los mercados de capitales, sin perjuicio de que (como advirtió el profesor Duque) fueran “utilizados por los poderes públicos si lo estimaran oportuno o necesario”²⁰¹. El informe buscó un equilibrio entre la protección de los accionistas y la libertad económica en el mercado.

El principio de libertad, interpretado de forma amplia, que subyacía en aquella propuesta implica la posibilidad de autorregularse, así como de autoorganizar su gobierno corporativo. De ahí se infiere la estrecha conexión entre el principio de transparencia y el deber de información.

Ambos deberes constituyen la piedra angular no solo sobre la que descansa el sistema, sino que determina la línea de actuación de las sucesivas reformas que se han ido aprobando en los últimos casi 20 años. Se entiende que solo con transparencia se asegura una correcta transmisión de información que permite que cuantos participan en los mercados tengan juicios fundados y razonables para adoptar sus decisiones de inversión o desinversión, de votar en un sentido o en otro.

Así, las normas de transparencia desde la Ley 26/2003, de transparencia se han ocupado de: el informe anual de gobierno corporativo, del régimen de los pactos parasociales, de los reglamentos orgánicos, de los medios informáticos, el voto, de los deberes de los administradores (fidelidad, lealtad, diligencia) y de su remuneración, de los conflictos de intereses y de la responsabilidad de los administradores.

¹⁹⁹ Conviene advertir que no ha acogido el concepto más amplio de “poder adjudicador” del artículo 3.1. h) de la LCSP. Frente a ello, la ley de transparencia lleva a que cualquier entidad que reciba fondos públicos (artículo 3 ley 19/2003) deben estar sujetas a las normas de transparencia al menos parcialmente, esto es, a la publicidad activa. Ello supone que para esas entidades de derecho privado pero que reciben fondos públicos no se reconoce un derecho general de acceso a la información. El problema radica en delimitar aquellas materias que sí deben ser objeto de publicidad descartando aquellas que sean propias de una administración pública. Parece razonable entender que a lo que obliga la ley de transparencia es a publicar la información relativa a contratos, convenios y subvenciones públicas cuando el órgano concedente fuera una administración pública (Guichot Reina, E. (2017). Transparencia y empresas públicas).

²⁰⁰ <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>

²⁰¹ Duque Domínguez, J. (2006). Del texto refundido de la LSA de 1989 a la Ley de transparencia de 2003. Hitos y situación actual del ordenamiento español en materia de gobierno corporativo. En *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: estructura de gobierno y mercados*, coord. F. Rodríguez Artigas, volumen 1.

A nivel de la Comunidad Autónoma de Canarias, no siendo de aplicación la LRJSP, no contamos con más que con su propia Ley de Transparencia. No obstante, nada impide ni la adhesión a las directrices de la OCDE ni la aplicación del derecho privado.

4. LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN

El movimiento de gobierno corporativo, tal y como ya hemos señalado, busca favorecer la confianza de los inversores propiciando que las sociedades asuman reglas de buen gobierno. En las sucesivas propuestas y reformas que al albur de algunas crisis (empresariales o financieras) se han producido, una de las preocupaciones esenciales ha girado en torno al órgano de administración: función de control del consejo, medidas de idoneidad de los cargos (de los consejeros ejecutivos y de quienes, como los consejeros independientes, asumen funciones de control), política de remuneraciones y adecuación de la misma a una estrategia de riesgos apropiada alineada a su vez con objetivos de sostenibilidad a largo plazo, conflictos de intereses, etcétera.

Las cuestiones anteriormente mencionadas constituyen una preocupación común a las sociedades abiertas, sean estas públicas o privadas. No obstante, no se nos oculta que en las sociedades públicas pueden plantearse algunos problemas específicos derivados de su propia singularidad: la presencia del elemento público. En concreto, surge con especial intensidad la tentación de lo político en su más amplia acepción (injerencias en algunos casos, pasividad de la propiedad en otros)²⁰² y, en consecuencia, surge el riesgo de que en vez de actuar en el mejor interés de la empresa, se actúe en función de otros intereses que pueden restar su eficiencia.

²⁰² Algunos autores han analizado con detenimiento la relación de agencia que existe entre los administradores de las compañías públicas y los gobiernos. Entienden estos autores que los consejeros de las sociedades públicas forman parte una cadena de delegación de funciones que estructura el propio proceso político propio de una democracia parlamentaria (si bien, advierten que esto no se produce en los mismos términos en EEUU al contar con un procedimiento de designación que difiere sustancialmente). Vid. Ennsner-Jedenastik, L. (2014). *Political Control and Managerial Survival in State-Owned Enterprises*. En *Governance, an International Journal of Policy, administratio, and Institutions*, volumen 27.

Las directrices sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas (partiendo de los principios de gobierno corporativo aplicables a cualquier sociedad) se ocupan con especial intensidad de los consejos de administración: su composición, idoneidad de sus miembros, remuneración, conflictos de intereses, régimen de responsabilidad, etcétera.

La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público remite con carácter general a los principios de buen gobierno e introduce algunas particularidades en el régimen aplicable a los administradores que han de ser analizadas. Sin embargo, son muchas las dudas que dichas reglas suscitan, al mismo tiempo que se constata la existencia de lagunas legales.

Todo ello hace aconsejable realizar ahora un análisis de conjunto que abarque los principales aspectos. En dicho análisis habrá de hacerse un esfuerzo integrador entre lo dispuesto en la normativa pública para completarlo con lo establecido con carácter general en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

Antes de entrar en ello, sin embargo, conviene advertir que en las sociedades públicas autonómicas canarias la junta general estará constituida por el Gobierno (en pleno) tal y como dispone el artículo 122.1 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias. Lo dispuesto en este precepto (muy similar, por otro lado, a lo que sucede en las sociedades de ámbito local, donde es la corporación municipal la que conforma la junta general), condiciona el nombramiento y separación del cargo de los administradores, aspectos en los que se constatan grandes diferencias entre el régimen de derecho público y el régimen societario.

En este último, el nombramiento de los administradores corresponde a la junta general en cuanto que órgano supremo de la sociedad (artículo 160.b) LSC)²⁰³, todo ello sin perjuicio de que en las sociedades cotizadas es necesario que exista una comisión de nombramientos y retribuciones, cuyas funciones giran en torno a las cuestiones relativas al nombramiento de nuevos consejeros y las políticas de retribución (vid. 529 *quidecies* LSC). Más concretamente, la comisión debe emitir informes, supervisar, establecer, relaciones, elevar propuestas, evaluar, informar propuestas, etcétera²⁰⁴.

Los términos en que se configura la comisión llevan a entender que en el ejercicio de sus funciones no sustituye al consejo de administración, por lo que no asume las competencias relativas a la realización de propuestas a la junta general para el nombramiento o la

²⁰³ Sobre el carácter de la Junta como órgano supremo, vid. Fernández Torres, I. (2006a). La Junta general en las sociedades de capital en liquidación, Cap. III, Iustel, Madrid, y en Fernández Torres, I. (2007a). “De nuevo sobre las modificaciones estructurales y las competencias implícitas de la Junta General. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo (sala 1.ª) de 28 de septiembre de 2006 y de 8 de febrero de 2007”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 28.

