

**JOSÉ CUESTA LÓPEZ**

*Abogado*

*Profesor asociado de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.  
Universidad de Valencia*

**SERGIO SÁNCHEZ GIMENO**

*Doctor en Derecho*

*Abogado*

*Profesor agregado de Derecho Mercantil. Facultad de Estudios  
de la Empresa c. ads. Universidad Politécnica de Valencia*

**Extracto:**

EN el presente artículo partimos de la premisa de que el origen de las particularidades de la Empresa Familiar, de sus ventajas y fortalezas, pero también de sus trampas y debilidades, radica en el factor humano, y desde esta concepción nos hemos centrado en una medida que tradicionalmente se ha venido proponiendo como válida para hacer frente a los problemas específicos de la Empresa Familiar. La medida en cuestión consiste en la incorporación de consejeros independientes en el Consejo de Administración de la sociedad de carácter familiar, entendiéndose por tales aquellos que, antes de su incorporación al órgano de administración, no tienen vínculos significativos con cualquiera de los tres círculos o subsistemas de la Empresa Familiar, esto es, la propiedad, la familia y la empresa.

Al estudiar la figura, prestaremos especial atención a las cuestiones relacionadas con su estatuto jurídico, y analizaremos en apartados diferenciados su introducción; el gobierno de la sociedad familiar; sus funciones y obligaciones; su retribución; y la separación del cargo.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción: objetivo del trabajo.
- II. Concepto de empresa familiar.
- III. La estructura de la empresa familiar.
- IV. El Consejo de Administración de la sociedad de carácter «familiar».
- V. La introducción de administradores «independientes» en el gobierno de la sociedad familiar.
  1. La previsión estatutaria de administradores independientes.
  2. Las condiciones que han de concurrir en el administrador externo.
  3. La selección y designación de los consejeros independientes.
- VI. Funciones y obligaciones del consejero independiente.
  1. Las funciones de los administradores independientes.
  2. Los deberes y facultades del consejero independiente.
  3. La concreción de deberes a través de reglamentos internos y del contrato de gestión.
  4. La duración del mandato.
- VII. La retribución de los administradores.
  1. Cuestiones generales. Sistemas retributivos aplicables.
  2. La problemática de la articulación jurídica de la retribución de los administradores.
- VIII. La separación del cargo y los pactos indemnizatorios.
  1. El estado de la cuestión: la posibilidad de reconocer al administrador el derecho a una indemnización en caso de separación sin justa causa.
  2. En torno a la oportunidad de reconocer el derecho a una indemnización al consejero independiente.

### Bibliografía.

**NOTA:** Debemos manifestar nuestro agradecimiento al Departamento de Derecho Mercantil de la Universitat de València, y, en particular, al Prof. Dr. D. Vicente CUÑAT EDO y al Prof. Dr. D. José Miguel EMBID IRUJO, bajo cuya dirección hemos desarrollado investigaciones relacionadas con el tema al que dedicamos el artículo.

## I. INTRODUCCIÓN: OBJETIVO DEL TRABAJO

El estudio de la Empresa Familiar es un campo reciente pero en rápido crecimiento. Cada vez son más frecuentes las monografías, cursos especializados y programas máster que giran alrededor de esta realidad y de su especial problemática, y ya hay varias Facultades que en nuestro país cuentan con una cátedra de Empresa Familiar.

En este trabajo partimos de la premisa de que el origen de las particularidades de la Empresa Familiar, de sus ventajas y fortalezas, pero también, de sus trampas y debilidades, radica en el factor humano <sup>1</sup>. Es cierto que la mayoría de las Empresas Familiares presentan una serie de rasgos característicos tanto a nivel jurídico (suelen revestir la forma de Sociedad Limitada, en la que el elemento *intuitu personae* tiene más importancia que en la Sociedad Anónima <sup>2</sup>; a menudo se establecen mecanismos para dificultar que las acciones o participaciones sociales salgan del círculo familiar, como los pactos de sindicación de acciones o las restricciones estatutarias a su libre transmisibilidad; los órganos colegiados se reúnen y actúan con los mínimos formalismos posibles, predominando claramente las Juntas Universales...), como a nivel económico (tendencia a reinvertir los beneficios obtenidos; confusión de los flujos económicos consistente en alterar las retribuciones del trabajo, directivo y operativo, y del capital, de forma que no sean las propias del mercado; tendencia a concentrarse en un producto o mercado...); pero estos rasgos, además de que no se dan en todas las Empresas Familiares, son normalmente una consecuencia directa de la presión que ejerce el factor humano sobre la estructura general de la Empresa Familiar.

Pues bien, partiendo de la premisa antes apuntada, nos hemos centrado en una medida estrechamente relacionada con la ciencia de los Recursos Humanos, que tradicionalmente se ha venido proponiendo como válida para hacer frente a los problemas específicos de la Empresa Familiar, y hemos tratado de analizar sus ventajas e inconvenientes, así como los mecanismos jurídicos más adecuados para entroncarla en el sistema complejo de la Empresa Familiar. La medida a estudiar consiste en la incorporación en el Consejo de Administración de la Empresa Familiar de consejeros independientes, entendiendo por tales a aquellos que no tienen ningún tipo de vinculación con los tres círculos o subsistemas de la Empresa Familiar, esto es, la propiedad, la familia, y el negocio.

Al estudiar la incorporación en el Consejo de Administración de la Empresa Familiar de consejeros externos prestaremos especial atención a las cuestiones relacionadas con su retribución. El sistema de remuneración que se establezca tiene que conseguir el difícil equilibrio de mantener la motivación del consejero independiente y, al mismo tiempo, no poner en peligro su independencia. Por otra parte, sistemas retributivos perfectamente válidos y eficaces en las Empresas no Familiares,

como el de ofrecer al consejero no accionista la posibilidad de llegar a tener una cierta participación en el capital social, presentan más problemas en el ámbito de la Empresa Familiar, ya que la incorporación en la esfera de la propiedad de terceros ajenos a la familia puede aumentar la complejidad del sistema y hacerlo más vulnerable a las trampas y debilidades características de la Empresa Familiar.

## II. CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR

El objetivo de este trabajo es estudiar con cierta profundidad una medida que tradicionalmente se ha venido proponiendo como un mecanismo adecuado para afrontar la problemática específica de la Empresa Familiar, y que consiste en incorporar al Consejo de Administración de la entidad un consejero independiente. Así las cosas, parece claro que si queremos seguir un orden lógico en la exposición el primer paso que debemos dar es delimitar el concepto de Empresa Familiar.

Entendemos que hay dos elementos que permiten definir la Empresa Familiar. El primero es de carácter objetivo, y consiste en que la propiedad de la empresa (o una parte significativa de la misma), esté concentrada en una sola persona (empresa familiar en la etapa de propietario controlador), o en un número reducido de personas ligadas por vínculos de sangre, que intervienen de forma importante en la gestión de la sociedad. El segundo requisito es subjetivo, y consiste en la voluntad de que este estado de cosas perdure en el tiempo, y que tanto la propiedad como el control de la empresa se transmitan a los sucesores miembros de la familia.

Este criterio, que es el que sigue, en líneas generales, la mayoría de la doctrina <sup>3</sup>, tiene, en nuestra opinión, importantes ventajas.

En primer lugar, pone de manifiesto que el factor decisivo en la especial configuración de la Empresa Familiar es el humano. Buena parte de los conflictos habituales en la Empresa Familiar tienen su origen en que los propietarios, al menos, muchos de ellos, no contemplan sus acciones o participaciones sociales (nos centramos en el supuesto más habitual de que la Empresa Familiar revista la forma jurídica de Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada), como un activo del que pretenden obtener una determinada rentabilidad. La Empresa Familiar es el lugar en el que trabajan, y en el que esperan que el día de mañana trabajen sus descendientes, y constituye su principal o única fuente de ingresos. Si el ritmo de crecimiento de la empresa es inferior al de la familia propietaria, cosa por lo demás nada inhabitual, las expectativas de los familiares-accionistas que intervienen de forma activa en la gestión del negocio pueden entrar en conflicto con los intereses de los accionistas, familiares o no, que no trabajan en la Empresa Familiar, e incluso con los de la propia Empresa, incapaz de absorber las demandas de trabajo de las nuevas generaciones.

Una segunda ventaja del concepto que hemos aceptado para definir la Empresa Familiar es que nos permite comprender mejor algunas de las características que, según la mayoría de los autores, se dan en este tipo de organizaciones y que pueden constituir, en nuestra opinión, auténticas fortalezas, como son la coincidencia entre propiedad y gestión y la búsqueda de la rentabilidad a largo plazo.

La coincidencia entre propiedad y gestión parece una consecuencia lógica del elemento objetivo de la Empresa Familiar (concentración de la propiedad y de la capacidad de decisión en pocas personas unidas por vínculos de sangre). Esta característica de la Empresa Familiar acelera el proceso de toma de decisiones, y otorga una mayor flexibilidad y capacidad para adaptarse a circunstancias imprevistas. Por otra parte, entendemos que la coincidencia entre propiedad y gestión ofrece más garantías de que los directivos van a plantearse como objetivo principal la supervivencia y rentabilidad de la empresa a largo plazo, disminuyendo el riesgo de criterios desviados como podría ser la búsqueda de un resultado espectacular a corto plazo, aun a costa de poner en peligro la estabilidad futura de la empresa <sup>4</sup>. No obstante lo dicho, consideramos que la intervención activa de miembros de la familia propietaria en la dirección efectiva y cotidiana del negocio, aun siendo generalmente positiva por los motivos expuestos, debe estar subordinada a la existencia de familiares con las aptitudes y la preparación necesaria. A lo que no debe renunciar nunca la familia propietaria es a desempeñar funciones de CONTROL, y si lo hace, la Empresa de hecho perderá su carácter de familiar, por más que la propiedad siga concentrada en pocas personas unidas por vínculos de sangre <sup>5</sup>. En las sociedades el órgano más adecuado para el desempeño eficaz de las funciones de control es el Consejo de Administración.

La vocación de permanencia y la búsqueda de la rentabilidad a largo plazo es un factor estrechamente ligado a la voluntad de transmitir el negocio a las generaciones futuras <sup>6</sup>. Las Empresas Familiares, al menos muchas de ellas, se caracterizan por una clara tendencia a reinvertir los beneficios obtenidos. La herencia que se quiere dejar a los descendientes es la propia empresa, por lo tanto, la autofinanciación se concibe como algo positivo no sólo para el negocio, sino también para la misma familia.

Distinto a la definición de la Empresa Familiar es el estudio de los signos que permiten identificarla <sup>7</sup>.

Como primera aproximación podemos decir que un signo que normalmente se da en las Empresas Familiares es la coincidencia de valores importantes entre la empresa y la familia. En este sentido, GÉLINER ya apuntó que la Empresa Familiar no se caracteriza por un estatus jurídico particular, sino por la interacción entre la vida de la empresa y la vida de una familia (o de varias). La empresa depende de la/s familia/s y ellas a su vez dependen de la empresa. Existe una gran interconexión entre los acontecimientos familiares y los de la empresa.

Este rasgo distintivo, sin embargo, presenta la dificultad de su ambigüedad, y su aplicación práctica es ciertamente problemática, porque exige conocer algo tan difícil de identificar como es la cultura de la empresa y de la familia propietaria.

Esto hace que para poder identificar la Empresa Familiar debamos recurrir a elementos externos más concretos y evidentes, que han sido ya perfectamente descritos por Miguel Ángel GALLO <sup>8</sup>.

Según este autor, desde el punto de vista de la aplicación práctica, si en una empresa se dan las tres dimensiones que comentamos a continuación, es muy probable que también se dé el nexo causal comentado, y que pueda afirmarse de ella que es una Empresa Familiar:

En primer lugar, la dimensión de la propiedad, en el sentido de que una parte importante de la misma, con frecuencia la mayoría, esté poseída por una familia que puede así ejercer el control de la actividad empresarial.

En segundo lugar, la dimensión del poder, en el sentido de que alguno o varios de los propietarios dedican todo o parte importante de su tiempo a trabajar en la Empresa Familiar con habitualidad, como directivos o miembros del órgano de administración.

En tercer lugar, el hecho de que al menos esté incorporada la segunda generación, como manifestación práctica de la clara intencionalidad, por parte de la familia propietaria, de transmisión exitosa de la empresa hacia las generaciones venideras y de que se continúen viviendo en la empresa valores propios de la familia propietaria.

A partir del concepto de Empresa Familiar que hemos aceptado, y teniendo como punto permanente de referencia las repercusiones que puede tener en la Empresa Familiar la incorporación en el Consejo de Administración de Consejeros Externos podemos llegar a unas primeras conclusiones:

A) Un elemento clave en la definición de Empresa Familiar, y que influye de forma decisiva en su especial configuración y problemática, es de tipo subjetivo, y consiste en la voluntad de transmitir la propiedad y la gestión del negocio a las generaciones futuras.

A medida que la esfera de la propiedad de la Empresa Familiar aumente en complejidad, esta voluntad de transmisión del negocio puede llegar a generar conflictos entre las distintas ramas familiares propietarias de la empresa, y no es infrecuente que la Empresa Familiar termine absorbiendo más mano de obra de la que sería conveniente, o, incluso, razonable.

A la hora de afrontar este tipo de situaciones puede ser de gran utilidad solicitar la opinión de una persona con experiencia y solvencia en el ámbito empresarial cuya imparcialidad se presuma por no estar vinculada con ninguno de los tres círculos o subsistemas de la Empresa Familiar (la familia, la propiedad y el negocio). La incorporación al Consejo de Administración de un consejero independiente puede contribuir a que los conflictos de intereses que a menudo surgen en el ámbito de la Empresa Familiar se analicen y traten como tales, y no enmascarados en supuestos problemas de carácter personal o familiar que no hacen sino enturbiar la realidad de fondo y dificultar la búsqueda de soluciones.

B) Consideramos que, con carácter general, es positivo que haya miembros de la familia propietaria que se encarguen de la dirección y gestión efectiva y cotidiana del negocio, pero, en todo caso, esta posibilidad debe estar subordinada a la existencia de familiares con la formación y las aptitudes necesarias. A lo que no debe renunciar la familia propietaria es a desarrollar una función de control sobre la labor de los directivos y ello, entre otros motivos, para evitar que haya desviaciones de poder, de forma que las acciones empresariales vayan efectivamente encaminadas a los intereses prioritarios de la Empresa Familiar, como son la estabilidad, la vocación de permanencia y la rentabilidad a largo plazo.

En las sociedades, el órgano más adecuado para desempeñar las funciones de control es el Consejo de Administración, por lo tanto, si queremos que el control continúe estando en manos de la familia propietaria es necesario que el Consejo de Administración esté integrado, en su mayoría, por familiares con capacidad para desempeñar el cargo de forma responsable, sin perjuicio de que también pueda haber una minoría de consejeros independientes o externos <sup>9</sup>.

En las Empresas Familiares en las que las funciones de dirección y gestión hayan sido asumidas principal o exclusivamente por terceros ajenos a la familia, una de las principales funciones del consejero externo será la de primero enseñar y después orientar a los familiares miembros del Consejo de Administración a desempeñar eficazmente las funciones de supervisión, control y definición y seguimiento de la estrategia básica de la empresa.

C) Entendemos que la coincidencia entre propiedad y gestión, y la unión de una determinada familia en la búsqueda de un objetivo empresarial, son factores que pueden generar sinergias y ventajas competitivas. Defender la Empresa Familiar no es solamente adoptar medidas para procurar que no desaparezca la empresa como unidad productora de bienes y servicios, también es intentar que la empresa no pierda su carácter de familiar. Consideramos que, con carácter general, todas aquellas medidas legislativas, estatutarias o contractuales, que favorecen la concentración de la propiedad y que dificultan la transmisión de las acciones o participaciones sociales a terceros ajenos a la familia, de alguna forma están contribuyendo a fortalecer la Empresa Familiar <sup>10</sup>. Partiendo de estas premisas contemplamos con cierto recelo los sistemas de retribución de los consejeros externos consistentes en ofrecerles la posibilidad de que lleguen a tener una cierta participación en el capital social. Medidas de este tipo, no obstante su efecto motivador, pueden llegar a aumentar considerablemente la complejidad de la esfera de la propiedad de la Empresa Familiar y del sistema en su conjunto, y afectar a la independencia del consejero, que en buena medida depende de su desvinculación de los tres círculos de la Empresa Familiar (la propiedad, la familiar y el negocio).

### III. LA ESTRUCTURA DE LA EMPRESA FAMILIAR

El protagonista principal de este trabajo es el Consejero independiente de la sociedad de carácter familiar, entendiendo por tal aquel que antes de incorporarse al Consejo de Administración de la sociedad no tenía vinculaciones con ninguno de los tres círculos o subsistemas de la Empresa Familiar, que son la familia, la propiedad y el negocio. Después de haber delimitado el concepto de Empresa Familiar se hace necesario, en nuestra opinión, explicar de forma más o menos detallada en qué consisten los tres subsistemas que podemos identificar en este tipo de organizaciones, y cuáles son las relaciones que existen entre ellos, lo que equivale a identificar y definir la estructura de la Empresa Familiar.

En las Empresas Familiares los conflictos son casi siempre los mismos (discusiones sobre el reparto de dividendos, la incorporación a la empresa de los miembros de la familia, la transmisión de la propiedad...), y tampoco hay diferencias importantes en cuanto a los argumentos que esgrimen.

men cada una de las personas que están implicadas en el conflicto de que se trate, y esto es así porque los problemas específicos de las Empresas Familiares, al menos los esenciales, tienen su origen y explicación en una estructura concreta que puede definirse mediante un esfuerzo de abstracción y generalización realizado a partir de los casos particulares.

En la explicación de la estructura de la Empresa Familiar se han sucedido en el tiempo dos teorías, cada una de las cuales tuvo casi general aceptación en su momento.

