

La Ley de Reforma de la LSC

**La figura del llamado “presidente ejecutivo”
en las sociedades cotizadas
en el Proyecto de reforma de la LSC**

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. El problema de la acumulación de los cargos de presidente del consejo de administración y de primer ejecutivo de la compañía ha estado siempre presente en los documentos referidos al gobierno corporativo. Por ceñirnos a nuestro país, cabe recordar el epígrafe 3.2 del llamado *Código Olivencia*, el apartado IV.4 del *Informe Aldama* y la Recomendación 16 del *Código Unificado de Buen Gobierno* (versión de 2013).

En todos estos textos se llama la atención acerca de la dificultad de decidir sobre si resulta oportuno separar o acumular los cargos de presidente del consejo y de primer ejecutivo de la sociedad; y en todos se pone de manifiesto que cualquiera de las dos soluciones presenta ventajas e inconvenientes. Por ello han venido adoptado una posición de *neutralidad* o equidistancia por cuanto se abstienen de recomendar dicha separación. Ahora bien, esa neutralidad debe ser entendida en sus justos términos puesto que en los documentos referidos se aconseja la adopción de medidas que eviten el riesgo de la excesiva concentración de poder cuando ambos cargos se acumulan en una misma persona (medidas que se articulan en torno a la designación de un consejero coordinador *-lead independent director-* entre los independientes)¹.

2. El *Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo* de 2013 abordó este problema para concluir que no existe evidencia concluyente de que la separación de cargos presente ventajas

notables sobre la acumulación. Por ello se renunció a recomendar el establecimiento de una regla imperativa de incompatibilidad, aunque sí se consideró oportuno proponer que se introdujera en la legislación de sociedades –como medida de contrapeso para los casos de acumulación– la figura ya mencionada del “consejero coordinador”.

Tal sugerencia ha sido acogida en el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (PLLSC), en el que se prevé la inclusión de un nuevo artículo 529 *septies*, con el siguiente tenor:

Artículo 529 septies. Separación de cargos.

1. *Salvo disposición estatutaria en contrario, el cargo de presidente del consejo de administración podrá recaer en un consejero ejecutivo. En este caso, la designación del presidente requerirá el voto favorable de los dos tercios de los miembros del consejo de administración.*
2. *En caso de que el presidente tenga la condición de consejero ejecutivo, el consejo de administración, con la abstención de los consejeros ejecutivos, deberá nombrar necesariamente a un consejero coordinador entre los consejeros independientes, que*

¹ Rec. 16 CUBG: “Que, cuando el Presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día; para coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos; y para dirigir la evaluación por el Consejo de su Presidente”

*estará especialmente facultado para solicitar la convocatoria del consejo de administración o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día de un consejo ya convocado, coordinar y reunir a los consejeros no ejecutivos y dirigir, en su caso, la evaluación periódica del presidente del consejo de administración.*²

3. El sentido general del precepto es doble. Por un lado se formula expresamente una norma declarativa de la compatibilidad de los cargos: un consejero ejecutivo podrá ser nombrado presidente del consejo (salvo disposición en contra de los estatutos). Por otro, se establecen ciertas cautelas referidas al propio procedimiento de nombramiento de presidente por el consejo (mayoría reforzada) y a la necesaria presencia de una figura: el consejero coordinador. La idea es que este último pueda contribuir a que el consejo actúe como un verdadero órgano colegiado y a que pueda cumplir las funciones de órgano supervisor propias de un sistema "monista revisado" (o de "dualismo funcional") como el que es propio de las sociedades cotizadas españolas (en las que el consejo de administración tiende a configurarse como un órgano no gerencial, sino más bien supervisor o de control de lo realizado por los directivos o ejecutivos –sean o no consejeros–).

Estas medidas –especialmente la segunda– tienden a evitar las eventuales consecuencias perniciosas que podría tener la excesiva acumulación de poder en una sola persona, especialmente cuando ese sujeto desarrolla una actividad que ha de quedar sometida, precisamente, al control del órgano que él preside y dirige. Como explica el *Informe Olivencia*, de lo que se trata es de crear contrapesos que permitan al consejo funcionar con mayor independencia del equipo de gestión y conservar su capacidad para fiscalizarlo.

Seguidamente analizaremos someramente el régimen proyectado en cuanto a esta cuestión.

