

La Ley de Reforma de la LSC

¿Son impugnables autónomamente los acuerdos de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones?

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Planteamiento

El artículo 251 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) —referido a la impugnación de los acuerdos del consejo y de otros órganos colegiados de administración— ha sido modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

El nuevo texto del artículo 251 LSC presenta cuatro diferencias relevantes con respecto al anterior: 1) en consonancia con el nuevo régimen de la impugnación de los acuerdos de la junta general, ha desaparecido la doble referencia a los acuerdos nulos y anulables; 2) se ha reducido del 5 % al 1 % del capital social el porcentaje de participación necesario para que los socios puedan impugnar los acuerdos del consejo (conviene advertir que, tratándose de sociedades cotizadas, el porcentaje requerido se fija en el 1 % del capital social —art. 495.2b—); 3) la remisión a la disciplina de la impugnación de acuerdos de la junta en cuanto a la tramitación de la impugnación de los acuerdos del consejo ha sido sustituida por una remisión a aquella disciplina en lo que se refiere específicamente a las causas de impugnación, a la tramitación de ésta y a los efectos de la sentencia que se dicte; 4) se establece ahora que, sin perjuicio de lo anterior, constituirá causa de impugnación de los acuerdos del consejo la infracción del reglamento de este órgano.

Pero, al margen de lo que se acaba de señalar, y según el artículo 529 *tercedies*.2 LSC, el consejo de administración de las sociedades cotizadas deberá constituir, al menos, una comisión de auditoría y una comisión (o dos comisiones separadas) de nombramientos y retribuciones. El hecho de que se haya convertido en un deber legal lo que antes no era más que una recomendación recogida en los textos relativos al gobierno corporativo pone de manifiesto la oportunidad de preguntarse por la posibilidad de impugnar los acuerdos de estas comisiones de manera autónoma.

2. La impugnabilidad de los acuerdos de otros órganos colegiados de administración

2.1. Primer requisito: la colegialidad del órgano

El artículo 251 LSC se refiere a los «acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración». Esto significa que el funcionamiento colegial constituye un presupuesto para la aplicación del régimen de impugnación previsto en dicho precepto. Por tanto, cuando la administración se haya encomendado a un administrador único, a administradores mancomunados o a administradores solidarios, tal régimen será inaplicable y las correspondientes decisiones no serán combatibles por este cauce. Lo mismo sucederá en

relación con las decisiones de los consejeros delegados (incluso cuando sean varios que hayan de actuar mancomunadamente).

Por el contrario, y como regla general, el funcionamiento de las comisiones especializadas del consejo de la sociedad cotizada será colegiado: se ajustará, en suma, a un procedimiento formalizado de convocatoria, de reunión, de deliberación, de adopción de acuerdos con arreglo a un principio mayoritario y de documentación de tales acuerdos. Es cierto que, en rigor, la ley no exige que estas comisiones sigan un procedimiento colegial y que serán los estatutos o el reglamento del consejo los que regulen su funcionamiento (arts. 529 *quaterdecies*.3 y 529 *quincecies*.2 LSC). Sin embargo, la experiencia y el sentido general de su regulación permiten asumir que, en la inmensa mayoría de los casos, las referidas comisiones actuarán como órganos colegiados.

2.2. Segundo requisito: el carácter de órgano de administración. El caso de la comisión ejecutiva

El artículo 251 regula la impugnación de los acuerdos de órganos «de administración». En realidad, en un sistema monista, como el que rige en España para las sociedades anónimas y limitadas, la administración de las sociedades cotizadas se encomienda a un único órgano: el consejo de administración (art. 529 *bis*) o, si se prefiere decirlo de otra manera, las funciones de administrar la compañía se encomiendan por la ley a un órgano colegiado, el consejo de administración, que goza de una esfera propia, autónoma y exclusiva de competencias.

Es cierto, no obstante, que el consejo puede delegar parte de sus facultades (las que no son indelegables: *cfr.* arts. 249 *bis* y 529 *ter* LSC) en consejeros delegados y en comisiones ejecutivas. Pero, obsérvese bien: estos «órganos delegados» pueden no existir y, cuando lo hacen, no cuentan con un ámbito exclusivo de competencias, ya que las del consejo son siempre concurrentes con las de aquéllos (incluso en el caso de

que la delegación venga impuesta por los estatutos). Pues bien, ciñéndonos a las comisiones ejecutivas, hay que observar que participan de las genuinas funciones de administración de la compañía y que, en el ámbito de las competencias delegadas, sus acuerdos expresan la voluntad social. El hecho de que este tipo de comisiones ejerza por delegación funciones propias del consejo justifica sobradamente su calificación como órganos de administración (siquiera sean delegados). De manera que, prescindiendo de otro tipo de consideraciones dogmáticas, sus acuerdos han de considerarse impugnables en las mismas condiciones que los del propio consejo.

3. Las comisiones de auditoría, nombramientos y retribuciones

Las comisiones «especializadas» del consejo pueden tener la consideración de órganos colegiados, pero difícilmente cabrá entender que son propiamente órganos de administración. En este sentido, la posición más extendida en la doctrina es la de negar la posibilidad de impugnación de los actos de estas comisiones o comités.