La primera de las teorías seguía un modelo bidimensional, y distinguía en la Empresa Familiar dos esferas bien definidas: el negocio y la familia. Cada uno de estos dos «círculos» o subsistemas tenía sus propias normas, reglas de pertenencia, estructuras de valores organizacionales..., y los problemas surgen porque deben regirse en función de parámetros distintos, así, la familia, por los principios de la igualdad, el afecto, el perdón..., y la empresa o el negocio por criterios de competitividad, competencia y rentabilidad. Los mismos individuos han de cumplir obligaciones en los dos círculos (así, por ejemplo, como padre y como director gerente, o como hermanos y como jefe-subordinado), y esto es a menudo fuente de conflictos. Según este marco conceptual el principal reto es encontrar estrategias que satisfagan al mismo tiempo ambos subsistemas <sup>11</sup>.

La principal ventaja de este modelo es que contribuye a explicar y comprender de forma satisfactoria los problemas que a menudo surgen en la Empresa Familiar con motivo de la confusión de roles, y por la traslación al ámbito de la empresa de problemas de tipo familiar. El inconveniente del modelo es que parece tomar como parámetro de referencia una Empresa Familiar en primera o segunda generación en la que todos o la mayoría de los familiares trabajan en el negocio familiar, y deja al margen los conflictos, muy habituales por otra parte, entre los familiares propietarios que trabajan en el negocio familiar y los propietarios (familiares o no) que no están vinculados profesionalmente a la empresa.

Parece claro que los conflictos siempre van a surgir entre núcleos o centros de poder y decisión, y en la Empresa Familiar el negocio y la familia no son los únicos centros de poder que pueden llegar a tener intereses distintos, e incluso contrapuestos, sino que también hay que tener en cuenta la propiedad. Así, por ejemplo, a nadie se le escapa que el interés del negocio en que se reinviertan todos los beneficios obtenidos por la sociedad puede chocar con las legítimas expectativas de los propietarios (familiares o no) a que exista una cierta retribución del capital.

La propiedad no sólo es un centro de poder y decisión, sino que es probablemente el principal, hasta el punto que sólo podemos hablar de sociedad-empresa familiar cuando los miembros de una misma familia ostentan una mayoría suficiente en el capital social como para poder imponer su criterio en las Juntas Generales. El porcentaje mínimo necesario para llegar a esta situación depende de muchos factores, como la existencia o no de acciones o participaciones sociales sin derecho a voto, o el grado de dispersión del capital social, pero si no se cumple este requisito no estaremos realmente ante una sociedad familiar, ya que, aunque la mayoría de los miembros del equipo directivo pertenezcan a una determinada familia, esta situación sólo se mantendrá mientras sea consentida por la propiedad.



La propiedad como centro de poder también existe en las sociedades no familiares, pero en éstas, al estar el capital social normalmente más disperso, la capacidad real de decisión de la Junta General es bastante menor, y es el órgano de administración de la sociedad (generalmente el Consejo de Administración) quien asume *de facto* buena parte de sus funciones <sup>12</sup>. Por otra parte, en la mayoría de las sociedades no familiares predomina claramente el elemento capitalista sobre el personalista, y no existe un especial interés en que se mantenga la configuración personal de la Junta General, sino, todo lo más, la estructura básica de poder de la sociedad. En las sociedades no familiares de base capitalista la decisión de un socio de enajenar sus acciones a un tercero ajeno a la sociedad, a menos que pueda llegar a suponer una alteración importante de la estructura de poder a que antes nos hemos referido, no planteará excesivos problemas; sin embargo, en las sociedades familiares el elemento personalista siempre está presente, y la injerencia en el círculo de la propiedad de terceros ajenos a la familia puede implicar que la empresa pierda su carácter de familiar y la desmotivación de aquellos familiares que sentían la empresa como algo propio <sup>13</sup>.

La estructura bidimensional explicada ha quedado desfasada desde que Iván LANSBERG elaboró el modelo de los tres círculos o subsistemas, que parte de subdividir el círculo del negocio en otros dos, el de la propiedad y el de la empresa <sup>14</sup>. En definitiva se describe el sistema de la Empresa Familiar como subsistemas independientes pero sobrepuestos: empresa, propiedad y familia. Estos tres círculos, al cruzarse, dan lugar a siete sectores, y cualquier individuo de la Empresa Familiar puede situarse en alguno de ellos. En función del sector en el que se encuentre serán distintas sus prioridades e inquietudes.

De forma esquemática, las siete situaciones diferentes que pueden plantearse son las siguientes:

- Primera.* Miembros de la familia que no son propietarios y que no trabajan en la empresa.
- Segunda.* Propietarios que no son miembros de la familia y que no trabajan en la empresa.
- Tercera.* Trabajadores de la empresa que no son ni propietarios ni miembros de la familia.
- Cuarta.* Miembros de la familia, propietarios, que no trabajan en la empresa.
- Quinta.* Propietarios, que trabajan en la empresa, y que no son miembros de la familia.
- Sexta.* Miembros de la familia que trabajan en la empresa y que no son propietarios.
- Séptima.* Miembros de la familia que son propietarios y que trabajan en la empresa.

Una de las ventajas de este sistema es que permite prever cuál va a ser el comportamiento de una determinada persona, ante un conflicto que se produzca en la Empresa Familiar, en función de cuál sea el sector en el que esté situada. Los supuestos conflictos interpersonales, tan frecuentes en este tipo de empresas, son en realidad conflictos de intereses que se derivan de que cada individuo va a tener distintos papeles y prioridades según el lugar que ocupe en el sistema de los tres círculos. Propuestas como restringir la libre transmisibilidad de las acciones, establecer criterios objetivos para que los miembros de la familia puedan trabajar en la empresa, o incorporar en el Consejo de

Administración a un consejero independiente, no van a ser acogidas de igual forma por los distintos implicados en la Empresa Familiar, y conocer la estructura de los tres círculos puede ser de gran utilidad para predecir y comprender los posicionamientos de cada uno, que, por lo demás, a menudo se enmascararán, de forma consciente o no, en supuestos problemas y agravios de tipo personal.

Otra de las ventajas del modelo de los tres círculos es que facilita que lleguemos a conclusiones de carácter general sobre cuáles son las medidas que permiten disminuir la conflictividad en la Empresa Familiar. Es previsible que un individuo, situado en uno de los siete sectores del sistema, tenga prioridades afines a los que se encuentran en su mismo sector y distintas a los que se encuentran en sectores diferentes, por lo tanto, las probabilidades de conflicto serán tanto menores cuanto mayor sea la concentración de individuos en un mismo sector.

Esta teoría es la que subyace en las propuestas de autores como John WARD, que aboga por que únicamente se transmita la propiedad de la empresa a aquellos sucesores que van a participar de forma efectiva en su gestión, sin perjuicio de las compensaciones económicas que puedan ofrecerse al resto de los descendientes <sup>15</sup>. En definitiva, de lo que se trata es de equiparar los intereses de la propiedad y los de la empresa, de forma que en lugar de haber tres posibles focos de conflicto (empresa, propiedad y familia), haya solamente dos (el negocio y la familia). El principal problema de esta propuesta radica en que parte del presupuesto, no excesivamente habitual, de que, al margen de la empresa, exista un patrimonio de cierta entidad que pueda transmitirse a los descendientes que no vayan a participar activamente en la gestión del negocio. En el ámbito de las Empresas Familiares la propuesta de crear una sociedad patrimonial a la que se van incorporando determinados bienes que quieren dejarse a salvo del riesgo empresarial tiene la ventaja añadida de que puede facilitar en su momento la sucesión, transmitiéndose las acciones o participaciones de la sociedad operativa a los descendientes que van a dirigir y gestionar el negocio, y las acciones de la sociedad patrimonial al resto de los descendientes.

En el caso de que no sea posible concentrar en un número reducido de sectores del sistema a todos aquellos que están relacionados con la Empresa Familiar, al menos debería procurarse que los intereses y prioridades de quienes están en posiciones diferentes dentro del esquema sean lo más próximo posible. En este orden de cosas Iván LANSBERG afirma que para conseguir una involucración de los accionistas que no trabajan en la empresa se debe adoptar una política de dividendos sana, en el sentido de progresiva, creciente y congruente con las necesidades financieras del negocio. Los familiares involucrados en la gestión del negocio han de entender y afrontar su responsabilidad para con todos los accionistas, y concebir los dividendos como una de sus responsabilidades básicas como ejecutivos <sup>16</sup>. Por otra parte, es de vital importancia para disminuir las posibilidades de conflicto en el sistema evitar que las retribuciones de los miembros de la familia que trabajan en la empresa estén por encima de las de mercado, y encubran así una retribución indirecta e irregular del capital. En una situación de este tipo los accionistas familiares que no estén vinculados profesionalmente a la empresa buscarán a toda costa llegar a estarlo o vender sus acciones.

Otra de las virtudes del modelo de los tres círculos es que nos permite agrupar y definir las Empresas Familiares en función de cuál sea el subsistema que tenga más importancia en el esquema global.

En base a este criterio podemos clasificar las Empresas Familiares en dos grupos bien definidos, aquellas en las que el subsector decisivo es la familia, y aquellas en las que tiene más preponderancia la empresa. Los conflictos que van a surgir, así como la forma adecuada para resolverlos, serán diferentes dependiendo del tipo de Empresa Familiar a que nos enfrentemos.

Siguiendo a Ernesto POZA VALLE <sup>17</sup> podemos enumerar como características clave de las Empresas Familiares que dan más importancia a la dimensión de la familia las siguientes:

- Trabajar en la Empresa Familiar se concibe como un derecho. Prácticamente todos los miembros de la familia que lo deseen, con independencia de sus aptitudes y su preparación, y de las necesidades de la empresa, pueden optar a un puesto de trabajo.
- Las retribuciones de los miembros de la familia que trabajan en la empresa no se establecen en base a criterios de mercado. Con independencia de su productividad y responsabilidades, todos los miembros de la familia de una misma generación ganan, aproximadamente, el mismo salario.
- La empresa existe únicamente para beneficio de la familia. La satisfacción del resto de grupos interesados (proveedores, trabajadores no familiares, clientes y propietarios no familiares) no se considera un factor prioritario.
- Los sistemas contables no son transparentes. Lo prioritario es satisfacer las necesidades urgentes de la familia, y los controles rígidos no favorecen este objetivo.
- No hay un compromiso firme con la continuidad de la empresa, que únicamente se concibe como un instrumento adecuado para dar respuesta a las necesidades presentes de la familia en su configuración actual. El traspaso de la propiedad y el poder de la empresa a las generaciones venideras no es en realidad un objetivo que se pretenda alcanzar sino, todo lo más, un deseo subordinado a la plena satisfacción de los intereses actuales de los familiares.

En cuanto a la Empresa Familiar que opta por dar prioridad a la dimensión de la empresa, sus características básicas son las siguientes:

- La contratación de los familiares se basa en criterios empresariales. Se tienen en consideración las necesidades de la empresa y las habilidades y conocimientos de los familiares que desean trabajar en ella.
- El rendimiento y productividad de los empleados familiares se valora en base a criterios profesionales, y si es necesario se exigen responsabilidades.
- Las retribuciones de los empleados familiares están en función de la dificultad y exigencias del puesto de trabajo, y de los resultados obtenidos.
- Las generaciones futuras se contemplan como un activo humano que tiene la posibilidad y hasta cierto punto la responsabilidad de hacer crecer la empresa.

- No existe un compromiso automático con la continuidad de la Empresa Familiar, que sólo se producirá si las nuevas generaciones tienen la preparación necesaria para asumir esta responsabilidad con las suficientes garantías.

En este mismo orden de cosas, John L. WARD afirma que existen tres posibilidades básicas a la hora de orientar la filosofía familiar <sup>18</sup>.

Una «elige primero la empresa». Los miembros de la familia propietaria deciden apoyar lo que será mejor para la compañía y eligen principios empresariales sensatos para gobernar temas claves como remuneraciones, contratación, salida de la empresa... Apoyan su decisión en que tales principios son justos y en base a ellos construyen sus criterios para guiarse en las decisiones más comprometidas que pueden afectar a la familia.

Otra considera que la felicidad de la familia y el sentimiento de unidad es lo que debe priorizarse. Las decisiones favorecerán la igualdad de los miembros de la familia, y su unidad, aun cuando esto ocasione una cierta carga para el futuro de la compañía. El resultado práctico de esta filosofía es que las diferencias en calidad y grado de contribución de los miembros de la familia a la empresa no será reconocida. Estas familias permitirán que todos sus miembros entren a formar parte del negocio, y pagarán a todos retribuciones muy similares. Es muy poco probable que un miembro de la familia sea despedido.

Existe una tercera filosofía que busca un equilibrio entre ambas actitudes y que sostiene que cualquier decisión que se tome debe satisfacer tanto a la familia como a la salud económica del negocio. Según John L. WARD sólo en estas condiciones puede una compañía permanecer dentro de la familia por un largo período de tiempo. Los miembros de las familias que sostienen este punto de vista creen que abusar en favor de las necesidades de uno de los dos subsistemas, sea la familia o la empresa, causará graves daños en el futuro.

Poniendo en relación lo tratado en este capítulo con la figura del consejero independiente en la Empresa Familiar llegamos a las siguientes conclusiones:

A) El Consejero independiente de la Empresa Familiar lo definimos, tomando como referencia la estructura de este tipo de organizaciones, como aquel que en el momento de incorporarse al Consejo de Administración de la sociedad no pertenece a ninguno de los tres círculos del sistema (la familia, la propiedad y la empresa). La aportación positiva del consejero externo depende, en buena medida, de su independencia, esto es, de su capacidad para no involucrarse excesivamente con ninguno de los centros de poder existentes en la Empresa Familiar. A la hora de articular la vinculación jurídica del consejero externo con la sociedad, y de definir su sistema de retribución, así como su importe, deberemos desechar aquellos modelos que pongan en grave peligro la independencia del consejero externo.

B) El sistema de la Empresa Familiar está conformado por tres subsistemas independientes pero sobrepuestos: empresa, propiedad y familia. Estos tres círculos, al cruzarse, dan lugar a siete

sectores, y cualquier individuo de la Empresa Familiar puede situarse en alguno de ellos. En función del sector en el que se encuentre serán distintas sus prioridades e inquietudes.

El consejero debe conocer y manejar el modelo de los tres círculos para detectar cuáles son los conflictos de intereses que subyacen detrás de discusiones que a menudo se plantean en términos personales o familiares. Los conflictos de intereses, si no se mezclan y enturbian con argumentos de tipo personal, casi siempre pueden resolverse mediante la negociación.

C) No todas las Empresas Familiares tienen una misma filosofía. Algunas priorizan los intereses de la familia, y otras los de la empresa.

El consejero independiente debe amoldarse, en alguna medida, a la filosofía de la Empresa Familiar en la que preste sus servicios, pero no debe dejar de denunciar aquellos comportamientos que ponen en peligro la estabilidad y prosperidad del negocio.

En todo caso, la Empresa Familiar es un sistema complejo integrado por tres subsistemas que se interrelacionan, y decisiones acertadas desde un punto de vista estrictamente empresarial (como el despido de un familiar cuyo rendimiento es muy inferior al que cabría esperar) pueden generar un grave conflicto en la esfera de la familia y en el de la propiedad que termine repercutiendo negativamente en el negocio.

D) El consejero independiente debe procurar evitar que el Consejo de Administración, órgano en el que está integrado, se convierta en un foro de discusiones de carácter familiar.

La solución óptima es que cada uno de los tres círculos o subsistemas de la Empresa Familiar tenga un ámbito en el que poder expresarse. El ámbito natural de la propiedad es la Junta General; el de la empresa, el Consejo de Administración y el de la familia, el Consejo de Familia<sup>19</sup>. No obstante lo dicho, a la hora de actuar, cada uno de estos tres órganos debe tener en consideración cómo va a afectar la decisión de que se trate a la totalidad del sistema.

#### **IV. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD DE CARÁCTER «FAMILIAR»**

Las Empresas Familiares se caracterizan por las notas a que nos referíamos al delimitar su concepto, pero no existe una forma jurídica específica que las individualice y distinga<sup>20</sup>. Estadísticamente, en España, la mayoría de las Empresas Familiares adoptan la forma jurídica de Sociedad Anónima o de Sociedad de Responsabilidad Limitada (en adelante SA y SRL).

Las SA y las SRL, para su vida de relación interna y externa, necesitan valerse de un órgano que asuma la gestión y representación de la sociedad. Este órgano es el órgano de administración, que es necesario y permanente. Necesario, tanto para constituir la sociedad como para su ulterior

funcionamiento, y permanente porque despliega una actividad gestora dirigida a la consecución de los fines sociales.

Una de las posibles formas que puede adoptar el órgano de administración de una sociedad capitalista (SA o SRL) es el Consejo de Administración, órgano colegiado de administración y representación de la sociedad.

El Consejo, por su carácter colegiado y corporativo, no puede atender continua y directamente a las múltiples cuestiones de la gestión social. Por este motivo es frecuente que el Consejo descargue la función administrativa cotidiana en un solo consejero (consejero-delegado) o en un grupo reducido de ellos (comité o comisión permanente). Frente a la sociedad, el consejero-delegado deberá moverse en la órbita de los poderes recibidos, sin rebasar los límites establecidos en el acuerdo de delegación; en otro caso responderá de las consecuencias de la extralimitación. Pero, frente al tercero, sus poderes deben reputarse ilimitados en virtud del mandato legal que extiende la representación de la sociedad a todos los asuntos comprendidos en el ámbito del objeto social. Existen, sin embargo, facultades del Consejo que son indelegables, como la rendición de cuentas, la presentación de balances a la Junta General, y las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella para delegarlas. Además de las delegaciones en miembros del propio Consejo, este órgano, que tiene la representación *ex lege* de la sociedad, puede conferir, en nombre de ésta, apoderamientos generales o singulares a personas extrañas al mismo, que representarán a la sociedad con más o menos facultades.

