

El control de los administradores en la S.A. tras la reforma de 1989 (*)

A mi primer maestro: mi padre.

SUMARIO: Introducción. La incorporación de España a la CEE y la Primera y Quinta Directivas. El poder real y el poder legal en la S.A.: El “desplazamiento de poderes”. I. El control societario: A) El control de los administradores por los socios: 1. Las responsabilidades derivadas del proceso fundacional: 1.a) Sociedad en formación; 1.b) Sociedad irregular; 1.c) Responsabilidad por nulidad de la sociedad. 2. El control de los administradores una vez nacida la sociedad: 2.a) En el nombramiento; 2.a).1. La “aptitud” para el ejercicio del cargo y la profesionalización del administrador; 2.a).2. ¿Quién puede elegir al administrador?; 2.a).3. Sistemas de nombramiento: 2.a).3.1. Nombramiento de administrador por la Junta General; 2.a).3.2. Nombramiento por el sistema de representación proporcional; 2.a).3.3. Nombramiento por cooptación; 2.b) El control de los administradores durante el ejercicio de su cargo; 2.b).1. Actuación del administrador dentro de sus facultades; 2.b).1.a) Control periódico-institucionalizado; 2.b).1.b) Control extraordinario; 2.b).2. La extralimitación del administrador en el uso de sus facultades; 2.b).2.a) Actos modificativos del objeto; 2.b).2.b) Actos contrarios al objeto; 2.b).2.c) Actos de liquidación; 2.b).2.d) Actos neutros; 2.c) Control en el cese; 2.c).1. Obligatorio: la separación del administrador; 2.c).1.1. La separación por decisión de la Junta General; 2.c).1.2. Separación del administrador en supuestos especiales; 2.c).1.3. La separación implícita; 2.c).2. Voluntario: la dimisión del administrador; 2.d) Tras el cese: la rendición de cuentas.—B) El control de los consejeros-delegados y comisiones ejecutivas por el Consejo de Administración.—C) El control de la actuación de directores generales, gerentes y apoderados.—II. Control extrasocietario: A) El control por los trabajadores: la “cogestión”. B) Control laboral. C) Control penal.

(*) Este trabajo ha sido la base de la conferencia pronunciada en las jornadas organizadas por el Instituto de Fomento Empresarial en Madrid, el día 27 de noviembre de 1991.

INTRODUCCIÓN

LA INCORPORACIÓN DE ESPAÑA A LA CEE Y LA PRIMERA
Y LA QUINTA DIRECTIVAS

Antes de entrar en el análisis de la materia creo necesario hacer algunas consideraciones previas.

En primer lugar, es difícil defender el tema, bajo la perspectiva de la legislación y tradición jurídica españolas, desde un punto de vista unitario. Aunque se comienza ya en nuestro derecho a vislumbrar una distinción legislativa clara entre la Sociedad Anónima de gran capital y la de tipo cerrado o matiz personalista (de la que es fiel reflejo el art. 181 TRSA de 1989, que incluye —a la hora de posibilitar el "balance abreviado", entre las primeras a las que reúnan al menos dos de las circunstancias que **enumera**— más de 50 trabajadores, cifra anual de negocios superior a 480 millones de pesetas o de más de 230 en partidas del activo) y hay algunos atisbos anteriores (por ejemplo, la Ley de Cogestión de 1962, a que más tarde aludiremos, o en el Estatuto de los Trabajadores), es lo cierto que —**al** contrario de lo que ocurre en derecho **comparado**— el legislador no distingue, al hablar de "Sociedad Anónima", entre abierta o cerrada, por la sencilla razón de que prevé que el tipo preciso a que debe adaptarse esta última es la sociedad de responsabilidad limitada. Y hemos de advertir que la problemática que plantea la interpretación de la actual legislación societaria en materia de control de administradores es muy diferente según se trate de uno u otro tipo de sociedades. En la familiar, la proximidad de los intereses y los lazos de unión entre sus miembros, generalmente escasos, hacen relativamente fácil controlar la actividad del órgano administrativo, lo que no ocurre en las sociedades abiertas, según tendremos ocasión de comprobar. Sin embargo, y como contrapeso, lo que en la primera es facilidad de control, se convierte en la misma, debido a esos mismo lazos, en una grave dificultad práctica para el ejercicio de las medidas sancionadoras previstas por la ley.

En segundo lugar es necesario hacer constar —**de entrada**— que la reforma de sociedades anónimas, en el punto que tratamos, ha sido más bien timorata. La incorporación de España a la CEE, en el año 1986, obliga a armonizar nuestra legislación con la del Mercado Común. El procedimiento de armonización, de todos bien conocido, se basa en dos instrumentos básicos: la "**directiva**", que comprende a su vez dos fases: la primera, de aprobación por las instancias comunitarias y posterior notificación de los Estados miembros (momento a partir del cual obliga a éstos); y la segunda, de ejecución por los mismos de lo ordenado en la directiva, mediante la adaptación de su legislación a los dictados de aqué-

lla. La directiva vincula en cuanto a los resultados a alcanzar, dejando a los distintos Estados la elección de la forma y medios más adecuados para ello (art. 189.3 del Tratado de la CEE). Y el "reglamento", segundo de los instrumentos de armonización de que hemos hablado, de aplicación directa en toda la Comunidad, una vez aprobado.

La finalidad de la armonización aludida es la creación de un "Mercado Común de sociedades" que, a través de la instauración de un nuevo Derecho comunitario y la aproximación entre los distintos sistemas legislativos vigentes, facilite la relación entre las sociedades de los Estados miembros, así como la solución de los numerosos problemas planteados por las empresas multinacionales que operan a la vez en varias de ellas.

Cuando el estado español se adhiere al Mercado Común hay en materia de sociedades anónimas varias directivas aprobadas, de las cuales la única que nos interesa es la primera, de 1968. Hay otra, también interesante, la quinta, en trámite de elaboración. Tal situación persiste en la actualidad.

La primera directiva se centra en el análisis de la publicidad, validez de los actos realizados en nombre de la sociedad y la nulidad de las sociedades, mientras que la quinta contempla el aspecto de organización (estructura del órgano administrativo, competencia de los distintos órganos y derechos de socios y trabajadores). De lo expuesto se deduce que, a la fecha de la incorporación, España asume el compromiso de adaptar su legislación a la primera directiva, pudiendo, ante la quinta, o bien proceder directamente a su modificación, con el riesgo que ello comporta, o esperar a su aprobación definitiva. La segunda opción podría motivar múltiples colisiones de forma y fondo entre lo legislado y lo modificado a consecuencia de la Primera Directiva, por lo que se ha preferido proceder a una reforma global, no exenta de riesgo y que se ve abocada, aún antes de su aprobación, a una futura reforma y adaptación a la quinta directiva, cuando sea definitiva. Dicha reforma podría desde luego haber sido aprovechada más a fondo, modificando aspectos sustanciales de nuestra normativa para aproximarla a la comunitaria. No ha sido así, y por ello la hemos calificado de "timorata". Se han omitido temas de trascendental importancia, tales como la responsabilidad en caso de delegación, o la Administración por jurídica, y otros han sido tratados de manera no enteramente satisfactoria.

Las razones del estancamiento de la Quinta Directiva, que han impedido una reforma total de la materia en Derecho español, así como los problemas que están surgiendo en torno a su aprobación definitiva, tienen su origen en la colisión frontal, dentro de la legislación comunitaria, entre los dos sistemas de estructuración del órgano administrativo: monista y dualista. Entre los que defienden la existencia de un único órgano, además de España, se encuentran Italia, Bélgica, Inglaterra e Irlanda. Alemania

opta desde hace tiempo por el sistema dualista. Y aún podríamos hablar de un tercer sistema: el que prevé la existencia de dos formas de Administración, el que las que la sociedad debe elegir una (Francia), o le viene impuesta si reúne determinadas condiciones (Holanda, Dinamarca). Aunque doctrinalmente la opinión mayoritaria apoya este último sistema, el Proyecto de Quinta Directiva (al igual que el Proyecto de Estatuto de Sociedad Europea) se encuentra claramente influenciado por el Derecho germánico, resaltando las ventajas del sistema dualista sobre el unitario e imponiéndolo a todas las sociedades. Ese es, precisamente, el punto de fricción que polariza la atención y **paraliza** de momento la aprobación definitiva de la directiva y ello es así por las dificultades de implantación que, en países de sistema tradicionalmente unitario, presenta dicho sistema. Para solucionarlas se ha propuesto un régimen permisivo, menos riguroso, que consiste en la creación de un segundo órgano (Consejo de Vigilancia) a elección de la sociedad, en sus estatutos, o bien permitir transitoriamente la coexistencia de los dos sistemas en los países problemáticos, para acabar imponiendo el segundo ("informe SCHMIDT").

Si hablamos aquí de las diferentes formas de estructura la sociedad en derecho comparado y de las opciones propuestas por el Proyecto de Quinta Directiva, que determinará el sistema a aplicar en España, es debido a que la materia tiene directa relación con el tema que nos ocupa: control de los administradores.

En efecto: en el sistema dualista son dos los órganos administrativos existentes en toda S.A.: el "Consejo de Vigilancia" ("Vorstand"), y la "Dirección". La gestión y representación de la sociedad compete a esta última, integrada por personas designadas por aquél y bajo su vigilancia. El Consejo de Vigilancia tiene como misión fundamental el control de la actuación de los administradores. ¿Quién ejerce esa función en el sistema monista? En puridad, la Junta General de Accionistas, órgano deliberante y soberano. Lo que ocurre es que, en la práctica, las distancias entre los órganos se han reducido y las líneas divisorias se **difuminan**: así, ha llegado a decirse que el sistema español, en caso de existencia de Consejo de Administración y consejero-delegado, es mixto: el delegado administra y representa en nombre de la Sociedad, limitándose el Consejo a fiscalizar su actuación.

Sea cual fuere la posición que los organismos comunitarios adopten en el futuro, lo cierto es que los autores de la reforma han preferido mantener a ultranza el viejo sistema español (erróneamente, a nuestro juicio) inalterado (aunque en el anteproyecto de LSA se contemplaba la constitución obligatoria del Consejo de Vigilancia en determinados casos, postura que, como es obvio, no prosperó), por lo que en la actualidad el control de los administradores en la legislación española sigue las líneas esenciales mar-

cada por la Ley de 1951, encomendando el mismo, básicamente y desde un punto de vista societario, a la Junta General de Accionistas.

**EL PODER REAL Y EL PODER LEGAL EN LA S. A.:
EL "DESPLAZAMIENTO" DE PODERES**

Como fenómenos reiteradamente constatado (primero en Alemania, con anterioridad a su Ley de 1965, y luego en nuestro Derecho) e inevitable, se nos presenta la concentración de poderes en las grandes empresas, en las que los mismos radican en sus directores. El accionariado, como ya señaló la Exposición de Motivos del Proyecto de Quinta Directiva, se encuentra, en la mayor parte de las ocasiones, disperso, desvinculado y desinteresado de la marcha de la sociedad, preocupándole tan sólo el reparto de beneficios. Ello motiva el reforzamiento de la posición de los administradores, que actúan cada vez con mayor independencia, reforzamiento compensado con la progresiva debilitación de la posición de la Junta a la que tan sólo se le confía, en principio, los asuntos de vital importancia para la sociedad y, en concreto, los relativos a su conformación jurídica (fundación, modificación de estatutos, incremento o reducción de capital, transformación, fusión, disolución, liquidación...). De alguna manera se pretende reducir (aún inconscientemente) el campo de competencia del órgano deliberante a los asuntos para los que tradicionalmente se reserva un quorum de decisión forzado (art. 103 TRSA), soslayando la importancia vital de aquéllos para los cuales la decisión se adopta por mayoría simple, entre los que —y no por casualidad— se encuentra la censura de la gestión social (art. 102 TRSA). Y aún se va más allá: como acertadamente ha señalado ESTEBAN VELASCO, se aprecia que la evolución en el reparto de poderes no acaba ahí, sino que se pretende —en la órbita doctrinal más avanzada de nuestro país y en el Derecho comparado— que ni siquiera ese ámbito sea de la competencia exclusiva de la Junta, sino que las decisiones deben ser adoptadas necesariamente por órganos en los cuales estén representados todos los intereses que concluyen en la sociedad, entendida ésta en el concepto "empresa". (Especialmente se alude a la intervención del Consejo de Vigilancia, en cuya composición participan representantes de los trabajadores. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.)

Hay en la práctica un claro desajuste entre el modelo legal de S.A. y la realidad. El primero fracasa básicamente por la falta de interés del accionariado en la marcha de la sociedad (como ya hemos apuntado), funcionando tan sólo el "modelo democrático" ajustado a criterios normativos, en relación a los grupos de accionistas directamente vinculados

a la actividad empresarial. Se apunta con ello una disociación entre las figuras del accionista-aportante de capital y el **accionista-empresario**. Al primero le interesa simplemente la rentabilidad, al segundo el incremento y porvenir de la empresa. El pequeño accionista se desinteresa de los temas de Administración, que controla el empresario. Esta disociación pone seriamente en duda la adecuación a los tiempos actuales de la regulación unitaria de la posición del accionista. Las exigencias que la gestión de una empresa de grandes dimensiones impone, unidas al fraccionamiento de los socios no agrupados, implican en definitiva el control potencial de la Administración por los socios empresariales.

