

## **SOBRE LA ELECCION DE LOS DIRECTIVOS CUANDO ESTA PREVISTO EL CONSEJO DE VIGILANCIA**

**Rafael Mariano Manóvil**

Como señalábamós los autores de los Cuadernos de Derecho Societario, "el directorio suele ser la representación de los intereses que se integran en la sociedad anónima, teniendo habitualmente menor relevancia la idoneidad técnica específica de cada uno de los directores. Cuando existe un consejo de vigilancia, esta función de integración de los intereses que convergen en la sociedad puede ser absorbida por éste, reservándose al directorio una función técnica de conducción de los negocios sociales" (Vol. III, Nº 46.1.5.1.).

La recepción en nuestro derecho del consejo de vigilancia -aunque más no sea como órgano optativo- siguiendo en ello la legislación alemana de 1965 y la francesa de 1966, está entroncada en la misma línea de aquellas otras normas que regulan la delegación de funciones del órgano de administración en búsqueda de mayor efectividad y ejecutoriedad en la dirección empresarial.

A ello tienden institutos tales como el comité ejecutivo, el director delegado, e incluso la gerencia, porque de ese modo se supera el obstáculo que la excesiva deliberación significa para la adopción coherente y constante de las decisiones que requiere la marcha cotidiana de los negocios sociales. Como se señala en uno de los más modernos trabajos producidos sobre la materia en España, "la gestión colegiada del Consejo de Administración (directorio) se está revelando inadecuada e ineficaz...el propio Consejo de Administración ha resultado un organismo incapaz de tomar el pulso de una gestión social que exige la máxima concentración y el emitir decisiones importantes sin tiempo para una discusión reposada" (Ángel Cristóbal Montes, La administración delegada de la sociedad anónima, Pamplona 1977, pág. 61). Agrega luego: "el mundo de la sociedad anónima nos patentiza en nuestros días que en aras de una mayor eficiencia, agilidad y flexibilidad los órganos de administración social tienden a conformarse de manera dual: por un lado un órgano pluripersonal normalmente numeroso y representativo al que se reserva la adopción de muy pocas e importantísimas decisiones, aparte del control y vigilancia de la gestión, y, por el otro, uno o varios órganos unipersonales o colegiados de reducida composición a los que corresponde la emisión de las decisiones ordinarias y el impulso del tráfico cotidiano de la empresa" (ibidem, pág.77)

Nuestra ley no ha sido ajena al reconocimiento del fenómeno de la moderna conversión del directorio en un órgano de decisiones solo fundamentales, mucho más que de ejecutor de la administración social. Y con ello su transformación, en la práctica, en un mecanismo de control de la gestión que, aunque permanente, es de funcionamiento discontinuo. La estructuración del consejo de vigilancia responde entonces al mismo propósito de desplazar hacia él ese centro de control de gestión y de adopción de decisiones fundamentales, tratando de restaurar en el órgano directorial la administración efectiva y cotidiana de los negocios sociales.

Es así que si el especial cuidado que se ha puesto en la Ley de garantizar a las minorías significativas una participación en el órgano que en la realidad produce esas decisiones importantes, pero sobre todo ejerce el control de la marcha de los negocios ordinarios, se ha plasmado a través del derecho al voto acumulativo para la elección de los miembros del directorio, o su designación por categorías de acciones (Arts. 262 y 263), resulta de toda lógica que al trasladarse esas características al consejo de vigilancia también se trasladen a la elección de sus miembros esos mecanismos que aseguran la representatividad y participación de las minorías, dejándose para el directorio una forma de integración que asegure y facilite la máxima coherencia, unidad de criterio y ejecutoriedad, que permitan que sea el instrumento efectivo de ejecución de la administración social que ha dejado de ser en la práctica.

Esta es la esencia y el trasfondo de la disposición del Art. 280 de la Ley, cuando en la última parte de su primer párrafo dispone que "cuando el estatuto prevea el consejo de vigilancia, los artículos 262 y 263 no se aplicarán en la elección de directores".

Pero por ello mismo, la aplicación de esta norma debe realizarse conforme a los fundamentos que la inspiran y de acuerdo con la realidad que regulan.

Y al respecto cabe decir, y ello a modo de conclusiones:

- a) Que la disposición comentada no es imperativa, por lo cual el estatuto puede válidamente establecer que pese a la existencia y funcionamiento del consejo de vigilancia, los integrantes del directorio pueden ser elegidos también por categorías de acciones o por voto acumulativo.
- b) Que la creación del consejo de vigilancia en una sociedad determinada, deberá estar estatutariamente reglamentada para su efectivo funcionamiento en concordancia con el órgano directorial, sobre la base de las finalidades tenidas en mira por el legislador para autorizar su existencia. Solo entonces podrá legítimamente suprimirse el derecho a elegir los directores por voto acumulativo y trasladarse el sistema a la elección de los consejeros. Pero si, como en la práctica ha sucedido muchas veces, la creación del consejo de vigilancia tiene por propósito desviar los derechos de participación de las minorías hacia aquél para mantener incólume el directorio bajo el control exclusivo del grupo dominante, distorsionando la apuntada funcionalidad de ambos órganos, debe el intérprete reconocer en ello una violación al principio imperativo y al derecho de orden público establecido en el Art 263 de la ley, y declararse la nulidad de la creación del consejo de vigilancia.