3.1. Naturaleza y función de las llamadas comisiones de supervisión y control

Las comisiones o comités de auditoría y de nombramientos y retribuciones (cuya constitución viene exigida por la LSC y, antes, sugerida por los textos relativos al buen gobierno corporativo: *vid.* las recomendaciones 39 a 53 del Código unificado de buen gobierno —CUBG—) actúan básicamente como «órganos de apoyo», auxiliando al consejo en el desarrollo de sus funciones de supervisión y control de la gestión social. En su configuración típica ejercen funciones circunscritas al asesoramiento, la información, la consulta y la propuesta. En términos generales, no tienen funciones decisorias, de modo que no ejercen competencias de administración de la compañía. Las facultades decisorias de administración permanecen siempre retenidas en el consejo en pleno y no se atribuyen a estas comisiones, las cuales simplemente auxilian al consejo en pleno, facilitándole su labor de control y supervisión del equipo gestor

(de ahí que hayan de estar compuestas por consejeros no ejecutivos). La voluntad que se expresa con sus acuerdos es, en cuanto procedente de una instancia meramente interna, la voluntad de la comisión o del comité de que se trate, pero no representa la voluntad de la sociedad, que sólo es manifestada por la junta y por el órgano de administración (y, en su caso, por los órganos delegados).

El mero hecho de que el consejo designe de entre sus miembros un grupo al que encargue la recopilación de información sobre ciertos asuntos, su estudio o análisis previo y la elaboración de informes o propuestas no convierte a esos colectivos en auténticas instancias de administración. Y tampoco sucede esto por el hecho de que sea la ley la que obligue a la constitución de estas comisiones y defina su composición y sus funciones básicas. De ahí que, como regla de principio, sus acuerdos no pueden decirse emanados de un auténtico órgano de administración.

De hecho, los pronunciamientos y acuerdos de estas comisiones suelen ser estrictamente preparatorios o facilitadores de los acuerdos posteriores del consejo. Normalmente son actos de trámite que se enmarcan en un procedimiento complejo de toma de decisiones, pero que no determinan el contenido de los acuerdos del consejo. Y, como actos de trámite que no deciden ni terminan ningún procedimiento, no deben ser considerados separables a los efectos de su impugnación, sino que ésta deberá dirigirse contra el acuerdo final del consejo.

3.2. Algunos datos

Existen una serie de consideraciones ulteriores que confirman la vigencia, como regla general, de las ideas anteriores:

a) Resulta ilustrativo, en primer término, que el artículo 249 *bis.a* LSC distinga, al enumerar las facultades indelegables del consejo, entre la supervisión de la *actuación* de los órganos delegados y la del *funcionamiento* de las comisiones que se hubieran constituido.

Se pone así de manifiesto la diferente naturaleza de éstas y aquéllos.

b) Si se analizan las funciones que la ley atribuye a la comisión de auditoría (y que son las que la caracterizan), se aprecia que carecen de carácter decisorio. Básicamente la comisión informará al consejo o a la junta (letras *a*, *f* y *g* del art. 529 *quaterdecies.4* LSC); realizará propuestas relacionadas con el auditor externo (letra *d* del art. 529 *quaterdecies.4* LSC), con quien servirá de canal de comunicación (letras *d* y *e* del art. 529 *quaterdecies.4* LSC), y supervisará ciertos sistemas y procesos internos (letras *b* y *c* del art. 529 *quaterdecies.4* LSC). Algo similar ocurre con la comisión de nombramientos y retribuciones: le corresponde elevar propuestas al consejo (letras *c*, *f* y *g* del art. 529 *quindecies.3* LSC), elaborar informes (letras *d* y *e* del art. 529 *quindecies.3* LSC), realizar evaluaciones y fijar objetivos (letras *a* y *b* del art. 529 *quindecies.3* LSC). Pero, en realidad, nunca adopta las decisiones, ya que la competencia para tomarlas reside siempre en el consejo.

Nótese bien que, en rigor, el ejercicio de estas competencias no supone «administrar» la compañía. La comisión de auditoría auxilia al consejo en un área técnicamente compleja y, dada su composición, facilita la supervisión de la gestión social. Pero no tiene atribuidas facultades decisorias. Análogamente, la comisión de nombramientos y retribuciones apoya al consejo en la labor de selección de consejeros y altos directivos de la compañía y en la fijación de la política de retribuciones de unos y otros, pero no sustituye al consejo en la toma de decisiones. Son, por tanto, «órganos de apoyo» que no comparten las facultades de administración de la sociedad, sino que ayudan a ejercerlas. Constituyen instrumentos para la reorganización interna del proceso de toma de decisiones en la medida en que se encarga a un sector o parte del consejo (comisión especializada)

la realización de ciertos pasos previos a la propia decisión y preparatorios de ella (evacuar informes, efectuar evaluaciones, presentar propuestas...); todo ello con el objetivo de mejorar el buen cumplimiento de sus funciones por parte del consejo, garantizando además, por medio de su composición, la independencia con respecto al equipo ejecutivo de la compañía.

