

La presidencia del consejo ¿Poder o función?

AUTOR

José María Rojí

Abogado. CMS Albiñana
Suárez de Lezo

Noviembre 2023

La cultura general asocia el término presidencia con el concepto de poder, de jefatura, de mando. En estas notas queremos dar una perspectiva distinta en lo que se refiere a la presidencia del consejo de administración de las sociedades de capital, enfatizando cómo la presidencia constituye una función o, más propiamente, es un cargo que tiene atribuidas funciones. Esto implica en cierta medida un ejercicio de poder, pero como instrumento para el desarrollo de unas funciones cuya naturaleza es principalmente organizativa y no decisoria.

Nombramiento del presidente como ejercicio del poder de decisión en la sociedad asignado a la mayoría

Es un hecho que a la presidencia del consejo de administración se llega desde el poder de decisión que se atribuye a los socios en la junta en proporción a su participación. Ejerciendo legítimamente su poder como tal, la mayoría designará a todos o, al menos, a una mayoría de los consejeros. Los consejeros, a su vez, elegirán también discrecionalmente por mayoría quién de entre ellos asumirá la presidencia. Hay casos, poco frecuentes en la práctica, en que la designación se ha reservado estatutariamente a la junta, siendo también la mayoría de los socios quien le nombra.

Una vez completado el proceso de designación, el presidente no está investido en condición de tal de capacidades ejecutivas o de poderes discrecionales, sino que la norma le asigna deberes, funciones, en cuya realización no ejercita un poder ejecutivo o de toma de decisión

autónomas, sino de unas facultades de gestión y organización - del consejo no de la sociedad - para el correcto y eficaz funcionamiento del órgano colegiado.

La Ley de Sociedades de Capital (LSC) no establece capacidades o características específicas que deba tener un consejero para acceder al cargo de presidente. Cualquiera de los miembros puede ser designado como tal. Pero esto no supone una limitación a la posibilidad de que los socios establezcan ciertas condiciones. Es común que en sociedades familiares sí se exijan requisitos o características específicos, entre ellas que sea miembro de la familia empresaria, o que haya desempeñado con anterioridad durante un plazo de tiempo mínimo el cargo de vocal del consejo. Tampoco es infrecuente en la empresa familiar que se establezcan normas de preferencia, como que el cargo recaiga en el consejero familiar de mayor edad o que, necesariamente, se designe entre quienes pertenecen a la generación de mayor edad.

En estas sociedades, y también en las joint-ventures, son habituales

pactos estableciendo que el cargo es rotatorio o que recaerá alternativamente por periodos temporales en distintos consejeros entre los designados a propuesta de los diferentes grupos de socios. Este pacto es perfectamente inscribible y permite que dos personas ostenten simultáneamente el cargo de presidente con esa denominación, si bien recayendo solo en uno de ellos, rotatoriamente, las funciones propias del cargo en la condición de presidentes de turno.

No obstante, lo más frecuente es que la designación sea pura y simple entre los distintos vocales del consejo. Sí está aceptado que la condición de presidente debe recaer necesariamente en un consejero, a diferencia de lo que ocurre con la de secretario que, salvo previsión en contrario en los estatutos, podrá ser o no consejero.

La Ley tampoco establece una mayoría reforzada ni una exigencia específica de quorum de constitución para su nombramiento, como sí se prevé para la designación de consejeros delegados (art. 249.2 LSC), ni limita la capacidad del propio candidato de votarse a sí mismo, no aplicándose restricciones al voto por eventuales conflictos de interés. Una excepción a lo anterior se encuentra en las normas específicas para sociedades cotizadas, donde sí se exige una mayoría de 2/3 para el nombramiento del presidente cuando este cargo recaiga en la misma persona que el de consejero delegado (artículo 529. Septies LSC). En todo caso, el presidente es libre para aceptar tal cargo tras su designación por el consejo, sin que la aceptación del consejero cuando fue nombrado por la junta implique que deba aceptar, caso de ser nombrado, el cargo de presidente.