En la práctica empresarial, las labores de gestión diaria son normalmente realizadas por los directivos de la sociedad, sean o no consejeros, en cuyo favor se otorgan, de ser preciso, apoderamientos con la amplitud necesaria. Habiendo asumido las funciones de gestión cotidiana el personal directivo y el comité de dirección, las labores básicas que corresponden al Consejo de Administración, son la redefinición permanente de la estrategia empresarial, distanciándose de los problemas cotidianos y analizando las fortalezas y debilidades, amenazas y oportunidades a largo y medio plazo, y la supervisión y control de la actuación del equipo directivo.

En la Empresa Familiar el Consejo de Administración a menudo no desempeña las funciones antes descritas de forma satisfactoria debido, fundamentalmente, a su deficiente composición. En las Empresas Familiares es muy frecuente que el Consejo de Administración esté integrado por el líder de la empresa y los ejecutivos que le son más fieles, circunstancia que provoca una coincidencia entre supervisores y supervisados que complica notablemente las funciones de control. Por lo demás, tampoco es inhabitual que se opte por incorporar al Consejo de Administración a miembros de la nueva generación con poca experiencia para que comiencen a «conocer por dentro la empresa», lo que dificulta la labor de redefinición de la estrategia.

Entendemos que el factor decisivo para garantizar el buen funcionamiento del Consejo de Administración es el de su composición, y en este sentido debemos hacer las siguientes observaciones:

A) Tal y como apuntamos anteriormente, en la Empresa Familiar la familia puede llegar a delegar las funciones de gestión en terceros ajenos a la familia, pero, si no quiere que la organiza-

ción pierda el carácter de familiar, debe reservarse, en todo caso, las funciones de control. En las sociedades, el órgano idóneo para ejercer el control es el Consejo de Administración, que, de forma coherente con lo anteriormente expuesto, propugnamos que esté integrado en su mayoría <sup>21</sup> (aunque no en su totalidad), por miembros de la familia.

B) El Consejo de Administración no tiene por qué reproducir con toda exactitud el equilibrio que exista en la Junta General entre las diferentes ramas familiares, ya que lo decisivo es que sus componentes tengan las aptitudes y la preparación necesarias para el correcto desempeño del cargo, objetivo que, según los casos, puede verse dificultado por el derecho de agrupación de acciones para nombramiento de consejeros existente en el ámbito de las Sociedades Anónimas <sup>22</sup>.

C) Como ya hemos manifestado, puede ser conveniente la incorporación al consejo de administración de las empresas familiares de consejeros externos –a la propiedad, familia y gestión–, esto es, consejeros independientes con experiencia en labores directivas y conocimiento de la problemática específica del sector en el que opere la Empresa Familiar de que se trate.

Isabel RODRÍGUEZ DÍAZ <sup>23</sup> destaca que la presencia de consejeros externos en el consejo de administración es un elemento positivo por las siguientes razones:

- 1.<sup>a</sup> Con su integración, los debates del consejo se basarán fundamentalmente en temas empresariales configurados, legal y doctrinalmente, como competencias propias del órgano de administración, consiguiendo que los objetivos de la familia en relación con la empresa queden en un segundo plano.
- 2.<sup>a</sup> Su existencia templará las relaciones entre los miembros de la familia dentro de la empresa, evitando su mala influencia en la marcha del negocio y haciendo que todos actúen y trabajen de manera más profesionalizada.
- 3.<sup>a</sup> Su intervención implica que, tanto la selección como la evaluación del personal, se base en criterios más empresariales que familiares, coadyuvando paralelamente a que las retribuciones se realicen conforme a las reglas de mercado.
- 4.<sup>a</sup> Conlleva también la mayor profesionalización de la estructura de la empresa, motivando al personal no familiar en orden a su progreso dentro del organigrama.
- 5.<sup>a</sup> La visión empresarial que debe presidir su actuación en el marco de la empresa les obligará a plantear la estrategia en cuanto a la ejecución de los diversos planes trazados, debiendo establecer las personas apropiadas para llevarlos a cabo, lo cual desembocará, tarde o temprano, en la necesidad de plantear la sucesión en el mando.
- 6.<sup>a</sup> Por último, los consejeros externos contribuyen a incrementar la confianza de los socios en el funcionamiento del órgano, y por ende, en el desarrollo de la empresa.

En cuanto a su extracción, siguiendo el criterio de John WARD, entendemos que los consejeros independientes no deben ser ni profesionales-consultores, cuyo asesoramiento puede conseguirse con el pago de sus honorarios, ni personas que estén relacionadas con empresas del sector que

puedan ser competidoras. Deben ser personas independientes, económica y moralmente, a ser posible empresarios en otros sectores de actividad o directivos de otras empresas, que tengan una experiencia valiosa para los retos que la empresa quiere acometer en los próximos años.

Adelantando cuestiones que examinaremos con mayor profundidad en posteriores capítulos, podemos apuntar que el consejero externo tiene las siguientes funciones esenciales:

- Aportar puntos de vista diferentes y novedosos, derivados de experiencias de otros sectores de la producción.
- Revisar, animar y enjuiciar la actuación de los demás consejeros.
- Detectar y tratar de solucionar los conflictos de intereses en los que pueden caer los «consejeros internos» como consecuencia de confundir los intereses del negocio con los de la rama de la familia a la que representan o, en general, de conceder primacía a las consideraciones puramente personales o familiares sobre las propias del negocio.

La nota fundamental del consejero independiente es, obviamente, la independencia, y debe procurarse que ésta se mantenga durante todo el tiempo de duración del cargo. Para preservarla, tanto en el momento inicial como posteriormente, conviene adoptar una serie de cautelas:

- El consejero independiente no debe estar vinculado con empresas que sean o puedan llegar a ser competidoras. Conviene que el cargo recaiga en personas con experiencia en sociedades con problemas similares.
- El consejero independiente debe ocupar puestos destacados en su propia empresa.
- La duración de su mandato debe ser breve con carácter general, y su reelección no tiene que ser automática. Únicamente debe proponerse para su reelección a aquel consejero externo que añada un valor añadido a la empresa <sup>24</sup>.
- La remuneración adecuada del consejero independiente depende de dos factores. Debe ser suficiente para reconocer su valía y aportación y, al tiempo, no debe perjudicar su independencia. Una cantidad excesivamente elevada puede hacer que el consejero externo termine «aliándose» con el núcleo de poder que él considere que tiene más influencia en la Empresa Familiar en la que presta sus servicios.

En este sentido, el «Informe Olivencia», elaborado por la Comisión especial para el Estudio de un Código Ético para los Consejos de Administración de las Sociedades, aconseja que la remuneración del consejo no exceda de lo que sea necesario para atraer a personas competentes; que esté de alguna manera asociada a los rendimientos individuales y de la compañía; y que sea conocida para facilitar su escrutinio público.

Realizando una síntesis de lo visto en este capítulo podemos llegar a las siguientes conclusiones:



PRIMERA. La forma más adecuada para el órgano de administración de las Empresas Familiares que han alcanzado ya un cierto volumen y complejidad es el Consejo de Administración.

Las funciones principales del Consejo de Administración consisten en la redefinición permanente de la estrategia empresarial, distanciándose de los problemas cotidianos y analizando las fortalezas y debilidades, amenazas y oportunidades a largo y medio plazo, y en el control y supervisión de la actuación del equipo directivo.

SEGUNDA. El Consejo de Administración de las Empresas Familiares a menudo no realiza de forma satisfactoria las funciones a que antes nos referíamos debido a su deficiente composición.

El Consejo de Administración de las Empresas Familiares debe estar integrado, en su mayoría, por miembros de la familia que tengan la preparación y las aptitudes necesarias para el correcto desempeño del cargo, pero es muy conveniente la presencia de uno o varios consejeros externos, factor este que normalmente contribuirá a profesionalizar la estructura no sólo del órgano, sino también de la empresa en su conjunto.

TERCERA. La función del consejero independiente no consiste en prestar un servicio de asesoramiento técnico (jurídico, económico, o de cualquier otro tipo), sino en colaborar activamente con el resto de consejeros en la definición de la estrategia empresarial y en las labores de control y supervisión del equipo directivo.

CUARTA. En el ámbito de la Empresa Familiar se entiende por consejero externo aquel que antes de incorporarse al Consejo de Administración de la sociedad no tenía vinculación directa con ninguno de los tres círculos del sistema (la familia, la propiedad y la empresa).

La principal virtud del consejero externo *–rectius: independiente–* es su independencia, cuestión esta que deberemos tener en consideración a la hora de perfilar el tipo de vinculación jurídica que debe tener con la sociedad, así como el sistema a seguir para remunerar sus servicios.

## **V. LA INTRODUCCIÓN DE ADMINISTRADORES «INDEPENDIENTES» EN EL GOBIERNO DE LA SOCIEDAD FAMILIAR**

### **1. La previsión estatutaria de administradores independientes.**

Tras exponer cuáles son las notas caracterizadoras del consejero independiente, y su misión, dentro de la Empresa Familiar, procede que dediquemos algunas consideraciones a la forma de articular la introducción de la figura en el seno del Consejo de Administración.

Partiendo de la hipótesis más frecuente en la práctica, esto es, que la Empresa Familiar haya adoptado la forma jurídica de SA o SL, cabrían, en teoría, dos alternativas. La primera de ellas pasaría por el establecimiento de una previsión específica en los ESTATUTOS de la sociedad <sup>25</sup>, cuya modificación, como es sabido, está sometida a algunas previsiones específicas, siendo necesario el acuerdo de la Junta General con mayoría reforzada –arts. 103 y 144 LSA y 53 y 71 LSRL– y la inscripción en el Registro Mercantil <sup>26</sup>. La segunda de ellas, más flexible y de más fácil ejecución, consistiría en introducir previsiones específicas en el reglamento interno de funcionamiento del Consejo de Administración <sup>27</sup>.

Para dar una respuesta a esta cuestión, ha de observarse que, en ambos tipos sociales –SA y SRL–, la determinación de la estructura y funcionamiento del órgano de administración de la sociedad es materia estatutaria <sup>28</sup> –*vid.* al respecto, arts. 9 h) LSA, 57.2 LSRL, 124 y 185 RRM 1996–.

Por ello, y en la medida en que se trata de una materia que afecta a la composición del órgano de administración, entendemos oportuno que sean los estatutos de cada sociedad los que prevean la existencia de administradores independientes, determinado, en su caso, su número <sup>29</sup>. Además, habida cuenta de las peculiaridades de la figura, parece conveniente el establecimiento de una reglamentación específica y, diversa, en algunos aspectos, de la aplicable al resto de miembros del órgano de administración. Debe advertirse, al respecto, que la mayoría de las cuestiones que han de ser reglamentadas precisarán de cláusulas estatutarias específicas –así sucederá, entre otras, con la retribución y la duración del cargo– <sup>30</sup>.

En ausencia de su constancia en los estatutos, la voluntad de introducir administradores independientes en el gobierno de la sociedad no pasará de ser una mera declaración de intenciones, no vinculante para la misma.

En resumen, la limitación de la discrecionalidad de la Junta General –en realidad, y desde una perspectiva material, de los miembros de la familia que asumen el liderazgo de la empresa familiar– precisará, de forma ineludible, de la existencia de una previsión estatutaria específica <sup>31</sup>.

La constancia estatutaria exterioriza un compromiso y una apuesta decidida por profesionalizar la gestión y, en definitiva, por mejorar la calidad del gobierno de la sociedad. Además de los saludables efectos que puede tener, en lo que se refiere a la mejora de la gestión, la inclusión estatutaria puede coadyuvar a mejorar la imagen de la sociedad frente a sus propios trabajadores, clientes y proveedores, alejando la idea de que la empresa social será gestionada en el sentido que mejor responda a los intereses particulares y contingentes de la familia, por encima de consideraciones de tipo empresarial. Ello no obsta para que tal planteamiento tenga acogida en otros instrumentos de carácter extrasocietario –así, el Protocolo Familiar, las decisiones del Consejo de Familia– pero que, precisamente por ello, no vincularán a la sociedad, salvo, insistimos, que tenga su reflejo en los estatutos <sup>32</sup>.

Una posible fórmula de inclusión en los estatutos podría consistir en la exigencia de que algunos puestos de vocal del Consejo de Administración, perfectamente determinados, fueran cubiertos por consejeros independientes. Tal cláusula facilitaría la aplicación de las reglas a que nos referiremos, relativas a las específicas condiciones que deben reunir los administradores, y a las diversas

condiciones que, en cuanto a dedicación, retribución y duración del cargo, pudieran preverse. No obstante, bastaría con que los estatutos se limitasen a exigir que el Consejo tuviera un número determinado de consejeros independientes, sin mayores especificaciones. Cabría, igualmente, que los estatutos establecieran un número mínimo y máximo de consejeros independientes, requerimiento que otorgaría un cierto margen de maniobra a los órganos de la sociedad para que, en atención a las circunstancias concurrentes en cada momento, pudieran adoptar la solución más adecuada.

## 2. Las condiciones que han de concurrir en el administrador externo.

En orden a garantizar la idoneidad del candidato que va a ser designado administrador, al servicio de la misión que le se encomienda, parece oportuno que los estatutos señalen, aun de forma genérica, las condiciones personales que debe reunir.

Se trata de una posibilidad que ha sido admitida, de forma expresa, por nuestra doctrina mercantil, y que cuenta con el respaldo, igualmente, de alguna resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>33</sup>. Ahora bien, la exigencia de que los administradores reúnan determinadas condiciones no puede llevar a delimitar tanto el círculo de posibles candidatos que, prácticamente, la decisión esté predeterminada, restringiendo injustificadamente el poder de la mayoría de designar administradores u obstaculizando el mecanismo de la representación proporcional en el Consejo<sup>34</sup>. La limitación a que hemos hecho referencia debe ser interpretada de una forma más matizada en la SRL, dada la mayor flexibilidad de su régimen jurídico, y las mayores posibilidades de personalización, frente al régimen aplicable a la SA<sup>35</sup>.

Por la propia naturaleza de la figura del consejero independiente, y por la misión que está llamado a cumplir, parece oportuno, en primer lugar, que los estatutos exijan que sea una persona física, teniendo en cuenta que en nuestro Ordenamiento es perfectamente admisible que el cargo de administrador sea desempeñado por una persona jurídica<sup>36</sup>.

En segundo lugar, es lógico que se requiera la concurrencia de ciertos requisitos relacionados con su competencia y prestigio profesional, y con su independencia. En esta línea, son razonables aquellas cláusulas que exijan determinada titulación y/o experiencia profesional en puestos directivos y/o profesionales de alto nivel, especificando, en su caso, los sectores empresariales, el tipo de cargos y de empresas, el número de años de ejercicio, etc.

Igualmente, es oportuna la exigencia de que el administrador no tenga relaciones de parentesco con otros administradores o socios mayoritarios, especificando, en su caso, el grado y tipo de parentesco, ni vinculaciones económicas (*v.gr.* contratos de servicios o de otra naturaleza), ya sean directas o indirectas, con la sociedad, con otras sociedades pertenecientes al mismo grupo o, incluso, con socios mayoritarios.

En la misma línea, parece razonable la exigencia de que el administrador no sea socio o, al menos, que se limite el porcentaje máximo de capital que pueda tener, y ello tanto en la propia socie-

dad administrada, como en otras sociedades vinculadas a esta última. No obstante, en nuestra opinión, la titularidad de un porcentaje exiguo de capital, siempre y cuando no constituya una parte significativa del patrimonio del administrador, no sea fuente relevante de ganancias ni, tampoco, le otorgue un poder real en la toma de decisiones de la Junta General, no merma necesariamente su independencia.

Con la misma finalidad de garantizar la eficacia de la figura, pueden preverse límites de edad para ocupar el cargo, y límites a la posibilidad de ocupar cargos en más de una sociedad, en la medida en que, la titularidad de un número excesivo reducirá, de forma sensible, el tiempo y atención que el administrador puede dedicar a la sociedad. Con independencia de lo dicho, parece obvio, incluso sin necesidad de previsión estatutaria, que el administrador no puede simultanear este cargo en sociedades competidoras, y ello no tanto por razones relativas a la falta de independencia, como por la existencia de conflicto de intereses. La prohibición de competencia –ya sea por cuenta propia o ajena– constituye una regla general, aplicable a todos los administradores de sociedades de capital (arts. 132.2 LSA y 65 LSRL).

Como mecanismos adicionales, tendentes a preservar la independencia, los estatutos podrían establecer prohibiciones relativas a la celebración de contratos de servicios o de otra índole con los consejeros externos o con personas –físicas o jurídicas– vinculadas a los mismos. De esta forma, se evitaría la posibilidad de ofrecimiento, por parte de los ejecutivos –habitualmente, los miembros más destacados de la familia, con responsabilidades de gestión–, de ciertos contratos que, en última instancia, podrían minar la lealtad y la independencia de los consejeros independientes.

Igualmente, los estatutos podrían establecer prohibiciones o limitaciones a la adquisición de acciones o participaciones de la sociedad o, al menos, la exigencia de comunicación de tales operaciones al Consejo de Administración, a través de su Presidente <sup>37</sup>.

Finalmente, cabría prever un deber de comunicación al Consejo de Administración de cualquier situación en la que el administrador se encontrara en conflicto de intereses <sup>38</sup>. Con frecuencia, tal deber se establece, con carácter general y vinculante para todos los administradores –no sólo los consejeros independientes– en el Reglamento de organización del Consejo de Administración.

Incluso, respecto a aquellas situaciones de carácter estable que pudieran plantear la existencia de un conflicto permanente de intereses, sería posible el establecimiento de un deber de dimitir del cargo o de cesar en la situación que lo ocasiona –p.ej. nombramiento como alto directivo de una sociedad competidora– <sup>39</sup>.