²⁰⁴ En el marco del gobierno corporativo, se impone una “estructura y composición del Consejo mediante la distribución de los cargos de miembro divide las distintas clases de consejeros y clases de consejeros y se establece un modelo de organización y funcionamiento a través de la regulación imperativa de aspectos esenciales de las comisiones internas especializadas de supervisión en relación con la composición, cargos y funciones”. Vid. Alonso Ureba, A. (2019). “Las comisiones especializadas de supervisión y control en el modelo de Consejo de administración de la sociedad cotizada”, *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, Tomo I, Aranzadi.

reelección de administradores y la designación de estos por cooptación.

Simplemente se atribuye a la comisión la facultad de proponer al consejo y este puede o no asumir dichas propuestas. Evidentemente el consejo, sea cual sea su decisión, deberá fundamentarla con vistas a explicar la propuesta que se realice en la junta general.

4.1. Composición y designación

En relación con el órgano de administración, la normativa pública asume como modo o forma prototípica de organizarlo el régimen de consejo de administración. Así se infiere tanto de la lectura del artículo 115 LRJSP como de la normativa de aplicación en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Ni en el precepto anteriormente referido ni en la normativa canaria se añaden ulteriores precisiones. En primer lugar, conviene advertir que aun cuando aquella sea la forma más habitual de organización de la Administración en la práctica y el único modo posible en el caso de las sociedades cotizadas (vid. artículo 529 bis LSC²⁰⁵) no puede desconocerse que no existe impedimento legal alguno para recurrir a un modo distinto (administrador único, administradores solidarios o incluso mancomunados).

Conforme a cuanto establece la LSC, con carácter general, el consejo de administración estará formado por un mínimo de tres miembros, debiendo los estatutos fijar el número de miembros o bien el máximo y mínimo (artículo 242 LSC).

En el caso de las sociedades cotizadas habrá que estar a lo que con carácter específico prevea también el reglamento del consejo (artículo 528 LSC). En concreto, el código de buen gobierno recomienda que el consejo cuente con una dimensión adecuada para poder desempeñar eficazmente sus funciones. Por ello, insiste que continúa siendo conveniente que el tamaño se sitúe entre cinco y quince miembros (vid. principio 10, recomendación 13).

La práctica totalidad de la legislación autonómica contempla la designación de miembros del consejo de administración de las sociedades autonómicas como una manifestación del control público por lo que es el Consejo de Gobierno de la comunidad, a propuesta de los consejeros del ramo o con competencia en patrimonio quienes la formularán. En coherencia con ello, el artículo 122.3 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias establece que:

La representación de la comunidad autónoma en los consejos de administración de las sociedades mercantiles públicas y participadas, así como, la revocación de dicha representación y la renovación de la misma, será propuesta a la junta general de la sociedad por el Gobierno, a propuesta del consejero competente en materia

²⁰⁵ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC.

de hacienda, a iniciativa de la consejería a la que esté adscrita su tutela, o mediante iniciativa conjunta, en caso de que la tutela sea compartida. En todo caso, uno de los miembros del consejo de administración de las sociedades mercantiles públicas deberá ser designado de entre los altos cargos de la consejería competente en materia de hacienda.

Ello significa que:

- El Gobierno conforma la junta.
- La designación de vocales del consejo de administración será propuesta a la junta general por el Gobierno (la junta y el Gobierno se identifican plenamente), a propuesta del consejero competente en materia de hacienda, a iniciativa de la consejería a la que esté adscrita su tutela.

Algunas comunidades autónomas dan un paso más y señalan que el acuerdo del consejo de gobierno constituye un acto administrativo, objeto de publicación en el Boletín Oficial correspondiente, en el que se deberá especificar como contenido obligatorio las líneas básicas de la organización y funcionamiento de la sociedad y, en su caso, del consejo (artículo 76.2 f) Ley 9/2007, de 27 de octubre, de administración de la Junta de Andalucía), lo que no es sino una manifestación del carácter instrumental de dichas sociedades.

La Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias no contiene ninguna referencia a la composición del órgano (más allá de lo señalado anteriormente) ni a las cualidades que han de concurrir en quienes desempeñen el cargo. Tampoco se prevé (en coherencia con lo previsto sobre la composición del órgano de administración) una eventual comisión de nombramientos y retribuciones. La normativa se limita a señalar que la representación ha de recaer sobre una persona física expresamente identificada (artículo 124.4 Ley de Patrimonio).

Sin embargo, son estas cuestiones de máximo interés. Una adecuada composición del órgano de administración y la cualificación de sus miembros a la actividad que desarrolla la entidad son factores que coadyuvan a una mayor eficiencia de las sociedades, una mayor profesionalización al mismo tiempo que reducen, sin lugar a duda, la injerencia política tan criticada.

De hecho, las directrices de la OCDE, en el capítulo VII sostienen que “el nombramiento de todos los miembros debe realizarse mediante un proceso transparente. Todos los consejeros, incluidos los funcionarios públicos, deben ser nombrados por razón de sus “cualificaciones”. Continúan las directrices señalando que es buena práctica fomentar la diversidad en la composición del consejo, tanto de género como de edad, geográfica, profesional y académica. Además, aquellos que guarden un vínculo directo con el poder ejecutivo no deben pertenecer a un consejo, pues ello arrojaría serias dudas sobre su independencia. Añade que, en el caso de sociedades dedicadas a actividades económicas, se recomienda que los consejeros tengan suficiente experiencia comercial, financiera y sectorial para el ejercicio de estas funciones.

Sin embargo, nada de esto parece haber tenido en cuenta ni el legislador nacional ni el autonómico. Así, mientras la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias guarda absoluto silencio, la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público poco dice acerca de los consejeros de una sociedad pública. La única referencia la encontramos en el artículo 115 LRJSP en conexión con el régimen de responsabilidad aplicable a los miembros de los consejos de administración. Lo dispuesto en el referido precepto sugiere que la Administración General del

Estado puede nombrar algún consejero y que estos, en su caso, serán empleados públicos²⁰⁶. Ciertamente, lo dispuesto en este precepto se revela incompleto al mismo tiempo que suscita diversas dudas interpretativas.

Las normas de transparencia y publicidad en relación con los administradores y directivos de las sociedades públicas nos llevan a entender que ha de hacerse público el organigrama y la identificación (junto con el perfil) de los responsables de las distintas áreas. Sin embargo, pocas pautas se establecen acerca de la selección y el procedimiento de nombramiento (muy detallados, por contra, para las sociedades cotizadas de titularidad privada). En este punto y a pesar de la importancia que una adecuada gobernanza tiene para garantizar, en la medida de lo posible, un buen funcionamiento de las sociedades, poco se ha avanzado en la mejora del *management público*.