El presidente puede tener funciones ejecutivas en la sociedad, pero, salvo en los supuestos poco comunes en que estatutariamente se le hayan atribuido funciones de esta naturaleza, no derivarán de su condición de tal, sino de que se le haya apoderado con facultades especiales o de que concurren en una misma persona la condición de presidente y de consejero delegado, lo que no es la solución más recomendable desde la perspectiva de buen gobierno corporativo. Así se desprende de los artículos que a él se refieren en la Ley de Sociedades de Capital y, muy en particular, los dedicados a esta figura en sede de sociedades cotizadas, si bien, en estas notas pondremos el foco en el régimen de este cargo en las sociedades de capital no cotizadas.

Es también posible el nombramiento de uno o varios vicepresidentes que podrán actuar en defecto del presidente, cuando este no pueda desempeñar su cargo (véase la resolución de 18 de junio de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública).

En algunas sociedades, muy en particular en empresas familiares, se designan presidentes de honor, incluso como cargo estatutario. Estas presidencias no se someten al régimen ni llevan aparejadas las funciones aquí descritas, sino que constituyen cargos de reconocimiento que no alteran las competencias de los órganos sociales y de sus miembros, ni interfieren en su funcionamiento.

Se debe destacar cómo, una vez designado presidente un consejero concreto, tal cargo permanece vigente cuando se renueva su condición de consejero sin necesidad de un nuevo nombramiento (146.1 RRM).

Deberes del presidente asociados al funcionamiento del consejo

Las funciones específicas del presidente como tal guardan relación principalmente al funcionamiento del consejo de administración y tienen en general la naturaleza de deberes, de modo que son numerosos los supuestos en que no puede optar arbitrariamente por ejercitarlas o no, imponiéndole la norma determinadas acciones debidas, si bien sí tendrá discrecionalidad, como veremos, para decidir cómo las ejercita.

El presidente debe convocar y presidir las reuniones del consejo de administración, fijando el orden del día de las reuniones y dirigiendo las discusiones y deliberaciones y, salvo disposición estatutaria en contra, presidir la junta general. No nos referiremos aquí a las funciones y facultades de presidente de la junta, aun cuando de su condición de presidente del consejo pueda derivarse la de este otro órgano social (191 LSC).

Para analizar sus funciones organizativas como presidente del consejo, nos centraremos en la siguiente cadencia temporal: convocatoria, orden del día, preparación y suministro de la información, dirección del debate, visado del acta de la reunión y certificación de acuerdos.

La Ley de Sociedades de Capital no contiene una regulación completa del contenido y dinámica del funcionamiento del consejo, fundamentalmente porque, conforme al artículo 245.1 LSC, en las sociedades de responsabilidad limitada los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría, y, en las sociedades anónimas (art. 245.2 LSC), cuando los estatutos no dispusieran otra cosa, el consejo de administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros. Es decir, en ambos casos se parte de una amplia regla de libertad para regular el funcionamiento del órgano y el nombramiento de sus cargos que se le atribuye al mismo consejo o a los estatutos.

En consecuencia, el presidente en el ejercicio de sus funciones deberá estar a lo que dispongan los estatutos de la sociedad y, complementariamente, las propias normas de funcionamiento que haya establecido el consejo, en ocasiones a través de un reglamento de organización y funcionamiento.

Convocatoria del consejo

Como hemos dicho, corresponde al presidente la competencia para convocar las reuniones de dicho órgano, lo que deberá hacer siempre que sea oportuno, y, en todo caso, para cumplir con la periodicidad legal exigida, que es la celebración de un consejo trimestral (245.3 LSC), o cuando así se lo requieran al menos un tercio de los miembros del consejo (246 LSC).

Sabido es que la norma, a diferencia de lo que ocurre con la convocatoria de la junta, no establece reglas específicas en cuanto a la antelación mínima de la convocatoria, la forma de convocatoria o su contenido. Los estatutos o el reglamento del consejo, cuando lo haya, pueden establecer normas específicas a las que deberá sujetarse el presidente en su actuación.

