

PRECISIONES DE LA EBA EN RELACIÓN CON DETERMINADOS ASPECTOS
DEL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Carmen Alonso Ledesma (*)

(*) Carmen Alonso Ledesma es catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid.

Este artículo es responsabilidad exclusiva de la autora y no refleja necesariamente la opinión del Banco de España o del Eurosistema.

PRECISIONES DE LA EBA EN RELACIÓN CON DETERMINADOS ASPECTOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Resumen

La Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés), cumpliendo el mandato conferido por la Directiva 2013/36/EU (CRD IV), ha concretado en sus Guías EBA/GL/2017/12 y EBA/GL/2017/11, publicadas en septiembre del presente año, aquellas cuestiones que la Directiva había dejado sin especificar y que eran esenciales para una adecuada interpretación y aplicación de los requerimientos exigidos en ella. En este artículo se realizan algunas reflexiones valorativas sobre esos aspectos del gobierno corporativo de las entidades de crédito que ahora desarrollan las Guías de la EBA, tratando de dilucidar si las precisiones y conceptos vertidos en ellas resultan adecuados para mejorar ese gobierno o si, por el contrario, tales exigencias incrementan todavía más la carga impuesta a las entidades sin que ello suponga una mejora sustancial de dicho gobierno corporativo.

1 Introducción

Es una opinión ampliamente difundida que, entre otras causas, fueron las deficiencias en materia de gobierno corporativo de las entidades de crédito las que ejercieron una decisiva influencia en la generación de la crisis financiera reciente¹, fundamentalmente porque tales deficiencias proporcionaron fuertes incentivos a los bancos para asumir riesgos excesivos². Inapropiada cualificación de los miembros del consejo y poca dedicación al desempeño de sus funciones, excesivas remuneraciones, deficiente gestión del riesgo y escaso control interno figuran entre los fallos más significativos que se invocan como causantes de la crisis y, consecuentemente, se propugna la necesidad de corregir tales fallos para impedir que en el futuro puedan volver a producirse.

Con ese objetivo se han revisado los principios de gobierno corporativo de las entidades de crédito por parte de distintos organismos (OCDE y Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, entre otros), para corregir aquellos extremos que se consideraron negativos o para eliminar los fallos detectados en sus sistemas de gobierno. Se parte de la base de que un buen gobierno de los bancos puede contribuir a reducir el peligro de las crisis bancarias, a disminuir el riesgo sistémico y, en definitiva, a procurar la estabilidad del sistema financiero, que es el fin último que se persigue.

En el ámbito de la Unión Europea, ha sido la Directiva 2013/36/EU, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (en adelante, CRD IV), la que se ha ocupado de esta materia, estableciendo una serie de normas sobre control interno y gobierno corporativo que en nuestro ordenamiento se han incorporado a través de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito (en adelante, LOSSEC), y del reglamento RD 84/2015, de 13 de febrero, que la desarrolla.

Con la Directiva, se ha transformado prácticamente el marco legal del gobierno corporativo de los bancos europeos al proceder a un rediseño de la estructura organizativa de los bancos y al establecer estrictos requerimientos sobre la idoneidad y los deberes

¹ Entre otros, Kirkpatrick (2009), Bruner (2011), pp. 309 y ss., y Sepe (2012), p. 327.

² Así, en el expositivo 53 de la CRD IV se señala que «la debilidad del gobierno corporativo de una serie de entidades ha contribuido a una excesiva e imprudente asunción de riesgos en el sector bancario, que ha llevado al hundimiento de diversas entidades y a problemas sistémicos en los Estados miembros y a nivel mundial».

de los miembros del consejo, así como detalladas reglas respecto a las políticas de remuneración de estos y la gestión y control del riesgo³. Algo que ha ido más lejos de las recomendaciones que en el ámbito internacional hizo el Comité de Basilea en 2010 o en 2015, sobre todo al transformar los principios de gobierno corporativo en normativa regulatoria, en derecho administrativo sancionador.

El abandono del *soft law* (de las tradicionales recomendaciones en el campo del gobierno corporativo, sometidas al principio de «cumplir o explicar») e incluso del Derecho de sociedades y su sustitución por normas regulatorias de obligado cumplimiento no resulta del todo convincente, al menos respecto a muchas de las reglas que lo integran. Y es que, si bien esa sustitución es plenamente adecuada respecto a las que hacen referencia al control del riesgo, ya que existe una relación natural entre supervisión prudencial y asunción de riesgos por las entidades de crédito, no lo es tanto, o al menos es discutible, con relación a las que se refieren a otros aspectos, como los que afectan a la composición y funcionamiento de los consejos de administración. En estos casos, el sometimiento a normas de carácter regulatorio sancionador⁴ puede suponer una intromisión excesiva en el derecho constitucional de la libertad de empresa y, aunque estemos ante un sector regulado y, por tanto, sujeto a limitaciones de ese derecho, algunas de ellas pueden no estar totalmente justificadas y es posible, incluso, que en lugar de mejorar el gobierno de las entidades de crédito puedan resultar, en algunos casos, contraproducentes⁵.

Con independencia del juicio que merezca esta normativa, la Directiva dejó sin concretar algunas cuestiones que eran esenciales para una adecuada interpretación y aplicación de los requerimientos que se exigían, quedando encomendada a la EBA la tarea de perfilar esos extremos mediante la formulación de las adecuadas directrices «a más tardar el 31 de diciembre de 2015»⁶. Con ello, la EBA adquiere un destacado protagonismo, al habersele asignado un papel significativo en el diseño supervisor de la regulación bancaria europea, al confiarle el desarrollo de un importante número de cuestiones, de tal forma que, en la medida en que las Guías interpretan, complementan o desarrollan las normas que sobre gobierno corporativo se contienen en la CRD IV, ha de considerarse que forman parte del *Single Rule Book*⁷.

Aunque con notable retraso respecto a la fecha prevista, la EBA ha cumplido el mandato de la Directiva y ha publicado en septiembre del presente año dos Guías (que no entrarán en vigor hasta junio de 2018), en las que se precisan las distintas cuestiones que le habían sido encomendadas por la Directiva. La primera Guía, realizada en colaboración con ESMA (EBA/GL/2017/12), se refiere a la valoración de la idoneidad de los miembros del consejo y de los titulares de funciones claves tanto de las entidades de crédito como de las empresas de servicios de inversión, englobando dentro del término «idoneidad», además de los requisitos relativos a la cualificación de los miembros del consejo respecto a conocimientos, competencias y experiencia, honestidad, integridad e independencia de criterio, individual y colectivamente, dedicación de tiempo al desempeño de su función, una serie de conceptos como el de diversidad o el de disponibilidad de recursos humanos y financieros para la formación inicial y continuada de los consejeros, que exceden del propio concepto

3 En este sentido, Mülbert y Wilhelm (2015), p. 171.

4 No hay que olvidar que la violación de lo dispuesto en el artículo 91 de la Directiva se puede sancionar con la pérdida de la autorización de la entidad [CRD IV, artículo 18 c, en conexión con el artículo 13 (1) 2] y también con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios neto anual total de la entidad y con multa de hasta 5 millones a la persona natural infractora [CRD IV, art. 67.1 p y 67.2 e y f].

5 Sobre estas cuestiones, puede verse Alonso Ledesma (2016), pp. 59 y ss., con más referencias.

6 Así, art. 91 (12), *in fine* Directiva.

7 Mülbert y Wikhelm (2015), p. 172.

de idoneidad en sentido estricto, como luego se dirá. La segunda (EBA/GL/2017/11) está dirigida a precisar las disposiciones de la Directiva en materia de control interno.

El objetivo de este artículo no es llevar a cabo un análisis detallado de las razones que justifican la existencia de normas específicas para las entidades de crédito ni de los preceptos de la Directiva, lo que ya se hizo en otro lugar⁸, sino, de forma más limitada, realizar, al hilo de lo dispuesto en las Guías, algunas reflexiones valorativas sobre determinadas cuestiones que figuran en ellas (quedando al margen, por tanto, la referida a las políticas y prácticas de remuneración, de las que también se ocupa la Directiva)⁹. De lo que se trata, pues, es de dilucidar si las precisiones y conceptos vertidos en esas Guías resultan adecuados para mejorar el gobierno corporativo de las entidades de crédito o si, por el contrario, tales exigencias incrementan todavía más la carga impuesta a las entidades que no necesariamente tiene por qué traducirse en una mejora sustancial de su gobierno corporativo. La excesiva regulación no siempre favorece un mejor gobierno y en muchos casos puede conducir a un mero cumplimiento formal.

Para llevar a cabo el objetivo indicado procederemos a realizar un análisis conjunto de las dos Guías mencionadas en aquellos aspectos que afectan directamente al gobierno corporativo, dejando de lado todas las referentes a la organización de la entidad y al control interno en sentido estricto, toda vez que se trata de materias que entran de lleno en lo que podríamos considerar el marco regulatorio tradicional, sin perjuicio de hacer alguna referencia a aspectos concretos por la conexión que tienen con la materia objeto de valoración.

2 Ámbito de aplicación de las Guías

2.1 ALCANCE NORMATIVO

Como es sobradamente conocido, las Directivas tienen una función armonizadora de carácter mínimo, por lo que los Estados miembros, al incorporar su contenido al ordenamiento jurídico nacional, pueden introducir modificaciones para imponer requisitos más estrictos que los exigidos por la Directiva, lo que desemboca, inexorablemente, en una falta de uniformidad entre todos los Estados integrantes de la Unión Europea a la hora de aplicar la normativa. De ahí que las Guías tengan esencialmente una función de armonización, aclarando, precisando y, en su caso, completando el contenido de la Directiva con la pretensión de establecer criterios comunes para todas las entidades de la Unión, de forma que se garantice el establecimiento de unas prácticas supervisoras de carácter uniforme en todos los Estados miembros.

Las Guías se dirigen, por ello, a las autoridades nacionales competentes, que deben incorporar su contenido en la legislación interna correspondiente, para llevar a cabo la supervisión de las entidades de conformidad con lo dispuesto en ellas y, en la medida en que la función supervisora de las entidades sistémicas o significativas corresponde al Mecanismo Único de Supervisión, también son dirigidas al Banco Central Europeo, en cuanto autoridad encargada de la supervisión de las entidades de la zona del euro de ese carácter.