### 3. La selección y designación de los consejeros independientes.

El nombramiento de los administradores corresponde a la Junta General (arts. 53 LSRL y 123 LSA) <sup>40</sup>. Es oportuno tener en cuenta que, en la práctica, la propuesta de nombramiento es realizada por el órgano de administración, que no hace más que expresar la voluntad de los grupos accio-

nales de control y, en nuestro caso, de los miembros de la familia que asumen el liderazgo. Sin desconocer tal circunstancia, no es menos cierto que el designado deberá cumplir las condiciones requeridas por los estatutos, puesto que, en otro caso, será impugnabile el acuerdo de designación. Por ello, como ya hemos puesto de manifiesto, la existencia de previsiones en los estatutos constituirá una limitación a la discrecionalidad de las instancias que detentan, desde una perspectiva material, el poder de decisión.

No puede negarse, sin embargo, que la virtualidad práctica de la figura dependerá, en gran medida, del grado de compromiso con su implantación que tengan aquellas instancias, y de su voluntad real de que sea eficaz. En caso contrario, se convertirá en un elemento decorativo, con una mera finalidad «publicitaria».

Además del sistema de nombramiento por la Junta General, en la SA cabe el nombramiento por cooptación, o a través del mecanismo de la representación proporcional <sup>41</sup>.

En sus líneas maestras, la cooptación consiste en la cobertura provisional de las vacantes a través de acuerdo del Consejo de Administración. La designación debe ser posteriormente ratificada por la Junta General, en la primera reunión que celebre tras dicho evento, caducando en otro caso <sup>42</sup>. Debe tenerse en cuenta que sólo pueden ser nombrados por cooptación sujetos que, en ese momento, reúnan la condición de accionista. Por ello, no podrá utilizarse este mecanismo en caso de que los estatutos exijan que el administrador no sea accionista. Además, no parece el sistema más adecuado de nombramiento de consejeros independientes de sociedades familiares, dado que la elección queda en manos del órgano de administración, limitándose la Junta General a ratificar lo ya hecho, sin que, en la práctica, el asunto sea objeto de una auténtica deliberación. Ciertamente, este mismo problema se plantea también en casos en los que la designación es realizada por la Junta. No obstante, parece que este último sistema armoniza mejor con la necesidad de transparencia y discusión abierta que ha de presidir el nombramiento de los consejeros independientes, por razones que tienen que ver con la propia naturaleza y misión de la figura. Por ello, estimamos oportuno la exclusión de esta posibilidad, a través de una específica previsión estatutaria <sup>43</sup>.

Con mayor motivo, puede afirmarse la falta de idoneidad del mecanismo de la representación proporcional como sistema de nombramiento de consejeros independientes. Nótese que, a través de la representación proporcional, cada grupo accionarial que represente un determinado porcentaje de capital, puede designar a un administrador que, por razones obvias, tendrá cierta propensión a defender los intereses del grupo que lo ha nombrado, sin que ello suponga una posposición absoluta de los de la sociedad. No obstante, a diferencia de lo que sucede en el caso de la cooptación, no cabe que los estatutos excluyan la posibilidad de elección de administradores a través del sistema proporcional <sup>44</sup>. Nótese que en aquellas sociedades anónimas familiares que tengan el capital repartido en proporciones semejantes entre grupos bien definidos de socios, cuyas relaciones estén presididas por la desconfianza o el conflicto, no será inusual la utilización de este mecanismo de nombramiento de administradores. La consecuencia final será la imposibilidad de introducir administradores independientes en el órgano de gobierno de la sociedad, precisamente en momentos en que su intervención podría ser más beneficiosa en orden a buscar soluciones equilibradas a los conflictos.

Volviendo al sistema de nombramiento por la Junta General, es oportuno que la propuesta del órgano de administración que lo antecede venga, a su vez, precedida de un riguroso proceso de selección, cuya regulación puede confiarse al propio Consejo de Administración. Nada impide, además, que dicha reglamentación eleve los requisitos previstos por los estatutos que ha de cumplir el candidato. Cabe, incluso, que, siguiendo el modelo propuesto para la sociedad abierta por el movimiento de reforma del gobierno de las sociedades, se prevea la creación, con carácter específico o permanente, de una Comisión de Nombramientos, constituida por un número significativo de consejeros independientes, con la finalidad de rodear de ciertas garantías el proceso de selección <sup>45</sup>.

No obstante, conviene advertir que la plena implantación de tales medidas, y, en realidad, la introducción de consejeros independientes, no está al alcance de un número muy significativo de sociedades de carácter familiar. En todo caso, a la hora de implantar un determinado sistema, habrá que tener en cuenta las circunstancias y necesidades de la sociedad, procurando no adoptar estructuras que no pueda asumir o que, realmente, no precise.

## VI. FUNCIONES Y OBLIGACIONES DEL CONSEJERO INDEPENDIENTE

### 1. Las funciones de los administradores independientes.

Las funciones del administrador independiente quedan acotadas, fundamentalmente, a su participación en el proceso colegiado de toma de decisiones del Consejo de Administración. Sus conocimientos y experiencia pueden enriquecer el proceso decisorio, que, de igual forma, resultará beneficiado por la aportación de una visión independiente, no influida por el equipo ejecutivo. Esta misma independencia lo constituye en una pieza relevante en el control de la gestión y, en general, en garante del interés social respecto de aquellas decisiones en las que puedan estar comprometidos intereses personales de los administradores.

Es lógico, por ello, que su aportación pueda ser particularmente valiosa en la adopción de decisiones en materia de política retributiva, en la aplicación de sistemas preventivos de control del conflicto de intereses y en la implantación y verificación de sistemas de control de la gestión.

En esta misma línea, es generalizada en el movimiento de reforma del gobierno de la sociedad abierta la recomendación de constituir comisiones específicas de retribuciones y de auditoría y control en el seno del Consejo de Administración, integradas por un número mayoritario de consejeros independientes <sup>46</sup>. El hecho de que tal recomendación propuesta haya sido acotada, tradicionalmente, a la sociedad abierta, no impide considerar su aplicabilidad a las sociedades familiares, al menos, a aquellas que hayan alcanzado ciertas dimensiones. Conviene subrayar que las comisiones pueden ser creadas y reguladas por el propio Consejo de Administración, sin necesidad de constancia estatutaria, y que tienen un ámbito de actuación meramente interno <sup>47</sup>. En la práctica, su papel se limita a realizar trabajos de carácter preparatorio y a elevar propuestas al Consejo de Administración, sin que estén dotadas de un auténtico poder de decisión <sup>48</sup>.

Además de la participación en el Consejo, en pleno, y, en su caso, en las comisiones internas, el consejero independiente puede asumir, en virtud de delegación interna, la ejecución de ciertos trabajos de naturaleza técnica –elaboración de dictámenes, informes, proyectos que han de someterse a la consideración del órgano de administración–. No obstante, como expondremos más detenidamente, no cabe la atribución de cometidos de tipo profesional que den lugar al establecimiento de una relación de servicios, y, sobre todo, al pago de una contraprestación ajena a las previsiones estatutarias, porque, de esta forma, se actuaría en sentido contrario a la exigencia de independencia que se predica de la figura.

Con carácter más específico, en lo que se refiere a la empresa familiar, puede ser muy valiosa la contribución del consejero independiente en la determinación de las directrices que han de informar la política de Recursos Humanos. Su intervención puede favorecer la adopción de criterios objetivos de carácter empresarial, en materias especialmente sensibles a la aparición de conflictos– política de contratación, promoción profesional y retribución–, evitando ciertas disfunciones que suelen caracterizar a la empresa familiar. Deben recordarse, al respecto, los problemas derivados de la existencia de retribuciones excesivas, que no tienen en cuenta criterios de mercado y representan un reparto indirecto de dividendos <sup>49</sup>, la falta de equidad en el tratamiento de los trabajadores no familiares, en aspectos relativos a su retribución y promoción profesional, etc. Desde luego, la intervención del consejero independiente puede ser muy valiosa en otras áreas –así, política financiera, con problema del binomio reparto de dividendos vs. autofinanciación <sup>50</sup>– e, incluso, en momentos de crisis de la empresa familiar, en la que debe actuarse con criterios objetivos y de mercado a la hora de tomar decisiones difíciles o traumáticas para la familia.

Por otro lado, para desempeñar correctamente su misión, el consejero independiente de la sociedad familiar tendrá que conocer y tener en cuenta ciertos valores y necesidades de la familia que, en ciertos casos, pueden requerir la adopción de decisiones no justificadas, en sentido estricto, por razones ajenas a la pura lógica empresarial, sin que ello conlleve una absoluta posposición del interés de la sociedad. Al respecto, conviene no ignorar que, en ciertas ocasiones, la evitación de conflictos puede ser, en sí misma, una necesidad de la propia sociedad. Sin duda, el consejero independiente puede contribuir a la difícil tarea de encontrar soluciones que permitan armonizar todos los intereses en juego, aunque, para ello, es evidente que habrá de conocer cuáles son tales intereses.

## 2. Los deberes y facultades del consejero independiente.

Como primera premisa, puede afirmarse que, aunque no esté dotado de competencias ejecutivas, el consejero no puede limitarse a asumir un mero papel de observador y, en su caso, de ratificador de las decisiones adoptadas por el equipo ejecutivo. Por el contrario, se espera de él una aportación efectiva de valor al gobierno de la sociedad, que, de forma ineludible, pasa por una participación activa en el proceso decisorio, e, incluso, por la manifestación de posiciones contrarias a la línea defendida por el equipo ejecutivo. Es obvio, por otro lado, que el correcto desempeño de tal función y, en general, de su papel de vigilancia y control de la gestión, precisan de la realización de una tarea de información y revisión permanentes <sup>51</sup>.

Nuestra legislación de sociedades establece algunas obligaciones concretas a cargo de los administradores, que, generalmente, se refieren al desarrollo de tareas de carácter corporativo –así, formulación de cuentas anuales, convocatoria de la Junta General, etc.<sup>52</sup>–. Los consejeros independientes no pueden cumplir tales deberes de forma individual, por carecer de competencias ejecutivas. No obstante, ello no significa que aquellos deberes no les vinculen. Por el contrario, deberán actuar diligentemente, haciendo todo lo posible para lograr su cumplimiento – así, poner de manifiesto la existencia del incumplimiento, solicitando la convocatoria del Consejo, impugnando, en su caso, sus acuerdos, etc., incurriendo, en caso contrario, en responsabilidad<sup>53</sup>.

Además, se establece un parámetro general de conducta, al disponer que «los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal» (*cfr.* arts. 127 LSA y 61 LSRL). A través de un enunciado de carácter abstracto, la cláusula establece un deber de diligencia y lealtad, de contenido indeterminado, que habrá de ser concretado en cada supuesto, en atención a las particulares circunstancias concurrentes<sup>54</sup>. La indeterminación inicial es perfectamente lógica, y armoniza con la discrecionalidad, autonomía y plena responsabilidad propias de la prestación del administrador, notas que, en realidad, son comunes a todas aquellas actividades que suponen ejercicio de un auténtico poder de decisión. En definitiva, no es posible ni, tampoco, conveniente, una absoluta concreción de los deberes del administrador, y, en última instancia, de las actividades que habrá de realizar para el correcto desempeño de su cargo<sup>55</sup>.

Como criterio a considerar, en lo que se refiere al deber de diligencia, habrá que determinar cuál es la conducta que, concurriendo circunstancias similares, habría adoptado razonablemente un administrador, actuando con suficiente información, y sin intereses personales<sup>56</sup>.

Respecto al deber de lealtad, cabe señalar que el administrador debe actuar siempre en interés exclusivo de la sociedad, procurando, sólo en la medida en que de ello pueda derivarse un beneficio para esta última, la satisfacción de otros intereses –p.ej., intereses de la familia–. Claro es que, en la interpretación del interés social y en la elección de los medios precisos para alcanzarlo, el administrador goza de amplia discrecionalidad, de suerte que, desde esta perspectiva, sólo cabrá cuestionar sus decisiones cuando se encuentre en situaciones de conflicto de intereses. En otro caso, habrá que presumir que actuó buscando el interés de la sociedad. Lo que, a la vista del criterio expuesto, parece claro, es que el administrador no puede vincularse, a través de contratos u otros instrumentos, a seguir las instrucciones dadas por un tercero, ajeno a la sociedad, ni, en general, a actuar por cuenta de intereses ajenos al social<sup>57</sup>. Por ello, cabe afirmar la invalidez de todos aquellos pactos que obliguen al consejero a seguir las instrucciones dadas por determinados socios, miembros de la familia o instancias decisorias ajenas a la sociedad –*v.gr.* Consejo de Familia–. Igualmente, cabe deducir del deber de lealtad la obligación de poner de manifiesto todo conflicto de intereses en que se encuentre, y de abstenerse en la adopción de decisiones afectadas por dicha situación, y el de guardar secreto sobre informaciones de carácter confidencial a las que haya accedido en el desempeño de su cargo<sup>58</sup>.

De la cláusula general enunciada puede deducirse la obligación de asistir a las reuniones del Consejo<sup>59</sup> y, en su caso, a las comisiones en las que esté integrado, así como de realizar una tarea permanente de estudio y análisis de información. Igualmente, cabría deducir la obligación de reunir



un mínimo de competencia profesional y de solicitar la información que, razonablemente, fuera precisa en cada caso, para el correcto desempeño de su función, o, incluso, de investigar o denunciar las irregularidades que pudiera apreciar. Si, por las razones que fueren, el administrador no cumple el módulo de diligencia expuesto, parece la alternativa más conveniente es la dimisión, so pena de incurrir en responsabilidad, en caso contrario.

En la otra cara de la moneda, el vocal del consejo de administración dispone de facultades suficientes para poder cumplir, de forma adecuada, sus deberes. Destacan, en este punto, las facultades de vigilancia y control, que van desde la posibilidad de solicitar información a los ejecutivos de la compañía hasta la de inspeccionar y revisar, personalmente, la documentación, instalaciones, etc., de la sociedad <sup>60</sup>. Es obvio, en todo caso, que tales facultades deben ejercitarse de forma no abusiva, limitándose a lo estrictamente necesario, tratando de evitar perturbaciones excesivas e injustificadas de la actividad social.

### **3. La concreción de deberes a través de reglamentos internos y del contrato de gestión.**

Sin negar lo dicho anteriormente, es conveniente concretar, en la medida de lo posible, alguna de las obligaciones del administrador, y ello tanto porque puede constituir una útil guía de conducta para el propio interesado, como porque, a través de este mecanismo, y considerando la indeterminación de sus deberes, se evitan incertidumbres y dudas. Entre otras, podría establecerse, con carácter expreso, la obligación de comunicar toda situación de conflicto de intereses en que pudiera encontrarse, ya fuera éste directo o indirecto, el deber de abstenerse en las deliberaciones y votaciones que tuvieran relación con dicha situación, el de asistir personalmente a las reuniones del Consejo y, en su caso, comisiones de trabajo y, en última instancia, el deber de prestar un mínimo de dedicación anual. No obstante, por la propia naturaleza del cargo, la determinación de la dedicación habrá de ser, necesariamente, elástica, dependiendo, en gran medida, de las reuniones que celebren los órganos colegiados en las que participe el administrador.

Tales deberes pueden preverse en los estatutos o, incluso, en el Reglamento de Organización del Consejo de Administración, dado que, por su carácter general, están llamados a vincular a todos los administradores o, al menos, a aquellos que tengan un estatuto similar.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe la celebración de un contrato con el administrador que conforme, individualmente, las específicas obligaciones que le correspondan, o, incluso, que establezca ciertos deberes de carácter accesorio, que no puedan deducirse de la cláusula general a que anteriormente nos hemos referido <sup>61</sup>. A través de este instrumento, pueden concretarse, con carácter vinculante, las tareas encomendadas al administrador –así, participación en determinadas comisiones, tareas de asesoramiento en el Consejo de Administración o comisiones delegadas, o, incluso, en otras sociedades del grupo, etc.–. De forma adicional, el administrador puede obligarse a no prestar servicios para determinadas entidades tras el cese en el cargo, a mantenerse en el cargo durante un cierto período de tiempo, salvo que sea separado, a aceptar el cargo de administrador en otras sociedades del grupo, etc. En todo caso, conviene subrayar que el citado contrato no tiene la finali-

dad de constituir una relación jurídica autónoma entre sociedad y administrador, sino la de delimitar los contornos de la prestación del cargo, perfilando las obligaciones inherentes a este último.

El contrato puede ser celebrado antes del nombramiento del administrador por la Junta General, previendo la obligación de aceptar el cargo, una vez de produzca aquél. Aunque no existe ninguna previsión normativa sobre este asunto, entendemos que su aprobación –la del contrato, se entiende– ha de corresponder al Consejo, en pleno, sin que quepa su celebración, en nombre de la sociedad, por cargos delegados –*v.gr.* Consejero delegado, comisión ejecutiva– ni, con mayor motivo, por cargos directivos no integrados en el órgano de administración. En todo caso, parece conveniente que los estatutos regulen esta cuestión, atribuyendo expresamente la competencia al Consejo <sup>62</sup>.

#### **4. La duración del mandato.**

Por razones que tienen que ver con la independencia que se predica de la figura, es conveniente introducir algún tipo de limitación a la duración máxima del mandato, prevista en la Ley <sup>63</sup>, y a la posibilidad de reelección <sup>64</sup>. No obstante, no es menos cierto que una excesiva limitación puede desincentivar al administrador a comprometerse con el futuro de la sociedad, restándole gran parte de eficacia <sup>65</sup>.

En los informes existentes sobre el gobierno de la sociedad abierta, es frecuente encontrar propuestas de limitación del mandato de los administradores independientes a un solo ejercicio.