En ausencia de normas precisas, el presidente debe convocar con diligencia y lealtad. Esto implica en cuanto a la antelación que, salvo que razones de urgencia exijan una actuación inmediata (por ejemplo, el tomar decisiones

ante una contingencia imprevista como un ciberataque), debe cursar la convocatoria con antelación suficiente para que los consejeros puedan organizarse y asistir y, además, preparar adecuadamente la reunión del consejo. Esta antelación dependerá del nivel de dedicación y presencia de los consejeros en la actividad de la empresa, que es el criterio fijado en la ley para el cumplimiento de su deber de diligencia (art. 225.1 LSC). No será lo mismo, por ejemplo, convocar un consejo de reducida dimensión e integrado por miembros de la familia empresaria que participen día a día en la gestión de la empresa residiendo en la misma localidad, que un consejo numeroso con una mayoría de independientes con ocupaciones principales diferentes y que residan en jurisdicciones distintas a la de la propia sociedad.

Cabe también en todo caso la celebración de consejos universales, en la que estando reunidos todos los consejeros, o siendo convocados por sistemas informales apartándose de las normas que se hubieran dado, decidan constituirse en consejo de administración, con la particularidad, respecto a las juntas universales, que en los consejos universales el órgano no estará vinculado a un orden del día concreto, sino que podrá tratar cualquier tema que consideren sus miembros una vez constituidos en consejo.

Constituye en este sentido una práctica de buen gobierno el disponer de un calendario anual de reuniones aprobado por el propio consejo, y con la periodicidad propia de cada sociedad, desde la legal trimestral a la mensual, que permita organizarse y bloquear la fechas a los distintos miembros. Este calendario no es óbice para celebrar reuniones extraordinarias cuando sea necesario o conveniente, o para cancelar o modificar las inicialmente previstas cuando la realidad de la compañía lo justifique.

Orden del día

En este programa de reuniones del consejo es habitual que ya se candelarice el tratamiento de determinados temas, de modo que haya tanto temas recurrentes que se traten en cada consejo (por ejemplo, revisión de parámetros financieros), como temas que se prevean para consejos específicos. Es paradigmático el deber del consejo del primer trimestre del ejercicio de formular las cuentas.

También hay otras previsiones comunes, como que el consejo de mayo o junio convoque la junta ordinaria o que el último del año sea el de aprobación de presupuesto. Otros temas recurrentes que se pueden calendarizar son las revisiones de compliance, la evaluación del equipo directivo o la autoevaluación del consejo. En ocasiones se programan consejos monográficos para materias predeterminadas, como la situación de filiales y la estructura de grupo, o coyunturales, para proyectos específicos, como los de digitalización.

El orden del día de las reuniones del consejo constituye una cuestión crítica. Como hemos adelantado, la norma no establece la obligación de que la convocatoria cursada por el presidente incorpore un orden del día. Tampoco, en lógica consecuencia, limita los asuntos susceptibles de deliberación y decisión a aquellos que hubieran sido anunciados en la convocatoria.

Sin embargo, sí se exige que propongan un orden del día a los consejeros que promuevan la celebración de un consejo ejerciendo la prerrogativa que les otorga el 246.2 LSC, sin perjuicio de que una vez constituido éste pueda tratar cualquier asunto.

No obstante lo anterior, razones evidentes ponen de manifiesto la conveniencia de establecer un orden del día. Sin perjuicio de que los consejeros deben estar al día de los asuntos generales de la sociedad, la adecuada preparación de un consejo para una participación responsable en el mismo, impone que los consejeros deban conocer con antelación los asuntos a tratar. Este es un requisito para informarse adecuadamente, para pedir la información complementaria que pudieran precisar (art. 225.3 LSC) y para poder formarse una opinión meditada con la que contribuir a la deliberación y adopción de decisiones en la sesión de consejo.

La elección de los puntos principales del orden del día exige un trabajo conjunto con el primer ejecutivo, sea o no consejero, para decidir qué temas debe conocer el consejo y cuál es el momento y el modo más adecuado de proponerlos desde la perspectiva del buen gobierno corporativo. Cuando el presidente es además el primer ejecutivo, el riesgo de adecuar el orden del día a su propia agenda le sitúa en una posición de un eventual conflicto de intereses, dado que puede eludir, adelantar o retrasar el tratamiento de ciertas cuestiones en función de sus intereses particulares. En estos casos, hay que

valorar la incorporación de la figura de un consejero coordinador, como el previsto en sede de cotizadas, cuyas funciones serían 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, funciones que deberán adaptarse a la realidad de una sociedad no cotizada.