2.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como se acaba de indicar, aunque el mandato de la EBA es asegurar que los requerimientos establecidos en la CRD IV se apliquen de manera consistente en la UE logrando una mayor armonización en las prácticas supervisoras, lo cierto es que el contenido de las Guías se proyecta directamente sobre las entidades, ya que estas deben seguir lo dispuesto en ellas, dado que su cumplimiento o incumplimiento va a ser objeto de supervisión por las autoridades competentes, las cuales «deben garantizar que las entidades cumplen con

⁸ Véase Alonso Ledesma (2016).

⁹ EBA/GL/2015/22, de 27.6.2016, en vigor desde el 1 de enero de 2017, de conformidad con el mandato contenido en los artículos 74.3 y 75.2 de la CRD IV. El contenido de la Guía se adoptó como propio por el Banco de España el 27 de julio de 2016.

lo dispuesto en las Guías»¹⁰. Se han criticado, por ello, estas disposiciones, al considerar que las Guías deberían focalizarse exclusivamente en la armonización de las prácticas supervisoras y no en la armonización de las prácticas de gobierno corporativo, las cuales deberían ser solamente una consecuencia de lo anterior, y no al contrario.

En realidad, podría decirse que lo que hace la EBA a través de estas Guías es establecer un completo código de buen gobierno de una minuciosidad extrema para las entidades de crédito (y para las empresas de inversión, al menos en parte), al ocuparse prácticamente de todos aquellos aspectos que se incluyen tradicionalmente como componentes de los códigos de este carácter: las funciones que debe desarrollar el consejo en su doble vertiente ejecutiva y de control, la idoneidad de sus miembros y de su organización, etc., siguiendo el mandato de la Directiva, normativa a la que las entidades deben ajustar su conducta pero sin perder de vista que se trata de normativa regulatoria y no de *soft law*.

No hay que olvidar, en efecto, que las Guías, al desarrollar los requerimientos en materia de gobierno corporativo contenidos en los artículos de la Directiva, los hacen más concretos y, por ello, más estrictos, y su incumplimiento acarrea importantes sanciones. Este es el caso, por ejemplo, de que «una entidad haya permitido que una o más personas que no cumplen los requisitos del art. 91 sean nombradas miembros del órgano de administración o continúen como tales» (art. 67.1.p, CRD IV), cuya infracción «es sancionada con multas de hasta el 10 % del volumen de negocios neto anual total» a la entidad (art. 67.2.e); incluso pueden llegar a perder la autorización¹¹ y, si se trata de una persona natural, se le sanciona con multas de hasta 5.000.000 de euros (art. 67.2.f)¹². Por ello, puede haber pocas dudas acerca de la trascendencia que el contenido de las Guías tiene para las entidades y para los consejeros o directivos.

Sea como fuere, lo cierto es que los requisitos regulatorios exigidos en materia de idoneidad o de control interno contenidos en las Guías son de aplicación a todo tipo de entidades de crédito con independencia de la forma legal que adopten, o de la estructura, monista o dualista, del órgano de administración, de la estructura de propiedad de la entidad y de si son o no entidades cotizadas, aunque debiendo tener en cuenta al aplicarlos el principio de proporcionalidad; esto es, atendiendo al tamaño, complejidad, estructura, modelo de negocio, significado económico y perfil de riesgo de los bancos y, en su caso, del grupo. A pesar de todo, en muchos casos puede resultar difícil discriminar el nivel de exigencia de algunos requisitos cuando se refieren al consejo en su función de gestión y al consejo en su función supervisora cuando el órgano tiene estructura monista.

3 La idoneidad de los miembros del consejo

3.1 IDONEIDAD INDIVIDUAL

Ya en la anterior Guía de la EBA (GL/2012/06) se establecieron las directrices para proceder a la evaluación de la idoneidad de los consejeros y altos cargos de las entidades de crédito, las cuales se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico a través del RD 256/2013, de 12 de abril. En esta normativa se establecía un régimen completo en relación con las condiciones de honorabilidad y cualificaciones técnicas que deberían reunir los miembros

¹⁰ Apartado 8 de la EBA/GL/2017/12.

¹¹ Véase art. 18.c en relación con el art. 13.1, apartado segundo, CRD IV, en relación con la infracción del art. 91.1.

¹² En la LOSSEC, en el art. 92, se considera como infracción muy grave «incumplir los requisitos de idoneidad por parte de los miembros de los órganos de dirección, directores generales o asimilados y otras personas que desempeñen puestos claves para el desarrollo de la actividad de la entidad de crédito, cuando el Banco de España aprecie la existencia de un incumplimiento de los citados requisitos, que no se subsane tras la remisión del correspondiente requerimiento; así como incumplir las demás normas de gobierno corporativo y políticas de remuneraciones previstas en el Capítulo V del Título I, cuando se considere especialmente significativo el incumplimiento a la vista de la importancia de las concretas normas infringidas o la situación económico financiera de la entidad». Infracción por la que se sanciona a la entidad en los mismos términos previstos en la Directiva, no recogiendo, en cambio, la sanción prevista para la persona natural infractora.

del consejo de administración y quienes asumen funciones directivas en las entidades de crédito, haciéndolas extensivas también a otras entidades financieras que son objeto de supervisión por el Banco de España (establecimientos financieros de crédito, cooperativas de crédito, establecimientos de cambio de moneda extranjera o entidades de pago).

Ahora, la Directiva insiste en la necesidad de que los consejeros y los altos cargos de las entidades reúnan determinados requisitos no solo de tipo técnico (conocimientos, competencias, experiencia suficiente, etc.), sino también de honestidad, integridad y buena reputación, que, junto con la independencia de criterio, les permitan ejercer un buen gobierno de la entidad. Requisitos que también ha de reunir el consejo en su conjunto.

Así, con carácter general, en el artículo 91.1 CRD IV se establece que los miembros del órgano de administración deberán tener en todo momento la oportuna reputación, y los conocimientos, competencias y experiencia indispensables para ejercer sus funciones. La composición general del órgano de administración reflejará de forma adecuada una amplia gama de experiencias, especificándose en el apartado 7 que «el órgano de administración poseerá colectivamente los conocimientos, competencias y experiencia oportunos para poder entender las actividades de la entidad, incluidos los principales riesgos». Indicando a continuación, en el apartado 8, que «cada uno de los miembros del órgano de administración actuará con honestidad, integridad e independencia de ideas, evaluando y cuestionando, en su caso, de manera efectiva las decisiones de la alta dirección y vigilando y controlando de manera efectiva el proceso de toma de decisión de la dirección». De la concreción de todos estos requisitos, varios de los cuales entran dentro de la categoría de conceptos jurídicos indeterminados, se ocupa ahora la Guía por mandato de la Directiva. Sin embargo, estos requisitos —y, en especial, el de la independencia de criterio para cuestionar las decisiones del *management* sobre el que ahora se pone el acento, más que en el carácter de «independientes» de determinados consejeros, como luego se dirá— no parece que puedan, por sí solos, favorecer un cambio total en las prácticas del día a día de las entidades bancarias¹³. Y es que, como ha sido subrayado, «el buen gobierno de una entidad de crédito no depende solamente del cumplimiento de una serie de requerimientos formales», sino «de una intrincada red de *perceptions, beliefs, drives and fears, personal skills, and group dynamics* que escapan a cualquier esfuerzo de una intervención regulatoria»¹⁴.

3.1.1 Conocimientos, competencias y experiencia

En cualquier caso, la gran importancia que se otorga a la idoneidad de los consejeros y altos cargos y a su evaluación hace que, en la Guía sobre idoneidad, se detallen minuciosamente las cualidades, capacidades, formación, etc., que deben reunir tanto para ser designados como para su reelección, y cómo la entidad y, posteriormente, la autoridad competente han de llevar a cabo esa evaluación.

En primer término y con carácter general se requiere que los miembros del consejo posean un conocimiento actualizado del negocio de la entidad y de sus riesgos que sea proporcional al puesto que desempeñan y un conocimiento suficiente de otras áreas de las que el miembro del consejo no sea directamente responsable, aunque sí lo sea colectivamente junto con el resto de los miembros del consejo.

¹³ En este sentido, véase Mülbert y Wilhelm (2015), p. 195.

¹⁴ Winter (2012), p. 376. En el mismo sentido, Mülbert y Wilhelm (2015), p. 195. En el art. 24.1 de la LOSSEC se ha incorporado lo dispuesto en la Directiva, pero, sin esperar a las anunciadas directrices de la EBA, se ha reproducido en el RD 84/2015 lo dispuesto en el RD 256/2013, de 12 de abril, manteniendo, por tanto, el régimen allí descrito en relación con los requisitos que deben reunir los consejeros y altos cargos, así como dictaminando a quién corresponde efectuar la valoración de la idoneidad de dichos cargos. Con la aparición de las nuevas Guías esta regulación habrá de modificarse.

La evaluación se extiende a la formación académica, teórica y práctica, a la experiencia profesional obtenida en los puestos previamente desarrollados y a los conocimientos y, en su caso, a las competencias adquiridas y demostradas durante su desempeño profesional como miembro del consejo. Se detalla de forma exhaustiva qué debe valorarse y cómo. Así, en relación con la formación académica han de tenerse en cuenta, fundamentalmente, los conocimientos adquiridos en banca, finanzas, economía, derecho, auditoría, contabilidad, regulación financiera, información tecnológica, etc., reproduciendo en gran parte las exigencias que ya figuraban en la Guía anterior de la EBA sobre esta materia.

Dada la importancia que reviste la preparación y experiencia de quienes integran el consejo u ocupan puestos clave en la organización del banco, resulta, por tanto, plenamente adecuado que se exijan unos estándares profesionales más altos para quienes tienen que gestionar la entidad y supervisar esa actuación. Sin embargo, en mi opinión, la Guía va demasiado lejos en el detalle de las competencias o destrezas que debe reunir la persona para que pueda ser designada consejero y que son las que con carácter no exhaustivo se enumeran y explicitan en el anexo II: autenticidad, capacidad de comunicación oral y escrita, decisión y firmeza en la toma de decisiones, capacidad de comunicación, capacidad de analizar y sopesar los datos y la posibilidad de actuación para llegar a una conclusión lógica, capacidad de liderazgo, lealtad, conocimientos externos, capacidad de negociación, de persuasión, de trabajo en equipo y de resistencia al estrés, planificación estratégica, sentido de la responsabilidad, capacidad para presidir reuniones, capacidad para el desarrollo y *marketing* de productos y servicios, etc. Se trata de una serie de cualidades que, desde luego, deberán valorarse, aunque no sea muy fácil hacerlo con criterios objetivos, por lo que estimo que, si se careciera de algunas de ellas, no debería poder invalidarse el nombramiento.