Considerando que la experiencia en la sociedad puede constituir un valor, en sí mismo, y que una excesiva limitación en la duración del mandato puede ser perjudicial, en términos de motivación e implicación en la sociedad, creemos que debe rechazarse tal propuesta, al menos si se refiere a la sociedad familiar. Por el contrario, creemos que una solución más equilibrada pasaría por limitar la duración del mandato a tres años, y la posibilidad de reelección a una, o, al menos, en establecer un mecanismo de evaluación del trabajo del administrador, previo a su reelección, tratando de evitar el automatismo que suele existir en la práctica <sup>66</sup>.

## **VII. LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES**

### **1. Cuestiones generales. Sistemas retributivos aplicables.**

Como premisa previa, conviene tener presente que el administrador es un agente económico, que debe ser compensado por el desempeño de su función <sup>67</sup>.

En el ámbito al que nos referimos, la implantación de un sistema retributivo adecuado plantea algunos retos e interrogantes, relacionados, de un lado, con la naturaleza de la función del consejero independiente, y, de otro, con las limitaciones legales existentes.

En todo caso, no plantea dudas la necesidad de reconocer una retribución al administrador, como estímulo para el correcto desempeño de su cargo <sup>68</sup>. Recuérdese que nos movemos en el ámbito de las sociedades de capital, esto es, entidades que, por su propia naturaleza, no persiguen fines de interés general, sino la obtención de un lucro repartible entre los socios. Es previsible, por tanto, que las motivaciones de los sujetos que intervienen en su funcionamiento tengan un importante componente económico. Es obvia, además, la conveniencia de compensar al consejero por el lucro cesante derivado del hecho de dedicar una parte de su tiempo y energías al cumplimiento de su cargo.

No obstante, como en cualquier otro caso, también en el del consejero independiente el análisis motivacional debe tener en cuenta sus propias condiciones personales y las circunstancias que, primordialmente, le llevaron a aceptar el cargo. En este sentido, conviene recordar que estamos ante personas que han adquirido cierto prestigio en el ámbito académico o empresarial y que, en la mayoría de los casos, tienen sus necesidades económicas sobradamente cubiertas. De ahí que, como regla general, pueda afirmarse que la retribución no sea el principal incentivo para cumplir adecuadamente su función. Por el contrario, en lo que se refiere a la motivación, existen otras circunstancias, de igual o mayor peso, entre las que destacan el prestigio social y profesional, la asunción de un reto profesional, la posibilidad de relacionarse dentro de ciertos círculos, etc. <sup>69</sup>.

Por otro lado, una retribución de importante cuantía, en términos relativos, puede minar la independencia del administrador, llevándole a adoptar estrategias que le permitan contemporizar con el equipo ejecutivo, para perpetuarse en el cargo <sup>70</sup>. Sirven, al respecto, las reflexiones realizadas por el movimiento de reforma del gobierno de la SA, que ha subrayado, como uno de los principales problemas a resolver, el control fáctico que ejercen los consejeros ejecutivos sobre el Consejo de Administración <sup>71</sup>, aprovechando, entre otras circunstancias, el control material que tienen de los mecanismos de retribución y separación de los administradores <sup>72</sup>. En suma, la posibilidad de separación o de no reelección, y la consiguiente pérdida de las retribuciones ligadas al cargo, no debe constituir un perjuicio relevante para el consejero, puesto que, en caso contrario, en lugar de ejercer su tarea con independencia, manifestando, si fuera necesario, opiniones críticas o, incluso, denunciando irregularidades, es probable que adopte una actitud condescendiente, que favorezca su continuidad.

Todas las razones apuntadas justifican la conveniencia de reconocer al administrador una retribución moderada <sup>73</sup>, aunque no tanto que, por su carácter irrisorio, constituya una señal de la escasa importancia asignada a su participación en el gobierno de la sociedad, y una invitación a adoptar una actitud pasiva en el ejercicio de su cargo <sup>74</sup>. No parece, además, que las condiciones personales y profesionales que se exigen al administrador puedan armonizarse con la concesión de una gratificación que, por su cuantía, tenga una finalidad meramente testimonial <sup>75</sup>.

Por otro lado, la retribución debe estar vinculada a los resultados obtenidos por la sociedad. No obstante, dada la imposibilidad de medir la incidencia que, en su obtención, tiene la actividad desarrollada por el consejero independiente, no parece oportuno hacer depender la totalidad de su remuneración de dicha variable. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la gestión es una tarea colectiva y, sobre todo, que el consejero independiente carece de competencias ejecutivas y se limita a participar en la adopción colegiada de decisiones del órgano de administración. Además, la obtención de beneficios depende, en muchos casos, de circunstancias que son ajenas al equipo encargado

de la administración. Así, puede suceder que la sociedad tenga pérdidas o menos beneficios de los esperados, por circunstancias ajenas a la calidad de su gestión, especialmente en épocas de crisis o cuando aquélla inicia su andadura o acomete proyectos de elevado riesgo. Igualmente, cabe el fenómeno de signo inverso, esto es, que pese a su pasividad, la sociedad obtenga grandes ganancias. En ambos casos, un sistema que, con carácter exclusivo, haga descansar la retribución del administrador en la participación en beneficios, puede dar lugar a injusticias evidentes, que acabarán traducándose en desmotivación.

Para evitar alguna de las disfunciones expuestas, cabría adoptar un sistema de retribución por objetivos, que tuviera en cuenta la estrategia de la sociedad y sus circunstancias reales. Entre otras alternativas, se trataría de reconocer el derecho a obtener una prestación dineraria (bonus) por reducción de pérdidas en determinada magnitud, por incremento de los beneficios o aumento de ventas hasta determinada cifra, o, en general, por cualquier otro objetivo que fuera cuantificable y verificable, *a posteriori*.

En el caso de las sociedades cotizadas, los objetivos pueden estar vinculados al índice de cotización de las acciones. En este ámbito cabría situar a los *stock appreciation rights*, que son sofisticados sistemas retributivos que prevén el pago de una prestación dineraria cuya cuantía se determina por la diferencia entre el valor bursátil de los derechos o acciones virtuales concedidas, en el momento de la concesión, y el que tendrán en el futuro <sup>76</sup>. Como variante de este sistema, aplicable a cualquier sociedad, pueden concederse *phantom stocks* (acciones virtuales), que otorgan el derecho a percibir los mismos dividendos por acción que, en un período determinado, se hayan reconocido a los accionistas <sup>77</sup>. No obstante, en ambos casos, para que pueda hablarse, en sentido estricto, de retribución por objetivos, habría que condicionar el derecho a obtener la prestación a la consecución de ciertos resultados, previamente determinados.

Igualmente, con la finalidad de vincular la retribución del administrador a los resultados de la sociedad, y de incrementar su fidelidad, es frecuente que las sociedades cotizadas concedan a sus administradores opciones de compra de acciones <sup>78</sup>. Sin que podamos profundizar en su caracterización y funcionamiento, baste decir que, para el administrador, el valor de la retribución vendrá dado por la diferencia entre el precio de ejercicio de la opción y el valor de cotización de las acciones, en ese mismo momento. Lógicamente, uno de los pilares en los que descansa el sistema es la fácil liquidación del valor de las acciones mediante su venta en Bolsa. De ahí que existan especiales obstáculos para su implantación en las sociedades familiares, que, en una inmensa mayoría de los casos, no cotizan en los mercados secundarios. Por otro lado, sin negar que pueda tener efectos beneficiosos, en términos de motivación, el sistema plantea algunos inconvenientes, destacando, entre otros, el riesgo de favorecimiento de políticas y de actuaciones que, más que satisfacer el interés de la sociedad, pretenden incrementar artificialmente la cotización de las acciones.

Es dudoso, además, que se trate de un sistema retributivo adecuado para el consejero independiente, debiendo recordarse que este último no debe tener intereses personales en la sociedad que puedan condicionar su libertad de criterio <sup>79</sup>. Desde otra perspectiva, es oportuno advertir que en las sociedades familiares con capital muy concentrado, la adquisición de capital por parte del administrador puede alterar ciertos equilibrios y ser fuente de conflictos.

Los anteriores razonamientos son extensibles a cualquier sistema de retribución en especie que prevea la entrega de acciones gratuitas o en condiciones favorables de acciones de la compañía e, incluso, generan dudas sobre la conveniencia de utilizar sistemas retributivos vinculados al valor de cotización de las acciones o al pago de dividendos (*phantom stocks* y *stock appreciation rights*).

En otro orden de ideas, debe apuntarse que los sistemas basados en la consecución de objetivos que se refieren a magnitudes generales relativas a la evolución de la sociedad, si bien evitan algunas disfunciones, al vincular la retribución al esfuerzo colectivo, no permiten considerar el esfuerzo individual del administrador independiente. Al respecto, ha de notarse que es extremadamente difícil, por no decir imposible, determinar, ni aun de forma relativa, qué incidencia puede haber tenido su actividad en el logro de los resultados. Lógicamente, ello tiene que ver con la propia naturaleza de la función que se le asigna.

A la vista de las consideraciones anteriores, parece indispensable establecer algún sistema que permita individualizar la retribución<sup>80</sup>, vinculándola al trabajo efectivamente realizado y al tiempo dedicado a la sociedad<sup>81</sup>. En esta dirección, parece adecuado el sistema de dietas, que, en sus aspectos básicos, consiste en el pago de una compensación económica por la asistencia a las reuniones del Consejo de Administración<sup>82</sup>. Por razones obvias, la dieta sólo se devenga por la asistencia personal, sin que proceda en aquellos casos en los que el administrador asiste a través de representante<sup>83</sup>. La información relativa a la asistencia del administrador puede extraerse de las actas del Consejo de Administración.

Con la misma finalidad, cabe reconocerle una retribución específica por la participación en comisiones de trabajo, que puede adoptar la misma modalidad –dietas– o la de una cantidad alzada, por período de tiempo, sistema este último que parece más adecuado, habida cuenta del carácter informal que pueden tener este tipo de comisiones. Por último, es aconsejable el reconocimiento de una gratificación por el desempeño de tareas de carácter extraordinario que exceden de la participación en los órganos colegiados de gobierno de la sociedad –así, asesoramiento fuera de las reuniones del Consejo y, en su caso, comisiones de trabajo, intervención técnica en la elaboración de proyectos de cierta relevancia, etc.–.

Sintetizando lo dicho, creemos que el paquete retributivo que se ofrezca al administrador debe estar principalmente integrado por sistemas de retribución fija, vinculados al trabajo realizado. No obstante, parece conveniente que una parte de su retribución esté vinculada a los resultados de la sociedad, o la consecución de los objetivos previamente definidos, como mecanismo para fomentar el trabajo en equipo y la calidad de la aportación del administrador, favoreciendo su interés por la buena marcha de aquélla. En caso contrario, podría suceder que el administrador limitara su actividad a la asistencia a las reuniones del Consejo de Administración, y, en su caso, de las comisiones de trabajo, sin realizar intervenciones que aportaran un valor efectivo a la compañía.

Además de los sistemas retributivos señalados, conviene reconocer al administrador el derecho a obtener el reembolso de los gastos que le ocasione el desempeño del cargo –gastos de manutención, alojamiento, viajes, etc.–. Sin perjuicio de la existencia de su previsión en los estatutos, con-

sideramos oportuno que las posibles reglamentaciones internas acaben de definir los parámetros en que deberá ejercitarse el derecho –así, límite de gastos por categorías, reglas de justificación, liquidación y pago, etc.–.

Por el contrario, no se adecuan a la naturaleza de la figura del consejero independiente ciertos supuestos de retribución en especie, que llevan implícita una idea de estabilidad y continuidad en el cargo o que parecen estar indicados para casos en los que el administrador dedica todo su tiempo a la sociedad. Siguiendo el razonamiento, habría que excluir la entrega de vivienda, y vehículo, ya sea a título de propiedad o bajo otra modalidad, el reconocimiento del derecho a percibir una prestación diferida hasta el momento de la jubilación <sup>84</sup>, etc. Igualmente, por razones a las que ya nos hemos referido, habría que excluir la participación del administrador en planes de adquisición gratuita o en condiciones favorables de acciones de la compañía.

Mayores dudas, en lo que se refiere a su oportunidad, pueden plantear otros supuestos, tales como la realización de aportaciones a planes de pensiones, el pago de primas de seguros de vida o de otro tipo –*v. gr.* gastos médicos– etc. No obstante, en la medida en que su coste puede ser pequeño, en comparación con los saludables efectos motivacionales que pueden tener, en términos de bienestar y de sentimientos de cohesión y pertenencia a la organización, estimamos que, en principio, pueden ser admisibles. El mismo criterio puede ser aplicado a ciertas prestaciones cuyo valor intrínseco no reside, exactamente, en su coste económico, sino en su carácter simbólico y en su consideración social; así, entrega de entradas a determinados espectáculos, ofrecimiento gratuito o, en condiciones especiales, de viajes de ocio, etc.

En este mismo ámbito de la retribución en especie, ha de advertirse que, no sólo es admisible sino que, incluso, puede ser necesario, que la sociedad contrate, a su cargo, un seguro de responsabilidad civil que cubra al administrador del riesgo de tener que satisfacer una indemnización por incurrir en responsabilidad en el ejercicio de su cargo. Ahora bien, a fin de que evitar que la cobertura redunde en una reducción del nivel de diligencia observado por el administrador, parece oportuno que, como así sucede generalmente en la práctica, el contrato establezca una franquicia que quede fuera de cobertura <sup>85</sup>. Por razones obvias, se excluye el riesgo derivado de conductas dolosas del administrador, entrando aquí, entre otros, todos aquellos supuestos en los que, más que de negligencia, debe hablarse de deslealtad –*p. ej.*, competencia desleal <sup>86</sup>–.

Conviene insistir, por último, en que el administrador, por exigencias derivadas de las propias condiciones que debe reunir para satisfacer el requisito de la independencia, no puede celebrar contratos de servicios con la sociedad que justifiquen la percepción de otras retribuciones, en este caso, no previstas en los estatutos. Como ya hemos comentado, ello no impide que pueda dársele un mejor trato retributivo por la prestación de servicios, de carácter extraordinario, que excedan de la pura asistencia a las reuniones de órganos colegiados. Las específicas retribuciones que, por el concepto aludido, podrían satisfacerse, han de contar con la preceptiva constancia estatutaria y la formal aprobación de la Junta General. No obstante, ha de obrarse con una elemental prudencia en este ámbito, tratando de evitar que la reiteración de los encargos y su importancia den lugar a la percepción continuada de retribuciones elevadas que, en última instancia, podrían minar la independencia del administrador.

## 2. La problemática de la articulación jurídica de la retribución de los administradores.

Nuestra legislación de sociedades de capital exige la constancia estatutaria de la retribución de los administradores (arts. 130 LSA y 66 LSRL). No obstante, no es necesario que los estatutos determinen la cuantía exacta de la remuneración, bastando con que señalen el sistema o sistemas retributivo/s aplicable/s <sup>87</sup>. Como única excepción, los estatutos deben prever el concreto porcentaje de participación en beneficios que se concede a los administradores, en el supuesto de que hayan previsto este sistema retributivo.

Fuera del sistema señalado - participación en beneficios- la concreción de la retribución corresponde a la Junta General <sup>88</sup>, órgano que deberá fijar el importe que haya de satisfacerse en concepto de dietas, retribución fija periódica, etc.

Respecto al momento en que haya de procederse a dicha concreción, la única norma existente, que, además, sólo es aplicable a la SRL, señala que deberá realizarse con carácter anual (art. 66.3 LSRL), sin prever si debe ser antes o después del inicio de la prestación del administrador. No obstante, es lógico, y así se ha defendido por un sector mayoritario de la doctrina española, que se realice antes de dicho momento, a fin de que el administrador pueda conocer, con precisión, cuál es la retribución que le corresponde por el desempeño del cargo.

Siguiendo este criterio, puede afirmarse que el momento más adecuado para que la Junta concrete la cuantía y demás aspectos de la retribución, es el de nombramiento <sup>89</sup>. Ello no impide que, en ejercicios siguientes, se actualice la cuantía, a través de nuevo acuerdo de la Junta General –usualmente, aquella convocada para la aprobación de las cuentas del ejercicio–.

En otro orden de ideas, cabe señalar que nuestro sistema jurídico no establece límites a la cuantía de la retribución, dejando, por tanto, un amplio margen de discrecionalidad a los órganos sociales respecto a esta cuestión. No obstante, la discrecionalidad no es absoluta, dado que todas las decisiones deben perseguir la satisfacción del interés social <sup>90</sup>. Sin ignorar las dificultades que entraña la concreción de esta regla general, puede afirmarse que, en todo caso, el sacrificio que para la sociedad supone el pago de la retribución debe ser proporcionado al beneficio esperado <sup>91</sup>. O, dicho de otra forma, deben aplicarse criterios de mercado, de suerte tal, que la sociedad no debe pagar por los servicios del administrador más de lo que en el mercado habría sido negociado entre dos sujetos independientes <sup>92</sup>. En la práctica, y dada la inseguridad que entraña la aplicación de criterios sustanciales como los expresados, ha de requerirse el cumplimiento de ciertas reglas mínimas en la adopción de decisiones que permitan eludir, al menos formalmente, el riesgo del conflicto de intereses. Como sistemas posibles, cabe exigir que la propuesta definitivamente aprobada por la Junta General sea formulada por el Consejo de Administración, sin que en el acuerdo adoptado por este órgano, intervenga el administrador interesado. Además, como ya hemos señalado, algunas sociedades prevén la existencia de una Comisión de Retribuciones, cuyo papel es preparar la propuesta que habrá de ser aprobada por el órgano de administración, con carácter previo a su sometimiento a la Junta <sup>93</sup>. Es notorio que, en tal caso, el administrador interesado tampoco podrá intervenir en esta comisión. Además del establecimiento de sistemas preventivos frente al conflicto de intereses, es oportuno introducir medidas destinadas a reforzar la transparencia de la retribución, en favor de los socios <sup>94</sup>.