La Junta General de Accionistas, órgano en otros tiempos "soberano" y al que se le atribuía, entre otras, la competencia "residual", ha pasado así de una posición de influencia y control directos en la sociedad (sistema liberal-capitalista) a otra de influencia mediata y limitada. Tampoco ha sido ajena a dicha circunstancia de distribución de competencias entre órganos, que ha tendido peligrosamente a convertir a la Junta en un simple elector de las personas que van a regir los designios de la sociedad, bien directamente (sistema monista), bien indirectamente (elección de miembros del Consejo de Vigilancia, y éstos a su vez a los administradores: sistema dualista).

Vemos, pues, como existe un claro distanciamiento (cuyas razones hemos tratado de analizar) entre la regulación real y la situación legal de distribución de poderes. De esa situación viene a ser fiel reflejo la posición de mero comparsa que le toca adoptar a la Junta en numerosas ocasiones en las que se utiliza, por ejemplo, el nombramiento de consejeros por cooptación, pues debe limitarse a ratificar lo decidido con anterioridad dentro del propio Consejo. Piénsese que —por virtud de sucesivas cooptaciones— es factible que el Consejo, en el momento de celebración de una Junta, pueda tener más miembros nombrados por ese sistema que por la propia Junta, o incluso que todos sus miembros hayan sido nombrados por cooptación. En efecto: dimitido un consejero, el Consejo procede a nombrarle sustituto, y así sucesivamente con los siguientes consejeros. En realidad, la dimisión no es sucesiva, sino simultánea, y el fraude es patente. Aún en el caso improbable de que la Junta (con sus evidentes limitaciones en caso de accionariado muy dividido, por ejemplo, en las sociedades bancarias) no acuerde la ratificación de los nombrados por este sistema de "cooptación en noria" o "en cadena", tendrá que asumir de un lado la reestructuración total del Consejo, y de otro las consecuencias definitivas de actos realizados por una representación que ella no ha elegido y que venía en realidad a llenar simplemente una situación de vacío provisional. Pues bien, este sistema, que podríamos tildar de ingenioso si no fuera por la intencionalidad fraudulenta que lo inspira es, como se ha constatado,

frecuentemente utilizado en la práctica, al igual que el sistema de elección por cooptación en sí. Hay —como apunta el profesor Rojo— una relación directamente proporcional entre dicho sistema y el volumen de la **sociedad**. Estadísticamente se ha demostrado que, a mayor volumen social, mayor número de consejeros lo son cooptados. ¿Tiene ello algún significado? Posiblemente el hecho no sea sino una manifestación más del fenómeno de crisis del modelo legal de distribución de poderes entre los órganos administrativos y la Junta **General**...

"Desapoderada" la misma, reforzada correlativamente la posición de los administradores, ¿quién controlará realmente a éstos? ¿Qué medios de defensa tiene el accionista contra la actuación arbitraria de los órganos administrativos? ¿Cómo puede evitar que incluso su derecho a elegir representante le sean escamoteado?

La reforma ha intentado incrementar —con no excesiva **fortuna**— los mecanismos de control sobre los directivos. Así en el Anteproyecto de la LSA se recogían los siguientes:

- Prohibición de que los administradores puedan representar a los accionistas en la Junta General.
- Prohibición a cualquier persona de representar más del 1 por 100 del capital social.
- Introducción del concepto decreciente de minoría en función de la cifra del capital social.
- Temporalidad del cargo de administrador.
- Modificación del régimen jurídico de responsabilidad de los administradores.
- E introducción de un sistema de sanciones administrativas y civiles por infracción de determinadas normas.

Los reiterados ataques —**fundamentalmente** del sector **empresarial**— al anteproyecto provocaron la eliminación del texto de cuestiones tan importantes como las citadas en segundo y tercer lugar, pasando el resto al proyecto y de ahí —con algunos retoques— a la ley.

Nosotros, para tratar de responder a las preguntas antes formuladas, distinguiremos dos aspectos: el control realizado desde dentro de la propiedad social y el extra-societario.

I. CONTROL SOCIETARIO

A) EL CONTROL DE LOS ADMINISTRADORES POR LOS SOCIOS

1. Las responsabilidades derivadas del proceso fundacional

Existe en la fase de fundación un conjunto de intereses en situación de riesgo, porque aparecen expectativas de posiciones jurídicas aún no consolidadas, cuyo contenido puede verse afectado por la actividad de otras personas, sin que puedan los titulares de aquélla utilizar los mecanismos de protección que presuponen una sociedad en funcionamiento, pues aún no ha nacido.

Sin entrar de lleno, por exceder de los límites propuestos, en la interesante cuestión del valor de la escritura pública y el constitutivo de la inscripción en el Registro Mercantil (nos centraremos en la etapa que media entre ambas: escritura e inscripción, pues está claro que antes del otorgamiento de la primera no se puede ni siquiera hablar de sociedad), nuestro punto de partida será que antes de la inscripción la sociedad no ha nacido, o al menos no ha alcanzado su estado jurídico perfecto, y al que tiende, razón por la cual no tiene representación orgánica (administrador). Puede tener, eso sí, uno o varios representantes voluntarios que asumen exclusivamente las responsabilidades derivadas del apoderamiento (art. 18.2 TRSA). Y si a esos representantes (**habitualmente** las mismas personas que serán administradores o alguna de ellas) no se les ha facultado expresamente, el Texto Refundido extiende la responsabilidad derivada de esta etapa del proceso a todos los socios fundadores. Creo, sin embargo, que debemos distinguir —**aún no existiendo sociedad**— entre una responsabilidad externa y otra interna. Externamente la ley considera a los fundadores garantes de la regularidad de la fundación y por ello los sujeta a responsabilidad solidaria, sean o no administradores, y aún en el caso de que hayan delegado sus funciones en las personas de éstos, contra los que podrán, sin embargo, internamente repetir, en caso de que su actuación les cause perjuicio.

Diré tras ello que las directivas no tratan la cuestión, regulada de manera similar en derecho comparado a como lo hace el nuestro, y que la reforma no ha alterado el régimen de la LSA de 1951, regulándola el texto refundido en la actualidad en sus arts. 17, 18, 29, 30, 31 y 32.

Los caracteres de la responsabilidad derivada de la aplicación de dichos preceptos son:

- La solidaridad, como ya hemos apuntado. (En el aspecto externo, en el interno el que paga puede repetir contra los demás fundadores,

o contra el administrador encargado-apoderado en su caso. De repetir contra el resto de cofundadores lo hará a partes iguales, no en proporción a lo aportado, pues no se responde como socio, según QUIJANO.)

- Es una responsabilidad civil, que exige, por tanto, la producción de un daño y sin perjuicio de la penal en que pueda incurrirse, en su caso.
- Es una responsabilidad contractual, ya que proviene, no del incumplimiento de una obligación de diligencia, sino de la no prestación del resultado convenido.
- Y es una responsabilidad tendente, o que hace tránsito, a la de tipo objetivo (aunque esto sea más discutible). El perjudicado habrá, pues, de probar el daño producido, el incumplimiento y el nexo causal entre ambos, pero no la imputación de culpa (dolo o negligencia) a los responsables, que pueden (administradores, en su caso, incluidos) destruir la presunción de responsabilidad si prueba la existencia de alguna circunstancia de exoneración (por ejemplo, fuerza mayor).

En cuanto a los casos en los cuales los administradores, en cuanto tales o como simples fundadores (en el caso de que reúnan esa doble condición) responden, son los siguientes:

1.a) *Sociedad en formación*

Dentro de los supuestos derivados del proceso de fundación en sí hay que distinguir:

- Los relativos a la fundación simultánea, recogidos en el art. 18, con arreglo al cual se puede distinguir entre supuestos relacionados con las aportaciones, con los gastos de constitución o con las menciones de la escritura de constitución.
- El art. 32 recoge los supuestos de responsabilidad en la fundación sucesiva. Con arreglo a dicho precepto el administrador responde:
 - De la realidad y exactitud de las listas de suscripción.
 - De los desembolsos iniciales y de su adecuada inversión.
 - De la veracidad de las declaraciones formuladas en el folleto informativo y en los programas de fundación.
 - Y de la realidad de entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias.

El art. 17 TRSA impone expresamente a los administradores —**junto con los fundadores**— la obligación de presentar a inscripción la escritura

de constitución de la sociedad (hablamos de la fundación simultánea). La responsabilidad es igualmente solidaria, de manera que si ninguno cumple, responden todos por los daños causados. Se extiende así (al contrario de lo que hemos visto) la responsabilidad subjetivamente al administrador no designado en la escritura de constitución, en su caso, y al designado que no es socio.

En cuanto a los contratos celebrados durante este período, responden solidariamente quienes los hubieran celebrado (art. 15.1 TRSA), postura lógica, dado que, como hemos venido sosteniendo, la sociedad en puridad no existe. Pero esa responsabilidad, recordemos, se regirá por las normas del CC relativas al mandante, si los actores del acto nocivo estuvieran facultados en escritura pública o en forma legalmente admitida (art. 1.280 CC). En caso contrario habría que aplicar a su actuación la normativa relativa a la gestión de negocios ajenos sin mandato (arts. 1.888 y ss. del CC). La ratificación por los socios fundadores produciría los efectos del mandato expreso (art. 1.892 CC), trasladándose, pese a la dicción literal del art. 15.1 TRSA citado, la responsabilidad a la sociedad en formación, si aprovechase las ventajas de la actuación del gestor (art. 1.893 CC).

Por los actos que realiza el administrador, si son indispensables para la inscripción de la sociedad (art. 15.2 TRSA) y por los realizados "dentro de las facultades que le confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción", responde la **sociedad**. Quiere con ello decirse que, si el acto no es indispensable para la inscripción y el administrador se ha extralimitado en sus facultades, responde personalmente frente al tercero, dado que la limitación aún no ha tenido acceso al Registro, y —de haberlo tenido— le sería de aplicación lo prevenido en los arts. 128 y 129 TRSA a que más tarde nos referiremos. Como no es así, habría de aplicarse a la Administración la normativa del mandato: responde salvo si advirtió al tercero contratante, en cuyo caso enerva su buena fe (art. 1.725 CC), con la peculiaridad que representa la excepción al art. 1.723 del mismo cuerpo legal que supone el art. 15.1 del TRSA ya visto (la responsabilidad será solidaria, no mancomunada).

El que, una vez ratificada la actuación del representante por la sociedad, lo actuado produzca plenos efectos, no es sino una aplicación directa de lo prevenido en el CC en relación al mandato y a la gestión de negocios ajenos sin el mismo (art. 15.3 TRSA, 1.259.2, 1.727 y 1.892 del CC).

1.b) *Sociedad irregular*

Como sabemos es aquella en la que, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura, no se ha solicitado su inscripción, y aún antes si se "verifica" la voluntad de no inscribir (expresión desafortunada

que ha suscitado ya no pocas discusiones). El administrador responde (art. 16.2 TRSA) de los daños causados en los mismos términos que el administrador de la sociedad colectiva (art. 144 C. de C.: responsabilidad por dolo o negligencia grave, es decir, culpa "lata"), o, "en su caso" (expresión que también inducirá a dudas: ¿en qué caso?), en los mismos términos que el administrador de la sociedad civil (a los efectos que nos interesan, la distinción carece de relevancia).

1.c) *Responsabilidad por nulidad de la sociedad*

El supuesto —que quizá debería haber sido objeto de referencia expresa por parte del legislador— hace tránsito, en el caso de que sea la actuación del administrador la que provoque la nulidad de la sociedad por llevar a ésta a incurrir en alguna de las causas del art. 34 TRSA, al de la responsabilidad general del administrador dentro de su actuación al frente de la sociedad, que analizaremos más adelante. Sin embargo, es más fácil pensar que la responsabilidad por nulidad, según se deduce de un detenido análisis de dichas causas, será atribuible al mismo, más como socio fundador, si lo es (en cuyo caso la responsabilidad será solidaria de todos ellos), que como órgano social.

2. **El control de los administradores una vez nacida la sociedad**

2.a) *En el nombramiento*

2.a).1. *La "aptitud" para el ejercicio del cargo y la profesionalización del administrador*

Hace ya más de 40 años JAMES BURNHAM recogía el hecho de la evolución de las S.A., afirmando que "en un futuro próximo" un grupo social nuevo, el de los directores, sería la clase dirigente en dichas sociedades. Antes, GIANCARLO FERRÉ había apuntado que "la opinión común de la doctrina se orienta hacia el principio de la superioridad que el mando de uno sólo representa frente al de muchos". "De aquí (continuaba diciendo el mismo autor) la tendencia a transformar el Consejo de Administración en un órgano de consulta del administrador único".

Siguiendo las tendencias, ya entonces observadas por los tratadistas citados, la gestión de los negocios sociales, por su carácter cada día más complejo y técnico, tiende hoy a concentrarse en una o pocas personas, que poseen los conocimientos necesarios e información suficiente para actuar. Desplazado hacia ellos el poder (con el nombre de "revolución de

los directores" se ha llegado a conocer el fenómeno) se hace preciso, como venimos sosteniendo a lo largo de este estudio, el establecimiento de una serie de garantías y contrapesos que aseguren **suficientemente** que ese poder se ejercitará siempre en interés de la sociedad. ¿Qué condiciones personales deben reunir los administradores?

En primer lugar, las personas elegidas, han de ser "aptas" para el desempeño de la actividad que se les va a encomendar.