El orden del día es por tanto una exigencia de buen gobierno y, además, un elemento esencial para que los consejeros puedan actuar conforme al deber de diligencia que les es exigible. Así, en nuestra opinión cabe que, recibida una convocatoria de reunión del consejo sin orden del día o con contenido ambiguo (utilizando fórmulas como “seguimiento de los asuntos generales de la sociedad”, “valoración y decisión sobre cuestiones estratégicas”, u otras similares), un consejero pueda requerir legítimamente al presidente para que concrete qué cuestiones particulares se pretende abordar y sobre qué asuntos habrá que adoptar decisiones. Ese derecho no estaría supeditado a los requisitos del art. 246.3 LSC. También podría requerir al presidente a que incluya otros temas en el orden del día y, ante la ausencia de respuesta, el informar al resto de consejeros de su intención de abordarlos en el seno del consejo.

Cosa distinta es hasta qué punto la existencia de un orden del día impide que en la sesión se traten temas distintos a los enunciados, ya a propuesta del presidente ya a iniciativa de cualquier otro consejero. Nuestra opinión es que nada lo impide, correspondiendo al presidente la ordenación de cómo y cuándo se deben tratar dichos puntos, sin perjuicio de que el propio órgano pueda votar el tratarlos aun cuando el presidente pretendiera no hacerlo. Esta posibilidad ha sido expresamente validada por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2013. En todo caso, debe evitarse la injustificada inclusión sorpresiva de asuntos nuevos, considerándose tal la de aquellos que no hubiera motivos para no haberlos incluido en el orden del día primigenio.

Consideramos una buena práctica el que, cuando se incluyan asuntos nuevos, si tras su deliberación cualquier consejero considera que para la emisión de su voto requiere de una información que no ha podido obtener o analizar por no incluirse en la convocatoria, o le exige una mayor reflexión, proponga que se posponga la decisión a

un debate posterior o, incluso, que se acuerde desde ya la celebración de un nuevo consejo o la adopción en un momento posterior mediante un acuerdo por escrito y sin sesión, con el fin de tener la oportunidad de completar su criterio antes de emitir su voto. Esto desde luego no es exigible ni deberá hacerse ante decisiones cuya urgencia se vea perjudicada por dicha posposición, pero contribuirá a un mejor funcionamiento del consejo. No es del todo extraño tampoco que un grupo de consejeros emitan su voto en la propia sesión y que uno o más consejeros, previa autorización del presidente, se obliguen a emitirlo y comunicarlo por escrito y con copia a todo el consejo en un momento posterior, por ejemplo de tres días, considerándose en caso de no hacerlo que se ha abstenido.

Remisión de la convocatoria

En cuanto a la forma de comunicación de la convocatoria, a falta de previsión específica, se ha de optar por aquellos medios que permitan tener constancia de la entrega y recepción, de modo que, en cualquier momento, se pueda acreditar que los consejeros recibieron la convocatoria.

Hoy en día el correo electrónico facilitado por cada consejero constituye el medio de comunicación más habitual, solicitándose en algunos casos el acuse de recibo y/o, en otros, facilitando una cuenta de correo de la propia compañía a cada consejero. Cada vez es más común que consejos con una cierta sofisticación utilicen una plataforma de gestión de reunión de órganos sociales entre las diferentes que se comercializan, lo que constituye un instrumento útil tanto para las convocatorias como para compartir información con y entre los consejeros.

Cuando la empresa esté en concurso, la convocatoria también deberá cursarse a la administración concursal, quien tiene derecho de asistencia y voz, pero no de voto, a las reuniones de los órganos sociales colegiados de la persona jurídica concursada (127.1 TRLO).

Convocatoria y tiempo y lugar de celebración

Otras cuestiones relevantes en cuanto a la convocatoria son la fijación del lugar de celebración, y la hora de celebración. En cuanto al lugar, no tiene porqué coincidir ni con el domicilio social ni con un lugar territorialmente vinculado al mismo (municipio, provincia o comunidad autónoma), si bien es habitual que así sea. Algunos consejos se celebran puntualmente en instalaciones de la empresa o el grupo distintas a la sede social con la doble finalidad de que los consejeros vayan teniendo un mejor y más directo conocimiento de las distintas sedes y de que en las mismas se perciba el interés del consejo por su devenir.