Tal y como acabamos de comprobar, no existe un procedimiento reglado para el nombramiento de altos cargos ni interviene, por lo general, un comité de nombramientos²⁰⁷. Y todo ello a pesar de que desde los organismos internacionales se ha insistido en la necesidad de avanzar en varias líneas de trabajo, entre otras, la mayor profesionalización, cualificación (méritos) e independencia de los consejos de administración a través de procesos de selección transparentes. Así, además de las directrices sobre gobierno corporativo de las empresas públicas, las *Directrices en materia de Lucha Contra La Corrupción e Integridad en las Empresas Públicas* insisten en estas mismas líneas de

²⁰⁶ Se consideran como tales quienes desempeñan funciones retribuidas en las administraciones públicas al servicio de los intereses generales (artículo 8.1 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del estatuto básico del empleado público, LEBEP). Conforme a lo dispuesto en el artículo 2, Este estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes administraciones públicas:

- a) La administración general del estado.
- b) Las administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.
- c) Las administraciones de las entidades locales.
- d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas.
- e) Las universidades públicas.

A su vez, ha de tenerse en cuenta que el cargo de administrador por parte de un funcionario en activo puede compatibilizarse con el mantenimiento de su situación en activo pues no resulta de aplicación la regla establecida en el artículo 213.2 LSC por expresa disposición del artículo 180.2 LPAP. En algún caso, cuando el puesto a desempeñar esté asimilado al de alto cargo, puede implicar el pase a una situación de servicios especiales (por ejemplo, el secretario general de correos, S.A. (vid. artículo 87.1 c). En otros casos, puede ser necesario que el funcionario pase a una situación de excedencia (por ejemplo, un funcionario local).

En todo caso, la designación como consejero no implica la pérdida de la condición de empleado público.

²⁰⁷ No obstante, en los últimos años y, a pesar de la ausencia de previsiones legales específicas, lo cierto es que la ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión Estatal (para el caso de RTVE) y sus sucesivas modificaciones han ido introduciendo, paulatinamente, criterios de idoneidad y sistemas de selección más abiertos a través de las Comisiones de Nombramientos del Congreso y Senado. Las mismas reflexiones proceden respecto de la ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado.

actuación²⁰⁸.

Al margen de estas cuestiones de carácter general, lo cierto es que en todos los textos internacionales consultados encontramos un común denominador: la preocupación por incorporar consejeros independientes al consejo de administración.

4.2. Los consejeros independientes

En relación con los consejeros independientes, las directrices de la OCDE de 2015 advierten que el alcance y contenido de su independencia varía sustancialmente en función de los contextos nacionales y los códigos de buen gobierno de cada país. El legislador público español se ha hecho eco de las recomendaciones, pero sólo de forma parcial.

Sin duda, una de las principales señas de identidad del gobierno corporativo reside en los consejos de administración de los llamados consejeros externos y, en particular, de los propiamente independientes. Los externos independientes en el Código Olivencia son “los llamados a formar parte del consejo de administración en razón de su alta cualificación profesional y al margen de que sean o no accionistas”, “que no están vinculados con el equipo de gestión ni con los núcleos accionariales de control que más influyen sobre este” y “están llamados a representar los intereses del capital flotante (accionistas ordinarios)”²⁰⁹.

En términos generales, y así fue señalado por la Comisión Aldama, se recomienda que los consejeros externos (esto es, los dominicales y los independientes) constituyan una amplia mayoría del consejo; además, y respecto de los independientes, tal y como ya había apuntado el Informe Olivencia, se busca que estos tengan un peso suficiente²¹⁰.

La función principal que se pretende que asuman los consejeros externos es la de control sobre los consejeros ejecutivos. Por ello, también las comisiones externas (tales como la de nombramientos a que nos hemos referido en el apartado anterior) deben contar entre sus miembros con administradores dominicales e independientes. Respecto de estos últimos, se entiende que son personas desvinculadas del equipo de gestión designadas por su cualificación personal y profesional, así como por la independencia de juicio, lo que se entiende que permitirá llevar a cabo con mayor objetividad su labor de control. Además, al aportar independencia pueden desarrollar una labor importante para solucionar los conflictos de interés que surjan entre los consejeros ejecutivos y la

²⁰⁸ OECD (2019). Directrices en materia de Lucha Contra la Corrupción e Integridad en las Empresas Públicas, Vid. apdo. C.

²⁰⁹ Informe Olivencia. Herramientas, Normativas, España, Gobierno Corporativo, Gobierno Español, Transparencia (1998), Comisión Nacional del Mercado de Valores, II.

²¹⁰ Informe Olivencia. Herramientas, Normativas, España, Gobierno Corporativo, Gobierno Español, Transparencia (1998), Comisión Nacional del Mercado de Valores, II.

compañía²¹¹.

Con todo, y aunque en una primera aproximación la calificación como independiente pueda resultar sencilla, lo cierto es que desde una perspectiva jurídica la independencia constituye un elemento ciertamente problemático y suscita numerosos interrogantes. En primer lugar, se habla de independencia con carácter general, pero ¿respecto de qué o de quién? Más aún, ¿qué garantías existen de que ese consejero no se haga acreedor o portavoz de los intereses de los ejecutivos? Es decir, la independencia de origen puede ser fácil de valorar, pero ¿después? ¿Y quién es el juez de esa independencia? Son estas cuestiones a las que probablemente no se pueda dar una respuesta técnico-jurídica ni prever todas las posibilidades que en la práctica pueden surgir y establecer mecanismos efectivos para garantizarla.

Es evidente que una mayor profesionalización de los consejos de administración mediante la incorporación en las mismas de personas cualificadas e independientes respecto de los llamados ejecutivos no puede sino valorarse positivamente. Constituyen sin lugar a duda un mecanismo que puede contribuir a mejorar el funcionamiento del consejo, aunque no son ni pueden ser una solución a todos los problemas que se presentan en las sociedades de titularidad pública ni tampoco una garantía absoluta del cumplimiento de la función de control del consejo²¹².

Las ideas que (siquiera de forma muy general) hemos expuesto han sido recogidas, en parte, por las directrices de la OCDE de 2015. A tenor de cuanto en ellas se establece, se entiende que constituye una buena práctica fomentar la diversidad en la composición del consejo al mismo tiempo que se afirma que aquellas personas que guardan un vínculo directo con el poder ejecutivo no deben pertenecer a un consejo, puesto que en ese caso, la objetividad e independencia se pondrían en cuestión. De la misma manera, se aconseja que en aquellas empresas públicas cuya actividad sea eminentemente económica los consejeros cuenten con suficiente experiencia comercial, financiera o sectorial para el desempeño del cargo. Insiste, además, en la idea de que debe exigirse un número mínimo de consejeros independientes para asegurar la objetividad.

Las directrices no definen el concepto de independencia, si bien indica que, aunque varía de unos países a otros, se entiende que deben estar libres de todo vínculo o interés significativo en relación con la empresa, la dirección o los propietarios que pueda poner en tela de juicio la objetividad. Por ello, entiende que no deben asumir dicho cargo quienes mantengan una relación conyugal, familiar o personal de otra índole con los directivos o accionistas mayoritarios.