Para valorar la experiencia práctica y profesional, que sí son condiciones más fáciles de apreciar, habrá de atenderse a la naturaleza y complejidad de los puestos desempeñados, la estructura organizativa del negocio, las competencias, el poder de decisión y las responsabilidades asumidas, el número de personas a su cargo, el conocimiento técnico alcanzado sobre el sector financiero y los riesgos que se deben gestionar; todo ello, como es lógico, en relación con la naturaleza, escala y complejidad de la actividad de cada entidad y las concretas funciones y responsabilidades del puesto que se pretende asignar a la persona evaluada. Se considera que los miembros ejecutivos del consejo deben tener suficiente experiencia práctica y profesional en un puesto de gestión semejante durante un largo período de tiempo, ya que, aunque un corto período de tiempo puede ser tenido en cuenta, no es bastante para considerar que se tiene suficiente experiencia.

Esta exigencia, que no difiere en lo esencial de los requisitos de idoneidad ya requeridos en la anterior Guía de la EBA, plantea ahora dos problemas. El primero es cómo se determina qué se entiende por largo o corto período de tiempo, lo cual no deja de entrañar cierta dosis de incertidumbre y de subjetividad. El segundo es que este requerimiento resulta contradictorio con el de diversidad en materia de edad, al que nos referiremos más adelante. Una persona joven carecerá de la experiencia necesaria para desempeñar un puesto ejecutivo y, por ello, será difícil que pueda existir la diversidad que se quiere mantener, y no solo para desempeñar funciones ejecutivas, ya que tampoco se podrá realizar una supervisión adecuada ni se podrán cuestionar las decisiones del *management* si se carece de la experiencia necesaria para poder valorarlas adecuadamente.

3.1.2 Reputación, honestidad e integridad

Los consejeros y los titulares de funciones consideradas clave [*Chief Financial Officer* (CFO), *Chief Risk Officer* (CRO), etc.] también deben gozar de buena reputación, de honestidad e integridad personal, lo que se presume si no existen fundamentos sólidos que demuestren lo contrario ni motivos que permitan albergar dudas razonables. La valoración de estas cualidades debe hacerse tomando en consideración toda la información disponible, que incluye, entre otros, aspectos tales como las condenas o acusaciones por la comisión de delitos o faltas, la declaración personal de concurso, los incumplimientos de la normativa regulatoria, financiera o de seguros, la defraudación a la hacienda pública, el historial de solvencia personal y de cumplimiento de sus obligaciones, la actuación profesional, haber ocupado cargos de responsabilidad en entidades de crédito que hayan estado sometidas a un proceso de actuación temprana o resolución, haber estado inhabilitado, haber sido despedido o cesado en puestos o cargos anteriores, etc.

3.2 IDONEIDAD COLECTIVA

Hasta ahora, los requisitos para determinar la idoneidad de los consejeros y personas en puestos clave se habían circunscrito a los consejeros individualmente considerados, exigiéndose que estuvieran en posesión de los conocimientos y experiencia necesarios para desarrollar su función. En la Directiva (art. 91.7), sin embargo, esta idoneidad se extiende también al consejo en su conjunto, cuya composición debe reflejar los conocimientos, competencias y experiencia necesarias para poder entender las actividades de la entidad, incluidos los principales riesgos, especificándose en la Guía de forma detallada qué debe evaluarse para considerar que esa idoneidad colectiva se mantiene con carácter general, y en especial en el caso de que tenga lugar algún evento u operación que potencialmente pueda alterar esa idoneidad del conjunto (fusiones, adquisiciones, opas, etc.).

Se trata fundamentalmente de que se realicen autoevaluaciones periódicas por parte del consejo para comprobar la adecuación colectiva de sus miembros en las distintas funciones del consejo, de gestión y supervisión, valorando si se han tomado (o son capaces de tomar) decisiones apropiadas en función del modelo de negocio, del apetito de riesgo, y de la estrategia y los mercados en los que la entidad opera. Evaluando, en definitiva, la calidad y eficacia de la gestión. Para ello se requiere que todos los integrantes del consejo posean un conocimiento suficiente de todas las áreas de la entidad para poder debatir acerca de las decisiones que se han de tomar y, en particular, se requiere que conozcan el negocio de la entidad y los principales riesgos a los que está sometida; las actividades materiales de la entidad; las áreas relevantes en materia tecnológica y en cuanto a la seguridad; las de carácter financiero, incluyendo mercados financieros y de capital, solvencia y modelos; responsabilidad financiera e informe; gestión del riesgo, cumplimiento y auditoría interna, entorno legal y regulatorio; planificación estratégica; conocimiento de los mercados locales, regionales y globales; gestión de grupos y riesgos relativos a las estructuras de grupo. Conocimientos que deben poseer no solo los consejeros ejecutivos, sino también los externos, para poder llevar a cabo su función de supervisión. Las entidades significativas deben realizar esta evaluación anualmente, y las no significativas, al menos cada dos años.

Este tipo de evaluación del consejo no es exactamente la misma que la requerida en el artículo 88.1 *in fine* de la Directiva, que alude a que el órgano de administración debe controlar y evaluar periódicamente la eficacia del sistema de gobierno de la entidad y tomar las medidas adecuadas para solventar cualquier deficiencia. Aquí se trata de una evaluación que, aunque no requerida con tantos detalles, no es algo muy distinto de la recomendación contenida en la generalidad de los códigos de buen gobierno e incluso,

como sucede en el caso español, exigida legalmente¹⁵, de evaluación de la actuación del consejo y de sus miembros, si bien en el caso de las entidades de crédito adquiere una nueva dimensión en la medida en que no solo la evaluación por el consejo es o debe ser más exhaustiva, sino que también está sometida a supervisión por las autoridades nacionales o, en el caso de las entidades significativas, por el BCE y, por tanto, su incumplimiento, sometido al procedimiento sancionador anteriormente indicado, como todos los incumplimientos de lo dispuesto en el artículo 91 de la Directiva.

En definitiva, se trata de revisar la contribución de los consejeros individualmente y de comprobar su interrelación con el resto de los consejeros y su participación en la dinámica de grupo, lo que resulta esencial para que el conjunto funcione adecuadamente. Para llevar a cabo esta valoración, la EBA ha establecido un formulario que las entidades deben cumplir, aunque se permite que se utilice otro modelo o, incluso, que la entidad utilice su propia metodología, pero siempre sobre la base de los criterios anteriormente indicados.

Si de la evaluación se desprende que el consejo no es idóneo colectivamente, la entidad debe adoptar tempestivamente las medidas correctoras correspondientes, teniendo en cuenta las deficiencias observadas en la composición del consejo. Tales medidas pueden consistir, entre otras, en la modificación de los cometidos asignados a cada uno de los miembros del consejo; en reemplazar a determinados miembros o en reclutar nuevos consejeros; en la adopción de medidas para mitigar los conflictos de interés; en proceder a la preparación de algún miembro o del conjunto de los miembros del consejo para asegurar la idoneidad individual y colectiva del órgano, etc. Además, las entidades deben informar sin retraso a las autoridades competentes de cualquier deficiencia material identificada concerniente a cualquiera de los miembros del consejo o a la composición del consejo en su conjunto. Las entidades significativas deben informar también de cualquier deficiencia en relación con los titulares de funciones claves de control interno o del CFO. La información debe incluir las medidas tomadas o concebidas para corregir tales deficiencias y el tiempo en que se espera ponerlas en práctica.

4 Independencia de criterio y consejeros independientes

4.1 INDEPENDENCIA DE CRITERIO

La Directiva pone mucho énfasis en la necesidad de que los miembros del consejo posean «*independence of mind*», lo que, unido a la diversidad de miembros en el consejo, se estima que favorecerá que la toma de decisiones no se vea dominada por un individuo o un pequeño grupo de individuos. Se parte de la base de que la existencia de *groupthink* tiene un impacto negativo sobre los resultados de las entidades, provoca que no haya ideas innovadoras en materia de liderazgo y origina un deterioro de la supervisión de los ejecutivos por el consejo. En definitiva, se pretende evitar que haya un seguimiento servil de lo que sugiera el *Chief Executive Officer* (CEO), o un pequeño grupo afín al mismo, con la consiguiente falta de debate en el seno del consejo y la adopción de decisiones que, más que una decisión colegiada, realmente sea la decisión de una única persona.

Según lo dispuesto en la Guía de la EBA, la independencia de criterio es una cualidad que se exige de todos los integrantes del consejo y que nada tiene que ver con la condición de consejero independiente o de otra clase. Puede haber personas que sean independientes

¹⁵ El artículo 529 *nonies* de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) impone al consejo la obligación de realizar una evaluación anual de su funcionamiento y de sus comisiones y de proponer, sobre la base de su resultado, un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas, debiendo consignar en el acta de la sesión, o en un anejo, el resultado de la evaluación. Ello se perfila en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (CBGSC), indicándose las áreas que han de ser evaluadas anualmente para detectar posibles deficiencias; esta evaluación debe ser realizada cada tres años por un consultor externo, que debe consignar en el informe de gobierno corporativo anual el proceso mediante el cual se ha realizado la evaluación, así como las áreas evaluadas y los cambios producidos como consecuencia de la evaluación.

porque no se encuentren en ninguna de las situaciones descritas en la Guía que determinan la ausencia de independencia del consejero, pero que carezcan de las cualidades que adornan a quien tiene pensamiento propio o independencia de criterio. Conforme a la Guía, posee esa independencia de mente quien tiene coraje, convicción y fuerza para evaluar de forma efectiva las decisiones propuestas por otros miembros del consejo y para formular preguntas, especialmente a los miembros ejecutivos del consejo, y es capaz de no seguir dócilmente el pensamiento de grupo, careciendo de conflictos de intereses que le puedan impedir o limitar su capacidad para cumplir sus deberes de manera independiente y objetiva. Y, en consecuencia, quien pueda cuestionar «de manera efectiva las decisiones de la alta dirección, vigilando y controlando de manera efectiva el proceso de decisión de la dirección», como se indica en la Directiva (art. 91.8).