"Aptitud", dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es la "*idoneidad*, para obtener un empleo o cargo", o "capacidad para el *buen* desempeño de un negocio". (Se apunta ya por la propia Academia que la aptitud ha de tenerse en el nombramiento y mientras se ejerce el cargo.) Tradicionalmente se han venido confundiendo, y más en el campo jurídico, los términos "capacidad" y "aptitud". (Vid, en este sentido, URÍA y GARRIGUES.) Si una persona, para ser "apta" para el desempeño de un cargo ha de ser la "idónea", quiere con ello decirse que si no es idóneo no se es apto para desempeñarlo. La cuestión, apuntada recientemente por VICENT CHULIÁ, no deja hoy de tener importancia, como trataré de demostrar.

Ha apuntado ya que la persona elegida ha de ser la adecuada en el instante en la que se elige y hasta que —voluntaria o involuntariamente— cesa. Nuestro Texto Refundido apunta en esa dirección cuando parece querer distinguir entre incapacidad originaria y **sobrevenida**..., pero olvida que —**además** de las causas que luego **examinaremos**— hoy la tremenda complejidad de relaciones de todo tipo (fiscal, jurídico, laboral, contable, técnico), que el desarrollo de la vida social acarrea, ha motivado la profesionalización y dedicación exclusiva del administrador, especialmente en las sociedades abiertas, de tal manera que la elección exige un sopesado análisis de sus condiciones (hasta el punto de la creación de empresas especializadas en la materia), que puede llevar o no a una solución satisfactoria. ¿Qué ocurrirá si la persona elegida, siendo capaz con arreglo a la ley, no resulta apta? ¿No debería, asimismo, posibilitarse "ex lege" la impugnación del acuerdo de elección por la minoría disconforme? ¿No debería asimismo contener la ley alguna previsión especial relativa a "aptitudes", según el tipo de sociedad de que se trate? ¿Qué ocurrirá si el administrador demuestra reiteradamente su ineptitud para el cargo que se le ha encomendado? Y lo que sostenemos —**de** gravedad especial en las grandes sociedades— tiene también reflejo en algunas sociedades cerradas y de escaso número de socios, en las que si bien el administrador no puede ni debe ser declarado incapaz, por no haber motivo para la adopción de una medida de tal gravedad, o por no dejar la ley resquicio para ello, no llega a tener la aptitud necesaria (por ejemplo, por su elevada edad) para ejercer el cargo...

Ya se ha hablado en reiteradas ocasiones de la necesidad de limitar la posibilidad de que personas de cierta edad puedan ejercer el cargo de administrador, dirección en la que parece apuntar la exigencia de que se haga constar ese extremo (edad) en la escritura de constitución de la sociedad... (art. 8f) TRSA. (Partiendo de dicho precepto podría inferirse la necesidad de hacer constar siempre que se nombre administrador, su edad, y no sólo cuando se le designe en la escritura de constitución). Para solucionar las cuestiones planteadas no cabe hoy —ante el silencio legal del que **hablamos**— sino acudir al establecimiento de limitaciones estatutarias, extremo sobre el que volveremos más tarde.

Una vez admitido que la persona elegida es apta, o la más idónea para desempeñar su cometido, habrá que determinar si es o no capaz, o viceversa. Para ello es preciso fijar con precisión si para ser administrador se exige o no tener la capacidad legal para el ejercicio del comercio. Las posturas tradicionales al respecto son radicalmente contrapuestas. La que defiende la postura afirmativa puede hoy ser representada por la DGRN en su conocida Resolución de 24-2-1986, en la que, siguiendo a BERGAMO, y a propósito de la capacidad del menor emancipado (al que el art. 124 TRSA no menciona, vacío que también debía haber sido llenado por la reforma), sostiene que el administrador tiene el carácter de factor —*ex* arts. 283 y 286 C. de C.— y debe, por tanto, tener dicha capacidad, puesto que por imperativo de la propia naturaleza de la sociedad ha de ejercer por ella el comercio.

Los arts. 124 y 132 del TRSA no parecen por el contrario exigirla. Además, como ya ha señalado LUCAS, de los artículos citados parece deducirse que, de exigirse la capacidad especial de que hablamos, el primero de dichos artículos sería ocioso en parte, puesto que ni los quebrados, ni los menores, ni los incapacitados tienen capacidad para ejercer el comercio. ARANGUREN, más recientemente, siguiendo la postura de GARRIGUES, se inclina también por la tesis negativa, aprovechando para criticar el contenido de la resolución citada anteriormente. Sostiene en efecto que la equiparación administrador-factor no es correcta y que, aunque lo fuera, para ser factor basta la capacidad para obligarse (art. 282 C. de C.). Por otra parte, la atenuante penal que supone la minoría de edad es irrelevante para la sociedad y para los terceros —a los que sólo preocupa la responsabilidad civil—, debiendo además ser interpretadas las excepciones al principio general de capacidad del menor emancipado, que recoge el art. 323 del CC, en cuanto tales, restrictivamente.

Pienso que no deben extraerse precipitadamente conclusiones generales de la argumentación esgrimida por la DGRN. Lo que tal organismo persigue en realidad es fundamentar la incapacidad del menor emancipado para ser administrador. Y a ella se llega simplemente porque no puede

comprometer su patrimonio inmobiliario como consecuencia de la responsabilidad civil derivada de tal cargo (por vía del art. 1.911 CC) sin autorización de sus padres o representantes (art. 323 del mismo cuerpo legal) y porque si sufre restricciones para disponer de sus bienes, con mayor razón las padecerá para disponer de los ajenos (aún admitiendo que, en general, los términos Administración y disposición no tienen idéntico significado en el campo civil que en el mercantil, dado que en éste lo que a efectos civiles es disposición puede ser tan sólo Administración si el acto realizado está comprendido dentro del objeto social). Básicamente es por las razones expuestas por lo que el menor emancipado no puede ser administrador, pero no porque no sea **capaz** para el ejercicio del comercio (que exige la mayoría de edad y la libre disposición de los bienes ex art. 4 del C. de C.).

Dos dudas me asaltan al concluir este punto: la primera si la equiparación que se realiza y da generalmente por buena es totalmente correcta (¿estaba ya pensando el legislador al promulgar el C. de C. en los administradores de las sociedades cuando se refería a las "personas que ejercen el comercio"? ¿O la profesionalización a que en la actualidad se tiende —y que ya hemos **apuntado**— aleja a los directivos de tal ejercicio, en sentido clásico? (Piénsese que el art. 127, como veremos, ha sustituido la diligencia del "ordenado comerciante" por la del "ordenado empresario"). Por otra parte, no me resisto a confesar que el campo de la representación orgánica, dentro del cual nos movemos, puede llevar a la conclusión, sin especiales esfuerzos, de que quien actúa, quien ejerce el comercio —**en su caso**— y a quien debe exigírsele la capacidad para ello en consecuencia, no es el órgano que opera, sino la propia sociedad...

Concluyendo pues: no es necesaria la capacidad de que hablamos, aunque sí que hay que determinar los límites precisos que configuran la persona del posible administrador. Para ello el TR nos ofrece un precepto (art. 124, fiel transcripción —**salvo** la supresión obligada de la referencia a los **interdictos**— del antiguo art. 82 LSA), en el que, bajo el epígrafe "prohibiciones" se confunden supuestos de incompatibilidad e incapacidad, a la vez que mezclan causas de exclusión del cargo (no pueden ser elegidos) con causas de remoción (los válidamente nombrados que incurran en ellas, han de ser cesados: art. 132 TRSA). Por otra parte, no deja de ser criticable la ambigüedad con que se expresa dicho precepto, aunque quizá no le haya quedado al autor del texto otra salida, dada la proliferación de normas que establecen incapacidades especiales (Ley 26-12-1983 sobre incompatibilidades de altos cargos; Ley 14-3-1984 de la Comunidad Autónoma de Madrid, sobre la misma materia, para su ámbito territorial; Ley de 27-7-1968, sobre imposibilidad de ocupar más de cinco puestos en Consejos de Administración bancarios en determinados casos, etc.).

El profesor GARRIGUES clasificó las incompatibilidades esquemáticamente en dos grupos: de derecho público, subdistinguiendo a su vez entre éstas entre las absolutas (personas que por razón del cargo que ostentan no pueden ser administradores —124 TRSA—) y las relativas (art. 124 TRSA *in fine*: funcionarios con funciones a su cargo que se relacionan con las actividades propias de la sociedad que se trate). Los afectados por una prohibición absoluta no pueden nunca ser administradores y si la prohibición es relativa, no podrán serlo en la concreta sociedad relacionada. Y prohibiciones de derecho privado, subdistinguiéndose a su vez dentro de éstas —como en el caso anterior— entre las absolutas (corredores de comercio, jueces, etc.: art. 14 C. de C.) y las relativas (art. 132.2 TRSA: administradores de sociedad competidora. La determinación de cuándo una sociedad es "competidora" de otra, incluso la precisión de si hoy o no entre ambas "intereses opuestos", no deja de presentar problemas. El TS tiene en efecto declarado el respecto que se puede ser al propio tiempo administrador de una S.A. y cliente de la misma —arrendatario de sus servicios— sin incurrir por ello en incompatibilidad: STS 14-3-1973; y que una misma persona administradora de dos sociedades competidoras, por concurrencia en el mercado, puede no ser incompatible. La concentración de sociedades del mismo género es hoy frecuente, por lo que no se puede dictar una regla general, sino que habrá que acudir a la ponderación de cada caso concreto por el Tribunal: STS 28-6-1982).

La confusión de que hablamos sufre el legislador (entre prohibiciones e incompatibilidades) tiene importancia en el orden de causas y en el de efectos (son prohibiciones las impuestas a los quebrados y concursados no rehabilitados, a los menores e incapacitados, a los condenados a inhabilitación para ejercicio de cargo público o por el incumplimiento de leyes o disposiciones sociales. El resto son incompatibilidades). No se ha estudiado con detalle la eficacia del acto realizado en nombre de la sociedad por un administrador nombrado pese a estar afectado por una prohibición o una incompatibilidad, con o sin conocimiento del hecho por la sociedad.

El punto de partida para el análisis de la cuestión puede ser la Exposición de Motivos de nuestro C. de C., que viene a sostener que los actos realizados por un administrador incapaz (y, por tanto, sujeto a prohibición) son nulos (art. 6-3 CC), mientras que los realizados por una persona incompatible son eficaces y válidos aunque generan la imposición de una sanción a la persona que los realiza. Aunque comparto la calificación de los actos realizados contra una prohibición, entiendo que estos últimos no son válidos, sino anulables por el tercero que contrata de buena fe con la sociedad, dado que adolecen de un vicio de consentimiento. Es preciso reseñar aquí que sólo con la debida cautela puede aplicarse a esta materia la doctrina civil de la eficacia del contrato. El principio general de seguri-

dad en el tráfico, cuya expresión más reforzada viene recogida en el nuevo art. 129.1 TRSA, siguiendo el criterio impuesto por la Primera Directiva, obliga a ello.

Y lo que sostenemos es predicable también del acto realizado por un administrador capaz y apto, cuyo nombramiento adolece de un vicio que lo anula. Si la invalidez se funda en alguna de las causas de impugnación de acuerdos (art. 115 TRSA), la declaración judicial de la nulidad no puede afectar a terceros de buena fe (art. 122.1 TRSA). Lo que es igualmente aplicable al acto declarado nulo por infracción de una prohibición legal (en esa línea VIVANTE apuntó que sólo los accionistas pueden oponer las excepciones que se refieran a la existencia material de la representación, por violación de la ley, los estatutos o el Reglamento del Registro Mercantil. “Sin embargo, la sentencia que estime la acción impugnatoria no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por terceros”).

A la adopción de un acuerdo no puede aplicarse la doctrina de la ineficacia contractual, puesto que no es un contrato, ni se asimila a él. Hay un negocio jurídico colectivo en el que habrá que analizar si incide algún vicio del consentimiento, distinguiendo si dicho vicio afecta a la voluntad de uno de los socios (lo que puede *carecer* de trascendencia, o tenerla, según la decisión haya sido o no adoptada por un voto de diferencia) o por el contrario afecta a la voluntad social. Y —en este último caso— si el vicio vicia el acuerdo de nulidad absoluta o de anulabilidad.

Pese a la normativa civil, entiendo que el rigor con que actúa el principio de seguridad del tráfico en el derecho mercantil, según hemos visto, obliga a mantener el acto realizado por el administrador si el tercero con el que contrató actuó de buena fe, debiendo la sociedad que pretenda la anulación probar lo contrario.

Cuando por fin hayamos podido determinar que la persona elegida no se halla incluida en ningún supuesto de incompatibilidad legal, tendríamos que analizar si reúne las cualidades exigidas por los estatutos sociales y que conforman su “aptitud” o “idoneidad”.

En efecto, en los estatutos se puede libremente imponer que el administrador elegido sea accionista (art. 123.2 TRSA), que sea titular de un determinado número de acciones, que tenga la nacionalidad española (algunas sociedades, por su objeto, no pueden tener administrador extranjero por imperativo legal), que reúna determinadas condiciones de edad, conocimientos, cualidades o titulación profesional (abogado, economista...), etc. Todo ello al amparo del amplio principio de libertad estatutaria o de pacto recogido en el art. 10 del TRSA. Las condiciones impuestas han de ser —eso sí— objetivas y fácilmente comprobables, no pudiendo revestir tal carácter que condicionen el nombramiento de los administra-

dores, de manera que tan sólo puedan ser elegidas determinadas personas (R. DGRN 18-6-1980).