²¹¹ Mateu De Ros, R. (2016). "Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales", Revista de Derecho de Sociedades, n.º 47; Esteban Velasco, G. (2006). "Reorganización de la composición del Consejo: clases de consejeros, en especial los consejeros independientes", Revista de Derecho de Sociedades, n.º 27. Ampliamente, sobre la definición de consejero independiente, Megías López, J. (2012). El consejero independiente. Estatuto y funciones, La Ley.

²¹² Sobre los consejeros independientes, vid. Esteban Velasco, G., (1999). "La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo", El gobierno de las sociedades cotizadas, coord. Esteban Velasco, G., Marcial Pons; Megías López, J. (2012). El consejero independiente. Estatuto y funciones, La Ley; Garrido García, J.M. (2016). "Los Consejeros independientes", Junta General y Consejo de administración de la Sociedad cotizada, Aranzadi.

Las directrices de la OCDE recomiendan que las empresas de titularidad pública asuman los *Principles of Corporate Governance* formulados para las sociedades de capital privado²¹³. La lectura del texto sugiere que la independencia, en su más amplia acepción, constituye uno de los ejes o cuestiones prioritarias. Resulta especialmente ilustrativo este apartado que reproducimos ahora:

Los miembros independientes del consejo pueden contribuir de manera sustancial al proceso decisorio de este órgano y aportar un punto de vista objetivo a la evaluación de los resultados del mismo órgano y de la dirección. Además, pueden desempeñar un papel importante en aquellos ámbitos en los que los intereses de la dirección, la empresa y sus accionistas puedan colisionar, tales como la remuneración de los directivos, la planificación de la sucesión, los cambios del control corporativo, los mecanismos de defensa frente a las absorciones, las grandes adquisiciones y la función de auditoría. Para que puedan desempeñar este papel, es deseable que los consejos declaren a quién consideran independiente y los criterios que lo justifican.

¿Qué queda de todo esto en la normativa pública? Lo cierto es que sobre este aspecto tan importante en materia de gobierno corporativo queda mucho por avanzar. La Ley del Régimen Jurídico del Sector Público no hace referencia expresa alguna a la cuestión y la normativa canaria omite cualquier alusión.

Más aún, la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias, en su artículo 122.6, remite a la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) en alguna cuestión, normativa como es de sobra conocido hoy derogada.

El concepto de administrador independiente que utiliza alguna de las normas de derecho público que hemos encontrado difiere sustancialmente del propio del ámbito societario y se recoge, lo cual resulta llamativo, en la normativa de desarrollo de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas), concretamente en el artículo 140.3 del Reglamento general de la Ley de Patrimonio (RD 1373/2009, de 28 de agosto). Dicho precepto establece que:

A estos efectos, tendrán la consideración de consejeros independientes aquellos administradores que no presten servicios o que no se encuentren vinculados laboral o profesionalmente a la Dirección General del Patrimonio del Estado o al organismo público que fuera accionista de la sociedad; al órgano con funciones reguladoras sobre el objeto de la actividad de la sociedad; o al Ministerio que tenga atribuida la tutela de la sociedad.

De lo dispuesto en el precepto se infiere que al legislador *ius publicista* poco parecen preocuparle cuestiones como la pluralidad que se busca en los consejeros externos de sociedades de capital privado, en su más amplia acepción (de género, de *expertise*, de edad...), o la independencia, entendida como ausencia de intereses o relaciones que puedan comprometer la objetividad e imparcialidad. Es decir, lo dispuesto en el artículo

²¹³ <http://www.oecd.org/daf/ca/principles-corporate-governance.htm>.

anteriormente señalado revela que lo que preocupa al legislador público es que el consejero no tenga vínculos con la Administración de la que depende la entidad, que no sean personal de otros ministerios o direcciones generales, nada más. La independencia no se predica respecto de vinculaciones particulares, políticas o ideológicas que es, creo, la cuestión más relevante desde un punto de vista práctico. Desde luego, poco o nada parecen preocupar cuestiones como los conocimientos técnicos, la formación, la experiencia en el sector empresarial concreto, etcétera, a las que sí se refieren las directrices.

Otras cuestiones como, por ejemplo, la selección de candidatos o expertos que no tengan vínculos sustanciales con otras sociedades del grupo o relación con la sociedad, sus órganos de gestión o sus socios mayoritarios tampoco parecen tenerse en cuenta cuando, en último término, lo que se busca bajo el adjetivo de independiente es que con carácter general no se produzcan conflictos de intereses o que no existan relaciones. Esa es la esencia de la independencia. Y aquí es donde constatamos una diferencia relevante respecto de las directrices que sí se hacen eco de aquellas relaciones que, de un modo u otro, pueden socavar la independencia, impidiendo alcanzar la objetividad. Tan importante es esta cuestión que el legislador italiano las ha considerado tradicionalmente como causas de incompatibilidad (D.Lgs. n.º 39/2013) al que remite el artículo 11 D.Lgs. n.º 175/2016²¹⁴.

Entendemos que la norma reglamentaria a que nos hemos referido con anterioridad resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 112 de la LRJSP (norma posterior en el tiempo), que señala el buen gobierno como uno de los principios rectores que han de regir las sociedades públicas lo que nos lleva, indefectiblemente, a referirnos las reglas de *soft law*.

Así, de acuerdo con las directrices, el órgano de administración de una sociedad pública debe configurarse de una manera similar a como se hace en el ámbito de las sociedades de capital privado. Tal es la importancia que se atribuye a la independencia de los consejeros que las directrices consideran conveniente que en los diferentes comités que se constituyan (de auditoría, de riesgos, etcétera) se incorpore siempre algún consejero independiente.

En coherencia con los *Principles*, las directrices destacan, por un lado, la necesidad de que los administradores sean designados mediante un proceso transparente. Además, señala que debe protegerse al órgano de administración para evitar toda injerencia política y procurar así que los administradores actúen en interés de la sociedad. Preocupa también la diversidad en la composición del órgano, entendida esta en su más amplia acepción: geográfica, de género, de edad, académica, profesional, etcétera.

Las directrices van un poco más lejos que los *Principles* y apuestan por que se hagan evaluaciones anuales del desempeño y resultados de los consejos de administración. En concreto, sobre la composición, perfil de los miembros, etcétera. Esas evaluaciones deberían permitir mejorar la gobernanza de las sociedades.

²¹⁴ Di Rienzo, M. (2017). "Gli organi di amministrazione e controllo nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica", Le "nuove" società partecipate e in house providing, Milano.

En este sentido, se observa que la independencia (ampliamente cuestionada en el ámbito del derecho societario²¹⁵) sí que puede servir en sede de sociedades públicas para reducir esa influencia de lo político tan propia y criticada. Entendemos, además, que procurar la diversidad, que los consejeros respondan a perfiles más profesionales, fomentar medidas que tiendan a evitar la injerencia política pueden ser soluciones adecuadas para estas entidades que contribuirían, a buen seguro, a mejorar su eficiencia²¹⁶.