Debe advertirse, por otro lado, que la retribución de los administradores no pueden ser objeto de pactos contractuales vinculantes para ambas partes, teniendo su única fuente reguladora en los estatutos y acuerdos de los órganos sociales <sup>95</sup>. Recuérdese que, al tratar las cuestiones relativas a las funciones y obligaciones de los administradores, hemos señalado la posibilidad de celebrar un contrato, al que hemos denominado de gestión, entre sociedad y administrador, para detallar el régimen obligacional aplicable a este último. Pues bien, según lo dicho, esta misma posibilidad no cabe cuando de lo que se trata es de establecer el régimen retributivo aplicable al administrador.

Una de las manifestaciones más significativas de lo dicho es que la Junta General puede modificar en cualquier momento la retribución, bien a través de una modificación de los estatutos, bien a través del acuerdo –normalmente anual– de cuantificación, sin estar vinculada por anteriores decisiones <sup>96</sup>. Se trata, sin embargo, de una facultad que debe utilizarse con prudencia, reservándose sólo para aquellos casos en los que, de forma ineludible, el interés social así lo exija, evitando un ejercicio abusivo que, en última instancia, podría originar graves conflictos internos, perjudicando finalmente a la propia sociedad.

Por otro lado, si los estatutos no prevén otra cosa, todos los administradores tienen derecho a percibir la misma retribución <sup>97</sup>, efecto que pugna contra los más elementales principios de política retributiva. En el ámbito al que nos referimos, no todos los administradores tienen las mismas funciones, dedicación, responsabilidad, etc., siendo conveniente, como ya hemos expuesto, que el sistema retributivo permitan vincular la remuneración al esfuerzo individual, y no sólo colectivo. Pues bien, de acuerdo con lo dicho, la implantación de tales sistemas exige la previsión estatutaria de desigualdad. En caso contrario, habrá que entender que la retribución reconocida por la Junta General a los miembros del Consejo de Administración, corresponde a todos ellos por igual, siendo necesario, por tanto, el acuerdo unánime de todos ellos para proceder en otro sentido.

La previsión estatutaria de reparto desigual faculta a la Junta General para dar a los administradores un tratamiento retributivo personalizado. No obstante, este órgano carece de información y criterio suficiente, a nuestro juicio, para individualizar la retribución de los administradores. Por el contrario, parece más adecuado asignar una cierta intervención al Consejo de Administración.

Una posible fórmula para operar en el sentido aludido consiste en asignar una cantidad –ya sea una suma, a tanto alzado, determinada anualmente por la Junta General, o un porcentaje de los beneficios– al Consejo de Administración para que, en virtud de acuerdo, proceda a su distribución entre los consejeros, en función de los criterios objetivos previamente establecidos. Se trata de una fórmula que puede ser útil para retribuir la actividad desarrollada en comisiones internas de trabajo o la prestación de ciertos servicios de carácter excepcional. Los criterios pueden tener un carácter no solamente cuantitativo sino, también, cualitativo, al objeto de mejorar el trato retributivo dado a aquellos administradores que destacan por la calidad de su contribución al gobierno de la sociedad.

Los estatutos pueden establecer un criterio mixto, exigiendo que una parte de la retribución sea determinada, en todos sus extremos, por la Junta General, y permitiendo que otra sea distribuida, de acuerdo con criterios internos, por el Consejo de Administración. Así sucede si, por ejemplo, los estatutos reconocen dietas a todos los administradores por la asistencia a reuniones de órganos colegiados, más una participación en beneficios, distribuible a partes iguales, y, de forma cumulat-



va, asignan un porcentaje de los beneficios para su distribución por el Consejo y establecen el derecho de los administradores que tengan funciones ejecutivas, o de otros administradores, a percibir una retribución fija anual. Nótese que, en este caso, la cuantía de las dietas y de la retribución fija anual será determinada por la Junta General, sin que el Consejo de Administrador tenga, respecto a dichos supuestos, ningún margen de discrecionalidad.

Por último, conviene señalar que la retribución de los administradores puede ser satisfecha por un tercero, ajeno a la sociedad. Como hipótesis que parecen posibles en el ámbito de la sociedad familiar, cabría plantear supuestos en los que alguno de los socios mayoritarios garantizaran o asumieran, personalmente, el pago de la retribución. Si la sociedad está integrada en un grupo de sociedades, como sucede en el caso de la empresa familiar que adopta la estructura de *holding*, tal socio podría ser la sociedad dominante o cabeza de grupo. Tales compromisos pueden beneficiar a la sociedad, sobre todo en aquellos supuestos en los que, por ser reciente su constitución o por atravesar dificultades económicas, encuentran dificultades para hacerse con los servicios de sujetos destacados por su competencia profesional. Sin embargo, no pueden pasarse por alto los riesgos que, en términos de independencia y lealtad, puede plantear el supuesto, circunstancia que exige la máxima transparencia de este tipo de acuerdos. Debe recordarse, por otro lado, que el administrador no puede comprometerse, a cambio de la garantía que representa el compromiso del tercero, a seguir sus instrucciones. En este supuesto, habría que entender que tales pactos son nulos, por menoscabar la libertad de criterio del administrador y su sometimiento exclusivo al interés de la sociedad.

## VIII. LA SEPARACIÓN DEL CARGO Y LOS PACTOS INDEMNIZATORIOS

### 1. El estado de la cuestión: la posibilidad de reconocer al administrador el derecho a una indemnización en caso de separación sin justa causa.

En el Ordenamiento español, el principio de libre revocabilidad del cargo constituye una regla imperativa. En definitiva, la Junta General puede acordar, en cualquier momento, y sin necesidad de que exista justa causa, la separación de los administradores (*cf.* arts. 131 LSA y 69 LSRL), sin que los estatutos, reglamentos internos o, incluso, los posibles pactos contractuales puedan establecer una regla diversa <sup>98</sup>.

No son admisibles, por tanto, aquellas cláusulas que exigen la existencia de justa causa, la necesidad de una mayoría reforzada o que, de cualquier otra forma, tienen la finalidad de obstaculizar el ejercicio de la facultad de separación.

No obstante, un sector significativo de la doctrina española, siguiendo el modelo vigente en otros países, ha defendido la posibilidad de prever el derecho del administrador a percibir una indemnización en caso de separación sin justa causa, siempre y cuando ello no lleve a imposibilitar el ejercicio de la facultad revocatoria <sup>99</sup>. Por el contrario, nuestro Tribunal Supremo ha sostenido el criterio inverso, declarando la nulidad de tal cláusula, por ser contraria al principio de libre revocabilidad

del cargo (STS de 30 de diciembre de 1992 –caso Huarte–) <sup>100</sup>. Se trata de un hecho que, sin duda, constituye un obstáculo muy relevante a la implantación práctica de este tipo de cláusulas.

Sin ignorar tal circunstancia, creemos mejor fundada la primera tesis, por entender que los pactos indemnizatorios en los términos expuestos, no infringen ninguna regla imperativa y, además, armonizan mejor con las necesidades de una administración profesionalizada. Por otro lado, aplicando los mismos requerimientos existentes en materia de retribución, parece que debe exigirse que la cláusula indemnizatoria esté prevista en los estatutos de la sociedad <sup>101</sup>. Además, y reiterando algo que ya se ha dicho, la indemnización no debe constituir una traba relevante a la posibilidad de separar al administrador, exigencia que, indudablemente está relacionada con su cuantía <sup>102</sup>. En definitiva, la finalidad del pacto indemnizatorio no puede ser imposibilitar la destitución del administrador, sino reparar los daños que aquélla le ocasione, en supuestos en los que la sociedad no pueda justificar la existencia de una justa causa, que, en el caso, quedaría acotada a supuestos de previo incumplimiento de los deberes inherentes al cargo. Se trata, por tanto, de satisfacer intereses legítimos del administrador, sin postergar el interés de la sociedad a adoptar, con absoluta libertad, una de las determinaciones que, de forma más esencial, afectan a su propio gobierno –así, la composición del órgano de administración– <sup>103</sup>.

Sobre esta cuestión, conviene poner de relieve que, al aceptar el cargo, es posible que el administrador haya tenido que renunciar a otras actividades profesionales, bien por la existencia de conflicto de intereses, bien por necesidades de dedicación. Igualmente, es posible que el administrador haya tenido que emplear cierto tiempo en conocer las particulares circunstancias de la sociedad y en adquirir conocimientos muy específicos que le permitan ejercer su función. Se trata de un particular esfuerzo que, probablemente, no se verá compensado en caso de que se produzca una separación anticipada. Es más, cabe la posibilidad de que este mismo riesgo lleve al administrador a actuar con cautela, no dedicando a la sociedad un tiempo que puede serle precioso. Por último, la separación anticipada trunca las expectativas económicas legítimas del administrador, generadas por la propia sociedad, al reconocerle una cierta retribución.

Debe advertirse, por otro lado, que el reconocimiento a la indemnización también puede reportar beneficios a la sociedad. Nótese, en este sentido, que la excesiva inseguridad del cargo, en términos económicos, puede traducirse –de hecho, así sucede en la práctica– en la exigencia de retribuciones más elevadas, que compesen los riesgos inherentes a la aceptación <sup>104</sup>.

## **2. En torno a la oportunidad de reconocer el derecho a una indemnización al consejero independiente.**

Cuando la cuestión a que nos hemos referido en el anterior apartado se plantea respecto al consejero independiente, pueden adoptarse dos planteamientos diversos, cuya acogida lleva a soluciones opuestas.

Así, por un lado, puede negarse la oportunidad de reconocer el derecho a percibir una indemnización, partiendo de la premisa de que la estabilidad del cargo que aparentemente se pretende es contradictoria con la propia naturaleza y finalidad de la figura.

Adoptando el planteamiento inverso, podría justificarse la conveniencia de la cláusula indemnizatoria, argumentando que una excesiva inseguridad en el cargo podría colocar al administrador en una posición más vulnerable para resistir las presiones de la mayoría y de los grupos de poder, y, en última instancia, podría hacerle perder su independencia e imparcialidad.

En nuestra opinión, ninguno de los dos planteamientos es exacto. Así, debe notarse que, según el criterio que hemos defendido anteriormente, la cláusula indemnizatoria no debe constituir un obstáculo relevante para que la Junta General pueda cesar al administrador, motivo por el cual, tampoco va dirigida a reforzar la estabilidad en el cargo. Por ello, no parece que pueda tener demasiada incidencia sobre la independencia del administrador, ni en un sentido ni en otro. En realidad, como apuntamos, la independencia tiene que ver con las propias condiciones personales y profesionales del administrador, y con la inexistencia de vinculaciones económicas de relieve con la sociedad administrada.

Descartando las anteriores consideraciones, entendemos que la razones que pueden justificar la oportunidad o no de introducir cláusulas de esta naturaleza deben basarse, fundamentalmente, en criterios de tipo motivacional. Partiendo de esta premisa, parece que el reconocimiento del derecho a percibir una indemnización, siempre de cuantía moderada, y vinculada a la retribución que viniera percibiendo el administrador, puede constituir una señal inequívoca del compromiso y seriedad de la sociedad, circunstancia que, lejos de ser fuente de perjuicios, puede reportarle beneficios. Por ello, no vemos obstáculo, al menos desde un juicio de oportunidad, para el establecimiento de cláusulas indemnizatorias, siempre y cuando cumplan los requisitos a que ya nos hemos referido. No obstante, no debe ignorarse la dificultad que existe, en la actualidad, para introducir cláusulas de esta naturaleza en los estatutos de la sociedad, debido al parecer contrario que viene sosteniendo nuestra jurisprudencia y un sector relevante de nuestra doctrina.

## BIBLIOGRAFÍA

Los autores además de la bibliografía referenciada en las notas han consultado:

BLANQUER UBEROS. *La retribución de los administradores, su constancia estatutaria limitada, en Tratando de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dir. Paz-Ares, Madrid, 1997, pp. 209 ss.

CLARK. *Corporate Law*, Boston/Toronto, 1986.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. *La administración de la Sociedad Anónima*, RJN, octubre-diciembre, 1992, pp. 51 ss.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1978.

EASTERBROOK/FISCHEL. *The structure of the corporations. A legal analysis*, Boston/Toronto, 1976.

- FERNÁNDEZ-TRESEGUERRES GARCÍA. *La muerte del socio en la sociedad familiar de responsabilidad limitada en Estudios sobre la Sociedad Anónima II*, dirigida por Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, Madrid, 1993, pp. 481 a 547.
- GARRIDO DE PALMA. «Lo destacable en la sociedad familiar. Especialidades en el órgano de administración de la anónima familia», en *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Madrid, 1995, Dir. GARRIDO DE PALMA.
- GARRIDO DE PALMA. «Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, I, Dir. GARRIDO DE PALMA, Madrid, 1996, pp. 1.869 ss.
- LUSK/HEWITT/DONNELL/BARNES. *Business Law. Principles and cases*, 3.<sup>a</sup>, Illinois, 1974.
- RONCERO SÁNCHEZ. «La retribución de los administradores de la Sociedad Anónima», en *Manuales de la Reforma Mercantil en España, III, El gobierno de las sociedades*, edición especial *Expansión*, Barcelona, 1999, pp. 343 ss.

## NOTAS

- <sup>1</sup> En este sentido OLTRA CLIMENT en el *Manual para el estudio de la Empresa Familiar y su competitividad*. IMPIVA, OPVI, Consejo de Cámaras de Comercio de la Comunidad Valenciana e IVEFA, Valencia, 1999, pág. 17, afirma que «los problemas y conflictos que hay en la Empresa Familiar en general, son los derivados del amor propio, la vanidad, el egoísmo, la ambición personal o colectiva..., los malentendidos, la imaginación, que a veces juega malas pasadas; en definitiva, de la pura condición humana».
- <sup>2</sup> En este sentido la propia exposición de motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, destaca como postulados de esta forma societaria la convivencia en armonía de elementos personalistas y capitalistas; el carácter cerrado de la sociedad, en la que las participaciones sociales tienen restringida *ex lege* su transmisión, excepto en caso de adquisición por socios, por el cónyuge, ascendiente o descendientes del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente; y la flexibilidad de su régimen jurídico, a fin de que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias.
- <sup>3</sup> Kellin E. GARSICK; John A. DAVIS; Marrión CC COLLOM HAMPTON; Iván LANSBERG, *Empresas Familiares Generación a Generación*. Editorial McGraw-Hill, Méjico, 1997, pág. 144, afirman que la transición de la compañía del propietario controlador a la Empresa Familiar exige acciones concretas (elemento objetivo) y un paso psicológico (elemento subjetivo). Las acciones concretas comprenden uno o varios de los siguientes aspectos: contratar a miembros de la familia, prepararlos para que ocupen puestos gerenciales, distribuir la propiedad entre los herederos y, normalmente, prever la transición del control dentro de la familia. El paso psicológico consiste en que el dueño controle la percepción de la compañía y deje de verla como una actividad personal para considerarla como un activo familiar cuya existencia y esperanza de vida no están ligadas a la del fundador. En esta misma línea de pensamiento Enrique BIGNÉ ALCANÍA en *La Empresa Familiar. Retos de Futuro*, trabajo realizado bajo la dirección de la Generalitat Valenciana, Consellería de Economía, Hacienda y Administración Pública y con la colaboración del Instituto Valenciano para el Estudio de la Empresa Familiar (IVEFA), la Asociación de la Empresa Familiar de Alicante y la Asociación de la Empresa Familiar de Castellón, pág. 17, define la Empresa Familiar como aquella en la que una familia posee una influencia directa en su dirección y control (requisito objetivo), con una voluntad de continuar el negocio en el ámbito familiar (requisito subjetivo); CORBETA, G. en *Le imprese familiari. Caratteri originali, varietà e condizioni di sviluppo*, Milán, 1995, pág. 20, concibe la Empresa Familiar como aquella en la que una o pocas familias ligadas por vínculos de parentela, afinidad o sólida alianza detentan una cuota del capital de riesgo suficiente como para asegurarse el control de la empresa. En términos parecidos Isabel RODRÍGUEZ DÍAZ en *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*. Cuadernos Mercantiles 2, dirigidos por José Luis FERNÁNDEZ RUIZ, EDESA, Madrid, 2000, pp. 23 y 24, define la Empresa Familiar como aquella en la que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones y unidas por vínculos familiares, controla total o parcialmente la propiedad o los medios instrumentales y la dirección de una empresa, produciéndose una comunicación entre los fines de la familia y los de la empresa.