En cuanto a la hora de celebración, es evidente que hay que indicar en la convocatoria cual habrá de ser el momento de inicio. Aquí queremos llamar la atención sobre la importancia de la duración. Es conveniente señalar en la convocatoria cuál es la duración prevista del consejo de modo que los consejeros se bloqueen ese espacio y no resulte que haya consejeros que se ausenten cuando todavía no ha concluido el mismo. Ese tiempo de duración debe guardar una adecuada relación con los asuntos a tratar y debe repartirse el tiempo adecuadamente con el fin de que se puedan tratar todos ellos, priorizándose además en función de su urgencia y su importancia.

Documentación e información de los consejeros

El artículo 225.3 LSC establece, en sede del deber de diligencia y cualquiera que sea el modo en que se organice la administración de la sociedad, que en el desempeño de sus funciones el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

Cuando formar parte de un órgano colegiado, el ejercicio del derecho y cumplimiento del deber de informarse del administrador debe llevarse a término de un modo ordenado, asumiendo las circunstancias propias de la colegialidad. Esto impone evitar que, salvo en consejos muy reducidos y en los que cada consejero esté

involucrado en la gestión diaria, cualquier consejero pueda dirigirse a cualquier directivo en cualquier momento solicitándole información preparada en el modo que estime más oportuno. Esta situación, sería ineficiente y perturbaría el adecuado funcionamiento del equipo directivo y de la sociedad, pudiendo además provocar conflictos en la atención de los distintos consejeros por el equipo directivo y generar confusiones en cuanto a la causa y finalidad de la información solicitada.

Para evitar lo anterior, es conveniente que se establezcan las normas del órgano colegiado en cuanto a la naturaleza, periodicidad, contenido y formato de la documentación a recibir por los consejeros para poder informarse conforme les impone el deber de diligencia.

También aquí es crucial la función del presidente en relación con la información preparatoria de las sesiones consejo, dado que es quien, con la colaboración del secretario, deberá velar para que los consejeros puedan contar previamente y con suficiente antelación con la información necesaria para la deliberación y la adopción de acuerdos sobre los asuntos a tratar, sin que ello suponga la derogación o modalización del deber individual de cada consejero de informarse.

En esta labor, el presidente debe ser consciente de que distintos consejeros tienen distintos niveles de información, en particular los ejecutivos, y que por sus distintos perfiles pueden tener también distinta capacidad para procesarla en función de su naturaleza. El presidente debe procurar equilibrar esa heterogénea situación de partida con el fin de facilitar que el debate sea entre "iguales", evitando la consolidación de asimetrías de una intensidad tal que impidan un suficiente ejercicio crítico, particularmente por los no ejecutivos.

Para ello, el presidente debe ser escrupuloso al seleccionar la información y su formato. Debe ser completa en cuanto a contenido, e inteligible y fácilmente interpretable en cuanto a su presentación. Los consejeros menos informados a priori, como los independientes no expertos en el sector o los dominicales que nunca hayan participado en la gestión, por citar dos ejemplos, deben poder formarse una opinión completa sobre cada asunto a tratar, paliándose así en lo posible la desventaja que tienen de información y conocimiento, desde luego respecto a los ejecutivos, pero también a los independientes que sí son del sector

y a los dominicales que en algún momento hayan estado involucrados en la gestión.

La información que se facilita suele ser de naturaleza documental, pero nada impide que, como actividad preparatoria, se organicen reuniones de uno o varios consejeros con directivos o con asesores externos de la sociedad con el fin de que determinados consejeros completen su conocimiento o criterio sobre asuntos a tratar. Estas reuniones pueden ser importantes para consejeros no ejecutivos que quieran tener un conocimiento más directo sobre un asunto, obtenido de la dirección de la compañía, o para consejeros a quienes se les hayan encomendado proyectos concretos – lo que cada vez es más común - o quienes por su formación, experiencia o competencias estén llamados a ilustrar en determinadas materias al resto de consejeros.

La información debe remitirse idealmente con la convocatoria, cursándose como se ha dicho esta con la antelación necesaria para que los consejeros puedan preparar adecuadamente la sesión. En ocasiones, convendrá incluso anticipar la información a la propia convocatoria, cuando se trate de materias especialmente complejas y se disponga anticipadamente de la misma. Si, una vez convocado el consejo hubiera información nueva o debiera actualizarse la ya enviada, nada obsta a hacerlo, pero debe tratarse en un modo tal que permita a los consejeros con facilidad cuál es esa nueva información con el fin de que no deban iniciar de nuevo desde el principio el ejercicio de análisis que, en su caso, ya hubieran llevado a cabo.