Ello puede ser particularmente importante en las sociedades que desarrollan actividades de carácter comercial en las que la experiencia de profesionales independientes, incluso de quienes tengan experiencia en el ámbito privado, puede tener especial valor. Lamentablemente, la práctica revela que, hoy por hoy, el número de consejeros independientes en las sociedades públicas españolas es extremadamente reducido o casi inexistente, salvo el Instituto de Crédito Oficial (ICO)²¹⁷ o Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) por su carácter de sociedad cotizada.

La importancia que se atribuye a la independencia de dicha categoría de consejeros es tal que el ordenamiento italiano (situado claramente a la vanguardia en la regulación de las sociedades públicas) prevé que los administradores deben reunir un conjunto de cualidades. En concreto, dice el artículo 11.1 del D.Lgs. n.º 175/2016 “profesionalidad,

²¹⁵ En el ámbito del derecho de sociedades la incorporación de consejeros independientes ha sido considerada por algunos como la panacea universal, la solución a muchos problemas de gobierno corporativo, para resolver las ineficiencias del mismo. Así, algunos autores han señalado la ineficacia de la institución especialmente, en sociedades de capital concentrado. Advierten, además, que no existen evidencias, datos empíricos que avalen la eficiencia o los beneficios de la incorporación de administradores independientes en el consejo (vid. Gutiérrez Uriaga, M, Saenz Lacave, M. (2012). El mito de los consejeros independientes, Indret 2/2012 https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/896_es.pdf). De hecho, desde el principio de su incorporación a nuestro ordenamiento, se han revelado importantes deficiencias en el diseño (Sánchez Calero, F. (2007). Los administradores en las sociedades de capital, Madrid, Civitas; Sánchez Calero, J. (2006). Los consejeros independientes (Análisis de su presencia en el Ibox-35) https://eprints.ucm.es/5495/1/Consejeros_independientesJSC-E-prints1.pdf; Paz-Ares Rodríguez, J.C. (1998). “El perfil de los consejeros independientes”, Dirección y progreso, n.º 159; Ravina, E., Sapienza, P. (2010). “What Do Independent Directors Know? Evidence from their Trading”, Review of Financial Studies, n.º 23) pero también, como hemos adelantado anteriormente, en su incorporación a las sociedades de capital concentrado (Marcos Fernández, F., Sánchez Graells, A. (2008). “Necesidad y sentido de los consejeros independientes. Dificultades para el trasplante al derecho de las sociedades cotizadas españolas”, Revista de Derecho Mercantil, n.º 268. En todo caso, parece estar bastante extendida la opinión que recoge también Del Val Talens, P. (2014). “Los consejeros independientes ante el activismo accionarial”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n.º 136) de que, en su actual configuración, el consejero independiente carece de medios no solo para tutelar los intereses de los socios sin representación en el consejo sino para formarse una opinión sólida del interés social en su vertiente ajena al bloque de control (consejeros dominicales e internos). Sobre todos estos temas, vid. Megías López, J. (2012). El consejero independiente. Estatuto y funciones, La Ley, que alude a la adaptación de la figura en las sociedades de capital concentrado (páginas 78-84 y 180-187), a la incertidumbre empírica sobre su utilidad (páginas 71-78), y a las carencias de su estatuto para ejercer la función que se espera de él (passim, en breve páginas 620-634), con crítica constructiva (páginas 761-794).

²¹⁶ Este planteamiento es el que subyace también en el código de buen gobierno de las empresas públicas alemán el cual, en relación con el consejo de vigilancia, señala que para que puedan cumplir con la misión que tienen encomendada deben ser independientes (§ 5.2).

²¹⁷ En este sentido, el órgano de dirección del ICO, el consejo general, prevé que “Cuatro de los diez Vocales del Consejo serán independientes. A tal efecto, se entenderá independiente aquél que no sea personal al servicio del Sector Público”, con la particularidad de que tienen “doble voto”.

autonomía y honorabilidad”²¹⁸. Nada de esto contempla el legislador nacional.

Finalmente, para garantizar la tan ansiada independencia, las directrices aconsejan imponer límites a la revocación de los mandatos. ¿Pero limitar los mandatos garantiza en el caso de las sociedades públicas la independencia? El informe del grupo de trabajo del Plan “5-25” para la mejora de la gobernanza de las empresa públicas destaca que “se evidencia que en el periodo 1995 hasta la actualidad, la duración en el cargo de los presidentes de las once principales entidades públicas se ha situado en una media de 3,1 años (12 presidentes en la entidad con más rotaciones y 5 presidentes en la menor) en comparación con otras empresas públicas europeas que presentan duraciones medias en el cargo más elevadas: Suiza (12,5 años), Francia (6,5), Alemania (5,8) o Italia (4,8)”²¹⁹. Esta solución sugiere una estrecha dependencia o vinculación política de los cargos.

En consecuencia, creemos que, aun cuando en términos generales la limitación de mandatos es positiva, en el caso de las sociedades públicas los nombramientos de consejeros responden a afinidades políticas por lo que cada vez que se produce un cambio de gobierno, hay muchas probabilidades de que se nombre y/o cesen administradores en el cargo, pues estamos ante un cargo de confianza y en cuanto tal, pueden ser separados *ad nutum* (es decir, sin necesidad de que concurra justa causa).

Con todo, la cuestión relativa a los administradores independientes no es la que más nos preocupa a los *ius-privatistas*, a pesar de que el régimen contraviene los principios rectores de la LRJSP y las reglas del buen gobierno.

²¹⁸ El legislador italiano ha dado un paso más respecto a cuanto tenía previsto con anterioridad ya que el artículo 2387 c.c. preveía que los estatutos podían exigir la concurrencia de las cualidades anteriormente indicadas que la reforma ha convertido en auténticas exigencias (vid. al respecto, Di Rienzo, M. (2017). “Gli organi di amministrazione e controllo nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica”, Le “nuove” società partecipate e in house providing, Milano).

²¹⁹ Vid. página 10 del Informe

4.3. La posibilidad de impartir instrucciones

El artículo 115 LRJSP recoge la posibilidad (prevista ya bajo el régimen anterior²²⁰) de que el ministerio de tutela imparta instrucciones a los administradores (artículos 116.6 LSRJSP y 178 LPAP)²²¹. Por su parte, la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias, en su artículo 121 y bajo la rúbrica “Tutela funcional de las sociedades mercantiles públicas” prevé:

4. En casos excepcionales, debidamente justificados, el titular de la consejería a la que corresponda la tutela de una sociedad mercantil pública, podrá darle instrucciones para que realice determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución. Cuando dichas instrucciones impliquen una variación de los presupuestos de explotación y capital, el órgano de administración no podrá iniciar la cumplimentación de la instrucción sin contar con la autorización del órgano competente para efectuar la modificación correspondiente.

5. Los administradores de las sociedades a las que se hayan impartido instrucciones en los términos previstos en el apartado anterior, actuarán diligentemente para su ejecución, y, en aplicación de lo preceptuado en el artículo 179 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, respecto a la exoneración de la responsabilidad prevista en el artículo 133 del Texto Refundido de la LSA, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, en el supuesto de que, del cumplimiento de dichas instrucciones, se derivaren consecuencias lesivas.