- 4 GÉLINIER. Instituto de la Empresa Familiar. *La Empresa Familiar en el siglo XXI, jornadas*. Considera Octave GÉLINIER que la separación de la función de accionista de la de gestor, propia de las empresas no familiares, genera unos costes extraordinarios de control, delegación y gestión, así como lentitud en la toma de decisiones y criterios desviados. Sin embargo, en los casos en los que existe una coincidencia entre propiedad y gestión, hay más probabilidades de que las decisiones sean rápidas, prudentes y acertadas.
- 5 Subraya HINOJOSA. Instituto de la Empresa Familiar. *La Empresa Familiar en el siglo XXI, jornadas*, que el empresario familiar debe preparar a sus sucesores en el control del negocio, no en su gestión. La gestión es sustituible mediante la contratación de un buen director, la defensa de los propios intereses a través de un control adecuado no. En la segunda y tercera generación la familia se debe ocupar de las labores de control a través del consejo: velar por la exactitud de las cuentas que realizan los gestores. La familia tiene una labor más importante que la de decidir a quién vende o qué precio se pone. La familia debe preservar el negocio en la exactitud de las cuentas y en el control de las inversiones.
- 6 LANK ALDEN G. *Documento del Instituto de la Empresa Familiar. Sexto congreso anual de The Family Business Network, conferencias del 21 al 24 de septiembre de 1995*. El Escorial, Madrid, España. Considera Alden G. LANK, presidente del Family Business Network, que la rentabilidad es un objetivo exclusivo de la Empresa Familiar, y que en las grandes empresas multinacionales, que practican, según el autor, un capitalismo burocrático, los objetivos son la dimensión, la estabilidad y la satisfacción del poder dirigente, y la rentabilidad, en cambio, no es más que un instrumento, a veces hasta tristemente necesario, para conseguir estos objetivos.
- 7 También distingue entre la definición de Empresa Familiar y los signos que permiten identificarla OTERO LASTRES, quien en *La Junta General de Accionistas en la sociedad anónima familiar en La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, dirigido por Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, Madrid, 1995, pág. 258, destaca como características de la Empresa Familiar las siguientes: 1. Los socios no son meros inversores, sino auténticos partícipes interesados en la marcha del negocio. 2. Las acciones no son fácilmente convertibles en dinero, lo cual desemboca en su iliquidez. 3. No existe una valoración actualizada de la inversión, ya que, al no poseer un precio de mercado porque no cotizan en Bolsa, no se conoce con exactitud el valor de las acciones. 4. Debido a las limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones, existen serias dificultades para la circulación de la inversión. 5. Las personas de los socios no son sustituibles por otras, lo cual desemboca en una no fungibilidad de tal condición. Discrepamos de OTERO LASTRES por cuanto entendemos que las características apuntadas no son exclusivas de las Empresas Familiares, sino que son propias de todas las sociedades cerradas en las que pretenda darse trascendencia al elemento *intuitu personae*, sean o no familiares. En nuestra opinión cualquier intento por identificar las características propias de la Empresa Familiar exige hacer referencia a la familia.
- 8 Miguel Ángel GALLO. *Empresa Familiar: Trampas y Fortalezas*. Documento del IESE.
- 9 Conviene distinguir entre la figura del consejero externo y la del independiente. De acuerdo con la terminología usualmente empleada en los diversos informes que, tanto en nuestro país, como en otros de nuestro entorno, han abordado la cuestión del gobierno de las sociedades abiertas o cotizadas, el consejero externo es aquel que no está integrado en el equipo ejecutivo, esto es, que no desarrolla de forma directa tareas de gestión en la empresa. El consejero independiente es aquel que no tiene vinculaciones significativas ni con el capital ni con el equipo ejecutivo. Utilizando este criterio, un consejero independiente será siempre un consejero externo, pero no necesariamente un externo será un independiente. A título de ejemplo, piénsese en el consejero designado por su vinculación con el capital que no desarrolla funciones de gestión, circunstancia muy habitual en la sociedad de carácter familiar.
- 10 TARRAGONA CAROMINA en *Pactos restrictivos a la libre transmisibilidad de las acciones*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de noviembre de 1990. Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXXI, pág. 68. Sintetiza perfectamente este autor las ventajas que pueden suponer para la Empresa Familiar las cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones al señalar que sirven para mantener, tanto la estructura de poder de la sociedad, reflejo de su configuración personal, como la relación de confianza entre los socios, esencial en la pequeña y mediana empresa, en la que éstos, aun cuando no todos participen en la administración, ni se hayan establecido expresamente prestaciones accesorias, no siempre son simples «accionistas de cupón», sino que colaboran directa o indirectamente en la consecución de la finalidad social, y se sienten implicados en la marcha de la empresa. Así ocurre a menudo, según este mismo autor, en las empresas familiares, en las que la confianza y el trabajo desinteresado de todos sus miembros es un elemento aglutinador y útil que se trata de conservar y que, en caso de entrada de un extraño, no familiar, puede verse resquebrajado.
- 11 WARD, John L. en *Cómo desarrollar la Empresa Familiar*. Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1994, pág. 44. Considera John L. WARD que la naturaleza de los negocios parece a menudo contradecir la de la familia. La familia tiende a regirse por vínculos emocionales; los negocios deben ser objetivos. La familia protege a sus miembros; los negocios lo hacen en mucho menor grado. La familia garantiza una aceptación incondicional; los negocios valoran a las personas por el aporte que cada una realiza. Estas y muchas otras situaciones conflictivas pueden generar ambigüedades y tensiones entre los miembros de una familia. A su vez, esto causa problemas que pueden afectar significativamente a los negocios.

- 12 Miguel Ángel GALLO en *Empresa Familiar Texto y Casos*, Praxis, Barcelona, 1995, pág. 10. En cuanto a la trascendencia de la figura del socio en las Empresas Familiares, Miguel Ángel GALLO destaca que en la empresa no familiar es habitual que la mayoría de los propietarios actúen como socios que tienen compromisos «pasivos», en el sentido de que entienden que no tienen obligaciones con la empresa y sí derechos de protección y acrecentamiento a su patrimonio, y «ausentes» en el sentido de que sus actitudes y decisiones no se sienten comprometidas por la historia de la compañía ni por otro tipo de lealtades. Sin embargo, según este mismo autor, cuando una empresa es y desea seguir siendo auténtica Empresa Familiar, resulta preferible que sus socios sean «activos» y están «comprometidos», no sólo con su patrimonio, sino también con sus actitudes. Cuando los miembros de la familia reciben la propiedad de la Empresa Familiar heredan o reciben algo más que una pura participación económica en un negocio, heredan tradiciones y compromisos morales y legales. En este mismo orden de cosas, Iván LANSBERG. *Documento del Instituto de la Empresa Familiar. Conferencia sobre el papel del accionista en la Empresa Familiar*, Hotel Rey Juan Carlos I de Barcelona, día cuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve; entiende Iván LANSBERG que el socio familiar debe sentirse como una especie de «guardián del legado familiar», lo que requiere una nueva definición del concepto de propiedad, y un compromiso con las futuras generaciones. Kellin E. GARSICK, John A. DAVIS, Marrion MC COLLOM HAMPTON e Iván LANSBERG, en la obra ya cit. *Empresas Familiares...*, pp. 205 y 206, consideran que, aunque la sucesión es un proceso de los tres círculos del sistema (la propiedad, la empresa y la familia), el mecanismo de la transición debe comenzar con las decisiones concernientes a la propiedad. El control de la propiedad por parte de la familia decide quién ejerce el poder, aun cuando la gerencia esté en manos de ejecutivos profesionales que no pertenezcan a la misma. Nos encontramos con la regla áurea de que «quien tiene el dinero tiene el poder», por este motivo, el proceso de sucesión comienza con las decisiones sobre la forma de propiedad en la siguiente generación (propietario controlador, sociedad de hermanos o consorcio de primos), y tales decisiones catalizan las otras transiciones en el liderazgo de la gerencia y de la familia.
- 13 BIGNÉ ALCANÍA en *La Empresa Familiar... ya cit.*, pág. 102, advierte que con respecto a la propiedad, la Empresa Familiar se enfrenta al reto de su permanencia y reparto en el seno familiar. Según el autor, con frecuencia determinados proyectos de inversión contemplan la incorporación de socios ajenos a la familia, y si bien es cierto que su participación facilita el crecimiento rápido, frecuentemente estos procesos se ven acompañados de procesos de deterioro cuando el socio es no familiar. En este sentido, las alianzas o incluso la participación de terceros debe realizarse con otras Empresas Familiares que compartan una serie de valores y una cultura empresarial semejante, de modo que se comprendan y faciliten las relaciones familia-empresa.
- 14 Kellin E. GARSICK; John A. DAVIS; Marrion MC COLLOM HAMPTON; Iván LANSBERG. *Empresas Familiares... ya cit.*, pp. 6 y ss.
- 15 WARD, John L. *Cómo desarrollar... ya cit.*, pág. 11.
- 16 LANSBERG, Iván. *Documento del Instituto de la Empresa Familiar. Sexto Congreso Anual de The Family Business Network. Transcripción de las conferencias de los días 21 al 24 de septiembre de 1995*. El Escorial, Madrid.
- 17 POZA VALLE. Profesor de Empresa Familiar en el Weatherhead School of Management de la Case Western Reserve University de Estados Unidos y Presidente de Ernesto Poza y Asociados. *I Congreso de la Empresa Familiar de la Comunidad Valenciana. La Empresa Familiar ante el tercer milenio* (14 de diciembre de 1999).
- 18 WARD, John L. *Cómo desarrollar... ya cit.* pág. 117.
- 19 Fernando CASADO. *Iniciativa emprendedora y Empresa Familiar*, pp. 43 a 45. Entiende Fernando CASADO que el consejo de familia debe tener vínculos fuertes y fluidos con el consejo de administración y/o el comité de dirección de empresa, pero para que sea un órgano que aporte un valor añadido a todo el sistema debe tener bien definida su composición, funciones, actividades y mecanismos de relación con los demás órganos de la empresa. Según este mismo autor el consejo de familia debe ocuparse de los asuntos de la familia relacionados con la empresa, sin embargo, no tiene solamente una función de gestión de actividades, y debe ser también un órgano para la solución de los conflictos que muchas veces se producen en la familia con motivo de sus relaciones con la empresa, así, por ejemplo, cuando se trata de contratar o despedir a familiares; de fijar, modificar o hacer respetar las normas de uso y disfrute de privilegios o recursos de los que disponen algunos familiares de la generación anterior o que trabajan en la empresa; la compraventa-liquidación de acciones; el comportamiento ético de la empresa en el mundo de los negocios, etc.
- Por último, Fernando CASADO da algunas recomendaciones relativas a la composición idónea del consejo de familia, y afirma que para que sea un órgano diferenciado de la junta general y del consejo de administración es conveniente que también tengan cabida en el mismo miembros de la familia que no trabajen en la empresa y que no tengan acciones. Un consejo de familia, para que sea operativo, no puede exceder de diez a doce miembros, y en empresas

- familiares multigeneracionales debe huir de la tendencia de repartir el consejo en ramas familiares, recordando que el consejo de familia tiene una tarea primordial: desarrollar entre los familiares un sentimiento de pertenencia a un solo grupo familiar.
- 20 Preconiza la creación de un tipo societario específico para la Empresa Familiar Isabel RODRÍGUEZ DÍAZ quien en *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*. Cuadernos Mercantiles 2, dirigidos por José Luis FERNÁNDEZ RUIZ, Edersa, Madrid, 2000, pág. 17, afirma que «la empresa familiar, como habitualmente se la denomina, es un fenómeno con características típicas susceptible de contemplación separada, inadaptable globalmente a los tipos societarios existentes en el Derecho Mercantil».
- 21 En contra de esta opinión Kellin E. GARSICK, John A. DAVIS, Marrion MC COLLON HAMPTON, Iván LANSBERG, quienes en *Empresas Familiares... ya cit.*, pág. 194, entienden que el consejo de administración debe contar con una amplia representación de personas que no pertenezcan a la familia ni al grupo de ejecutivos, y los representantes de la familia deben ser exclusivamente el presidente del consejo, o el presidente ejecutivo, el candidato o candidatas a sucederlos y representantes del consejo familiar.
- 22 Artículo 137 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades anónimas, desarrollado por el Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo.
- 23 Isabel RODRÍGUEZ DÍAZ en *La empresa familiar... ya cit.*, pp. 134 y 135.
- 24 En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.F.J. en «La temporalidad del cargo de administrador en la sociedad anónima», *RdM*, 1979, pp. 431 ss. señala que la temporalidad del cargo de administrador constituye una garantía de la eficacia de la administración por varias razones: a) La fijación de períodos en los cuales la sociedad podrá reorientar soberanamente su política, haciendo posible el cambio mediante la elección de las personas más idóneas; b) Se dificulta el anquilosamiento de la gestión, estimulando a los administradores hacia la mayor diligencia en el ejercicio del cargo y c) Se asegura un tiempo mínimo en el desempeño de la función. También en favor de la temporalidad del cargo señala con acierto CORTÉS DOMÍNGUEZ que, aunque, si bien es cierto que el nombramiento indefinido puede terminar, si así lo decide la Junta General, en cualquier momento por la vía de la revocación, la temporalidad exige la reelección para continuar en el cargo. Falta de reelección y revocación no son, en efecto, términos equivalentes. La revocación tiene un carácter excepcional y sancionador. La temporalidad facilita fáctica y psicológicamente la renovación del órgano administrativo. En este sentido CÁMARA ÁLVAREZ, M. en «El carácter temporal del cargo de administrador de las sociedades anónimas», *RdM*, 1979, pág. 280, afirma que se ha dicho que la Junta puede sentir reparos a la hora de apartar de la administración de la sociedad a un administrador cuya gestión no se ha juzgado satisfactoria, por cuanto la destitución comporta una censura. Si el cese debe producirse necesariamente, al transcurrir el plazo estatutario, desaparece, se piensa, esta especie de coacción moral. Sin embargo, para este autor «La violencia que comporta eliminar a un administrador puede parangonarse con la que implica no reelegirle». No coincidimos en este particular con CÁMARA ÁLVAREZ. Psicológicamente es muy diferente retirar la confianza que ya se había depositado en una persona (revocación), que, simplemente, no llevar a cabo una reelección que, por lo demás, tampoco se había garantizado.
- 25 Sobre su caracterización puede verse, entre otros, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *La fundación de la sociedad anónima*, Madrid, 1997, pp. 132 ss.
- 26 Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, *Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas*, en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, La Fundación, coord. Alonso UREBA, DUQUE DOMÍNGUEZ, Esteban VELASCO, GARCÍA VILLAVARDE, SÁNCHEZ CALERO, Madrid, 1991, pp. 71 ss.
- 27 El Consejo de Administración puede autorregularse, dotándose, al efecto, y dentro del necesario respeto a la Ley y a los estatutos, de un reglamento de organización y actividad (vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 83 ss.; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Madrid, 1995, pp. 69-70). A diferencia de lo que sucede con los estatutos, su aprobación formal y su modificación no precisan del acuerdo de la Junta General. Los propios caracteres del Consejo, integrado por un número limitado de sujetos, que tienen una responsabilidad de tipo profesional, favorece el tratamiento detallado de ciertas cuestiones, y facilita, a su vez, la adaptación de la reglamentación dictada.
- 28 En el caso del Consejo de administración, la regulación de su composición y funcionamiento es materia estatutaria. No obstante, en la SA, los estatutos pueden guardar silencio sobre la determinación de las reglas de funcionamiento, remitiendo la cuestión al propio Consejo de Administración (así, SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento del consejo de administración*, *op. cit.*, pp. 70 ss.). En el caso de la SRL, los estatutos tendrán que establecer, al menos, las reglas básicas sobre convocatoria, constitución del órgano, modo de deliberar y régimen de adopción de los acuerdos por mayoría (art. 57.1 LSRL).
- 29 Cfr. Esteban VELASCO, *La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo*, pág. 189, en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, coord. Esteban VELASCO, Barcelona, 1999.
- 30 Vid. en este trabajo,... REMISIÓN.

- <sup>31</sup> No obstante, ello no significa que el sujeto designado como administrador independiente, realmente lo sea. Al respecto, la doctrina ha planteado una serie de circunstancias que pueden poner en tela de juicio la eficacia del sistema. Así, el hecho de que, en la práctica, el nombramiento de consejeros independientes sea propuesto por el Consejo de Administración (Esteban VELASCO, *op. cit.*, pág. 201), dominado por el líder o los grupos de control. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que los independientes prestan sus servicios, principalmente, en otras actividades, lo que reduce la atención que pueden prestar a sus tareas como administradores (BRUDNEY, *The independence director: heavenly city or potemkin village*, Harvard Law Review, 1982, pág. 610). En la misma dirección, no pueden ignorarse las limitaciones de tipo subjetivo, que tienen que ver con la dificultad de dar una retribución adecuada, que motive pero no mine la independencia del administrador; y con el hecho de que suelen pertenecer al mismo círculo social que el resto de administradores. En no pocas ocasiones, se trata de personas conocidas e, incluso, con vínculos de amistad con miembros del equipo ejecutivo (BRUDNEY, *op. cit.*, pág. 613). Finalmente, la independencia es un requisito psicológico, cuya presencia material no se resume en la concurrencia de ciertas condiciones de carácter objetivo, y, por ello mismo, y por ello, difícilmente verificable. (WEISS, *Economic Analysis, Corporate Law and the ALI Corporate Governance Project*, Cornell Law Review, n.º 70, 1984, pág. 12; Esteban VELASCO, *La renovación del Consejo de Administración*, *op. cit.*, pp. 201 ss.).
- <sup>32</sup> Tal afirmación debe matizarse, dado que, de forma indirecta, podrían tener incidencia en las decisiones y en la estructura de gobierno que adopta la sociedad. Así, ha de apuntarse que, usualmente, los sujetos que asumen el liderazgo de la empresa familiar, han suscrito el protocolo familiar y tienen voz y voto en el Consejo de Familia. De ahí, cabe esperar que los criterios adoptados en estos documentos y foros sean trasladados a la sociedad por los citados sujetos, mediante su participación en la adopción de las decisiones del Consejo de Administración y de la Junta General. Es posible, además, que existan sindicatos de voto suscritos por los socios pertenecientes a la familia, en cuya virtud, se comprometan a ejercer su derecho de voto en la Junta General, en una determinada dirección; en el caso, aquella que mejor armonice con los criterios emanados del Consejo de familia o con los pactos suscritos en el Protocolo Familiar. Ciertamente, el sindicato de voto, como pacto extrasocial, no vincula a la sociedad (cfr. GARRIDO DE PALMA, *Autonomía de la voluntad y principios configuradores: su problemática en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada*, en *La sociedad de responsabilidad limitada*, I, dir. GARRIDO DE PALMA, Madrid, 1996, pág. 1.870; DUQUE DOMÍNGUEZ, *Escritura, estatutos...*, *op. cit.*, pp. 88-89). Sin embargo, no es menos cierto que tal pacto es vinculante y exigible personalmente a los sujetos –socios– que lo han suscrito, siendo posible, incluso, la exigencia de responsabilidad por incumplimiento.
- <sup>33</sup> Vid. Resolución de 18 de junio de 1980.
- <sup>34</sup> Cfr. POLO SÁNCHEZ, *Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T.IV, dir. URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, Madrid, 1991, pág. 63.
- <sup>35</sup> Cfr. QUIJANO GONZÁLEZ, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de intereses, separación; los suplentes», en *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, RdS, número extraordinario, 1994, pág. 413; Esteban VELASCO, *La administración de la sociedad de responsabilidad limitada*, en *Tratando de la sociedad de responsabilidad limitada*, dir. PAZ-ARES, Madrid, 1997, pág. 730.
- <sup>36</sup> Vid. PRADA GONZÁLEZ, *La persona jurídica administradora de una sociedad anónima*, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, II, Madrid, 1996, pp. 2.229-2.307.
- <sup>37</sup> Debe notarse que en las sociedades familiares que adoptan la forma de SA, suelen existir restricciones a la libre transmisibilidad de acciones cuya aplicación, conlleva, *per se*, el conocimiento previo a la adquisición por parte del órgano de administración, supuesto en el que no sería preciso el establecimiento de una previsión específica. En el caso de la SRL, por imperativo de la LSRL (*vid. arts. 29 ss.*), siempre ha de establecerse algún tipo de restricción, de mayor o menor grado; sobre el particular, puede verse, entre otros, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *Las cláusulas estatutarias limitativas de la transmisión de acciones*, Pamplona, 1998; GARRIDO DE PALMA, *La sociedad anónima. Limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas*, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, II, Valencia, 1995, pp. 1.570 ss.; GÓMEZ MENDOZA, «Régimen estatutario de la transmisión de participaciones sociales», en RdS, número extraordinario, 1994, pp. 177 ss.
- <sup>38</sup> En la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno, se ha previsto, de forma expresa, el deber de comunicación del conflicto al Consejo de administración y el de abstención en la votación; así, entre otros, artículos 101 ss. Loi Sociétés Commerciales de 24 de julio de 1964, artículo 85 Table A Companies Act 1985.
- <sup>39</sup> Con independencia de la previsión expresa de este deber, conviene tener en cuenta que este tipo de situaciones pueden constituir causa legal de cese –*vid. arts. 132.2 LSA y 65 LSRL*–; *vid. al respecto*, SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T.IV, Madrid, 1995, pp. 225 ss.; POLO SÁNCHEZ, *Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima*, *op. cit.*, pp. 262 ss.