Esto, a mi juicio, es decir poco o decir muchísimo. De una parte, es muy difícil evaluar esas cualidades en una persona que va a ser designada consejero por primera vez, aunque pueda ayudar el examen de su conducta anterior, sea en la propia entidad o en otra distinta, ya que esas cualidades solo podrán apreciarse debidamente en el desempeño práctico de su función. De otra, es especialmente complicado para los consejeros externos no ejecutivos, en el supuesto de que el consejo tenga una estructura monista, como es el caso de España, resistir las presiones que en el seno del consejo pueden darse por parte de los ejecutivos o del CEO (o, en el caso de los dominicales, por los socios) para que manifiesten su conformidad con las propuestas efectuadas, ya que la conducta del consejero es fácil que se considere disruptiva, no colegial e incluso desleal y, sobre todo, porque el manifestar abiertas discrepancias podría llevar a un aislamiento del consejero. Aparte de que, como ha sido indicado, no siempre un consejo «poco amistoso» funciona mejor que los dominados por el CEO¹⁶.

Todo ello, en fin, puede resultar muy perturbador a la luz del régimen sancionador, que permitirá a las autoridades nacionales no solo rechazar inapropiados o inadecuados candidatos para el consejo, sino también imponer severas multas a las entidades y personas naturales si hubieren realizado el nombramiento, o lo hubieran mantenido, con violación del artículo 91 de la Directiva. Es más, se plantea el problema, sobre el que ya alertáramos¹⁷, de si la falta de cuestionamiento crítico de los consejeros externos de las decisiones del CEO, o de los ejecutivos, que posteriormente se compruebe que han causado un perjuicio al banco puede constituir un incumplimiento de su deber de diligencia, de ese nuevo «deber de independencia» que ahora se impone, y, en tal caso, si el consejero afectado al que se le exija responsabilidad podrá invocar la regla de la discrecionalidad empresarial establecida en el artículo 226 de la LSC. Y ello porque la infracción de ese deber no es exactamente la del deber fiduciario de diligencia contemplado en la LSC, sino un deber regulatorio contenido en una norma de este carácter¹⁸.

4.2 CONSEJEROS INDEPENDIENTES

Como es suficientemente conocido, consejeros independientes son aquellos que no tienen actualmente o no han tenido en el pasado reciente relaciones o vínculos de cualquier naturaleza con la entidad o sus directivos que pudieran influir en el desempeño de sus funciones, impidiéndoles emitir una opinión objetiva y equilibrada y reduciendo su capacidad para tomar decisiones de forma libre. O, como se indica en el artículo 529 *duodecies.4* de la LSC, son consejeros independientes «aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus

¹⁶ Enríques y Zetzsche (2014), pp. 18 y 19.

¹⁷ Alonso Ledesma (2016), pp. 99-102.

¹⁸ Pueden verse las distintas opiniones al respecto en Ferrarini (2017), pp. 21 y ss.

directivos». La existencia de consejeros independientes en el consejo es una práctica de buen gobierno que se repite en todos los códigos de este carácter, ya que tradicionalmente se les ha asignado un papel decisivo para mejorar la efectividad de los controles y la supervisión del *management* y sus decisiones, aunque no está demostrado que la presencia de consejeros independientes produzca un mejor rendimiento económico ni que sean la solución a los problemas de gobierno de las entidades¹⁹. Quizás, por ello, aunque se sigue considerando necesario que existan consejeros independientes, se ha puesto más énfasis en que todos los consejeros tengan independencia de criterio, como se acaba de indicar.

Se exige en la Guía que exista un suficiente número de independientes, tanto en las entidades significativas como en las cotizadas no significativas, y para determinarlo se aplicará el principio de proporcionalidad, y en el resto de las entidades será suficiente con que al menos uno de los miembros del consejo sea independiente. Como excepción a lo señalado anteriormente, la autoridad competente puede eximir de la obligación de mantener consejeros independientes en las filiales que estén totalmente participadas, especialmente cuando la filial radique en el mismo Estado miembro que la matriz, o cuando una entidad no significativa sea una firma de inversión.

No se considera como independiente el consejero que pueda estar incurso en cualquiera de las situaciones que en la Guía se enumeran y que, sustancialmente, coinciden con las que se detallan en el artículo 529 *duodecies* de la LSC, aunque este precepto establece un elenco todavía más amplio de circunstancias que impiden considerar como independiente a quien se encuentre inmerso en alguna de ellas, por lo que también habrán de ser tenidas en cuenta, ya que la enumeración realizada por la Guía se hace «sin perjuicio de cualquier adicional requerimiento impuesto por la Ley».

No obstante, el hecho de que un consejero se encuentre en una o más situaciones de las descritas en la Guía no invalida de forma automática su consideración de independiente si la entidad justifica debidamente al supervisor que esa situación no afecta a la independencia del consejero para emitir opiniones y tomar decisiones objetivamente.

Se aplica la regla *de minimis* en los casos en que el consejero independiente haya recibido préstamos, tenga cuentas privadas o utilice otros servicios de la entidad, ya que estas relaciones no invalidan por sí solas el carácter de independiente del consejero, debiendo ser tratadas como un conflicto de interés de acuerdo con lo dispuesto en la Guía sobre control interno, a lo que se hará referencia más adelante.

5 Conflictos de interés

Por lo demás, el tratamiento de los conflictos de interés actuales o potenciales sigue la línea fijada por todos los principios de buen gobierno (deben ser identificados, comunicados, discutidos, documentados y debidamente gestionados o prevenidos por el consejo), con la particularidad de que las entidades deben informar a la autoridad competente cuando hayan identificado la existencia de un conflicto que pueda afectar a la independencia de criterio de un miembro del consejo, incluyendo las medidas tomadas para mitigarlo.

Un conflicto de intereses no supone necesariamente que la persona designada no deba considerarse idónea. Esto solo sucederá si plantea un riesgo importante y si no fuera posible prevenir o mitigar adecuadamente o gestionar el conflicto de acuerdo con las políticas

¹⁹ Véase Garrido García (2016), pp. 955 y ss., con más referencias.

establecidas por la entidad supervisada o con las condiciones impuestas por la autoridad competente para solucionarlo²⁰.

El tratamiento de los conflictos se hace extensivo también a todos los integrantes del *staff*, por lo que también habrá de arbitrarse una política semejante a la anterior para prevenir o mitigar la existencia de conflictos de interés.

Aparte de los conflictos de interés en que pueden incurrir los miembros del consejo, pueden existir conflictos de otro tipo en el seno de la entidad. Por ello, en la Guía sobre control interno se establece también la obligación del consejo de implantar y supervisar políticas efectivas para identificar, valorar y gestionar y, en su caso, mitigar o impedir conflictos actuales o potenciales en el seno de la empresa como consecuencia de las diversas actividades desarrolladas por la entidad o de las diferentes líneas o unidades de negocio que se mantengan, o de la existencia de distintas sociedades dentro del perímetro de consolidación, con el fin de impedir que tales conflictos afecten negativamente a los intereses de sus clientes.

Se sugiere, entre otras medidas, el establecimiento de «murallas chinas» entre las diferentes unidades o líneas de negocio, confiar las actividades conflictivas a diferentes personas o diseñar procedimientos adecuados para realizar operaciones con partes vinculadas.

6 Diversidad

La Directiva, en su artículo 91.10, encomendaba a la EBA especificar «el concepto de diversidad que habrá de tenerse en cuenta en la selección de los miembros del órgano de dirección, con arreglo a lo previsto en el apartado 10», el cual, a su vez, señalaba que «los Estados miembros o las autoridades competentes requerirán a las entidades y a sus respectivos comités de nombramientos que tengan en cuenta una amplia gama de cualidades y competencias al seleccionar a los miembros de sus órganos de dirección y que para ello establezcan una política que favorezca la diversidad en el órgano de dirección».

Esta diversidad, sin embargo, no se circunscribe únicamente a las cualidades y competencias de los miembros del consejo, sino que va más lejos, como se hace explícito en el Preámbulo de la Directiva, al reclamar que la diversidad debe manifestarse también en la edad, sexo y procedencia geográfica de los consejeros para ofrecer una variedad de opiniones y experiencia. Se parte de la idea de que la existencia de diversidad en el consejo, con arreglo a esos parámetros, junto con la «independencia de criterio», facilita la adopción de decisiones independientes, eficientes y sólidas, evitando el llamado *groupthink*.

Siguiendo el mandato de la Directiva, la EBA dedica el Título V de la Guía sobre idoneidad a la diversidad dentro del consejo, limitándose a reproducir lo ya indicado por la Directiva: que las entidades deben establecer una política de diversidad que, como mínimo, debe abarcar tanto la formación académica y profesional como la edad, el género y la procedencia geográfica, especialmente en el caso de entidades con actividad internacional, salvo que, con arreglo a la legislación del Estado miembro, resultara ilegal. Política de diversidad que se completa con la exigencia de favorecer el sexo menos representado, debiendo las entidades significativas indicar en el informe anual de gobierno corporativo si en

20 En la Guía del BCE para la evaluación de la idoneidad de las entidades significativas de mayo de 2017, se indica que la entidad deberá cumplimentar una «Declaración de conflicto de intereses» en la que conste cómo piensa prevenir, mitigar o gestionar el conflicto para que la autoridad competente valore la importancia del conflicto y la adecuación de las medidas adoptadas por la entidad. Si subsistieran dudas acerca de que la entidad pudiera resolver adecuadamente el conflicto, se podrían imponer condiciones específicas en relación con esa situación concreta. Solamente en el caso de que el conflicto no pudiera resolverse con la aplicación de esas condiciones o con las medidas adoptadas por la entidad, la persona designada no se considerará idónea.

la composición del consejo se cumplen o no los objetivos de diversidad requeridos y, en este último caso, indicar las razones por las que no se cumplen, y las medidas que se han de adoptar y el período de tiempo para hacerlo, para asegurar que los objetivos de diversidad sean cumplidos.