La posibilidad de impartir instrucciones resultaba novedosa hasta la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, pues desde el punto de vista societario, la posibilidad de impartir instrucciones de la junta a los administradores en sede de anónimas estuvo vedada²²² la

²²⁰ La Ley de creación del Instituto Nacional De Industria (INI) de 1941 no recoge expresamente la facultad de impartir instrucciones en los términos en que nos referimos a ella hoy, pero todo el texto legal sugiere o reconoce dicha función en términos amplios. Así, señala en su artículo 2 que el gobierno “mantendrá el control absoluto de los negocios” o “procederá con criterio unitario”.

²²¹ Hasta la entrada en vigor de la LRJSP, el régimen de responsabilidad aplicable a los administradores de las sociedades públicas era el propio del derecho privado contenido en la LSC con una sola especialidad que aún hoy se mantiene en el artículo 116.6 LRJSP y que está también contemplada en el artículo 179 LPAP: la exoneración en el supuesto de que los administradores sigan las instrucciones del ministerio de tutela. Se trata de una medida de carácter excepcional en la medida que solo en supuestos debidamente justificados se impartan instrucciones a los administradores.

²²² En efecto, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) de 1995 preveía que la junta, a iniciativa propia, pudiera intervenir en la gestión de la sociedad impartiendo instrucciones al órgano de administración o sometiendo la adopción de ciertas decisiones a un acuerdo previo de la junta. La razón por la que dicha previsión se incorpora en sede de sociedades limitadas se justifica en la impronta personalista de ese tipo societario que hace que los socios se interesen en la marcha de la sociedad. Además, la referencia que contenía la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) que limitaba las competencias de la Junta a los “propios asuntos” contribuía a esa diferencia. No obstante, una posición defendida advertía que no había razón para que en las sociedades anónimas cerradas se vedara dicha posibilidad.

introducción del nuevo artículo 161 LSC²²³ en 2014.

El artículo 161 LSC reconoce, pues, la facultad para que la junta pueda intervenir en la gestión impartiendo instrucciones. Se trata de una facultad que opera con carácter general y sin necesidad de que los estatutos contengan precisión específica al respecto. Instrucciones que pueden ser de carácter general o, por el contrario, puntuales, pudiendo afectar tanto a la gestión ordinaria como a medidas de carácter extraordinario o incluso puede tratarse de directrices de política empresarial.

El modelo español tiene un marcado carácter dispositivo²²⁴, lo que implica que los estatutos, mediante la inclusión de la oportuna cláusula estatutaria, pueden limitar esta facultad de la junta general²²⁵. Partiendo de este planteamiento, podemos preguntarnos si los estatutos pueden excluir toda facultad de instrucción de la junta o si, por el contrario, los estatutos podrían delimitar las cosas respecto de los que no serían ni válidas ni eficaces las indicaciones de la junta. Parece razonable entender que ambas opciones tienen cabida.

¿Cuáles son los límites a la injerencia de la junta? La junta no podrá sustraer del ámbito de competencias del órgano de administración las competencias atribuidas que legalmente se les atribuyen si bien sí podrá fijar determinados requisitos o condiciones para la realización de algunas operaciones. Es decir, la posición de los administradores no puede verse anulada hasta dejar vacías de contenido la posición y la función de los administradores ni convertirlos en meros ejecutores. De la misma manera, no cabe admitir que la función de representación, atribuida con carácter exclusivo a los administradores sea asumida por la junta²²⁶.

²²³ Vid. Fernández Torres, I. (2006a). La Junta general en las sociedades de capital en liquidación, Cap. III, Iustel, Madrid, y en Fernández Torres, I. (2006b). La reactivación de la junta general en el código unificado de gobierno corporativo: aproximación a las competencias implícitas. Doc E-Print UCM <http://eprints.ucm.es/6356/> y en Fernández Torres, I. (2007b). De nuevo sobre las modificaciones estructurales y las competencias implícitas de la Junta General, BIB 2007/582.

Sobre el proyecto de reforma: Alfaro Aguila-Real, J. (2014a). Competencias de la Junta e instrucciones a los administradores I (la regulación vigente y la proyectada), <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2014/06/competencias-de-la-junta-e.html>, y en Alfaro Aguila-Real, J. (2014b). Competencias de la Junta e instrucciones a los administradores II. El proyecto de Ley de reforma de Gobierno corporativo, https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2014/06/competencias-de-la-junta-e_18.html.

Tras la reforma llevada a cabo en 2014: Alcalá Díaz, M.A. (2018). Las competencias de la junta general en asuntos de gestión, Bosch, Madrid; Esteban Velasco, G. (2011). "Comentario al artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión", Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, coords. Rojo, A.J., Beltrán, M., volumen 1, tomo I; Recalde Castells, A. (2015). "Comentario al artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión", Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas, coord. Juste Mencía, J., Aranzadi, Cizur Menor; Megías López, J. (2015). "Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas", Diario La Ley, n.º 8608.

²²⁴ Esteban Velasco, G. (1996). "Algunas Reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada", Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995, [et al.], Tomo I, Mc Graw-Hill, Madrid.

²²⁵ Esteban Velasco, G. (2002). "Acuerdos de la Junta General de socios de la sociedad limitada en asuntos de gestión y de responsabilidad de los administradores", Revista de Sociedades, n.º 18

²²⁶ Fernández Torres, I. (2006a). La Junta general en las sociedades de capital en liquidación, Cap. III, Iustel, Madrid; y Fernández Torres, I. (2007b). De nuevo sobre las modificaciones estructurales y las competencias implícitas de la Junta General, BIB 2007/582.

En el ámbito del derecho público, la posibilidad de impartir instrucciones se admite con carácter excepcional y exige que realicemos alguna precisión adicional.

En primer lugar, esta facultad se restringe a actividades que se consideren necesarias para el interés público, lo que resulta coherente con las directrices de la OCDE que establecen que han de limitarse a las cuestiones estratégicas y a los objetivos de interés general. La OCDE recomienda especificar y divulgar las áreas y los tipos de decisiones sobre los cuales la entidad propietaria tiene competencia para impartir instrucciones (vid. cap. II de las directrices).

La posibilidad de impartir instrucciones implica que el órgano de administración ha de cumplir necesariamente con ellas, con la debida diligencia. En el ámbito del derecho de sociedades, la diligencia se entiende como “la obligación de diligente administración materializada a través de las obligaciones de gestión (ya sea gestión en sentido estricto o vigilancia de la gestión) y representación de la sociedad”²²⁷. Este estándar de diligencia es aplicable en sede de sociedades públicas si bien alguna resolución judicial ha señalado (en relación con la responsabilidad contable) que los gestores de fondos públicos están obligados a una diligencia cualificada en la administración de los mismos, lo que implicaría no solo cumplir con el estándar de diligencia propio y, por tanto, cumplir con las normas legales, reglamentarias o las aconsejadas por la técnica, sino que deben dar un plus y adoptar especiales cautelas, esto es, “agotar la diligencia”²²⁸.