4. Como se apuntó más arriba, el PLLSC parte de un principio de permisividad: el cargo de presidente del consejo puede recaer en un consejero ejecutivo. Así pues, la Ley no

impide (no impedirá) que un miembro de la "dirección" pueda ser, al mismo tiempo, quien dirija e impulse la actividad del consejo de administración.

- 4.1. En rigor la norma no era necesaria, especialmente a la vista del art. 529 *sexies*.1 PLLSC, precepto que no contiene restricción alguna en relación con las cualidades del consejero que haya de ser designado presidente. Merece observar, con todo, que, por excepción a la regla general, el art. 29.4 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, dispone que el presidente del consejo de administración de una entidad de crédito no podrá ejercer simultáneamente el cargo de consejero delegado, salvo que la entidad lo justifique y el Banco de España lo autorice.

Tampoco parece preciso dejar expresamente a salvo cualquier disposición contraria de los estatutos, ya que probablemente nadie dudaría de que éstos pueden, efectivamente, establecer otra cosa. Lo que no cabe hacer derivar de esa precisa referencia a la reglamentación estatutaria es que sólo en ese texto puede encontrarse la prohibición de acumulación de cargos. En otras palabras: parece que debe asumirse que, ante el silencio estatutario, también el propio reglamento del consejo podría incorporar eficazmente semejante prohibición.

- 4.2. Obsérvese que el PLLSC no se limita a contemplar el supuesto de acumulación de los cargos de presidente del consejo y de "primer ejecutivo" de la sociedad sino que, en rigor, su ámbito de aplicación se extiende a todos los casos en los que sea nombrado presidente cualquier consejero ejecutivo. Aunque, obviamente, la primera hipótesis sea la que reclame mayor atención porque en ella se agudizan los riesgos a evitar, la amplitud con la que es concebido el supuesto de hecho de la norma denota la preocupación por garantizar que la función de supervisión del consejo se efectuará con las menores "interferencias" de los consejeros ejecutivos.

² La norma se corresponde con el Artículo 283-22 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

A este respecto debe recordarse que, según prevé el art. 529 *duodecies.1* PLLSC, se consideran consejeros ejecutivos aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella. Por tanto, el art. 529 *septies* no se aplicará sólo a los casos de acumulación de la condición de presidente y de la de consejero delegado, sino también a otros supuestos en los que el consejero (sin ostentar una delegación orgánica) desempeñe funciones directivas en calidad, por ejemplo, de director general o gerente.

- 4.3. Para que el consejo, previo informe de la comisión de nombramientos y retribuciones, pueda designar a un consejero ejecutivo como presidente deberá alcanzarse el voto favorable de los dos tercios de sus miembros (por tanto, no bastará en este caso particular la mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión: art. 248.1 LSC). La exigencia de esta mayoría reforzada (coincidente con la exigida en el art. 249.3 LSC para el nombramiento de consejero delegado –no alterada por el art. 249.2 PLLSC-) constituye una de las garantías con que se rodea a la admitida acumulación de cargos y pone de manifiesto la trascendencia (por los riesgos que comporta) que la Ley atribuye a esta situación.

En todo caso debe recordarse que, literalmente, la votación para la que se necesita esta mayoría es la referida a la designación de presidente del consejo. Si de lo que se trata es de atribuir funciones ejecutivas al ya presidente del consejo mediante su nombramiento como consejero delegado será aplicable la misma mayoría, pero por aplicación del art. 249 LSC. La duda surge si lo que se pretende es convertir al presidente (que antes no lo fuera) en consejero ejecutivo sin acudir al expediente de la delegación orgánica. Por ejemplo, nombrándolo, director general o gerente con poderes generales. El respeto a la finalidad de la norma quizás debería llevar a considerar que habría de requerirse para ese nombramiento el mismo apoyo reforzado en el seno del consejo.

5. La principal medida prevista por el PLLSC para salvaguardar la función supervisora y de

control del consejo consiste en la exigencia de nombramiento de un consejero coordinador (*lead director* o *senior director*) cuando el presidente tenga la condición de consejero ejecutivo. Este coordinador será elegido de entre los consejeros independientes (*vid.* art. 529 *duodecies.4* PLLSC) por los consejeros no ejecutivos (dominicales, independientes y otros consejeros externos).