Esta exigencia, que ya fuera criticada en su momento²¹ por constreñir demasiado la capacidad de organización de las entidades de crédito, ahora se perpetúa en la Guía de la EBA, al mantenerse que las entidades deben reclutar los miembros del consejo de administración atendiendo a esa diversidad «con el fin de asegurar un más efectivo proceso de toma de decisiones basadas en una constructiva discusión». Se acoge, pues, un sistema que parece preconizar una asignación de puestos en los consejos de administración en función de cuotas acordes con esa diversidad, lo cual resulta más que discutible, sobre todo porque no existen evidencias empíricas que demuestren que la diversidad de edad, género y procedencia permite adoptar mejores y más eficaces decisiones, ni que esa diversidad sea universalmente adecuada para todo tipo de entidades.

Es cierto que, como señala la propia EBA en su informe sobre las prácticas de diversidad existentes en los países de la UE²², la distinta procedencia geográfica de los miembros del consejo puede ser relevante en el caso de entidades con actividad en otro u otros países, porque permite conocer mejor los «valores culturales y las especificidades legales y de mercado existentes en esos países». Pero también es cierto que esos conocimientos pueden adquirirse por otras vías y que el nombramiento de personas del país o países donde la entidad desarrolle sus actividades puede obedecer más a un interés político-económico y de *marketing* que a los beneficios que para un buen gobierno corporativo pueda reportar la presencia de esos miembros del consejo.

Más discutible, en cambio, es la diversidad respecto a la edad, ya que personas de distinta edad pueden tener opiniones y criterios coincidentes y, viceversa, personas de la misma edad pueden tener posiciones radicalmente diferentes. Por ello, no puede afirmarse que la existencia de miembros con diferente edad conduzca a una toma de decisiones más acertada. En el informe antes indicado se constata que la edad tanto de los consejeros ejecutivos como de los no ejecutivos se sitúa en un rango de entre 40 y 60 años, disminuyendo sustancialmente el porcentaje de los menores de 40 y de los mayores de 60, lo cual resulta perfectamente lógico, ya que es en esa franja de edad en la que con más probabilidad se reúnen los requisitos de idoneidad exigidos: formación, competencias y experiencia. No obstante, se insiste en la necesidad de que coexistan miembros muy experimentados con otros que tienen una experiencia de trabajo reciente²³. Esto, como ya se ha indicado más atrás, no deja de ser contradictorio con la exigencia de que se acredite experiencia durante un largo período de tiempo.

Algo semejante sucede en relación con la diversidad de género, ya que, como es conocido, se promueve el acceso de las mujeres a los consejos de administración por un sistema de cuotas con carácter general para todo tipo de sociedades cotizadas. Pero, en el caso de las entidades de crédito, la presencia femenina en los consejos, además de por las consideraciones que habitualmente se aducen, se justifica porque se considera que, al ser más adversas al riesgo, su presencia en el consejo favorecerá una menor y más prudente asunción de riesgos y una mejor gestión. Pero tampoco

21 Alonso Ledesma (2016), pp. 86-89, con más referencias.

22 EBA, *Report on the benchmarking of diversity practices*, 8 de julio de 2016.

23 *Id.*, p. 16.

respecto a este punto existen estudios empíricos que avalen totalmente estas conclusiones²⁴.

Y es que la diversidad de género, como la diversidad de edad, en sí mismas no pueden tener efectos ni positivos ni negativos sobre la gestión o sobre la asunción de riesgos, ya que esos efectos dependerán no de la presencia de más o menos mujeres o de más o menos personas jóvenes o de mediana edad, sino de las circunstancias y del momento concreto que se analice, así como de las características y organización de la entidad. Tanto la buena gestión como una asunción prudente de riesgos no dependen del sexo o de la edad, sino de la preparación, competencias, habilidades, formación y experiencia de quienes forman parte del consejo, sean hombres o mujeres y tengan la edad que tengan. Es probable, además, que esta exigencia indiscriminada para todas las entidades, aunque se aplique el principio de proporcionalidad, origine, especialmente a los bancos medianos y pequeños, costes adicionales inherentes a estas reglas tan inflexibles²⁵.

Por otra parte, mientras que respecto al género existe una previsión de alcanzar una determinada cuota para que se llegue, al menos, a un porcentaje del 40 % de mujeres en los consejos en el año 2020²⁶, no sucede lo mismo en relación con la edad o la procedencia geográfica, por lo que no se sabe cuál es la proporción ideal que debe existir en cuanto a esa diversidad que se propugna.

En fin, la mejora en las prácticas de diversidad que se pretende puede conducir a que se conforme el consejo de administración intentando cumplir con la diversidad más que con la capacidad real de los candidatos. Consciente de este problema, la Guía de la EBA, en su apartado 136, señala que las entidades no deben reclutar a los miembros del consejo «con el solo propósito de incrementar la diversidad en detrimento del funcionamiento e idoneidad del consejo colectivamente, o a expensas de la idoneidad individual de los miembros del consejo». Parece, por tanto, que, a pesar de la insistencia en las «bondades» que representa la diversidad, esta, como es lógico, no debe ser un objetivo prioritario, sino que, como es muy razonable, debe ceder ante otros requerimientos más importantes.

7 Dedicación de tiempo al consejo

La gran importancia que como herramienta de buen gobierno corporativo tiene la dedicación de los miembros del consejo al desempeño de sus funciones está fuera de toda duda. La complejidad cada vez más grande de las actividades desarrolladas por las entidades de crédito hace absolutamente necesario que quienes integran el consejo no solo reúnan las condiciones de formación, capacitación técnica, experiencia y profesionalidad requeridas, sino también que dediquen el tiempo necesario a esa labor: el consejero tiene que disponer de tiempo para informarse debidamente, para conocer la realidad de la entidad, para analizar las operaciones que impliquen riesgos y para, en definitiva, poder vigilar y supervisar la empresa y la actuación de los directivos, que es fundamentalmente la misión que, en un sistema monista de administración como el nuestro, se le asigna.

La dedicación del consejero a su cargo es una cuestión que ha cobrado especial relevancia tras la crisis financiera, al comprobarse que durante esta no solo muchos consejeros de los bancos con problemas carecían de la preparación adecuada para desarrollar

²⁴ Véase Enriques y Zetsche (2014), pp. 7-12, con amplias referencias a los estudios teóricos y empíricos realizados sobre esta materia.

²⁵ Mülberty y Wilhelm (2015), p. 195.

²⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mejora del equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de empresas cotizadas, de 2012.

su cometido, sino que también, al ocupar varios puestos de consejeros en distintas entidades, no podían dedicar el tiempo suficiente a cumplir con su función en todos ellos.

Este, que podría calificarse como «deber de dedicación» del consejero, se estableció en el artículo 91.2 de la Directiva, al señalar que todos los miembros del órgano de dirección debían dedicar tiempo suficiente al desempeño de sus funciones en la entidad, determinándose, en el artículo 91.3, el número máximo de puestos en órganos de dirección que los consejeros podían ocupar simultáneamente, los cuales se concretaban en una combinación cuantitativa de puestos dependiendo de si se desempeñaban funciones ejecutivas o no: se podría combinar un cargo ejecutivo junto con dos cargos no ejecutivos o cuatro cargos no ejecutivos. Y, a estos efectos, se computaban como un solo cargo los puestos, tanto ejecutivos como no ejecutivos, desempeñados dentro del mismo grupo; los puestos ejecutivos o no ejecutivos ocupados dentro de entidades que formen parte del mismo sistema institucional de protección, y los ocupados en sociedades (incluidas las no financieras) en las que la entidad de crédito posea una participación significativa. Este número de cargos podía superarse con autorización del supervisor. No obstante, quedaban excluidos del cómputo los desempeñados en «entidades que no persiguieran predominantemente fines comerciales, como las organizaciones sin fines lucrativos o las organizaciones caritativas»²⁷. En la trasposición de la Directiva a nuestro ordenamiento, el artículo 26 de la LOSSEC mantiene estas limitaciones, que también extiende a los directores generales o asimilados.

A pesar de establecer estas limitaciones cuantitativas del número de puestos que se podían simultanear, la propia Directiva remitía a una futura directriz de la EBA la especificación del «concepto de dedicación de tiempo suficiente al desempeño de sus funciones por parte de un miembro del órgano de dirección, en relación con las circunstancias individuales y la naturaleza, escala y complejidad de las actividades de la entidad» (art. 91.12 a).

Siguiendo ese mandato, la Guía detalla una serie de criterios que han de tenerse en cuenta para valorar si el consejero dedica o puede dedicar el tiempo necesario para cumplir con sus deberes, de forma que a los requisitos cuantitativos establecidos en la Directiva se añaden ahora requisitos cualitativos que se detallan de forma pormenorizada, entre los que se cuentan el tamaño, la naturaleza, el ámbito y la complejidad de las actividades de la entidad en que el consejero desempeña el cargo; el número de reuniones del consejo o de otros comités a los que pertenezca; si la entidad es o no una entidad radicada en la UE; el tiempo de viaje, si la entidad está situada en otro lugar geográfico distinto al de residencia del consejero; las reuniones con las autoridades competentes o con otros organismos, y la naturaleza del cargo (CEO, presidente, miembro o presidente de un comité, y si es un cargo ejecutivo o no), ya que, naturalmente, la dedicación no es igual en un puesto que en otro. Todo ello es perfectamente adecuado, puesto que las circunstancias reseñadas hacen que varíe necesariamente el tiempo que debe dedicarse a la función.

Mención especial merece el desempeño de cargos en las entidades que no «tengan predominantemente objetivos comerciales, como las organizaciones sin fines lucrativos o las organizaciones caritativas», que, como antes se ha indicado, la CRD IV excluía del cómputo de cargos desempeñados. Esta excepción sin ningún tipo de matización era abiertamente criticable, ya que parecía partirse de la idea, claramente errónea, de que la participación en este tipo de sociedades no consume tiempo alguno, sin cuantificar, además, el número de entidades de este carácter en las que se podría participar, ya que

²⁷ Expositivo 58 del Preámbulo de la Directiva.

es obvio que no es igual ser miembro de un consejo, patronato o equivalente de una entidad que de diez, por ejemplo, como tampoco lo es el ocupar un puesto ejecutivo o no en tales entidades, cuando la realidad demuestra que la dedicación a este tipo de organizaciones puede ser elevada y compleja, máxime si se trata de organizaciones de gran peso y significación.