¿Cuál es la responsabilidad en que incurre el administrador que realice un acto en nombre de la sociedad, pese a estar afectado por una prohibición?

Para responder a dicha pregunta es preciso distinguir si actuó de buena o mala fe. En el primer caso (es decir, ignora la existencia de la causa que vicia su actuación) la sociedad responde plenamente frente a terceros, quedando vinculada —**puesto** que el vicio sólo a ella es **achacable**— al adoptar un acuerdo cuyo contenido es la designación para el cargo de una persona inadecuada (si el vicio afecta sólo —**en** caso de Administración colegiada— a uno de los miembros del Consejo y éste puede seguir funcionando, la cuestión puede carecer de trascendencia). No otra cosa parece deducirse del art. 132.1 del TRSA. La destitución no es automática, sino que opera a instancia de parte. Si los accionistas no solicitan el cese, o la Junta General no lo acuerda, la sociedad debe asumir el riesgo que su negligente actuación ocasiona. Ello sin perjuicio de que, si la persona elegida ha actuado de mala fe, pueda repetir contra ella por el daño causado.

¿Qué ocurre en caso de que el nombramiento irregular o indebido haya accedido al Registro? El legislador, olvidando en parte los deberes que al Estado español imponía la integración en la CEE, silencia la cuestión. Y digo que olvida esos deberes porque el art. 8 de la Primera Directiva dispone que "El incumplimiento de las formalidades de publicidad relativas a las personas que en su condición de órganos sociales tengan poder para obligar a la sociedad, hará inoponible a tercero cualquier irregularidad en su designación, a menos que la sociedad pruebe que dichos terceros tenían conocimiento de la misma". Ello le convierte en un simple administrador de hecho con nombramiento irregular, capaz de vincular a la sociedad en los términos antes vistos, y es así en nuestro derecho pese al vacío legal, por aplicación de los principios de legitimación y fe pública registral.

Antes de seguir adelante con el nombramiento de los administradores es preciso aludir a la posibilidad de designación como administrador de una persona jurídica (consagrada legalmente en el art. 8f) TRSA, que exige la constancia de la denominación social, si los administradores son personas jurídicas, en la escritura de constitución, y en el art. 143 RRM). Tal posibilidad, contraria al Proyecto de Quinta Directiva, que expresamente dispone en su art. 5.1 que "sólo las personas físicas podrán ser miembros del órgano de Administración", responde a una discusión doctrinal previa a la reforma y deja planteados y sin resolver numerosos

problemas: ¿quién debe reunir la condición de capacidad y aptitud? ¿La persona jurídica representante o la persona física que actúa en su nombre? ¿Qué ocurre si la persona jurídica es capaz, pero su representante no? ¿Puede nombrarse delegado del Consejo de Administración a una persona jurídica? ¿Puede ser administrador —o consejero— una misma persona en nombre propio y a la vez en representación de una persona jurídica? ¿Puede una misma sociedad nombrar —si tiene acciones que, agrupadas, le dan derecho a ello, con arreglo al sistema proporcional de elección— a tres consejeros, personas físicas distintas, para que la representen? ¿Puede representar a la persona jurídica cualquier persona física a través del apoderamiento, o ha de ser un representante orgánico de la misma quien actúe en su nombre? ¿Puede cambiar libremente la persona física que ha designado la sociedad administradora, suponiendo que la base de la representación sea voluntaria? ¿Y si es orgánica? ¿Puede la sociedad representada cesar a la persona física designada por la administradora en base al art. 131 TRSA, o sólo puede cesar directamente a la persona jurídica? ¿Puede ser administrador una persona jurídica que por su objeto o naturaleza no pueda ejercer el comercio? Entrar a fondo en cada una de estas cuestiones exige un tratamiento detenido que excede de los límites que nos hemos propuesto. Aparte de los problemas citados, el más relacionado con el tema que nos ocupa es el de la responsabilidad, en la compleja relación entre la persona jurídica administradora, la persona física que la representa y la sociedad administrada, cuestión de vital importancia que el legislador no ha regulado. La maraña de relaciones todavía se complica más si pensamos en la diversidad de supuestos que pueden darse: representante único, administrador-consejero, nombramiento aceptado, pero no inscrito, inscripción irregular...

¿Cómo resuelve el problema el Proyecto de Quinta Directiva? En el propio art. 5 citado somete al representante de la persona jurídica administradora a las mismas condiciones y obligaciones que le corresponderían si fuera personalmente administrador, "sin perjuicio de la responsabilidad de la persona jurídica a quien represente". En las relaciones sociedad administradora-sociedad administrada, se aplicará, ante el silencio legal, lo prevenido en el TRSA para el administrador ordinario, ya que donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir, bien entendido que la responsabilidad penal, en su caso, se imputará a la persona física actuante, como tendremos ocasión de comprobar. En las relaciones persona jurídica administradora-persona que la representa, aquélla podrá repetir contra ésta por el perjuicio causado, en el caso de existencia de nexo causal entre el daño y su actuación dolosa. No obstante la responsabilidad a que hará frente será distinta según consideremos que la representación que ostenta tiene su base en un poder ordinario conferido por la represen-

tada (en cuyo caso se aplicarán las normas del CC) o, por el contrario, en la propia representación orgánica.

Por la manera de expresarse la ley ("persona física que aquella haya designado": art. 143 RRM) y por la dificultad añadida que representa la posibilidad de que a su vez la persona jurídica elegida administrador fuera administrada por otra persona jurídica —y así sucesivamente— nos inclinamos a favor de la inadmisibilidad de tal supuesto (téngase presente que en caso de de órgano administrador unipersonal, de seguir la tesis que la admite, la expresión legal sería incorrecta, pues representaría a la administradora siempre su representante legal, sin necesidad de designación expresa alguna).

2.a).2. *¿Quién puede elegir administrador?*

La regla general es que los administradores son elegidos por la Junta (art. 123.1 TRSA), con el quorum del art. 102 del mismo cuerpo legal, pudiendo los estatutos establecer una mayoría reforzada (lo que no puede hacerse para la separación, pues restringiría el principio de libre revocabilidad de los administradores).

En la hipótesis de funcionamiento colegiado —Consejo— el TR guarda silencio al respecto (art. 137), pero debe entenderse que sigue siendo la Junta la capacitada, ya que el art. 123.1 se refiere a "administradores" en general, sin distinguir entre consejeros y no consejeros. La facultad de elección es indelegable (STS 19-9-1986 y RDGRN de 5-11-1956) y no puede ser condicionada por los estatutos, que puedan, sin embargo, establecer un determinado "**modus operandi**". Los pactos entre socios en relación al compromiso de emitir el voto en un determinado sentido tienen una eficacia meramente interna, obligando tan sólo al sindicato que no los respete a satisfacer la indemnización pactada (o que se fije, en su caso).

En el supuesto de que no se consiga el quorum necesario para el nombramiento de administrador o no pueda convocarse la Junta que debe elegirlo, puede llegarse (si no hay "administrador de hecho" que transitoriamente asuma las funciones de gestión y representación) a la paralización de los órganos sociales y, a través de ella (si excluimos la posibilidad de que la Junta administre directamente, o aún admitiéndola, si ésta no puede reunirse) a la disolución de la sociedad (art. 260 TRSA).

Excepcionalmente pueden nombrar administrador de la S.A.:

- Los fundadores, quienes lo designarán en la escritura fundacional (art. 8f) TRSA).
- El resto de los consejeros, en el caso de elección por cooperación, a que luego aludiremos.

- Y el juez, cuando estando embargado el patrimonio social o la mayor parte de las acciones, así lo decida (art. 1 DL de 20-10-1969).

Una vez elegido el administrador, éste debe aceptar el nombramiento, surtiendo, a partir de ese momento, su designación los efectos propios de la misma. Así se expresa el nuevo art. 125 TRSA, oscuramente redactado, por cuanto no especifica a qué tipo de efectos se refiere, ni la virtualidad de la inscripción. Tampoco señala un plazo para la aceptación (contrariamente a lo que hace para la inscripción), lo que puede motivar una dilación indefinida de ésta.

La fijación del carácter o naturaleza jurídica de la aceptación ha sido tradicionalmente muy discutida. Dos son las posturas fundamentales adoptadas al respecto:

- La de GIRÓN TENA, para quien la designación por la sociedad y la aceptación por el designado encubren un verdadero negocio bilateral (arrendamiento de servicios) al que es aplicable la doctrina general del contrato ("los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento": art. 1.258 CC; "el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación": art. 1.262 CC).
- Y la de GARRIGUES que, siguiendo a CANDÍAN, sostiene que la aceptación por el administrador elegido no implica la perfección de ningún contrato. Hay un simple "concurso de voluntades" dirigido a la consecución de un fin concreto. Nos encontraríamos así ante dos actos unilaterales —**designación y aceptación**—, de los cuales el primero tiene naturaleza de autorización y es un negocio unilateral y abstracto, cuyo efecto primordial consiste en la atribución de poder a un sujeto. BERGAMO —en la misma línea— sostiene que la aceptación es una simple "**conditio iuris**", a cuyo cumplimiento se supedita la eficacia del negocio, que es un acto incompleto mientras tanto.

Para lo que nos interesa, y aún reconociendo en mi opinión la mayor solidez de la segunda de las posturas citadas, es indiferente por cual de ellas optemos, ya que lo mismo si nos hallamos ante un contrato, que si lo estamos ante una declaración unilateral (que carece de publicidad y no está hecha a cambio de precio), en tanto en cuanto no sea aceptada, el oferente puede revocarla, tras ser mantenida un tiempo razonable a fin de que la persona designada pueda decidirse. Lo difícil es señalar el límite de lo "razonable", separándolo de lo que no lo es. Desde luego hubiera sido preferible la imposición legal a la Junta de la obligación de notificar

fehacientemente la decisión adoptada y fijar un plazo para la contestación, taxativo. No siendo así, habrá que entender que los plazos legales para el anuncio de convocatoria de la Junta que haya de acordar la sustitución deben ser suficientes.

Por otra parte, aunque no lo fuera por puras circunstancias materiales (enfermedad, distancia, etc.), y volviendo a lo anteriormente expuesto, la Junta puede modificar su criterio en tanto en cuanto no se haya producido la aceptación y le haya sido notificada, o haya tenido conocimiento de ella. Por supuesto, la aceptación puede ser expresa o tácita, a los efectos examinados, pero su acceso al Registro exige constancia documental (art. 142 RRM). Puede plantearse —obviamente— el problema de la falta de aceptación por el designado. Obligar a una nueva elección y si la Junta no encuentra persona a la cual encomendar la Administración social, la sociedad estará abocada a su disolución (art. 260 TRSA).

En cuanto al problema de la producción de efectos de la aceptación a que alude el art. 125 TRSA, entiendo que son puramente internos. La sociedad tiene ya un gestor encargado de los asuntos sociales, que no puede representarla externamente hasta que el nombramiento se haya inscrito. Evidentemente, aceptado éste, como sosteníamos, y producido el "concurso de actividades", la sociedad no puede revocar el nombramiento, aunque sí cesar al administrador, y éste responderá claramente al entrar por el perjuicio que su negligente actuación pueda ocasionarle. Dos problemas se plantean en la nueva fase abierta tras la aceptación: el primero de ellos, qué ocurrirá si transcurridos los diez días señalados la aceptación no se presenta en el Registro Mercantil. Hemos sostenido que la eficacia primordial de la aceptación tácita consiste en impedir que la sociedad pueda revocar arbitrariamente la elección, pero si tal aceptación se deduce de la actuación del administrador, la sociedad está obligada a exigir de éste que manifieste su decisión por escrito. A partir de la fecha del mismo (si es documento público, o su fecha está autenticada por la intervención notarial en la legitimación de la firma) empezará a contar el plazo. Si transcurre éste, el Registro Mercantil entiendo que no debe quedar cerrado, obligando a un nuevo proceso de elección que designará, probablemente, a la misma persona, generándose tan sólo responsabilidad en el obligado a la presentación, que —entendemos— (y ése es el segundo problema) no puede ser otro que o bien los administradores que en la sociedad existan (aunque sean de hecho) y, en su defecto, el administrador elegido, que está legitimado excepcionalmente para representar a efectos externos a la sociedad, tanto en cuanto a la elevación a público del documento de su elección, como para presentarlo a inscripción (R. de la DGRN de 3-3-1986. En la propia resolución se sostiene que los actos celebrados antes de la inscripción de su cargo por el administrador no son inscribi-

bles). Y si él es el obligado, él será el responsable de los perjuicios causados a la sociedad por el incumplimiento de su obligación.