- 5.1. El nombramiento de un consejero coordinador no es una opción. Debe necesariamente efectuarse. Tanto da que se nombre presidente a un consejero ejecutivo como que se atribuyan funciones de dirección al presidente. Debe observarse que la Ley no determina un plazo para efectuar el nombramiento. Puede hacerse al mismo tiempo que se acuerda la designación de presidente, la delegación o el apoderamiento; pero parece también posible hacerlo con posterioridad, siempre que el tiempo que medie sea razonable (por ejemplo, el presidente ejecutivo debería incluir este asunto en el orden del día de la siguiente reunión del consejo). El hecho de que se retrase la designación de este consejero coordinador no parece que sea suficiente para fundamentar la impugnación de los acuerdos del consejo adoptados entretanto.

- 5.2. Obsérvese, a este respecto, que la Ley se refiere a un acuerdo del propio órgano de administración, y no de los consejeros no ejecutivos. Por lo que la adopción del acuerdo de nombramiento deberá ajustarse a las reglas legales, estatutarias y reglamentarias de funcionamiento ordinario del órgano. Esta consideración evidencia lo desafortunado de la fórmula legal (proyectada) en cuanto se refiere a la "abstención" de los consejeros ejecutivos. Dada la norma general del art. 248 LSC (que exige que los acuerdos del consejo se adopten por mayoría absoluta de los concurrentes) resultaría, de entenderse literalmente el art. 529 *septies.2* PLLSC, que los consejeros ejecutivos presentes computarían en contra del acuerdo (de cualquier acuerdo de nombramiento). Como esto no responde a ningún interés protegible parece que lo lógico será interpretar la norma en el sentido de que los consejeros ejecutivos se considerarán como no concurrentes en lo que

concierno específicamente al acuerdo de nombramiento del consejero coordinador, con lo que bastará para designarlo la mayoría absoluta de los consejeros no ejecutivos concurrentes a la sesión del consejo.

5.3. Sin perjuicio de las facultades que le pueda atribuir el reglamento del consejo, el art. 529 *septies*.2 PLLSC establece que el consejero coordinador estará especialmente facultado para:

- (i) Solicitar la convocatoria del consejo (no, por tanto, para convocarlo directamente, ya que semejante función corresponde en exclusiva al presidente –o, en su caso, al vicepresidente– con la excepción del especial supuesto previsto en el art. 246.2 LSC). Naturalmente, el presidente deberá incluir en el orden del día de la convocatoria los asuntos propuestos en la solicitud. Del mismo modo, resulta razonable entender que, ante una eventual desatención de la correspondiente solicitud, podrá recurrirse a una convocatoria judicial del consejo.
- (ii) Solicitar la inclusión de nuevos puntos en el orden del día de un consejo ya convocado; resulta conveniente que este derecho de “completar” la convocatoria se regule en sus detalles en el reglamento del consejo (especialmente en lo que se refiere al plazo para ejercerlo). La Ley no especifica las consecuencias de un incumplimiento por parte del presidente, pero puede plantearse

si no desembocaría en la ineficacia de todos los acuerdos adoptados (arg. anal. ex arts. 172.2 y 519 LSC).

Estas dos facultades relacionadas con la convocatoria y el orden del día del consejo constituyen instrumentos útiles para asegurarse de que el consejo aborda en sus reuniones asuntos relevantes para la compañía, con independencia del interés que tengan en tratarlos los consejeros ejecutivos.

- (iii) Coordinar y reunir a los consejeros no ejecutivos. Esta es quizás la función en la que más claramente se aprecia el significado de la figura del consejero coordinador: ha de procurar, ejerciendo el liderazgo del grupo, que los consejeros no ejecutivos puedan desarrollar su función de supervisión de la dirección, impulsando incluso reuniones para precisar criterios, intercambiar opiniones y fijar posiciones sin interferencias ni influencia de los ejecutivos de la compañía.
- (iv) Dirigir la evaluación periódica del presidente del consejo. Según el art. 529 *nonies* PLLSC, el consejo de administración deberá realizar una evaluación anual de su funcionamiento y del de sus comisiones. Y, aunque no se diga expresamente, deberá igualmente evaluar el desempeño de su cargo por el presidente. Resulta claro, entonces, que no resulta adecuado que sea el propio evaluado quien dirija las actuaciones del consejo destinadas a evaluarlo.