Por eso, resulta plenamente acertado que la EBA especifique que, si bien los cargos desempeñados en estas entidades no computan a efectos de los límites cuantitativos, tales actividades sí deben tenerse en cuenta a la hora de valorar el tiempo de dedicación del consejero, incluyendo también los cargos desempeñados en sociedades patrimoniales del consejero o su familia, siempre y cuando no requieran una participación en la gestión habitual por parte del consejero.

Asimismo, es acertada la precisión de la EBA para que se tengan en cuenta también las actividades profesionales, políticas o cualesquiera otras funciones o actividades, dentro o fuera del sector financiero y dentro o fuera de la UE, que pueda llevar a cabo el consejero, puesto que el ejercicio de esas actividades puede restar mucho tiempo a la dedicación necesaria al desempeño de su cargo. Y lo mismo sucede respecto a su participación en otras sociedades del mismo grupo, ya que, si bien pueden aumentar las sinergias, como se dice en la Guía, es obvio que también puede disminuir la dedicación al puesto de consejero en la matriz, por lo que también debería valorarse.

Parece poco realista, en cambio, y, sobre todo, difícil de concretar, la exigencia establecida en la Guía de que la entidad proporcione «una lista completa de los puestos de la persona designada y la dedicación de tiempo prevista para cada uno de ellos», lo que también se recoge en la Guía del BCE de mayo de 2017, que requiere que la entidad «especifique la dedicación de tiempo necesario para la función», algo que no creo que se pueda cuantificar apriorísticamente y con carácter general, ya que, en buena medida, dependerá de la capacidad del consejero, aunque se tenga en cuenta, como es obvio, el tipo de cargo, salvo que lo que se requiera sea determinar si esa dedicación es a tiempo completo, en cuyo caso sobran otros criterios que solo serían de aplicación a los casos de dedicación parcial.

Asimismo, también se exige una declaración de la persona afectada, confirmada por la entidad, en la que se indique que puede dedicar tiempo suficiente al desempeño de su función.

Todo ello con independencia de que «los miembros del consejo o los directivos deberían ser capaces de cumplir totalmente sus deberes en periodos de particular incremento de actividad, tales como reestructuración o cambio de localización de la entidad, adquisiciones, fusiones, opas o una situación de crisis, o en caso de alguna dificultad con una o más operaciones teniendo en cuenta que en tales periodos se puede requerir un nivel más alto de dedicación que en circunstancias normales», como se indica en la Guía sobre idoneidad.

8 Dedicación de recursos humanos y económicos para la formación de los miembros del consejo

Para que un consejo funcione de forma eficaz y los consejeros puedan adoptar las decisiones con suficiente conocimiento de causa, es indispensable que estos cuenten con los conocimientos, competencias y experiencia anteriormente reseñados, pero es claro que no basta con comprobar su formación y conocimientos en el momento de su nombramiento, sino que es preciso que tales conocimientos se mantengan actualizados, como se exige en muchos de los códigos de buen gobierno²⁸, para que no se queden desfasados.

²⁸ Así, por ejemplo, el Código UK B.4.2.

La puesta al día de los conocimientos de los consejeros es algo que ellos mismos deberían realizar por propia iniciativa para mantenerse al día de las innovaciones o los cambios producidos en el sector en el que opera la entidad. Ello no obstante, para que la efectividad del consejo sea una realidad y se evite que la falta de conocimientos de los consejeros pueda originar una situación de crisis como la pasada, se hace ahora hincapié en la formación continuada de los consejeros, siendo a las entidades a quienes incumbe el establecimiento de políticas y programas para la formación de los consejeros, tanto en el momento de su acceso al cargo como a lo largo de su mandato. En el primer caso, la práctica de adiestrar a los nuevos consejeros se considera una palanca fundamental que les permite adquirir, en un corto período de tiempo, los conocimientos necesarios sobre la entidad y su organización para integrarse en el consejo, y pone de manifiesto, además, la considerable disponibilidad que las personas nombradas tienen para invertir su tiempo en obtener conocimientos sobre los negocios de la compañía y sobre el *management*, de modo especial respecto a cuestiones que son particularmente relevantes para la vida de la compañía.

En el segundo caso, la actualización de los conocimientos de los consejeros también se considera esencial, sea en general, en concretas áreas de negocio, o en relación con las funciones internas o con los cambios relevantes operados en la estrategia, en el desarrollo de nuevos productos o en la legislación, debiendo dedicar para ello los recursos humanos y económicos necesarios.

Sin embargo, aunque es evidente que la mejor formación de los consejeros redundará en un mayor y más eficaz control de la entidad, esos conocimientos y experiencia de los consejeros no ejecutivos, por sí solos, no pueden ser la solución a las crisis financieras, y ello porque es altamente improbable que la existencia de programas de permanente educación de los consejeros no ejecutivos hubieran podido prever las consecuencias de una serie de actuaciones que solo se pudieron detectar *a posteriori*.

9 Composición, facultades y organización del consejo

9.1 FACULTADES DEL CONSEJO

9.1.1 En materia de gestión

Las Guías no entran ni en la estructura del consejo ni en el número y clase de miembros que deben integrar el órgano. Se limitan a indicar, como se dijo anteriormente, que lo dispuesto en ellas se aplica a las distintas estructuras que el consejo pueda adoptar, sin interferir en la distribución general de competencias establecida en el derecho nacional, haciendo referencia, eso sí, a las funciones ejecutivas y de supervisión del consejo.

Cuestiones tales como el tamaño del consejo, la clase de consejeros o la proporción que debe existir de consejeros externos, ejecutivos o independientes, así como la duración de su mandato, quedan remitidas a la legislación nacional, haciendo referencia únicamente a los criterios que deben orientar las distintas políticas de la entidad.

La EBA, pues, se limita a fijar las líneas esenciales a las que se deben ajustar las políticas de idoneidad y las de control de riesgos, así como las estrategias definidas por la entidad, que, como es lógico, se exige que estén alineadas con el marco general de gobierno corporativo, con la cultura corporativa y con el apetito de riesgo de aquella, y deben reflejar formalmente los requerimientos que en estas materias se contienen en las Guías.

Así, con carácter general, se establecen las facultades del consejo, detallándose lo que constituye la función esencial de este, que no es otra que fijar la estrategia y las líneas de actuación de la entidad, que, al tratarse de una entidad de crédito, requiere, especialmente, el diseño de una adecuada estrategia del riesgo. Si, como se dijo antes, la principal causa del fracaso de muchas entidades fue la excesiva asunción de riesgos y su deficiente

gestión y falta de control, no es de extrañar que ahora se ponga el acento fundamentalmente en que las entidades mantengan una estructura organizativa clara, con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes, estableciendo procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén expuestas o puedan estarlo, y que cuenten con adecuados mecanismos de control interno.

A todo ello se refiere la Guía sobre control interno de manera detallada cuando desarrolla lo dispuesto en la Directiva, al delimitar las facultades del consejo en su doble función de órgano de gestión y órgano de supervisión, las cuales deben establecerse con claridad en el reglamento del consejo y ser aprobadas por este.

Se consideran competencias esenciales del consejo, en su faceta gestora, el diseño de la estrategia general del negocio y las funciones claves de la entidad dentro del marco legal y regulatorio, teniendo en cuenta los intereses financieros y la solvencia a largo plazo de la entidad; el diseño de la estrategia general de riesgo, incluyendo el apetito de riesgo de la entidad y la gestión de este, así como el establecimiento de medidas para asegurar que el consejo dedica suficiente tiempo a conocer y debatir los riesgos; la implantación de un adecuado y efectivo marco de gobierno y control interno con una estructura organizativa clara, con unidades internas independientes de gestión del riesgo, cumplimiento y auditoría dotadas de suficiente autoridad y recursos para llevar a cabo sus cometidos; la estrategia de capital (interno y regulatorio) para cubrir adecuadamente los riesgos; la estrategia de liquidez; la aprobación de las políticas de remuneraciones (de conformidad con lo establecido en la Guía de la EBA sobre esta materia) y de idoneidad individual y colectiva del consejo, y de los titulares de funciones clave, así como sus posibles modificaciones posteriores, incluido el proceso de evaluación correspondiente y la aprobación de los planes de sucesión de los consejeros; la determinación de la función, composición y tareas de las distintas comisiones, estableciendo el adecuado flujo de información (incluida la documentación, recomendaciones y conclusiones) entre cada una y el consejo, las autoridades competentes y otras partes; el establecimiento de una apropiada cultura del riesgo y unos valores y cultura corporativa que fomenten la responsabilidad y la conducta ética, reflejados en un código de conducta o similar; diseñar la política sobre conflictos de interés; garantizar la veracidad de las cuentas y los informes financieros; implantar la política de cumplimiento, incluyendo los controles operativos y financieros; la política de comunicación con los accionistas y otros *stakeholders*; controlar y revisar periódicamente la implementación de los procesos, estrategias y políticas relativas a las funciones asignadas para poder detectar e identificar cualquier debilidad en relación con tales funciones y, finalmente, la política de externalización de funciones de la entidad, teniendo en cuenta el impacto sobre el negocio de la entidad y los riesgos que de ella se pueden derivar.

Al consejo también le incumbe diseñar el marco organizativo de la entidad de tal forma que le permita llevar a cabo un efectivo y prudente control de esta, tanto en caso de tratarse de una sola sociedad como en el caso de un grupo, estableciendo un adecuado organigrama de la entidad con asignación de deberes y responsabilidades de acuerdo con él, sin que esa estructura obstaculice la capacidad del consejo para supervisar y gestionar debidamente los riesgos de la entidad o del grupo ni la de la autoridad competente para llevar a cabo una efectiva supervisión.

Asimismo, el consejo debe conocer bien la estructura de la entidad y valorar debidamente si un cambio en la organización del grupo (nuevas filiales, fusiones o adquisiciones, venta o liquidación de partes del grupo, etc.) puede suponer un impacto sobre la solidez del marco organizativo de la entidad.

Por otra parte, al diseñar la estructura organizativa, el consejo debe evitar utilizar opacas y complejas estructuras que no obedezcan a un propósito racional o legal para impedir que puedan ser usadas para blanqueo de capitales u otras actividades delictivas, para lo que se requiere que se tengan en cuenta una serie de medidas tendentes a evitar que eso suceda, debiendo justificar debidamente la concreta estructura diseñada.