- c) La Recomendación de la Comisión 2005/162/CE, de 15 de enero del 2005 (relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa), se mueve en la línea que se está exponiendo. Así, al tratar del papel de los comités de auditoría, nombramientos y retribuciones frente al consejo (recomendación 6.1), afirma que tales comités «deben hacer recomendaciones destinadas a preparar las decisiones que deba tomar el consejo de administración o de supervisión mismo. La principal finalidad de los comités debe ser incrementar la eficacia del trabajo del consejo de administración o de supervisión, garantizando que las decisiones estén bien fundadas, y ayudar a organizar el trabajo del mismo para asegurar que las decisiones que adopte estén libres de conflictos materiales de intereses. En principio, la creación de los comités no persigue que el consejo de administración o de supervisión mismo deje de examinar los temas en cuestión, ya que éste sigue siendo enteramente responsable de las decisiones adoptadas en su ámbito de competencia». Lo que enlaza con las observaciones vertidas en el considerando 10 de la citada recomendación:

«En principio, y sin perjuicio de los poderes de la asamblea general, el consejo de administración o de supervisión en su conjunto es el único que dispone del poder de decisión estatutario y, como estructura colegial, es responsable colectivamente del buen cumplimiento de sus tareas. El consejo de

administración o de supervisión tiene poder para determinar el número y estructura de los comités que considere apropiados para facilitar sus propias tareas, pero, en principio, estos comités no sustituirán a dicho consejo. Por esta razón, como regla general, los comités de nombramientos, remuneración y auditoría harán recomendaciones destinadas a preparar las decisiones que deba tomar el consejo de administración o de supervisión mismo».

3.3. Las excepciones a la regla general

A pesar de lo expuesto, en la medida en que puedan identificarse funciones de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones que realmente impliquen la toma de decisiones (que, por tanto, no se circunscriban a la colaboración en su adopción), cabrá considerar que los correspondientes acuerdos resultan impugnables de manera independiente. Aunque la LSC suele emplear conceptos con cierto grado de indeterminación, podría pensarse —desde luego con muchas dudas— que cumplen estas condiciones, por ejemplo, los acuerdos mediante los cuales la comisión de nombramientos *defina* las funciones y aptitudes necesarias de los candidatos que hayan de cubrir las vacantes en el consejo o los que *establezcan* un objetivo de representación para el sexo menos representado en el consejo. Lo mismo sucedería probablemente si se encomendara a la comisión de auditoría la *fijación* de una política oficial que especificara (de conformidad con los principios considerados en la Recomendación 2002/590/CE) los tipos de servicios distintos del de auditoría que quedaran a) excluidos, b) autorizados previa revisión por la comisión, y c) autorizados sin consulta a la comisión (*vid.* anexo I, punto 4.2, Recomendación 2005/162/CE). La cuestión resulta, con todo, extremadamente discutible.

Por otro lado, es siempre factible que el consejo, sin perjuicio de las funciones propias de estas comisiones consultivas o auxiliares, delegue permanentemente en

ellas determinadas facultades de gestión (nada lo impide puesto que las funciones previstas en la ley constituyen un mínimo). Se produciría entonces una delegación de facultades de carácter limitado y la comisión en cuestión actuaría en ese ámbito como órgano de administración, de tal forma que habría que tener por impugnables los acuerdos que se adoptasen en el ejercicio de tales facultades delegadas de administración. En este sentido debe recordarse que la Recomendación 2005/162/CE (6.2) prevé que «el mandato de los comités lo debe establecer el consejo de administración o de supervisión. Cuando lo permita la legislación nacional, la delegación del poder de toma de decisiones deberá declararse explícitamente, describirse correctamente y hacerse pública de forma totalmente transparente». A lo que se añade lo manifestado al final del considerando 10 de la mencionada recomendación: «...no se debe impedir al consejo de administración o de supervisión que delegue una parte de su poder de decisión en los comités, cuando lo considere apropiado y la legislación nacional lo autorice, aunque dicho consejo siga siendo totalmente responsable de las decisiones adoptadas en su ámbito de competencia».

4. Observación final

El hecho de que los acuerdos de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones no sean, por lo general, impugnables de manera autónoma o independiente no quiere decir, por supuesto, que la falta de respeto al papel que tienen atribuido (por la ley, por los estatutos o el propio reglamento del consejo) en los procesos de adopción de acuerdos por el consejo de administración sea intrascendente. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el consejo adopte acuerdos sin contar con los informes que sean preceptivos; o en el de que se lleven a cabo nombramientos sin esperar a la formulación de las pertinentes propuestas; o que los informes, propuestas, evaluaciones y orientaciones preceptivos elevados al consejo se hubieran formulado con infracción de las normas que rigen la composición o la actuación de estas comisiones. En estos supuestos, como en otros imaginables, la correspondiente infracción podría llegar a fundamentar la impugnación del acuerdo del consejo en la medida en que se traduzca en la falta de respeto al procedimiento de adopción de acuerdos por este órgano (y siempre que tal violación tenga carácter relevante: *cfr.* art. 205.3a LSC).