En relación con las instrucciones recibidas, no aplicaría la regla de la discrecionalidad empresarial que busca evitar que los administradores sean declarados responsables por la falta de éxito de sus decisiones empresariales²²⁹.

La pregunta que surge casi inmediatamente es cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a los administradores. Así, debe tenerse presente que el régimen aplicable a las sociedades públicas es, en esencia, el previsto en la LSC, regulación a la que remite la normativa pública tal y como por otro lado aconsejan las directrices de la OCDE. En consecuencia, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 236 LSC. Así, pesa sobre los administradores de cualquier sociedad, sea esta de titularidad pública o privada, el deber de abstenerse de realizar cualquier acto contrario a la ley o a los estatutos, si vulnera obligaciones penales o administrativas o si resulta contrario al orden público y ello aunque se hubieran recibido instrucciones, en este caso, de la consejería de tutela²³⁰.

²²⁷ Guerrero Trevijano, C. (2014). El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital, Civitas, Madrid. La autora señala, con acierto, que el legislador da un protagonismo en la diligente administración, al deber de información de los gestores mientras que los movimientos de gobierno corporativo destacan otras obligaciones como el deber de vigilancia o de supervisión y el deber de investigar.

²²⁸ Vid. a este respecto, Sentencia del Tribunal Supremo (STS) (sala de lo contencioso-administrativo) de 3 de enero de 2011 y otras citadas por SÁNCHEZ LERMA, G.A., Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas, Auditoría Pública, núm. 64, 2014.

²²⁹ Guerrero Trevijano, C. (2014). El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital, Civitas, Madrid y en Guerrero Trevijano, C. (2015). La protección de la discrecionalidad empresarial en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, BIB 2015\17532.

²³⁰ Paz-Ares Rodríguez, J.C. (2017). “Capítulo 44. Identidad y diferencia del consejero dominical”, Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum, [et al.], volumen 2, Tomo 2, Aranzadi, Cizur Menor.

En el ámbito del derecho societario, un sector de la doctrina advierte que la existencia de obligaciones impuestas en interés de terceros justifica la ausencia de vinculación de los administradores²³¹. Sin embargo, en relación con las sociedades públicas no está tan clara la vinculación o no respecto de las instrucciones que resulten contrarias al interés social que requiere, además, diferenciar entre sociedades íntegramente de capital público y sociedades controladas. En definitiva, las instrucciones, siempre que no sean ilícitas, serán de obligado cumplimiento y exonerarán, en línea de principio, de responsabilidad²³². Todo ello sin perjuicio de que los administradores deberán informar a la junta de las consecuencias que la adopción de cierto tipo de acuerdos puede llevar aparejados, especialmente si consideran que pueden lesionar el interés social.

5. CONCLUSIONES

Las consideraciones que se han formulado en los apartados anteriores ponen de manifiesto las deficiencias de que adolecen las previsiones contenidas en la normativa administrativa autonómica. Además de hallarse la regulación dispersa y de resultar incompleta, se revela en muchos aspectos desfasada, pues son numerosas las ocasiones en que se remite a normativa mercantil ya derogada y no tiene en cuenta las nuevas tendencias y exigencias en el ámbito internacional. En consecuencia, una primera conclusión y recomendación sería aquella dirigida a la adopción de una regulación completa del fenómeno empresarial.

El régimen actualmente aplicable sugiere que en materia de Gobierno corporativo de las empresas públicas queda un largo camino por recorrer y quizás sea este un buen momento para reflexionar sobre ello para en un futuro incorporar a la normativa pública autonómica cuantas precisiones sean necesarias con vistas a garantizar un buen gobierno de las sociedades públicas. Quizás este trabajo de reflexión podría simplificarse

²³¹ Recalde Castells, A. (2015). "Comentario al artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión", Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas, coord. Juste Mencía, J., Aranzadi, Cizur Menor.

²³² La posibilidad de impartir instrucciones y el deber de obediencia de los administradores de estas sociedades tendría cabida en el ámbito de los grupos públicos (Fuentes López, M. (2007). Grupos públicos de sociedades, apdo. V. Las singularidades en los órganos sociales, Marcial Pons, Madrid.

si desde la OCDE se adoptara un modelo de código de buen gobierno que asumiera las directrices de 2015.

Ahora bien, las consideraciones que hemos realizado en materia de buen gobierno en este trabajo no son las únicas que podrían formularse. El grupo de trabajo de FIDE (“Plan “5-25” para la mejora de la gobernanza de las empresas públicas en España”, Fundación FIDE, presentado el 5 de julio de 2019) ²³³ señala que los recursos públicos que se destinan a la remuneración de consejeros de empresas públicas (ascienden a 8 millones de euros) habiéndose computado 1.519 vocales en sociedades estatales y estimando un total de 10.000 vocales si se tienen en cuenta también las sociedades autonómicas y locales. En el ámbito nacional se han hecho importantes esfuerzos normativos en los últimos años centrados en la transparencia, el régimen de incompatibilidades y las remuneraciones de los altos cargos.

La falta de transparencia en materia de remuneración de los consejeros de las sociedades autonómicas canarias es, en este punto, llamativa. Los diferentes portales de transparencia se ocupan de manera dispar de esta materia. Sin embargo, no aluden a una normativa de referencia que debería existir.

En todo caso, no parece que el número de sociedades autonómicas canarias sea excesivo y, en consecuencia, no parece que sea la cuantía de las remuneraciones un problema tanto más cuanto que en algún caso se advierte que el cargo es gratuito.

Pero quizás fuera conveniente establecer otros criterios y una política retributiva más alineada con las prácticas existentes en el ámbito privado. Porque es lo cierto que, si se quiere contar con personal altamente cualificado es preciso que la remuneración se adecúe a las exigencias propias del cargo.

Soy consciente de que esta no es una propuesta popular (como también señalan las directrices) pero la composición de los consejos y la práctica sugieren que, en ese momento, quienes ocupan un puesto en un consejo lo hacen, en gran medida, por su condición de funcionario/empleado público y en consecuencia, no son muchos los incentivos que encuentran. En todo caso, la política retributiva que se diseña debería promover el interés de la empresa a medio y largo plazo. En el ámbito del derecho de sociedades esta cuestión (sobre todo tras la crisis financiera de 2008) es una fuente de importantes controversias.

Las cuestiones de los conflictos de intereses preocupan también tal y como la lectura del capítulo VII de las directrices sugiere. Es evidente que las dificultades del gobierno corporativo derivan del hecho de que la responsabilidad por los resultados de las empresas públicas implica a una compleja cadena de agentes con responsables situados en eslabones alejados, difícilmente identificables; así, las partes pueden tener conflictos de intereses intrínsecos que a veces motivan que se adopten decisiones que no responden al interés de la empresa.