El presidente será también el destinatario de las peticiones de aclaraciones o información complementaria cursadas por otros consejeros. Deberá diligentemente atenderlas en la medida de lo posible y siempre respetando el interés social. Para evitar asimetrías, salvo que haya razones justificadas para no hacerlo, las respuestas a peticiones individuales de un consejero es conveniente compartirlas con el conjunto de los miembros del consejo.

Compartir información conlleva la responsabilidad de protegerla. La información a los consejeros suele ser de carácter confidencial y, en ocasiones, extraordinariamente sensible. El presidente debe asesorarse con el CIO de la compañía, o con los asesores externos que tenga por conveniente, sobre cómo proteger dicha información (desde encriptaciones de los documentos hasta generación de documentos con códigos individualizados

por consejero para tener trazabilidad en caso de pérdida o sustracción). El nivel de protección no tiene que ser necesariamente uniforme, pudiendo depender de la sensibilidad del documento.

En ocasiones, ante documentos particularmente dignos de protección por su contenido, incluso se restringe su difusión evitando enviarlos a los consejeros, poniendo a su disposición un ejemplar físico en la sede social o en el despacho del secretario, de modo que puedan desplazarse a consultarlo, pero no tener copias del mismo.

En todo caso, la labor de protección de la información no se refiere solo al origen sino también al destino, por lo que es conveniente una cierta pedagogía con el resto de consejeros sobre su deber de custodia de la documentación, de modo que tomen medidas equivalentes de protección a los que tenga establecidos la propia sociedad, particularmente en cuanto a su almacenamiento en sus propios dispositivos.

Invitaciones al consejo

Otro acto preparatorio para el que, en principio, puede ser competente es para invitar a no consejeros al consejo, normalmente con una participación limitada a ciertos asuntos del orden del día, a veces solo durante la fase informativa, en otras también en la deliberativa y, hasta en la decisoria. En otros casos, la invitación se refiere a participar en la totalidad de la sesión. Casos frecuentes son las personas que tienen la condición conocida como de observers designados por capitales riesgos o family offices. También miembros de consejos de familia en empresas familiares. En algunos casos directores generales en sociedades en las que no hay un consejero delegado o se está planificando su sucesión en la figura del director general.

Al cursar la invitación debe concretarse la participación que se espera y someter al invitado a reglas de confidencialidad específicas comparables a las que son aplicables a los administradores.

Dirección de las sesiones del consejo

Una vez completada la fase preparatoria, la convocatoria y la puesta a disposición de la información, el presidente será el responsable de ordenar el funcionamiento de la sesión. Ello incluye la declaración de la válida constitución del consejo en función de los asistentes y de las delegaciones recibidas, constituyendo este un acto reglado.

Constituido el consejo, deberán tratarse los distintos puntos del orden del día, ya incluidos en la convocatoria ya acordados en el momento de la constitución del órgano ya planteados de modo sobrevenido. El presidente deberá ordenar el tratamiento de los mismos y velar para que se pueda dedicar a cada uno el tiempo que por su importancia y complejidad pueda merecer.

Para lo anterior es crítico el modo de plantear cada tema y de dirigir el debate. No lo es menos que cada consejero haya recibido la información adecuada y la haya analizado. El presidente debe procurar que todos los consejeros participen y dirigir la deliberación de modo tal que todos tengan la oportunidad de participar y se sientan incentivados a hacerlo.

Una presidencia que lleve los temas muy “cocinados”, muy decididos, con muy poco margen para quienes no han estado en el proceso de valoración y propuesta del asunto concreto, podrá tener un consejo plácido, controlado, con alto grado de consenso, en el que difícilmente los consejeros puedan o quieran cuestionar la propuesta que se les presenta. Sin embargo, estará restringiendo la capacidad de aportación de valor por dichos consejeros, la realización de parte de su función por los mismos. Si, además, los plantea en tono de decisión tomada, de cuestión estratégica largamente trabajada y cuya ejecución es crítica, como un tema vital que hay que aprobar “en todo caso”, las posibilidades de discrepancia constructiva, tan necesaria, serán marginales, incluso la mera reconsideración de aspectos puntuales de la decisión propuesta.