A lo largo del proceso de constitución y, por tanto, de desarrollo de la vida social, vamos viendo como los administradores van asumiendo obligaciones que se traducen en responsabilidades exigibles por los socios reunidos en Junta General. Para asegurar el cumplimiento de esas obligaciones (art. 123 TRSA) contempla la ley la posibilidad de que —bien los estatutos o bien la propia Junta— pueden acordar que el administrador en el momento de su elección (o más bien de su aceptación del cargo), preste determinadas garantías. La libertad de elección de las mismas es amplia, ya que puede ser personal, como la fianza, o real, como la prenda o hipoteca de determinados bienes. Lo usual en la práctica es la elección de la prenda como garantía, prenda de acciones propias del administrador, si es accionista, por la tranquilidad que confiere a la Junta el saber que el administrador estará en todo caso interesado en que sus acciones no se deprecien. No obstante, puede la prenda tener por objeto acciones de otra sociedad o de la misma administrada, pertenecientes a otro socio (el administrador puede no serlo). El régimen jurídico de la prenda así constituida será el reflejado en los arts. 1.863 y ss. del CC. No parecen aplicables los arts. 320 y ss del C. de C., lo que quiere decir que la intervención de agente colegiado no es exigible para la constitución de la garantía, por lo que ésta (al estar constituida sin dicha intervención) no gozará de la preferencia que le otorga el art. 320.2 del C. de C.

Se plantea el problema de cuándo podrá la sociedad disponer de dicha garantía. Es evidente que cuando el administrador incurra en responsabilidades, pero ¿habrá que esperar la decisión judicial al respecto? Si es así se puede acarrear graves perjuicios para la sociedad, por lo que la garantía se convertiría en inútil, reduciendo su valor. ¿O bastará con que la Junta determine arbitrariamente que el daño se ha producido? (Lo que —**por contra**— puede suponer un claro perjuicio para el administrador.) ¿Qué forma tiene el administrador de oponerse a la disposición injusta por la sociedad? Todas estas cuestiones —que la ley deja sin resolver— tienen difícil solución, aparte de por su propia complejidad, por la variedad de disciplinas (civil, mercantil, procesal) que entran en juego. La manera de evitarlas, es prever la situación patológica en los estatutos y darles, dentro del amplio margen de libertad de estipulación reconocido por la ley a la Junta, respuesta para el caso de que se produzcan.

La enajenación de los títulos pignorados en caso de que proceda por decisión judicial (**confirmativa** de la responsabilidad del administrador) o disposición estatutaria, deberá llevarse a cabo, bien por el sistema prevenido en los arts. 320 y ss. del C. de C. (garantía intervenida por agente colegiado) bien, en su defecto, con arreglo al vigente TRSA. Exige, eso sí,

que la sociedad haya adquirido la disponibilidad de los títulos, lo que se producirá, si son nominativos, por la simple inscripción de la prenda en el "libro de acciones" de la sociedad, debiendo intervenir el agente mediador o fedatario si son al portador o, en caso de que éste falte, el propio titular. Para evitar ese inconveniente se acudía reiteradamente en la práctica a exigir a éste, en el momento de la constitución de la garantía, la firma de un "vendí" en blanco, lo que hoy no parece posible.

La exigencia impuesta por el art. 1.872 del CC (el acreedor dará carta de pago al deudor si en la segunda subasta no obtuviera resultado positivo) supone un claro quebranto para la sociedad, que se hace con la titularidad de las acciones, pero no cobra indemnización. Para evitar ese problema, GARRIGUES, propone que en los estatutos o en el acuerdo de la Junta se fije:

- La necesidad de que los títulos pignorados sean nominativos.
- La relación entre el valor de la garantía y el importe del capital social.
- Que la garantía recaiga sobre todas las acciones depositadas indistintamente, de manera que todas respondan de la actividad de cualquier administrador.
- Y el momento en que debe restituirse (que será no en el de cese, sino mientras pueda ejercitarse la acción de responsabilidad).

Si el administrador no prestase la garantía convenida en la aceptación, o dentro del plazo señalado en los estatutos o en el acuerdo de designación, en su caso, deberá ser automáticamente separado de su cargo.

2.a).3. *Sistemas de nombramiento*

2.a).3.1. *Nombramiento de administrador por la Junta **General**, por la mayoría del art. 102 del TRSA, al que ya nos hemos referido*

2.a).3.2. *Nombramiento por el sistema de representación proporcional*

Es aplicable cuando la Administración se organiza bajo la modalidad de Consejo. Lo contempla el art. 137 TRSA, desarrollado por el RD de 17-5-1991 (*BOE* 28-5-91) que deroga el Decreto de 29-2-1952.

El sistema legal tiene carácter imperativo, por lo que los estatutos no pueden modificarlo, aunque sí, respetándolo, regula la forma de deliberar y tomar acuerdos.

Es un procedimiento matemático que consiste en dividir la cifra de capital social por el número de vocales del Consejo. Obtenido el cociente,

las acciones con derecho a voto que se agrupen y lo alcancen, tendrán derecho a designar su representante en el Consejo. El sistema ha sido duramente criticado, por entender que es principio básico en el derecho de sociedades el funcionamiento por mayorías, teniendo las minorías suficientes métodos de protección frente al abuso de aquéllas.

Ya hemos visto como la doctrina italiana apuntó hace tiempo la conveniencia de que el órgano de dirección de las empresas fuera unitario, o al menos, monocolor. Su eficacia quiebra cuando se introducen en él elementos extraños, generadores de discordia. El TRSA, siguiendo el criterio de la Ley de 1951 (ya que transcribe literalmente el derogado art. 71), parte de un mismo error: considerar que en toda sociedad hay una minoría estable frente a una mayoría, olvidando que tanto la una como la otra son circunstanciales y cambiantes.

Vamos a analizar los problemas que se venían planteando antes de la reforma, para ver si ésta (en unión del RD del 91) ha conseguido solucionar, o al menos paliar, algunos de ellos.

El primero es el de la renovación parcial. ¿Qué ocurre si sólo ha de cubrirse una vacante y se agrupan acciones con coeficiente suficiente para elegir dos o tres consejeros distintos? La solución la ofrece el art. 5 del RD de 1991: el orden de los nombramientos, si existieran varias agrupaciones, se determinará por el mayor valor nominal entre ellas. Y si lo tienen idéntico, la preferencia se determinará por sorteo.

No resuelve, sin embargo, el RD citado, al vacío del sistema en caso de haberse utilizado la cooptación. La ratificación de los así nombrados por el Consejo, ¿se hará siempre por mayoría? ¿Puede el Consejo utilizar la facultad de cooptar si la vacante producida es la de un consejero elegido por la minoría, o debe volver a elegir la misma minoría agrupada? El problema queda reducido en gran medida, puesto que el art. 6 del RD prevee el nombramiento de hasta tres suplentes del vocal nombrado, lo cual quiere decir que se plantearía la cuestión solamente en el improbable caso de que vacara el cargo cuatro veces... No obstante, puede llegar a darse el caso, y también puede ocurrir que no se hayan nombrado suplentes. Parece entonces deducirse de la subsistencia de la agrupación durante el plazo de tiempo para el cual el miembro de Consejo ha sido nombrado, impuesta por el art. 7 del mismo RD, que el puesto vacante deberá ser cubierto necesariamente por la misma minoría agrupada, lo que equivale a decir que, en mi opinión, y pese al silencio al respecto del art. 138 TRSA la facultad de cooptar no puede ser utilizada por el Consejo si la vacante producida es la de un consejero elegido por la minoría. Paralelamente, y en compensación, producida una vacante de un miembro del Consejo elegido por la mayoría, o por otra minoría distinta también subsistente, la

minoría cuyo representante sigue ejerciendo su cargo no puede votar en la nueva elección (art. 137 TRSA *in fine*).

Como la agrupación subsiste, se plantea el problema de qué ocurrirá si uno de los titulares de las acciones agrupadas transmite las suyas. ¿Quedará el adquirente privado de su derecho a votar en las sucesivas elecciones, mientras se mantenga la agrupación en la que intervino el transmitente? Así debe deducirse, operando la limitación a modo de carga real sobre los títulos transmitidos, ya que —de otra **manera**— se posibilitaría sobremanera el fraude del **sistema**...

Pero la cuestión más trascendental que el mismo plantea —y también la más **debatida**— es la de su posible inutilidad, dado el derecho que de libre y automática separación de administradores confiere a la Junta General el art. 131 del TRSA. En efecto, ¿de qué servirá a la minoría nombrar un representante si éste, por molesto o incómodo, puede verse cesado en la primera Junta General que se celebre convocada a instancia de la mayoría? Varias soluciones se han apuntado tradicionalmente: por ejemplo, entender que el derecho de separación, aunque la ley no lo diga, que ostenta la mayoría, debe constreñirse solamente a los nombrados por la misma (limitándose de tal manera el derecho de separación al designado por la minoría a ésta misma); o entender que la separación por la mayoría (facultad que más tarde analizaremos) del vocal designado por una minoría agrupada debe, necesariamente, estar basada en una justa causa (**GARRIGUES**).

La primera de las posturas citadas ofrece el inconveniente de que —**contra** la voluntad soberana de la **Junta**— se la puede obligar a mantener un administrador incompetente o inepto. La segunda añade una exigencia que la ley no provee a la facultad de la Junta, limitándola considerablemente. Pienso que ejercitada esa facultad en forma, y separado, por tanto, el Consejo elegido por la minoría, ésta podrá impugnar el acuerdo, debiendo, por tanto, reconocerse a la autoridad judicial la posibilidad del restablecimiento en el cargo de la persona cesada si su separación fue injusta o **abusiva**.

Se apunta también (**Rojo**) como posible solución la limitación subjetiva de la facultad del órgano cooptante, de tal manera que sólo pueda elegirse por el Consejo como suplente a cualquiera de los titulares de las acciones agrupadas. Tal solución presenta el fallo de que puede que ni los propios titulares estuvieran de acuerdo con la elección realizada. Cabría también apuntar la posibilidad de que la ratificación del miembro elegido por el sistema que analizamos no se confiera a la mayoría de la Junta, sino a la minoría agrupada que lo nombró. Estimo que tal solución, pese a no carecer de fundamento, no puede ser aceptada en tanto en cuanto carezca de base legal.

Por ello creo que la solución más correcta, basada en la posibilidad (de nuevo cuño) del nombramiento de suplentes, introducida por el RD de 1991, sería la de admitir que, cesado el consejero, accediera al cargo el suplente designado por la minoría y, de no hacerlo, sería la propia minoría la que debería proceder a cubrir nuevamente la vacante, puesto que el derecho al nombramiento de suplentes que recoge dicho Decreto no tiene por qué ser ejercitado en el mismo momento en que se elige el vocal.

No acaba en el art. 131 TRSA, sin embargo, la posibilidad que tiene la Junta de enervar el derecho de la minoría a elegir consejero, sino que —**utilizando** otros medios indirectos, como ha apuntado CÁMARA— se pueden conseguir los mismos fines. (Modificando, por ejemplo, la estructura del órgano de Administración y transformándolo de órgano colegiado en una administración mancomunada o solidaria). Todos estos problemas han provocado que, en la práctica, el sistema analizado sea de escasa utilización.

2.a).3.3. *Nombramiento por cooptación*

Consiste en la elección de consejeros por el propio Consejo para cubrir las vacantes producidas en el mismo durante el período de vigencia del cargo para el que fueron designados por la Junta.

Supone una importante excepción a la regla general de que la facultad de elección de los administradores radica en la Junta, por lo que se limita el ejercicio del cargo al administrador designado por este sistema, hasta la celebración de la primera Junta General que tenga lugar tras su nombramiento.

Tiene su fundamento en la necesidad de no paralizar el órgano —y, por tanto la **Administración**— y la propia sociedad hasta que dicha Junta tenga lugar. El sistema viene recogido por el art. 138 TRSA, que transcribe literalmente el párrafo segundo del derogado art. 73 de la LSA de 1951.

Son presupuestos para que la cooptación pueda operar: la existencia de Consejo de Administración, la producción de la vacante, que ésta sea anticipada (es decir, que se produzca durante el plazo para el cual el administrador fue nombrado), y la previa cobertura del puesto.

Los estatutos pueden imponerla obligatoriamente, condicionarla (por ejemplo, reforzando el quorum de elección) o suprimirla.

El acuerdo de cooptación ha de ser adoptado por el Consejo válidamente constituido, lo que ha planteado la duda de si podrá cooptar el "Consejo deficitario" que, como sabemos, es aquél que no puede válidamente constituirse por haberse producido vacantes en más de la mitad más de uno de sus miembros. La mayoría de la doctrina se inclina por la tesis afirmativa. LUCAS FERNÁNDEZ acude al expediente de entender que los

"componentes" son en realidad "miembros actuales", que deberán adoptar el acuerdo por mayoría absoluta igualmente.

La facultad de cooptar es indelegable y aplicable solamente —por su carácter excepcional ya **apuntado**— al Consejo de Administración, nunca a las comisiones ejecutivas.

La persona elegida para cubrir la vacante ha de ser "accionista" por imperativo del art. 138 TRSA, y como excepción a lo dispuesto en el art. 123.2 del propio TR. Esa cualidad debe ostentarse en el momento de la adopción del acuerdo por el Consejo y hasta su ratificación por la Junta, no bastando, por tanto, la elección de uno no socio, que procede, una vez elegido, a adquirir acciones de la sociedad. Y el cargo es temporal, pues tiene su vigencia "hasta que reúna la primera Junta General". Expresión legal que plantea la duda de si finalizará cuando la Junta esté válidamente constituida o cuando, no ratificado por ésta el nombramiento, el administrador cesa (el profesor ROJO se inclina por la segunda de las posturas apuntadas, que parece reforzar el art. 145.2 RRM). También en relación a la duración, se discute el día que debe contar como "a quo" para el cómputo del plazo de duración del cargo, en el supuesto de que la Junta lo ratifique. De otra manera: ¿Debe computarse al consejero que suple la vacante el tiempo que llevaba su antecesor en el cargo? En principio habrá que distinguir si la ratificación se produce vencido el plazo del antecesor (en cuyo caso el plazo de duración del nuevo administrador será el general) o si todavía no ha vencido, debiendo entonces estar a lo que la Junta decida, en el caso de que no haya limitación estatutaria al respecto. Y si la Junta no especifica plazo, habrá que entender que tácticamente ha querido computar el del antecesor, debiendo, por tanto, cesar cuando —de haber seguido en el cargo— hubiera cesado éste (art. 144.2 RRM por analogía).