- 40 Esteban VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la SRL en el Proyecto de Ley», en AA.VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, *RdS*, 1994, número extraordinario, pág. 579.
- 41 La representación proporcional consiste en la designación de administradores por socios que tengan una cifra de capital igual o superior a la resultante de dividirlo por el número de vocales del Consejo de Administración. De esta forma, los administradores no son designados por la Junta General, sino por cada una de las agrupaciones de acciones, como mecanismo de tutela de los intereses de los socios, particularmente de la minoría; *vid.* al respecto, POLO SÁNCHEZ, *Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima*, *op. cit.*, pp. 392 ss.
- 42 *Vid.* MARTÍNEZ SANZ, *La provisión de vacantes en el Consejo de Administración de la sociedad anónima –la cooptación–*, Madrid, 1994, pp. 399 ss.
- 43 *Vid.* MARTÍNEZ SANZ, *La provisión de vacantes...*, *op. cit.*, pág. 415.
- 44 *Cfr.* SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, *op. cit.*, pág. 365.
- 45 *Vid.* Esteban VELASCO, *La renovación de la estructura de la administración...*, *op. cit.*, pp. 206-208; en relación al *Informe Vienot*, *vid.* COZIAN/VIANDIER, *Droit des sociétés*, 10.<sup>a</sup> ed. Paris, 1997, pág. 239.
- 46 *Vid.* Esteban VELASCO, *La renovación de la estructura de la administración...*, *op. cit.*, pág. 206.
- 47 JUSTE MENCÍA, *Retribución de consejeros*, en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, coord. Esteban VELASCO, Barcelona, 1995, pág. 523.
- 48 JUSTE MENCÍA, *op. cit.*, pp. 523-524.
- 49 *Vid.* respecto a la práctica norteamericana, O'NEAL/THOMPSON, *O'Neals Close Corporations: Law and Practice*, 3.<sup>a</sup> ed., New York, 1992, ch. 8, pág. 88 ss. y 144 ss.; EASTERBROOK/FISCHEL, *The economic structure of corporation law*, London, 1991, pág. 233; LUSK/HEWITT/DONNELL/BARNES, *Business Law: principles and cases*, 3.<sup>a</sup>, Illinois, 1974, pág. 524.
- 50 Con cierta frecuencia, se plantea en las sociedades familiares un conflicto entre el grupo de control, partidario de destinar a reservas los beneficios de la sociedad y los socios minoritarios, partidarios del reparto sistemático de dividendos. Conviene observar que, de forma usual, los primeros perciben, de forma indirecta, las ganancias, a través de retribuciones por prestación de servicios o por el desempeño del cargo de administrador, por lo que su principal interés reside en el fortalecimiento financiero de la sociedad, que permita mantener e, incluso, incrementar en el futuro, su nivel de rentas; *vid.* sobre la problemática apuntada, CABANAS TREJO/MACHADO PLAZAS, «Derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales y abuso de la mayoría» (SAP Barcelona, 25 de julio de 1994), *RdS*, 1995 (1), pp. 292 ss.
- 51 *Cfr.* SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento del Consejo de Administración*, *op. cit.*, pp. 346-347; LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1996, pp. 62 ss.
- 52 POLO SÁNCHEZ, *Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, *op. cit.*, pp. 47 ss.
- 53 *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, *op. cit.*, pp. 266 ss.
- 54 *Cfr.* QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, 1989, pág. 199; LLEBOT MAJÓ, «El sistema de responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia», *RdS*, 1996, II, pág. 63.
- 55 *Cfr.* ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, pág. 76; LLEBOT MAJÓ, *op. cit.*, pág. 47; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, pág. 217.
- 56 Tal formulación constituye una síntesis de la *business judgment rule*, de aplicación generalizada en la normativa y práctica norteamericana; *vid.*, al respecto, sect. 40.1 *ALI Principles of Corporate Governance*, 1992; LUSK/HEWITT/DONNELL/BARNES, *Business Law. Principles and cases*, *op. cit.*, pp. 521-522.
- 57 *Cfr.* MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, *op. cit.*, pp. 72 ss.; CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, en *Trattato delle società per azioni*, dir. Colombo/Portale, Torino, 1991, pág. 51; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento del Consejo de Administración*, *op. cit.*, pág. 123.
- 58 La obligación subsiste, incluso después de haber cesado en sus funciones; *cfr.* QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores*, *op. cit.*, pág. 203.
- 59 *Cfr.* RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1974, pág. 295.

- <sup>60</sup> Vid. sobre esta cuestión, VELASCO SAN PEDRO, *La información en el Consejo de Administración*, en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, dir. Esteban VELASCO, Barcelona, 1999, pág. 356.
- <sup>61</sup> Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, op. cit., pág. 498.
- <sup>62</sup> Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, op. cit., pág. 498.
- <sup>63</sup> Como regla general, el mandato está limitado a cinco años en la sociedad anónima (art. 126 LSA). En el caso de la sociedad limitada, el mandato es indefinido, salvo que los estatutos prevean una duración determinada (art. 60 LSRL).
- <sup>64</sup> En este sentido se pronuncian URQUIJO/CREPO, *El Consejo de Administración: conducta, funciones y responsabilidad financiera de los consejeros. El silencio de los consejos*, Bilbao, 1998, pág. 173.
- <sup>65</sup> En este sentido, *Informe sobre el Consejo de Administración*, Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (Comisión Olivencia), 1998, apartado 5.4.
- <sup>66</sup> En esta línea se sitúa la propuesta del *Informe del Círculo de Empresarios* de 12 de diciembre de 1996 (*Una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los consejos de administración*), que recomienda la revisión de la reelección del consejero por una comisión especial, una vez transcurridos dos mandatos desde su primera elección (vid. apartado 2.6); con un sentido parecido, *Informe Cadbury*, ap. 4.16 del *Code of Best Practices*.
- <sup>67</sup> Cfr. BRUDNEY, *The independent director; heavenly city or potemkin village*, op. cit., pág. 613.
- <sup>68</sup> Se ha subrayado, desde una perspectiva general, que «la finalidad de la compensación es atraer, retener y mantener motivados a personas válidas para desempeñar los puestos de trabajo en las empresas» (Luis PUCHOL, *Dirección y Gestión de los Recursos Humanos*, 4.ª edición, Madrid, 2000, pág. 238), haciendo hincapié en las motivaciones egoístas del ser humano; así, gráficamente, puede afirmarse que «nadie apoya algo si no está convencido de que, de ese modo, va a obtener alguna ganancia de ello» (obra y autor citado, pág. 236). Tales consideraciones son perfectamente extrapolables al administrador independiente.
- <sup>69</sup> En realidad, también entre los autores que han estudiado los Recursos Humanos, desde una perspectiva general, se pone de manifiesto que no es el dinero, en sentido estricto, la principal variable motivacional, sino más bien, el reconocimiento al trabajo bien hecho y la consideración que lleva aparejada; así, Luis PUCHOL, *Dirección y Gestión de los Recursos Humanos*, op. cit., pág. 290. La relevante influencia que las circunstancias apuntadas tienen en la motivación del administrador ha sido puesta de relieve por TRAVERS, *Removal of the corporate directors during his term of office*, Iowa Law Review, 1967, pág. 407.
- <sup>70</sup> Cfr. BRUDNEY, op. cit., pág. 613; URQUIJO/CREPO, op. cit., pág. 170.
- <sup>71</sup> Cfr. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *Reflexiones sobre la distribución de poderes en la moderna sociedad anónima. Teoría cíclica de Eisenberg*, RdM, 1977, pág. 575.
- <sup>72</sup> Vid. al respecto, las reflexiones de EISENBERG, *The structure of the corporation. A legal Analysis*, Boston/Toronto, 1976, pp. 144-148; HERMAN, *Corporate Control, Corporate Power*, New York, 1981, pp. 30-40; CLARK, *Corporate Law*, Boston-Toronto, 1986, pág. 109.
- <sup>73</sup> JUSTE MENCÍA, *Retribución de consejeros*, op. cit., pp. 527 ss.; PÉREZ RENOVALLES, *Retribución de Consejeros*, en, URQUIJO/CREPO, *El Consejo de Administración. Conducta, funciones y responsabilidad financiera de los consejeros. El silencio de los consejos*, pág. 535.
- <sup>74</sup> Cfr. WEISS, *Economic Analysis, corporate governance and the ALI Project*, pág. 12. BRUDNEY, *The independence director... op. cit.*, pág. 613, quien subraya, además, que tal circunstancia puede desmotivar al administrador para resistir frente a las presiones a las que, indudablemente, estará sometido en el desempeño de su cargo.
- <sup>75</sup> Cfr. PÉREZ RENOVALLES, *Retribución de Consejeros*, op. cit., pág. 535, quien destaca que la retribución debe ser moderada pero suficiente para atraer a profesionales cualificados, vinculada a responsabilidad y grado de compromiso.
- <sup>76</sup> Vid. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Stock options*, Madrid, 2000, pp. 74 ss.; TUSQUETS TRÍAS DE BES, *La remuneración de los administradores en las sociedades de capital*, Barcelona, 1998, pp. 259 ss.
- <sup>77</sup> Vid. FLETCHER/BJUIR, *Executive compensation*, en *Fletcher Cyclopedia of the law of private companies*, vol. 5A, New York, 1995, pág. 138.

- 78 Sobre sus rasgos más relevantes, *vid.* IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Stock options*, *op. cit.*, pp. 23 ss.
- 79 Expresamente, el *Informe Cadbury* recomienda que la exclusión del administrador independiente de los planes de opciones de compra de acciones (*Best Practices Code*, apartado 4.13).
- 80 *Cfr.* PÉREZ RENOVALLES, *Retribución de Consejeros*, *op. cit.*, pág. 535.
- 81 Expresamente, *Informe Cadbury (Best Practices Code)* apartado 4.13.
- 82 *Vid.* TUSQUETS TRÍAS DE BES, *La remuneración de los administradores de las sociedades de capital*, pp. 145 ss., autor que hace hincapié en la distinción entre este sistema retributivo de carácter mercantil, y las dietas de naturaleza laboral, que no pueden ser consideradas, en sentido estricto, como retribución, sino como una compensación de los gastos que tiene el trabajador, por razón de su prestación laboral (*op. cit.*, pág. 145).
- 83 *Cfr.* LÓPEZ DE MEDRANO, «En torno a la retribución de los administradores de la sociedad anónima», *RGD*, n.º 577, 1992, pág. 10.158.
- 84 Expresamente, *Informe Cadbury (Best Practices Code)* apartado 4.13.
- 85 *Cfr.* Vicent CHULIÁ, *Medidas de aseguramiento y prevención de la responsabilidad de los administradores sociales*, en *El gobierno de las sociedades*, III, Expansión, Madrid, 1999, pág. 301.
- 86 Vicent CHULIÁ, *Medidas de aseguramiento y prevención...*, *op. cit.*, pp. 302-303.
- 87 RONCERO SÁNCHEZ, *La retribución de los administradores de la sociedad anónima*, en *El gobierno de las sociedades*, III, Expansión, Madrid, 1999, pág. 360.
- 88 BLANQUER ÜBEROS, *La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la junta general*, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. Manuel BROSETA PONT*, TII, Valencia, 1995, pp. 427-428.
- 89 Sobre la problemática del momento de determinación de la retribución, *vid.* TUSQUETS TRÍAS DE BES, *La remuneración de los administradores...*, *op. cit.*, pp. 139 ss.
- 90 *Cfr.* LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, *op. cit.*, pág. 115.
- 91 JUSTE MENCÍA, *Retribución de consejeros*, *op. cit.*, pág. 528.
- 92 *Cfr.* PÉREZ RENOVALLES, *Retribución de Consejeros*, *op. cit.*, pág. 535; respecto al Derecho norteamericano, *vid.* EASTERBROOK/FICHEL, *The economic structure of Corporate Law*, *op. cit.*, pág. 104.
- 93 Sobre su composición y funciones, *vid.* JUSTE MENCÍA, *Retribución de consejeros*, pp. 523 ss.; en relación a las propuestas del *Informe Greenbury*, *vid.* DAVIS, *Gower's principles of modern company law*, London, 1997, pág. 633.
- 94 *Cfr.* PÉREZ RENOVALLES, *Retribución de Consejeros*, *op. cit.*, pág. 536. Sobre esta cuestión, debe recordarse que el artículo 200.12.ª LSA exige la constancia en la Memoria que ha de acompañar a las cuentas anuales, de las retribuciones de los administradores, cualquiera que sea su causa, de forma global, por concepto retributivo. Se trata, sin embargo, de una medida insuficiente. En esta línea, gran parte de los códigos voluntarios de gobierno de las sociedades, nacidos en el contexto del último movimiento de reforma, han recomendado que la información ofrecida a los socios comprenda las retribuciones percibidas individualmente por los administradores; así, *Cadbury Report* [1992], s.4.40; *Greenbury Report* [1995], part B, recommendation B.4.; *Hampel Report* [1998], part. B, III]. El texto de tales documentos puede verse en AA.VV., *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, Esteban VELASCO, Coord., *op. cit.*, pp. 767 ss.). En nuestro país, el Informe Olivencia ha propuesto la aplicación paulatina, y dentro de ciertos límites de prudencia, de publicación en la Memoria de la sociedad de las retribuciones que perciban individualmente los administradores. No obstante, dicha recomendación se ha convertido en exigencia en el Reglamento tipo del Consejo de Administración, cuya aplicación fue recomendada –aunque de forma exclusiva para las sociedades cotizadas– por la CNMV (*vid.* JUSTE MENCÍA, *Retribución de consejeros*, *op. cit.*, pág. 534).
- 95 *Cfr.* JUSTE MENCÍA, *Retribución de consejeros*; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *La administración de la sociedad anónima*, RJN, octubre-diciembre, 1992, pág. 136.
- 96 *Cfr.* RONCERO SÁNCHEZ, *La retribución de los administradores de la sociedad anónima*, *op. cit.*, pág. 360.

- <sup>97</sup> Cfr. POLO SÁNCHEZ, *Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima*, op. cit., pp. 104-105.
- <sup>98</sup> Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, op. cit., pág. 193; LÓPEZ DE MEDRANO, *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Barcelona, 1986, pág. 115.
- <sup>99</sup> Entre otros, ARANGUREN URRIZA, *Órganos de la sociedad de responsabilidad limitada*, en *La sociedad de responsabilidad limitada*, T.I., dir. GARRIDO DE PALMA, Madrid, 1996, pág. 1.395; SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, op. cit., pp. 206 ss.
- <sup>100</sup> Vid. EMBID IRUJO, *Revocación de consejero delegado en una sociedad anónima. Comentario a la sentencia de 30 de diciembre de 1992*, La Ley, 1993 (3), pp. 397 ss.
- <sup>101</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Pactos de indemnización del administrador cesado*, en *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Aurelio Menéndez*, T. II, Madrid, 1996, pp. 1.805 ss.
- <sup>102</sup> Cfr. Esteban VELASCO, *La administración de la sociedad de responsabilidad limitada*, op. cit., pp. 757-758.
- <sup>103</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Pactos de indemnización del administrador cesado*, op. cit., pág. 1.811; JOHNSEN, *Golden Parachutes and the Business Judgment Rule: Toward a proper standard of review*, Yale Law Journal, march, 1985, pp. 916-917.
- <sup>104</sup> Cfr. GAILLARD, *La société anonyme de demain*, Paris, 1933, pág. 137; BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas*, Coimbra, 1993, pág. 710; JOHNSEN, *Golden parachutes ante the Business Judgment Rule: towards a proper standard of review*, op. cit., pp. 916-917.