No parece adecuado crear un consejo con personas capaces, formadas y con experiencia y que quede cercenada su capacidad real y no solo formal de deliberación y adopción responsable de acuerdos, en definitiva su función legal, por prácticas como las descritas. Por ello, en el seno del consejo, deberá el

presidente estimular el debate y la participación activa de los consejeros durante las sesiones, salvaguardando su libre toma de posición. Las decisiones precocinadas desvirtúan el correcto funcionamiento del consejo al restar valor a la función deliberativa de sus reuniones. Sugerimos que se empiecen a informar a los consejeros de los proyectos estratégicos desde su fase de gestación, que se les involucre en el diseño y desarrollo, informándoles y escuchando su opinión, y que la decisión final la puedan tomar haciéndola realmente propia.

Con ello se aumentará la calidad del debate y se incrementará el acierto en las decisiones, permitiendo además que diversos enfoques y experiencias aporten elementos adicionales que enriquezcan aspectos o matices de la decisión. No se trata solo de si, por ejemplo, una determinada inversión es o no conveniente, sino de valorar distintas alternativas, por ejemplo en cómo financiarla o cómo impactará en el empleo o cómo debe comunicarse al mercado. Es función del presidente contribuir a que la decisión sea realmente colegiada y a que cada consejero haya podido aportar responsablemente su visión.

Una cuestión a la que el presidente debe prestar especial atención, con el apoyo y el asesoramiento del secretario, es la detección y gestión de eventuales situaciones de conflicto de interés. Aunque la responsabilidad de evaluar sus particulares situaciones de conflicto es de cada uno de los consejeros, es conveniente advertirlas cuando se aprecien, ya que no siempre son evidentes - por ejemplo en empresas familiares - y gestionar la reunión en consecuencia. De esta manera, el presidente deberá invitar no solo a no votar, sino también a abandonar la reunión y no participar en la deliberación al consejero en conflicto, reflejándolo debidamente en el acta y realizando el cómputo de votos en atención a dicha circunstancia.

Ligando la cuestión de los conflictos de interés de los consejeros con otra de las facultades del presidente, dentro de sus funciones de dirección de las dinámicas del consejo, la de concluir la sesión, el Tribunal Supremo en la sentencia citada de 20 de mayo de 2013, estableció que, aunque formalmente le corresponde al presidente concluir las reuniones del consejo, no puede abortar la toma de una decisión que le afecta directamente, levantando la sesión, cuando la mayoría de los consejeros había votado a favor de la discusión de este asunto.

Fase decisoria

Tras la deliberación de cada punto del orden del día, cuando no tengan un contenido meramente deliberativo o informativo, se deberá proceder a la votación, correspondiendo también al presidente la dirección de esta fase, el recuento de votos y la declaración del resultado.

Es común que la decisión se produzca tácitamente, habiendo un sobrentendido de que si nadie se ha opuesto frontalmente en la fase de deliberación, o si no ha habido propiamente tal, se puede presumir y se asume que todos los consejeros votan a favor. Salvo en determinados acuerdos que podríamos considerar de trámite, no necesariamente es así. Por ello, el presidente debe asegurarse de que cada consejero manifiesta su opinión y expresa su voto, evitando la adopción de acuerdos por aclamación.

En los casos en que no haya una unanimidad y, particularmente, cuando el grado de consenso sea suficiente pero bajo, el presidente deberá tratar de entender los motivos esenciales de la discrepancia y valorar si se puede completar o reconducir el acuerdo propuesto en un modo tal que suscite un número superior de adhesiones, por supuesto respetando y haciendo valer la decisión adoptada por una mayoría de consejeros.

La redacción del acuerdo debe ser clara, de modo que no dé lugar a ambigüedades o interpretaciones que dificulten luego su ejecución. Esta labor normalmente es del secretario, pero el presidente, en su función de gestión del consejo, debe supervisarla y, adicionalmente, asegurarse de que se designa un responsable para la ejecución del acuerdo y que se define un marco temporal para ello. Es conveniente que quede reflejado en el acta a efectos de seguimiento del cumplimiento y ejecución de los acuerdos.