Como puede apreciarse, también aquí la regulación ha sido exhaustiva, presumiendo que los consejos funcionan mejor por incrementar la especificidad e intensidad de la regulación, e ignorando, en cambio, que las asimetrías de información y otros problemas pueden afectar al consejo en cuanto órgano e impedir su perfecto funcionamiento²⁹.

9.1.2 En materia de supervisión

En la Guía también se detallan las facultades que en su función de supervisión atañen al consejo, que pueden resumirse señalando, simplemente, que a este le corresponde llevar a cabo una efectiva supervisión y control de la toma de decisiones y actuación de los consejeros ejecutivos o, si se quiere, de las funciones anteriormente indicadas desarrolladas por el consejo en su faceta de gestión, que, por tanto, incluye también el cuestionamiento constructivo y la revisión crítica de las propuestas y la información suministrada por los consejeros ejecutivos.

9.1.3 Separación de cargos

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1.e) de la Directiva, «el presidente del consejo en su función de supervisor de una entidad no debe poder ejercer simultáneamente las funciones de consejero delegado de la misma entidad, salvo que la entidad lo justifique y las autoridades competentes lo autoricen»³⁰.

La separación de los cargos de presidente y primer ejecutivo de las sociedades cotizadas en general y de las entidades financieras en particular ha sido y sigue siendo una cuestión polémica; se lleva debatiendo sobre ella desde hace años, sin que exista una opinión unánime al respecto³¹, pero la Directiva ha optado de forma decidida por ella y se mantiene ahora en la Guía.

La idea que preside la separación de cargos es la de que será más difícil que el primer ejecutivo domine el consejo si la presidencia la ocupa otro sujeto. Es decir, se supone que el consejo puede controlar de forma más efectiva al CEO si la presidencia la ostenta otra persona. Sin embargo, numerosos estudios empíricos que se han realizado sobre esta materia no llegan a una conclusión firme y definitiva sobre si la separación es más eficiente que la acumulación o viceversa, ya que ambas soluciones presentan ventajas e inconvenientes. Y es que, si bien es cierto que la reunión en una misma persona de los cargos de presidente y primer ejecutivo puede producir una gran concentración de poder en manos de una única persona, también lo es que la acumulación de cargos puede proporcionar a la compañía un liderazgo claro en el ámbito interno y en el externo, así como la reducción de los costes de información y coordinación.

Los estudios específicamente dirigidos a las entidades de crédito para tratar de establecer una correlación entre la dualidad o la separación y la actuación de las entidades y, en concreto, respecto a la asunción de riesgos no han encontrado evidencias concluyentes de que exista tal correlación³². Por el contrario, se ha comprobado que aquellas

²⁹ En este sentido, véanse Williamson (2007), p. 247, y Ferrarini (2017).

³⁰ El artículo 29.4 de la LOSSEC reproduce el precepto de la Directiva e indica que «el presidente del consejo de administración no podrá ejercer simultáneamente el cargo de consejero delegado, salvo que la entidad lo justifique y el Banco de España lo autorice».

³¹ Sobre esta cuestión, puede verse Cazorla González-Serrano (2013).

³² Véase Enriques y Zetsche (2014), p. 21, y autores allí citados.

entidades que tenían esta separación de funciones no se comportaron mejor durante la crisis que las que mantenían la acumulación de cargos. Y es que resulta evidente que el hecho de que la separación sea beneficiosa para un determinado banco depende de una serie de circunstancias específicas que no tienen por qué darse en otro³³.

De ahí que ante esta falta de evidencias claras no debería haberse optado por una imposición de la separación de cargos, sino haberla mantenido en la órbita de las recomendaciones para que fueran las propias entidades las que, de acuerdo con su modelo de negocio y su organización, decidieran qué era lo más conveniente, como ya indicamos en su momento³⁴.

Una vez que esa separación se ha impuesto, la Guía sobre control interno detalla cuál es el papel que desempeña el presidente del consejo, que debe ser un consejero no ejecutivo (salvo en aquellos casos en que se haya permitido la acumulación de cargos) y debe contribuir a que haya un adecuado flujo de información dentro del órgano y entre este y los comités y responder de su efectivo y correcto funcionamiento, entre otras funciones.

9.2 ORGANIZACIÓN DEL CONSEJO

9.2.1 Comisiones: el comité de riesgos

Como es conocido, en el sistema de gobierno corporativo diseñado para la mejora de la dirección y control de las sociedades cotizadas ha sido tradicional la creación de diversas comisiones o comités con asignación de tareas específicas para auxiliar al consejo en su función supervisora, fundamentalmente. Tales comisiones, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, no son obligatorias, salvo la de auditoría y la de nombramientos y retribuciones, aunque en el Código de Buen Gobierno se recomienda la introducción no de una comisión exactamente, pero sí de una función o unidad de control y gestión de riesgos, sin perjuicio de que las sociedades puedan establecer otras comisiones especializadas del consejo.

En la Directiva se contienen idénticas previsiones, pero, a diferencia de lo establecido para las empresas no financieras, aquí se pone el acento fundamentalmente en el comité de riesgos, por razones obvias. Desde la perspectiva que aquí interesa nos referimos únicamente a este comité y, en menor medida, al de nombramientos. La razón fundamental es que son las funciones del primero las que se desarrollan en la Guía sobre control interno. Las referentes al comité de nombramientos se especifican en la propia Directiva y las del comité de retribuciones se establecen en la Guía de la EBA dedicada específicamente a esta materia, y las del de auditoría, aunque se mencionan en la Guía, se encuentran delimitadas en la Directiva 2006/43/CE conforme a su última modificación llevada a cabo por la Directiva 2014/56/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas.

Como se puso de manifiesto durante la crisis, muchas de las entidades que tuvieron que ser rescatadas carecían de un comité de riesgos, o, si este existía, no funcionaba adecuadamente. De ahí que por la Directiva se impusiera la obligación de implantar un comité de riesgos cuya composición y funciones se determinan ahora en la Guía, salvo para aquellas entidades de menor tamaño y complejidad, a las que las autoridades nacionales pueden autorizar para que constituyan un comité mixto de auditoría y riesgos que asumiría las funciones que se asignan a este último.

Se trata de una materia en la que, como ya se ha indicado, la regulación resulta plenamente adecuada, ya que, en cierta medida, el control de los riesgos siempre ha formado parte

³³ *Ibidem*, op. y loc. cit.

³⁴ Alonso Ledesma (2016).

de la regulación por la vía de los requerimientos de capital, aunque ahora, en vista de la experiencia negativa de los pasados años, la CRD IV da un paso más, al ocuparse explícitamente de esta materia, y establece una serie de medidas tendentes a la mejora de la gestión y control del riesgo. Aunque hay que reconocer, como se ha afirmado, «que la buena gestión del riesgo no podrá eliminar totalmente el riesgo sistémico, en la medida en que los gestores no pueden ser omniscientes controladores de un mundo de compleja interacción de riesgos»³⁵, aun así es indudable que sentar las bases para impedir que los riesgos se multipliquen y lleguen a ser sistémicos es totalmente acertado³⁶.

En cuanto a su composición, al igual que sucede respecto al resto de los comités³⁷, debe estar integrado por tres miembros no ejecutivos del consejo, aunque en el caso de las entidades de importancia sistémica la mayoría deben ser consejeros independientes, lo mismo que su presidente³⁸. Este se configura como un cargo exclusivo, ya que ni puede ser presidente de otro comité ni tampoco del consejo. Respecto a este comité no será de aplicación, por tanto, el requerimiento que se hace en la Guía de que se establezca una rotación de los presidentes y miembros de los respectivos comités, pero sí, por supuesto, que todos sus integrantes cuenten con los conocimientos, competencias y experiencia relativos a la gestión y el control de los riesgos.

Son funciones del comité de riesgos, entre otras, la de asesorar al consejo de administración sobre la propensión global al riesgo, actual o futura, de la entidad y la estrategia seguida teniendo en cuenta todos los tipos de riesgos para asegurar que están en línea con la estrategia, los objetivos, los valores y la cultura de la entidad; asistirle para supervisar la implementación de la estrategia de riesgo y sus límites; supervisar la implementación de las estrategias de capital y liquidez gestionadas, así como otros relevantes riesgos de la entidad (de mercado, de crédito, operacional y reputacional), en orden a valorar su adecuación respecto al apetito de riesgo y estrategia aprobados; suministrar al consejo recomendaciones sobre la necesidad de ajustar la estrategia de riesgo resultante (entre otros, por los cambios en el modelo de negocio) a los desarrollos del mercado; suministrar consejo sobre el nombramiento de consultores externos; revisar los posibles escenarios, incluidos los de estrés, para valorar cómo el perfil de riesgo de la entidad debería reaccionar a los posibles eventos —tanto internos como externos— que pudieran acaecer; supervisar la alineación entre todos los servicios y productos financieros ofrecidos a los clientes y el modelo de negocio y la estrategia de riesgo de la entidad, debiendo valorar los riesgos asociados con los servicios y productos financieros ofrecidos teniendo en cuenta la alineación entre los precios asignados y los beneficios obtenidos con dichos productos y servicios; valorar las recomendaciones de los auditores, tanto internos como externos, y continuar con la implementación apropiada de las medidas que se han de tomar.

35 Mülbert y Cittlau (2011), p. 26.

36 Buena prueba de la importancia que a la gestión y control de los riesgos se asigna en el ámbito internacional es que en los Principios de Gobierno Corporativo para los Bancos emitidos por el Comité de Basilea en 2015 se dedican a esta materia los principios 6 a 9 de un total de 13. También en las sociedades no financieras se están implantando medidas para proceder a un adecuado control y una eficiente y prudente gestión de los riesgos. Este es el caso del Código de Buen Gobierno (CBG), que en el principio 21 establece que «la sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración», y desarrolla en sus recomendaciones 45 y 46 el contenido de esa política de control y gestión de riesgos para mitigar los posibles riesgos a los que esté sometida la empresa.

37 El comité de auditoría y el de remuneraciones deben integrarse conforme a lo dispuesto en la Directiva 2006/43/EC, por su última modificación llevada a cabo por la Directiva 2014/56/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, y en la Guía de la EBA sobre políticas de remuneración.

38 En el artículo 38.2 de la LOSSEC, la obligación de que el presidente y, al menos, un tercio de sus miembros sean consejeros independientes se impone con carácter general, y no solo para las entidades sistémicas.