Por último, debemos añadir que, a falta de precepto específico, será de aplicación a los administradores así nombrados lo dispuesto en el art. 125 TRSA, de manera que el nombramiento surtirá efectos desde la aceptación, siendo la inscripción en el RM obligatoria en el término de diez días a partir de la misma. Puede ocurrir que el acuerdo de la primera Junta no ratifique el nombramiento y, por tanto, no acceda al Registro. En ese caso éste publicará que es administrador quien en realidad no lo es... El caso guarda distancias con el administrador que tiene el cargo caducado, pues éste puede convertirse en administrador de hecho y seguir actuando dentro de los límites de su condición, lo que puede hacer el no ratificado. Del mismo modo que el art. 129.1 TRSA dispone que las limitaciones al poder de representación, aún inscritas, no perjudican a terceros, entendemos que tampoco debe perjudicarles la publicación inco-

recta que contemplamos. La sociedad podrá verse comprometida en el tercero, de haberlo, si acredita que éste actuó de mala fe.

2.a).3.4. *Nombramiento por el Juez*

En los casos que sea precisa, por decisión del mismo, la intervención judicial de la Administración (art. 1 DL 20-10-1969, ya aludido). El así nombrado está sujeto al control directo del Juez y a las responsabilidades propias del cargo dimanante del TRSA.

2.b) *El control de los administradores durante el ejercicio de su cargo*

2.b).1. *Actuación del administrador dentro de sus facultades*

Pese a que la materia no era de obligada reforma, por estar incluida en el Proyecto de Quinta Directiva, fue éste uno de los puntos en que se consideró conveniente introducir modificaciones, por haberse convertido en uno de los más obsoletos de la Ley de 1951, como viene a probar el escasísimo uso que se hizo de la acción de responsabilidad durante la vigencia de dicho texto legal. De entre los efectos que se achacaban al régimen derogado, la crítica ha venido destacando como más importantes los siguientes:

- El amplísimo e irracional privilegio de la "culpa grave" que se otorga al administrador. Sólo en el caso de que tuviera su culpa tal carácter, respondía.
- No se resolvía el tema de la solidaridad en el resarcimiento del daño.
- Tampoco se resolvían temas tales como la legitimación para el ejercicio de la acción, plazo de prescripción, acumulación de acciones, etc.

Pues bien, el TRSA, tratando de resolver los problemas más importantes y, al propio tiempo, de facilitar el ejercicio de una acción anquilosada por el desuso, dedica al tema (en lo que los interesa) dos artículos: el 127 y el 133, desglosando así lo que antes de la reforma recogía de manera similar el art. 79 de la LSA. ¿Cuáles son las modificaciones introducidas en dichos preceptos?

Se sustituye el término "comerciante" por "empresario", más adecuado a la realidad mercantil actual, como tendremos ocasión de comprobar. El administrador actúa como un empresario al frente del negocio, y como tal

ha de responder. Como además es un representante (orgánico) de la sociedad, responde frente a la misma como un "representante leal".

Siguiendo el criterio adoptado por la Ley de 1951, el legislador ha preferido no establecer una enumeración detallada de supuestos en los cuales se incurre en responsabilidad, probablemente porque siempre quedaría alguno fuera de la lista. Ello aboca irremisiblemente al arbitrio judicial, que será el que, en cada caso, en definitiva, decidirá si el representante ha traspasado o no los límites de un "ordenado empresario y un representante leal".

Sin embargo, lo más importante, siguiendo la pauta marcada por el Proyecto de Quinta Directiva, y acusando recibo a las críticas recibidas, es la desaparición de la referencia a daños causados por "malicia, abuso de facultades o culpa grave" del derogado art. 79. El administrador responde ya no sólo en los casos de "culpa lata", sino también en los de "culpa leve". Téngase presente la incongruencia en que incurría el viejo art. 79 al exigir en su primer párrafo la diligencia de un ordenado comerciante, para, más tarde, afirmar que, aún habiendo sido negligente, no se respondería el administrador si no había incurrido en culpa grave. Y la solución correcta es la actual, simplemente porque la responsabilidad empieza donde acaba la diligencia exigida por el art. 127 TRSA, y no donde empieza la malicia, como ocurría antes. Evidentemente ello facilita la exigencia de responsabilidades, pues en la actualidad se ha suprimido la facilidad que —de cara a una posible exoneración— suponía el acreditar que la culpa era simplemente leve. Y ello ha de ser así por lo endeble del argumento sostenido por algún sector doctrinal y nuestro máximo organismo jurisdiccional, en ocasiones, para justificar en el régimen anterior la exigencia de culpa grave: se decía que de no ser así, no se encontraría nadie que quisiera ocupar el cargo de administrador por el riesgo que la aceptación del cargo acarrea.

Podemos sostener que la responsabilidad deriva tanto de las faltas cometidas en la gestión, como de la inobservancia de normas de obligado cumplimiento impuestas por la ley o los Estatutos. Faltas que no deben, desde luego, calificarse con arreglo a un resultado más o menos positivo, sino en relación a lo que en el tráfico mercantil sea práctica habitual y no arriesgada de un ordenado empresario, con independencia de si la actuación del administrador se ha saldado con un saldo exitoso o no.

El problema de si la culpa que genera la responsabilidad es contractual o extracontractual, que ha venido debatiendo la doctrina durante mucho tiempo, carece aquí de relevancia, pues cualquiera que sea su tipo, la extensión del daño indemnizable se medirá por el art. 1.107 del CC. (La calificación que vemos aquí —contractual o no— dependerá, como es lógico, de la naturaleza de la relación entre la sociedad y su representante,

aunque puede —pese a considerar que no existe contrato entre ambas partes— muy bien sostenerse que es contractual, por tener su base en la existencia de una obligación previa de prestación de servicios.)

Del análisis conjunto de los arts. 127 y 133 del TRSA podemos deducir que los elementos que integran la responsabilidad del administrador son los siguientes:

- Desempeño del cargo.
- Con la diligencia de un ordenado empresario —representante leal— (diligencia adaptable al tipo de sociedad de que se trate).
- Producción de daño, que habrá de ser probado y que comprende tanto el *damnum emergens* —disminución efectiva del patrimonio— como el *lucrum cessans* (con la dificultad añadida de probar éste) (art. 1.106 CC).
- Culpabilidad del administrador (en grado de lata o leve, como hemos visto: responde aunque no haya dolo).
- Y anexo causal entre la culpa o falta de diligencia y daño.

En cuanto al tipo de responsabilidad, ésta es individual: responde la persona, no el órgano, de ahí que no pueda sostenerse, por ejemplo, que responde el Consejo, sino los miembros que lo integran. Es, así mismo, solidaria, desde un punto de vista externo; el que demanda el resarcimiento del daño puede hacerlo de cualquiera de los administradores. La presunción de solidaridad en la culpa quiebra y puede ser destruida (desde un punto de vista interno) cuando sea individualizable. El administrador que quiera exonerarse deberá, pues, probar su falta de culpabilidad (piénsese en el ausente por motivos familiares o personales en la reunión del Consejo... Ahora bien, como ha apuntado algún autor, para que la simple ausencia exonere no puede ser reiterativa y además debe ser justificada).

Están igualmente exentos, según se deduce del tenor literal de la ley, aquellos que no hayan intervenido en la ejecución ni en la adopción del acuerdo, así como los que prueben su desconocimiento del mismo o que "hicieron todo lo conveniente para evitar el daño". ¿Qué es exactamente lo "conveniente para evitar el daño"? La frase parece implicar que no basta con abstenerse o votar en contra del acuerdo (opción que habrá que hacer constar en el acta de la Junta, *ex* art. 97.7 RRM), sino que ha de impugnarse el mismo por la vía del art. 143 TRSA (ARANGUREN restringe la necesidad de impugnación a los acuerdos contrarios a la ley a los Estatutos, no a los perjudiciales técnica o económicamente.)

Por otra parte, como la diligencia es exigible en la adopción del acuerdo y en su ejecución, dispone el art. 133.3 TRSA: "En ningún caso exonera la responsabilidad de circunstancia que el acto o acuerdo lesivo haya sido

adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General" y ello es así porque el administrador está obligado, si el acuerdo es perjudicial a la sociedad o contrario a la Ley o a los estatutos, a impugnarlo, respondiendo en caso contrario por su ejecución.

El párrafo 2.º del art. 127 añade una obligación nueva para el administrador: la de guardar secreto respecto a los informes confidenciales a los que, en su caso, haya podido tener acceso. Para que se genere responsabilidad no es preciso, dados los términos en que se expresa la ley, que se produzca un daño a la sociedad, sino que bastará con la mera publicidad para que la sociedad pueda reclamar una indemnización. El problema estribará entonces en señalar el "quantum" de la indemnización, que corresponderá fijar al Juez. El plazo durante el cual debe guardarse silencio sobre la información confidencial no expira por el cese y —**probablemente**— ni siquiera transcurridos los cuatro años que fija el art. 949 C. de C., sino que se extiende durante todo el lapso de tiempo durante el cual el conocimiento público de la misma pueda perjudicar a la sociedad.

La ley prevé dos modos de controlar la actuación de los administradores:

2.b). 1.a) *Control periódico-institucionalizado*

El art. 95 TRSA se refiere al mismo, confiándoselo a la Junta General Ordinaria al decir: "La Junta General Ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado". Tal precepto se distancia de su precedente, el art. 50 de la LSA de 1951, que disponía que la Junta Ordinaria se reuniría "cuando lo disponga los Estatutos y, necesariamente, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio". Al mismo tiempo se viene a sustituir la referencia que se hacía, dentro de la competencia de la Junta, a "resolver sobre la distribución de beneficios", por "resolver sobre la aplicación del resultado".

Si la segunda de las modificaciones aludidas carece, a los efectos que nos ocupan, de especial relevancia, no ocurre así con la primera. ¿Significa la supresión de la referencia a los estatutos que sólo podrá, a partir de ahora, haber una Junta General Ordinaria, que ha de celebrarse necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, siendo, por tanto, el resto extraordinarias? ¿Se ha querido, pues, limitar la libertad de los Estatutos para fijar varias Juntas Ordinarias periódicamente? Así, pues, parece, en un primer momento, si tenemos en cuenta que el antiguo art. 11 LSA en su letra i) decía que en los Estatutos se harían constar "los plazos y forma de convocar y constituir las Juntas de Socios, tanto ordi-

narias como extraordinarias", y del art. 9 del actual TRSA desaparece toda referencia a esa posibilidad. Pienso, sin embargo, que la respuesta a la cuestión no se encuentra en el art. 95 ni en el art. 9 TRSA, sino en el art. 126.2 del RRM que, en relación al "funcionamiento de la Junta General", dispone que "si no se establecieran requisitos particulares para las Juntas Generales Extraordinarias y para las especiales, se entenderá que se rigen por las reglas previstas en la ley *en los Estatutos sociales para las generales ordinarias*". De donde se deduce claramente que los Estatutos, dentro del margen de libertad reconocido en la ley, pueden establecer la celebración de Juntas Ordinarias con una determinada periodicidad, debiendo no obstante celebrarse una de ellas obligadamente, dentro de los seis primeros meses del ejercicio social, como ordena el art. 95. Es indiferente aquí la discusión **jurisprudencial** y doctrinal sobre si debemos o no admitir la celebración de una Junta Ordinaria fuera de plazo (a favor de tal posibilidad las S. del TS 25-4-86 y 6-2-87, y en contra la S. de 4-5-61). Y digo que es indiferente porque si hay que admitir —como parece evidente— que la "censura de la gestión social" es competencia de la Junta Ordinaria, ésta no es exclusiva, ya que es una función permanente de la asamblea de socios, que puede realizarse en cualquier momento, con lo que bastará con dar a la Junta que se va a celebrar con dicho fin de carácter de extraordinaria, para alejar toda sombra de duda sobre su validez (así lo ha sostenido nuestro TS que, en S. de 11-11-1968, atribuye a la Junta Extraordinaria competencia para tratar de las materias reservadas a la ordinaria, pasados los primeros seis meses del ejercicio). Y eso para el caso de que no se puede celebrar otra Junta Ordinaria estatutaria después de transcurrido el plazo legal.

Creo conveniente hacer dos puntualizaciones, una vez visto el cuando (periódicamente) puede realizarse el control, sobre el contenido de la "censura".

- La primera, que, aún no estando previsto en el orden del día, la Junta Ordinaria que controla la actuación del administrador puede acordar su cese (R. de la DGRN 26-2-1956).
- Y la segunda, que la aprobación de las cuentas y de la "aplicación del resultado" no exonera al administrador de responsabilidad, tal y como se deduce en el art. 134.2 del TRSA. Para que tal exoneración se produzca, habrá que constar una manifestación expresa de la Junta en tal sentido, y aún dicha declaración tampoco eximirá de responsabilidad al beneficiado por ella si, incluso —**conscientemente**, e incluso inconscientemente, **incluye**— datos falsos en el balance que impidieron a la Junta hacerse una idea exacta de la situación social.