La redacción del acta de la reunión corresponde normalmente al secretario, al igual que la certificación de acuerdos, pero son documentos que firma el presidente. Por ello, debe estar familiarizado con sus aspectos formales y revisar también su contenido con el fin de que reflejen del modo más fidedigno posible lo efectivamente acaecido en la sesión a la que se refieran.

En cuanto a la fase decisoria, conviene hacer una breve mención a que no son extrañas las sociedades en las

que el presidente dispone de un voto de calidad o voto dirimente para los supuestos de empate en el seno del consejo (cuestión validada en resoluciones de la DGRN de 17 de julio y 5 de noviembre de 1956). Cuando esto es así, es conveniente ejercitar el voto en último lugar, tras el resto de consejeros con voto ordinario y, antes de emitirlo, considerar si ejercer el voto dirimente cuando vaya a tener tal efecto o buscar un mayor consenso en los términos ya expresados.

Para completar este apartado, simplemente señalar que un consejo eficiente y operativo no solo es el que adopta decisiones adecuadas, sino el que vela por su ejecución. El seguimiento entre consejos corresponde normalmente al consejero ejecutivo cuando lo hay. El presidente debe estar en contacto con él o con el equipo directivo con el fin de verificar que los acuerdos adoptados realmente se ejecutan. La diligencia debida reclama dedicar un tiempo en cada consejo a revisar el avance de ejecución de los acuerdos adoptados y las vicisitudes que se hayan podido producir en la misma.

Una última mención a un aspecto al que no siempre se le presta la atención debida, cual es la comunicación de los acuerdos adoptados. Aunque las deliberaciones son confidenciales y los acuerdos también en muchos casos, otros requieren su comunicación interna o externa. Entre las labores del presidente se incluye gestionar dicha comunicación, asegurarse de que se produce por el canal correcto, a las personas que procede y en la forma adecuada.

Otros deberes

Como se puede observar, la mayoría de las funciones del presidente están vinculadas al funcionamiento del consejo de administración, pero no son las únicas que la norma o la práctica le atribuyen.

Así, el presidente es quien recibe las comunicaciones en nombre de la sociedad (235 LSC) lo que supone una responsabilidad cualificada. Su función de receptor no le habilita con carácter general a contestar, ya que la representación sigue correspondiendo al conjunto del consejo actuando colegiadamente (232.2.d) LSC). Por ello, el presidente deberá dar traslado de las comunicaciones recibidas al resto de consejeros. En

función del contenido de la comunicación corresponderá acordar la respuesta al órgano que tenga atribuida la correspondiente competencia.

Por otra parte, el presidente tiene con frecuencia una función de portavoz de la compañía, es el interlocutor considerado válido por las instituciones, la prensa, etc. En el ejercicio de dicha función, salvo que tenga poderes específicos para ello, deberá tener presentes los mismos criterios enunciados en el párrafo anterior.

En cuanto a las relaciones internas con los socios y, entre estos, con los más significativos, el presidente suele tener una relación intensa, continuada, con el fin de pulsar la posición de los socios y tratar de que el consejo esté alineado con los mismos, particularmente en aquellos debates o decisiones relevantes que les puedan afectar de un modo más intenso, que incluso pueden requerir jurídicamente en algún momento su respaldo, como la política de dividendos, las inversiones significativas o las operaciones corporativas.

En las empresas familiares, el concepto de socio se amplía con las distintas generaciones de la familia empresaria, aun cuando todavía no hayan accedido a la propiedad o a la gestión directa pero ya estén vinculados al funcionamiento de la compañía a través de los órganos propios de la empresa familiar, como la asamblea o el consejo de familia.

Por último, la ley, en lo que afecta a las cotizadas, y el buen gobierno, en toda clase de sociedades, le asignan una función de contrapoder, de modo que la figura del presidente recaiga preferente en un consejero no ejecutivo. El objetivo de esta norma es contrabalancear el poder de los consejeros ejecutivos, muy particularmente el consejero delegado. Esta función de contrapoder no es de enfrentamiento, muy al contrario, el presidente tiene que ser un apoyo, una referencia y una autoridad para el consejero delegado, de modo que este se sienta a un tiempo exigido y respaldado.