²³³ <https://thinkfide.com/wp-content/uploads/2020/11/Propuestas-del-Grupo-de-trabajo-fide-La-mejora-de-la-gobernanza-de-las-empresas-publicas-en-Espana-Plan-5-25.pdf>

En consecuencia, es importante estructurar esa red de responsabilidades y buscar mecanismos que garanticen la adopción, de decisiones eficientes y buen gobierno de todas las sociedades, sean estas públicas o privadas. Cualquier medida tendente a evitar esos conflictos de interés pasa necesariamente por el establecimiento de garantías procedimentales; principalmente, por la propia comunicación o declaración de que existe un conflicto de interés y, en segundo lugar, por la concesión (eventualmente), de una dispensa a través del órgano competente para ello.

Porque es evidente que los administradores de las sociedades públicas están sujetos en el desempeño de su cargo a los mismos deberes que los administradores de las sociedades privadas y no sólo al deber de lealtad sino también al deber de diligencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alcalá Díaz, M.A. (2018). *Las competencias de la junta general en asuntos de gestión*. Bosch, Madrid.

Alfaro Aguila-Real, J. (2014a). *Competencias de la Junta e instrucciones a los administradores I (la regulación vigente y la proyectada)*. Recuperado de: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/06/competencias-de-la-junta-e.htm>.

Alfaro Aguila-Real, J. (2014b). *Competencias de la Junta e instrucciones a los administradores II (el proyecto de Ley de reforma de Gobierno corporativo)*. Recuperado de: https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/06/competencias-de-la-junta-e_18.html.

Alonso Ureba, A. (2019). Las comisiones especializadas de supervisión y control en el modelo de Consejo de administración de la sociedad cotizada. En *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados, Tomo I*. Aranzadi.

De la Cámara Álvarez, M. (1978). *Estudios de Derecho Mercantil*, Tomo I-2, Madrid.

Del Val Talens, P. (2014). “Los consejeros independientes ante el activismo accionario”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 136.

Di Rienzo, M. (2017). “Gli organi di amministrazione e controllo nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica”, *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, Milano.

Duque Domínguez, J. (2006). Del texto refundido de la LSA de 1989 a la Ley de transparencia de 2003. Hitos y situación actual del ordenamiento español en materia de gobierno corporativo. En *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, coord. Rodríguez Artigas, F., volumen 1.

Ennsner-Jedenastik, L. (2014). Political Control and Managerial Survival in State-Owned Enterprises. *Governance, an International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, volumen 27.

Esteban Velasco, G. (1982). *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid.

Esteban Velasco, G. (1995). *Administradores de Sociedad Anónima*, Enciclopedia jurídica básica, volumen I, Civitas, Madrid.

Esteban Velasco, G. (1996). *Algunas Reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada*, Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995, [et al.], Tomo I, Mc Graw-Hill, Madrid.

Esteban Velasco, G., (1999). La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo. En *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Coord. Esteban Velasco, G., Marcial Pons.

Esteban Velasco, G. (2002). Acuerdos de la Junta General de socios de la sociedad limitada en asuntos de gestión y de responsabilidad de los administradores, *Revista de Sociedades*, n.º 18

Esteban Velasco, G. (2006). *Reorganización de la composición del Consejo: clases de consejeros, en especial los consejeros independientes*, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 27.

Esteban Velasco, G. (2011). *Comentario al artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión*, Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, coords. Rojo, A.J., Beltrán, M., volumen 1, tomo I.

Fernández Torres, I. (2006a). *La Junta general en las sociedades de capital en liquidación*, Cap. III, Iustel, Madrid.

Fernández Torres, I. (2006b). *La reactivación de la junta general en el código unificado de gobierno corporativo: aproximación a las competencias implícitas*. UCM. Recuperado de: <http://eprints.ucm.es/6356/>.

Fernández Torres, I. (2007a). De nuevo sobre las modificaciones estructurales y las competencias implícitas de la Junta General. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo (sala 1.ª) de 28 de septiembre de 2006 y de 8 de febrero de 2007, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 28.

Fernández Torres, I. (2007b). *De nuevo sobre las modificaciones estructurales y las competencias implícitas de la Junta General*, BIB 2007\582.

García-Cruces González, J.A. (1990). *Sociedad Anónima. Revocación de poderes por la Junta General cuando han sido conferidos por el Consejo de Administración*, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, n.º 23.

Garrido García, J.M. (2016). *Los Consejeros independiente*”, Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada, Aranzadi.

Girón Tena, J. (1976). *Derecho de sociedades*, Benzal, Madrid

Guerrero Trevijano, C. (2014). *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, Civitas, Madrid.

Guerrero Trevijano, C. (2015). *La protección de la discrecionalidad empresarial en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre*, BIB 2015\17532.

Guichot Reina, E. (2017). *Transparencia y empresas públicas*. Recuperado de: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/02/Itaibg-empresas-publicas-emilio-guichot.pdf>).

Gutiérrez Urriaga, M, Saenz Lacave, M. (2012). *El mito de los consejeros independientes*, Indret 2/2012. Recuperado de: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/896_es.pdf).

Informe Olivencia. Herramientas, Normativas, España, Gobierno Corporativo, Gobierno Español, Transparencia (1998). Comisión Nacional del Mercado de Valores, II.

Marcos Fernández, F., Sánchez Graells, A. (2008). Necesidad y sentido de los consejeros independientes. Dificultades para el trasplante al derecho de las sociedades cotizadas

españolas, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 26 .

Martín-Retortillo, S. (1991). Las Empresas Públicas. Reflexiones del momento presente. *Revista de Administración Pública*, n.º 126.

Mateu De Ros, R. (2016). Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales. *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 47.

Megías López, J. (2012). *El consejero independiente. Estatuto y funciones*, La Ley.

Megías López, J. (2015). *Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas*, Diario La Ley, n.º 8608.

Pala Laguna, R. (2012). Algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles autonómicas. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 39-40, Zaragoza.

Paz-Ares Rodríguez, J.C. (1998). El perfil de los consejeros independientes. *Dirección y progreso*, n.º 159.

Paz-Ares Rodríguez, J.C. (2017). *Capítulo 44. Identidad y diferencia del consejero dominical*, Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: *liber amicorum*, [et al.], volumen 2, Tomo 2, Aranzadi.

Ravina, E., Sapienza, P. (2010). *What Do Independent Directors Know? Evidence from their Trading*, Review of Financial Studies, n.º 23.

Recalde Castells, A. (2015). Comentario al artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. *En Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, coord. Juste Mencía, J., Aranzadi, Cizur Menor.

Rodríguez Planas, M. (2001). Comentario a los artículos 93-96, 104 y 106-108 LSA. *En Comentarios a la Ley de sociedades anónimas, Tomo II*, coord. Arroyo, I., Embid, J.M., Górriz, C., Madrid.

Sánchez Calero, F. (2007). *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, Civitas.

Sánchez Calero, J. (2006). *Los consejeros independientes (Análisis de su presencia en el Ibex-35)*.

Uría, R., Menéndez, A., García De Enterría, J. (1999). *La sociedad anónima: la Junta General*, Uría-Menéndez, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Madrid.

Villoría Mendieta, M. (2013). *El buen gobierno en la lucha contra la corrupción”, La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades; los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad*. Thomson-Reuters, Navarra.