2.b). 1.b) *Control extraordinario*

Se refiere al mismo art. 100.2 del TRSA, que transcribe fielmente el contenido del derogado art. 56 de la LSA de 1951, sustituyendo, sin embargo, la referencia al "10 por 100 del capital desembolsado", por el "5 por 100 de capital".

El mínimo se fija con el fin de evitar que accionistas con una participación ridícula en el capital puedan perturbar la marcha de la sociedad. Dicho mínimo no puede aumentarse, porque ello implicaría una limitación estatutaria de los derechos legales de los accionistas (RS de la DGRN 28-12-1951 y 15-11-1956), pero sí puede aminorarse (R. DGRN 27-6-77). Como fundamento esencial de tal posibilidad de reducción se esgrimía el art. 11 de la LSA de 1951, que permitía en los estatutos señalar la "forma de convocar las Juntas". Hoy —desaparecida dicha afirmación legal— se plantea si ello obedece a una restricción de facultades estatutarias, dado que el art. 9 TRSA sólo permite reglamentar la "forma de deliberar y adoptar acuerdos", silenciando toda referencia a convocatorias. ¿Se extrae, pues, a su competencia dicha materia? Entiendo que no, dado que el art. 9 TRSA citado señala un contenido mínimo en los Estatutos, viniendo al máximo a estar limitado por la ley. Por ello, los Estatutos podrán libremente rebajar el porcentaje del capital mínimo.

En cuanto a la posible legitimación para el ejercicio del derecho a solicitar la convocatoria de la Junta, se plantea la cuestión del sentido de la sustitución de la referencia a "capital desembolsado" por "capital" a secas. A mi juicio quiere decirse que basta con que sea capital suscrito. Se soluciona así el problema de los accionistas morosos en el pago de los dividendos pasivos. Estén éstos provisionalmente privados de su derecho a votar o no lo estén, deben computarse sus acciones, pues están suscritas. No deberán, sin embargo, computarse las que no confieren derecho a voto, puesto que nada van a poder decidir en la Junta que se celebre.

Tampoco es precisa, pese a la dicción legal, la agrupación de varios titulares de acciones para solicitar la convocatoria, sino que como ya tenía reconocido la jurisprudencia antes de la reforma (STS de 17-6-1972), basta con que un sólo socio reúna el 5 por 100 del capital para que pueda ejercitar el derecho que le confiere el art. 100 TRSA.

El usufructuario y al acreedor pignoraticio podrán solicitar dicho derecho (y las acciones que se usufructúan y pignoran se incluirán en el cómputo) sólo en el caso de que los estatutos les confieran bien la cualidad de socio, bien el derecho de asistir y votar en las Juntas Generales, correspondiendo la legitimación en caso contrario al nudo propietario y al deudor pignorante de los títulos.

En cuanto a la forma de la solicitud se mantiene el requerimiento

notarial. Junto al mismo (y preferentemente, por razones prácticas, "en" el mismo) deberá acreditarse la legitimación por los diversos sistemas que resulten según la clase de acciones (si son nominativas, la legitimación resultará del libro registro de acciones, si al portador, de la exhibición de los títulos, y si anotaciones en cuenta, de lo prevenido en la legislación del mercado de valores, en virtud de la remisión a la misma del art. 60 TRSA).

La ley no reconoce en ningún caso la facultad de convocar, sino la de solicitar la convocatoria. Si los administradores no cumplen con su obligación, el titular-titulares de las acciones agrupadas podrán acudir al Juez para que convoque la Junta, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurriría el administrador, dimanante del incumplimiento del deber de diligencia que le impone el art. 127 TRSA, ya visto. Si el administrador, en cumplimiento de su obligación, convoca la Junta, deberá incluir en el orden del día todos los asuntos señalados por los accionistas en el requerimiento (en lo que nos interesa, censura de la gestión social). Y la Junta convocada habrá de tratar y decidir respecto a los mismos, dado que —de no hacerse así— aquéllos podrán impugnar los acuerdos solicitando su nulidad (art. 134 TRSA) y pedir la celebración de una nueva Junta, que será ordenada por el Juez (S. del TS de 26-10-1979).

2.b).2. *La extralimitación del administrador en el uso de sus facultades*

Vamos a tratar de analizar el tema sin incidir especialmente en el espinoso problema de la delimitación de competencias entre órganos, pese a la dificultad que ello supone, centrándonos, en la medida de lo posible, en la responsabilidad del administrador por la extralimitación.

Actos realizados por el administrador fuera del objeto social

Sabemos que antes de la reforma la sociedad sólo quedaba obligada si los administradores actuaban de acuerdo con el régimen estatutario, que era oponible a terceros si estaba debidamente inscrito en el Registro Mercantil.

La situación actual ha quedado sustancialmente modificada, como consecuencia de la Primera Directiva de la CEE, que obligada a armonizar las legislaciones de los distintos Estados, dispone que una sociedad no puede, en principio, oponer a un tercero el hecho de que un administrador se haya excedido en sus facultades, aunque los Estados miembros puedan conceder dicho derecho a condición de que la sociedad pruebe que el tercero estaba advertido en la extralimitación. Se recoge así un principio

general de tipo germánico (poder limitado e ilimitable de los administradores) y una excepción facultativa de tipo latino (mandato restringido a las facultades conferidas por los Estatutos o a las derivadas del objeto social). Adolece el sistema adoptado por el TRSA (en su art. 129), como consecuencia de tal premisa, de los inconvenientes de los dos extremos, sin asumir sus ventajas, ya que ni se garantiza la seguridad de los terceros propia del sistema alemán, ni se asegura a la sociedad frente a las extralimitaciones del administrador, como en los sistemas latinos... Remitir la eficacia de un acto a la buena fe y ausencia de culpa en el tercero, es una "invitación al litigio", como ha afirmado recientemente AVILA NAVARRO.

Dentro de la amplia categoría de actos que el administrador-representante de la sociedad puede realizar extralimitándose en sus facultades (y que podemos incluir dentro de la categoría genérica "actos ajenos al objeto") podemos distinguir:

2.b).2.a) *Actos modificativos del objeto*

Cuando por su reiteración tal calificación sea esgrimible su realización será nula, por incumplimiento de las previsiones legalmente imperativas sobre modificación del objeto (por ejemplo, exigencia del consentimiento de los socios, a los que está privado del derecho de separación). Y puesto que el acto es nulo, no será posible su ratificación posterior por la Junta General. La dificultad estriba en determinar cuándo la repetición de un acto fuera del objeto llega a tales extremos que implica su modificación. Tal circunstancia será de libre apreciación judicial y caso por caso. De la modificación indirecta del objeto se ha ocupado recientemente la R. de la DGRN de 16-3-1990, en la que se contempla el problema de la inscribibilidad de la cláusula por la que se confieren al órgano de una S.A. facultades para constituir "toda clase de sociedades". El Registrador se opone a la inscripción solicitada por entender que la cláusula de referencia habilita a la sociedad para operar en su sector que excede del ámbito del objeto social, por lo que no puede acceder al Registro.

Sostiene la DG que si bien no puede haber cláusulas que extiendan el poder de los administradores fuera del objeto, dichas cláusulas han de ser interpretadas como cláusulas de ampliación del mismo. Y si se han observado las normas legales sobre modificación del objeto serán perfectamente válidas.

2.b).2.b) *Actos contrarios al objeto*

Dentro de los mismos podemos a su vez incluir:

- Actos a título gratuito.

En principio no parece admisible. Sin embargo, el mero hecho del carácter mercantil de la S.A. (art. 3 TRSA) no le debe impedir realizar algunos (aunque no puedan formar parte del objeto social: R de la DGRN 2-2-1966). Así hay que distinguir:

- Disposiciones gratuitas realizadas con carácter publicitario (permisos o patrocinio de determinadas actividades). Tienden a mejorar la imagen de la empresa, y deben, por tanto, considerarse comprendidos dentro del ámbito del poder de los administradores, por lo que su realización, si se enmarca dentro de la debida diligencia, no genera responsabilidad.
- Disposiciones relativamente gratuitas (por ejemplo, donación remuneratoria a un empleado). Entran, al igual que en el caso anterior, dentro del tráfico normal de la empresa.
- Disposiciones gratuitas puras: deben ser autorizadas por la Junta General. ¿Deberá la sociedad acreditar la mala fe del donatario para que el acto realizado por el administrador sin autorización no le vincule? ¿O el carácter gratuito del mismo basta para ello? Aunque la respuesta de la cuestión, dado el carácter general que se ha querido dar al principio de inoponibilidad del art. 129.1 TRSA, es dudosa, no parece dicho precepto (como tampoco la Primera Directiva) querer extenderse a ese tipo de actos, sino tan sólo a aquellos que deban ser protegidos por exigirlo así la seguridad del tráfico, que, dado su carácter mercantil, excluye "per se" los actos gratuitos puros.

2.b).2.c) *Actos de liquidación*

Son aquellos que, prescindiendo el fin de la sociedad, suponen un impedimento para la realización del objeto (por ejemplo, enajenación del establecimiento sede de la empresa). Exigirá, al igual que en el supuesto anterior, el acuerdo de la Junta General y, según la naturaleza del acto, que dicho acuerdo se adopte con los requisitos necesarios para las modificaciones estatutarias (mayoría reforzada del art. 103 TR).

2.b).2.d) *Actos neutros*

Los define la Resolución de la DGRN de 2-10-1981, como aquellos en los que "normalmente no es factible establecer *a priori* si un determinado acto en su contenido concreto es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social".

Sus límites son muy imprecisos, pues en realidad se pueden clasificar de neutros casi todos los actos que no entran en el objeto **social**. **Destaca**,

dentro de esta categoría, por la referencia específica del art. 9 de la Ley Cambiaria y del Cheque, la prestación por el administrador de aval cambiario o afianzamiento en nombre de la sociedad, en el caso de que no esté dicha actividad incluida dentro del objeto. El precepto indicado, anticipándose a lo que luego consagraría con carácter general el art. 129 TRSA, sienta la presunción de que los administradores están facultados por su nombramiento para obligar cambiariamente a la sociedad, señalando a continuación que los tomadores y tenedores podrán exigir del firmante la exhibición del poder.

De los distintos grupos contemplados es pues el más numeroso. La admisión de todos los actos neutros llevaría directamente al sistema germánico de poder limitado del administrador.

La ley no distingue entre actos neutros y actos contrarios al objeto, por lo que el régimen sustantivo de unos y otros será el mismo, si bien en los últimos resultará más difícil que los terceros puedan alegar buena fe.

La realización de los actos contemplados en este epígrafe, ¿acarrea algún tipo de responsabilidad para el administrador? ¿Agrava —al menos— de alguna manera la inherente al cargo? ¿Cuál es la eficacia del acto, una vez realizado?

No contempla el TRSA separadamente estas cuestiones, por lo que se les debe aplicar, para su resolución, el régimen general derivado de los arts. 127 y 129. Como consecuencia de lo dispuesto en ambos preceptos vemos que, si el acto ha sido realizado sin intervención de Notario o Registrador —como ocurrirá de ordinario, puesto que el control de la legalidad del mismo que su actuación implica obligará a rechazar su instrumentalización y posterior acceso al Registro— el tercero que pretenda su eficacia deberá solicitarla judicialmente, correspondiendo a la sociedad que se oponga a la misma acreditar, además de la extralimitación, la mala fe del demandante. LUCAS cree, sin embargo, que la sociedad no quedará vinculada si los actos que se contemplan exceden de los poderes que la ley otorga al órgano actuante, estándolo tan sólo si se trata de actos realizados con fines distintos al objeto social, pero que están permitidos por la ley y los Estatutos. Tal criterio parece contrario al principio de inoponibilidad y no es admisible si partimos de la consideración de que la sociedad —por ley— tiene capacidad general para realizar todo tipo de actos, aún gratuitos. El supuesto, en caso de buena fe y actuación diligente del administrador, es similar al contemplado por el art. 1.738 CC: actos realizados por el mandatario ignorando la muerte del mandante y otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, que serán válidos frente a terceros de buena fé, pero no inscribibles por defecto en la representación, hasta que sea declarada su validez. (Téngase presente que estamos hablando de un acto documentado privadamente, que no se puede elevar a público por

adolecer del defecto de la extralimitación, pese a lo dispuesto en el art. 1.279 CC y que, si tiene por objeto un inmueble y se trata de una donación, estará viciado de nulidad, en base al art. 633 del mismo cuerpo legal.) La intervención del fedatario, en su caso, obligará a consignar en el cuerpo de la escritura el objeto social, y si del mismo no se dedujera claramente que el administrador se encuentra facultado, habrá de hacerse constar igualmente la norma estatutaria a la autorización concreta en cuya virtud actúa. Sólo entonces deberá autorizarse la escritura. Puede ocurrir que, excepcionalmente, se otorgue bajo la responsabilidad de las partes contrantes, por manifestar el administrador que se encuentra facultado, aunque no lo acredite, comprometiéndose a hacerlo con posterioridad. El hecho de que —pese a los controles legales— el acto acceda al Registro indebidamente, no afecta para nada a su eficacia, ya que la inscripción no convalida los actos nulos. La sociedad podrá, pues, pedir al Juez la nulidad de la misma, previa prueba del dolo del tercero.