Además, debe colaborar con los otros comités cuyas actividades puedan tener un impacto sobre la estrategia de riesgo (fundamentalmente con el de auditoría y remuneraciones) y estar en comunicación habitualmente con la unidad de control de funciones internas, en especial con la de gestión del riesgo. Asimismo, debe examinar si los incentivos establecidos en las políticas de remuneración tienen en cuenta el riesgo de la entidad, el capital y la liquidez y la probabilidad y el momento temporal de los ingresos.

Para realizar esas funciones, los miembros del comité deben tener acceso a toda la información relevante y a los datos necesarios para cumplir con su función, incluyendo la información y los datos relevantes de la entidad y de su organización. Deben recibir informes periódicos e información *ad hoc*, comunicaciones y opiniones de los directores de las funciones de control interno relativos al perfil de riesgo actual de la entidad, de la cultura de riesgo y de sus límites, así como sobre los incumplimientos materiales que hayan podido ocurrir, con detallada información sobre las medidas correctoras adoptadas o con recomendaciones sobre las que se deben adoptar.

Además, deben revisar periódicamente la información sobre riesgos que deben remitirles y decidir sobre su contenido, formato y frecuencia, y, cuando fuere necesario, asegurar la involucración de las funciones o unidades de control interno y otras relevantes funciones dentro de sus respectivas áreas de experiencia y/o buscar expertos externos.

9.2.2 Comité de nombramientos: planes de sucesión

Como antes se indicó, las funciones del comité de nombramientos se detallan en la propia Directiva (art. 88.2), limitándose la Guía a referirse de forma sucinta a esas funciones. En esa línea, se indica que el comité deberá identificar y recomendar, con vistas a su aprobación por el consejo de administración y por la junta general, candidatos para proveer los puestos vacantes del consejo de administración. Y para recomendar un nombramiento concreto deberá tener en cuenta el necesario equilibrio de conocimientos, capacidad, diversidad y experiencia que debe existir en el consejo de administración y elaborar una descripción de las competencias y aptitudes necesarias para ese nombramiento, valorando la dedicación de tiempo prevista para el desempeño del puesto.

Al comité de nombramientos le incumbe también la elaboración de un plan de sucesión para los miembros del consejo que permita asegurar la continuidad en la toma de decisiones, evitando, en la medida de lo posible, que muchos miembros sean reemplazados simultáneamente. Los planes de sucesión deben realizarse de conformidad con las políticas y planes generales de la entidad, estableciendo los procedimientos para cubrir una repentina o inesperada ausencia o la salida de los miembros del consejo, incluyendo la posibilidad de realizar un nombramiento interino. Los planes de sucesión deben tener en cuenta también las finalidades y los objetivos definidos en la política de diversidad de la entidad. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio del derecho de los accionistas a nombrar o reemplazar a los miembros del consejo.

10 Consideraciones finales

A la vista de cuanto queda expuesto, pueden extraerse algunas conclusiones.

Si, como se decía en el expositivo 53 de la CRD IV, el carácter sumamente general de las disposiciones en materia de gobierno corporativo, junto con el hecho de que se contuvieran en recomendaciones de cumplimiento voluntario, no facilitó la aplicación efectiva de unas prácticas razonables de gobierno corporativo por parte de las entidades, es evidente que ahora hemos pasado al extremo contrario, al detallar de manera exhaustiva esas prácticas, lo que no siempre es lo mejor o más adecuado. Primero, porque es muy difícil, por no decir imposible, abarcar en una norma todas las posibles situaciones, aparte de que la pretensión de exhaustividad puede tener el efecto de una cierta petrificación en materia

de gobierno corporativo, no dejando abierta su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado. Y, segundo, porque puede originar altos costes innecesarios, especialmente para las entidades de menor tamaño, aunque se aplique el principio de proporcionalidad, y mayor burocracia para poder cumplimentar formalmente los requisitos que se exigen.

Las Guías de la EBA no han venido sino a incrementar las exigencias ya establecidas en la Directiva, sin que existan evidencias claras de que la imposición de mayores requerimientos vaya a contribuir a una mejor gestión y a evitar otras posibles crisis. Parece partirse de la idea de que más regulación es mejor regulación, lo que no siempre es acertado.

Que se exija que los consejeros tengan una adecuada preparación, la suficiente experiencia y acreditada honestidad es sin duda algo importante y necesario, pero establecer la evaluación de sus competencias y de su honestidad de forma tan detallada, habiendo de cumplimentarse formularios de varios folios, no parece que sea la receta infalible contra las crisis financieras. De una parte porque, como ha sido observado, la mayor preparación de los consejeros les puede llevar a asumir más riesgos³⁹ y, de otra, porque es muy posible que, aun con programas de permanente formación de los consejeros, no se hubieran podido prever las consecuencias de una serie de actuaciones que solo se han podido detectar *a posteriori*.

Tampoco es claro, como se ha dicho, que la separación de cargos sea más beneficiosa que lo contrario, y lo mismo sucede respecto a la diversidad y a otras muchas exigencias, tales como las relativas a la organización y al funcionamiento del consejo.

Por todo ello, hubiera sido preferible que gran parte de las medidas que en materia de gobierno corporativo se establecen en la Directiva y se explicitan en las Guías de la EBA se hubieran mantenido en el ámbito de las recomendaciones o en el del Derecho de sociedades, o al menos no se hubieran concretado de una manera tan rígida. El gobierno corporativo de las entidades de crédito debe ser un complemento de la regulación, pero no formar parte de la propia regulación, ya que ambos tienen objetivos diferentes. El buen gobierno debería circunscribirse a establecer el sistema por el que las sociedades son dirigidas y controladas (según la famosa definición del *Informe Cadbury*) en interés de los accionistas, mientras que la regulación financiera, partiendo de la premisa de cómo actuarán los bancos bien gobernados, debería tomar iniciativas para defender el interés general.

Estas son, pues, algunas de las consideraciones que cabe extraer del análisis que, sin pretensión de exhaustividad, se ha realizado en este trabajo acerca de las determinaciones establecidas por la EBA en materia de gobierno corporativo de las entidades de crédito, determinaciones inspiradas, por supuesto, en un loable deseo de mejora de ese gobierno, pero a las que hay que aproximarse con un espíritu crítico, precisamente para contribuir a ese debate, siempre necesario, acerca de su pertinencia y, en definitiva, de su potencial eficacia.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, R. (2009). *Governance and the Financial Crisis*, ECGI Finance Working Paper n.º 248.
- ALONSO LEDESMA, C. (2016). «La reforma del gobierno corporativo de las entidades de crédito», en Alonso Ledesma (dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño. Reformas andantes y pendientes*, Ed. Tirant lo Blanch.
- AVGOULEAS, E., y J. CULLEN (2014). «Market Discipline and EU Corporate Governance Reform in the Banking Sector: Merits, Fallacies and Cognitive Boundaries», *Journal of Law and Society*, vol. 41, n.º 1.
- BELTRATI, A., y R. M. STULZ (2009). *Why did some Banks Perform Better during the Credit Crisis? A Cross-Country Study of the Impact of Governance and Regulation*, ECGI Finance Working Paper n.º 254.
- BRUNER, C. M. (2011). «Corporate Governance Reform in a Time of Crisis», *Journal of Corporation Law*, n.º 36.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. (2013). *Presidente ejecutivo y gobierno corporativo de sociedades cotizadas en España*, Thomson Reuters.

³⁹ Macey y O'hara (2016), p. 94.

- CHEFFINS, B. R. (2009). «Did Corporate Governance 'fail' during the 2008 Stock Market Meltdown? The Case of the S&P 500», *Business Lawyers*, n.º 65.
- (2014). *The Corporate Governance Movement, Banks and the Financial Crisis*, ECGI Law Working Paper n.º 232.
- ENRIQUES, L., y D. ZETSCHE (2014). *Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation under the New European Capital Requirement Directive*, ECGI Law Working Paper n.º 249.
- FERRARINI, G. (2017). *Understanding the Role of Corporate Governance in Financial Institutions: A Research Agenda*, ECGI Law Working Paper n.º 347.
- GARRIDO GARCÍA, J. M. (2016). «Los consejeros independientes», en *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, tomo II.
- HERRERO, J. (2015). «La reciente evolución del gobierno corporativo de las entidades de crédito», *Revista de Estabilidad Financiera*, n.º 28.
- HOPT, K. J. (2012). «Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis», en Wymeersch, Hopt y Ferrarini (eds.), *Financial Regulation and Supervision*.
- (2013). *Better Governance of Financial Institutions*, ECGI Law Working Paper, n.º 207/2013.
- KIRKPATRICK, G. (2009). «The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis», anexo al informe de la OCDE *Corporate Governance and the Financial Crisis: Key Findings and Main Messages*.
- MACEY, J., y M. O'HARA (2003). «Corporate Governance of Banks», *FRBNY Economic Policy Review*, abril.
- (2016). «Bank Corporate Governance: A Proposal for the Post-Crisis World», *FRBNY Economic Policy Review*, agosto.
- MÜLBERT, P. O. (2009). «Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis-Theory, Evidence, Reforms», *European Business Organization Law Review (EBOR)*, pp. 411 y ss.
- MÜLBERT, P. O., y R. CITLAU (2011). *The Uncertain Role of Banks' Corporate Governance in Systemic Risk Regulation*, ECGI Law Working Paper, n.º 179.
- MÜLBERT, P. O., y A. WILHELM (2015). «CRD IV framework for Banks' Corporate Governance», D. Busch y G. Ferrarini (eds.), *European Banking Union*, Oxford.
- SEPE, S. M. (2012). «Regulating Risk and Corporate Governance in Banks», *Emory L. J.*, n.º 62.
- SONG, F. M., y LI LI (2012). «Bank Governance: Concepts and measurements», en Barth, Lin y Wihlborg (eds.), *Research Handbook on International Banking and Governance*.
- STULZ, R. M. (2014). *Governance, Risk Management and Risk-Taking in Banks*, ECGI Finance Working Paper, n.º 427.
- WILLIAMSON, O. (2007). «Corporate Boards of Directors: In Principle and in Practice», *Journal of Law, Economics and Organization*.
- WINTER, J. (2012). «The Financial Crisis: Does good Corporate Governance matter and how to achieve it?», en Wymeersch, Hopt y Ferrarini (eds.), *Financial Regulation and Supervision*.