El acto ajeno es inoponible a terceros en tanto en cuanto no sea ratificado, en la medida de lo posible, ya que —en concreto respecto a los actos que implican modificación del objeto social, como hemos visto— si es nulo por incumplimiento del procedimiento legal, no cabrá dicha ratificación. (LAVILLA y SAENZ GARCÍA DE ALBIZU estiman que, dado que la sociedad tiene capacidad general, puede autorizar *a posteriori* el acto, incluso en el caso citado, exigiendo para ello el acuerdo unánime de la Junta. Estimo que tal criterio es erróneo por carecer de base legal, por aplicar el principio de unanimidad, contrario al derecho de sociedades, y por recoger erróneamente la teoría general de la eficacia del contrato, perfectamente aplicable en este punto.)

Respecto a la forma de la ratificación, no parece que deba, en principio, rechazarse la aplicación del art. 1.727 CC, por lo que puede ser expresa o tácita, aunque —en ambos casos— debe provenir directamente de la Junta General.

Hemos analizado hasta aquí la posición de la sociedad en relación con el acto realizado en su nombre. El tercero puede aprovechar los efectos del mismo, si son positivos. ¿Podrá revocarlo en caso contrario antes de que la sociedad lo ratifique? La doctrina de los "actos propios" parece oponerse a tal posibilidad. DÍEZ PICAZO distingue (con acertado criterio) según que el acto haya desplegado o no todos sus efectos. En caso negativo, podrá ser revocado, siempre y cuando la sociedad haya tenido conocimiento de su realización y tiempo suficiente para autorizarlo.

En cuanto a la responsabilidad que genera la realización del acto para el que actúa en nombre de la sociedad, se regirá por las reglas generales, ya contempladas, según se ha apuntado. Probablemente hubiera sido preferible imponer un agravamiento legal de tal responsabilidad que implicara

una autocensura previa a la realización del acto. En caso de duda, el administrador solicitaría así la pertinente autorización antes de realizarlo, con lo que se evitarían no pocos problemas.

2.c) *Control en el cese*

2.c).1. *Obligatorio: la separación del administrador*

2.c).1.1. *La separación por decisión de la Junta General*

El principio de libre revocabilidad de los administradores es reconocido en todas las legislaciones, extendiéndose incluso al administrador estatutario. En nuestro Derecho lo formulaba ya el antiguo art. 75 de la LSA, y se recoge en la actualidad en los mismos términos en el art. 131 TRSA.

Su fundamento se halla en que la relación entre la sociedad y administrador tiene su base en una confianza que, si falla, debe provocar la sustitución de éste, y se muestra como una compensación lógica al hecho de que no responda personalmente de las deudas sociales, a fin de evitar que —amparándose en ello— provoque perjuicios irremediables a la entidad que representa, siendo, no obstante, inamovible en su cargo.

La facultad de separar corresponde a la Junta General (tanto ordinaria como extraordinaria, según vimos al hablar del art. 95 TRSA y tiene reconocido el TS en S. de 30-4-1971). La junta la ejerce con carácter soberano e indelegable (R. DGRN de 5-11-1956) y la decisión se adopta por la mayoría ordinaria del art. 102 TRSA (NEILA cree que si el administrador ha sido nombrado por la minoría, esa misma minoría puede excepcionalmente destituirle. Pienso, sin embargo, que tal criterio es indefendible, por falta de base legal, y porque el art. 131 no establece limitaciones al ejercicio de la facultad por la Junta). Se discute también si debe exigirse la misma mayoría ordinaria en caso de que el administrador haya sido designado en los Estatutos. CÁMARA cree que en tal caso la mayoría será la reforzada del art. 103 TRSA, para la modificación de los mismos. No parece que sea así, puesto que la designación estatutaria constituye un contenido contractual no normativo.

Se ha discutido, asimismo, si el derecho de separación corresponde a la Junta en caso de que se trate de apartar al consejero-delegado. RODRÍGUEZ ARTIGAS, que ha examinado detalladamente el supuesto, a fin de contestar a dicha cuestión, distingue dos posibilidades: que los estatutos hayan reservado a la Junta la facultad de delegar (supuesto contemplado por la R. DGRN de 8-2-1979), en cuyo caso, y de admitir tal posibilidad, la propia Junta podrá cesar al consejero-delegado; o que éste haya sido nombrado directamente por el Consejo, en uso de las facultades que al

mismo atribuye el art. 141 TRSA, supuesto en el cual la separación sólo podrá ser acordada por el propio Consejo. Ocurre, sin embargo, que aún admitiendo esa conclusión la Junta (en uno de los escasos vestigios que le queda de su carácter "soberano"), aún no pudiendo separarle directamente, podrá privarle de su condición de administrador, con lo que provocará su cese automático dado que para ser consejero se requiere precisamente dicha cualidad. Se constituye así la facultad de la Junta en uno de los medios más directos de control sobre la actuación del delegado del Consejo. (BÉRGAMO piensa que, en cualquier caso, la Junta puede cesar directamente al consejero-delegado).

El principio de libre revocabilidad es de orden público, como ya reconoció el TS en S. 16-6-1934, razón por la cual las cláusulas estatutarias que se refieren al mismo han de ser cuidadosamente ponderadas.

En primer lugar se discute si es admisible, dado que en nuestro derecho no se exige una justa causa para la separación que se imponga obligatoriamente su exigencia para poder cesar al administrador (la R. de la DGRN 13-3-1974 ha dejado clara su postura contraria a la exigencia de justa causa, al contrario de lo que ocurre en las legislaciones italiana, suiza o alemana). No lo parece, si tenemos en cuenta el carácter de "orden público" que tiene, como hemos visto, el principio de libre revocabilidad del cargo. Tampoco lo será la cláusula que condicione la separación al pago de una indemnización si la distinción se produce sin causa (en ese sentido HOUPIN para el Derecho francés), por el fuerte condicionamiento de la facultad que supondría (en nuestro Derecho sigue esa corriente GARRIGUES, manifestándose en contra de ella ARANGUREN y NEILA). El primero de los tres autores citados admite dos cláusulas de indemnización: si el cese se produce con publicidad perjudicial para el cesado, o si éste está ligado a la sociedad por un contrato de servicios. La opinión puede ser respetada, pero entiendo que, en cuanto a la publicidad, será difícil determinar cuándo se ha producido y a veces evitarla. En cuanto al arrendamiento de servicios, la cuestión es más bien laboral y más tarde nos referiremos a ella.

LÓPEZ MEDRANO cree válida la cláusula estatutaria en la que se detalla un catálogo de causas que provoquen la destitución. Tal cláusula será válida, estimo, sólo si la enumeración es abierta, no cerrada y taxativa.

Tampoco es válida la cláusula que refuerza el quorum o exige unanimidad. La primera porque modifica el régimen ordinario de mayorías en beneficio del administrador, pudiendo destituirle la misma mayoría que lo nombró (S. del TS de 31-5-1957). Y la segunda, además, por la dificultad que entraña en la práctica tal exigencia. En general, cualquier cláusula que suponga una limitación al ejercicio de su derecho por la Junta, debe ser rechazada y tenida por no puesta (nula, según el TS en S. de 8-3-1981).

En relación al acuerdo de separación, una vez visto quién debe adoptarlo y con qué quorum, diremos que plantea el problema de si puede decidirse la separación del administrador en caso de que no figure el punto en el orden del día de la convocatoria. La cuestión ha sido detenidamente analizada en nuestro derecho, por FERNÁNDEZ RUIZ, quien, en contra del criterio doctrinal y jurisprudencial mayoritario (SS. de 31-1-1966 y 3-4-1971 y RR de la DGRN de 28-2-1957 y 24-5-1974), sostiene que la facultad de la Junta es en efecto omnímoda, en cuanto puede ser ejercitada "en cualquier momento" y sin justa causa, pero ello no quiere decir que no deba sujetarse al procedimiento legalmente previsto para la adopción de acuerdos (y en concreto requisitos de convocatoria).

¿Pueden votar el acuerdo los administradores censurados? El conflicto de intereses que se plantea no debe impedirles participar en el mismo, aunque sí votar (DUQUE). Por ello si vota, el acuerdo será impugnabile. De cualquier manera hubiera sido preferible que en la reforma se hubiera hecho constar (al igual que hace el art. 2.373 del CC italiano) que el derecho de voto no puede ejercerse en los casos en los que el socio tenga un interés contrapuesto al de la sociedad (tal precisión podría haber sido ubicada, por ejemplo, en el art. 150 TRSA, que trata específicamente de las limitaciones al derecho de voto). En idéntico sentido se expresa el art. 92 del Proyecto de Estatuto de S.A. europea, al decir que "el accionista no puede ejercitar su derecho de voto... en ocasión de una decisión sobre su responsabilidad o para cualquier otra decisión en la que tenga un interés opuesto al de la sociedad". En tanto en cuanto el legislador no modifique su criterio, sería conveniente la inclusión en los Estatutos de una cláusula que impusiera el deber de abstención para tales casos.

Se ha planteado la cuestión de si es factible separar a todos los miembros del órgano colegiado (o a todos los administradores singulares) en el mismo acto. El TS en S. de 12-2-1988, se opone a ello en base a dos razones: porque la sociedad no debe quedar sin administradores en ningún instante y porque debe salvarse el principio de unidad y continuada en la gestión social. Desaparecida la exigencia legal anterior a la reforma, de renovación parcial del Consejo, la cuestión se reduce a determinar si puede o no subsistir la sociedad sin órgano de Administración, lo que se encuentra íntimamente relacionado con el problema de si la Junta tiene o no competencias para realizar funciones de gestión.

Si la sociedad tiene capacidad jurídica y de obra mientras no se disuelva, ha de poder actuar, lógicamente. ¿Debe, en base a tan débiles argumentos, admitirse una limitación tan grave al derecho consagrado por el art. 131 TRSA? Como ha dicho ARANGUREN, negar la posibilidad del cese en bloque equivale a negar la posibilidad de separación del administrador único, por lo que debe sostenerse la tesis afirmativa. (En contra, RUANO.)

Puede defenderse perfectamente lo contrario, pues como parece ha querido el legislador, para que la sociedad esté inscrita el administrador debe estar perfectamente personificado, por ello se exige en la escritura de constitución la constancia de su nombre o denominación social (art. 8 TRSA). Quiere ello decir que sin tal requisito la sociedad no puede funcionar, como debemos también deducir de la postura adoptada recientemente por la DGRN al sostener que la Junta no puede otorgar poderes (R. de 28-2-1991). Y si no puede otorgar poderes es porque la facultad de representación radica en el órgano de Administración. La duda consistirá en si, excepcionalmente, podrá reconocérsele tal posibilidad. Desde luego el problema hubiera quedado resuelto si el legislador hubiera impuesto a la sociedad que cesa al administrador la obligación de nombrar un sustituto, lo que no ha querido hacer probablemente al considerar que, de la misma manera que el cese puede revestir un carácter urgente, la búsqueda de la persona que ha de cubrir la vacante puede resultar laboriosa.

Si la Junta no designa la persona que ha de representar a la sociedad incurrirá en la causa de disolución previa en el párrafo 3.º del art. 260 TRSA (paralización órgano de Administración). Admitir lo contrario equivaldría a reconocer que, por el sencillo expediente de no nombrar administrador, puede una sociedad funcionar indefinidamente en el tráfico con un único órgano: el deliberante. La DGRN en R. de 31-10-1989 ha sostenido que la Junta no puede ejercer funciones de gestión, ni dar poderes. Por eso el acuerdo adoptado por la misma, de que la Administración le corresponderá temporalmente, no es inscribible.

El vacío que se puede producir en caso de seguir nuestra opinión contraria a la actuación de la Junta en materia de gestión, se llenará simplemente acudiendo al "administrador de hecho", si es que existe (R. de la DGRN 21-4-1987) o, en caso contrario, entendiéndolo, junto con LÓPEZ DE MEDRANO, que, en base al principio de buena fe (arts. 1.258 CC y 57 C. de C.), el administrador cesado está obligado a concluir los negocios comenzados e inaplazables. De no tener viabilidad ninguna de las soluciones propuestas, la sociedad deberá proceder de inmediato a la provisión del cargo (sí parece factible que —como el propio ARANGUREN señala— la Junta General pueda dar instrucciones —sugerencias más bien—, decida sobre actos concretos a instancia de los propios administradores o autorice determinados actos cuando los Estatutos así lo dispongan. Todo ello no deja de ser, sin embargo, una intervención excepcional del órgano soberano en temas de Administración).

En cuanto a la forma del acuerdo de separación, diremos que no puede ser táctico (R. de la DGRN de 8-5-1987), debiendo, una vez adoptado, inscribirse en el Registro Mercantil en virtud de cualquiera de los títulos a que alude el art. 142 RRM (al que remite el art. 148 del propio cuerpo

legal). A partir de dicha inscripción producirá la destitución efectos frente a terceros (R. de la DGRN de 2-4-1986). Por ello, el tercero que contrató con el administrador cesado, estará protegido si actuó de buena fe, cuando el cese no se haya inscrito, quedando, por tanto, la sociedad vinculada. No se establece plazo alguno para inscribir: ¿Se aplicará los ocho días del art. 26-3 del C. de C. o los diez días que señala el art. 125 TRSA para la inscripción del nombramiento? ¿O simplemente el silencio legal significa que no hay sujeción de plazo? La ley no se ocupa del tema por su escasa trascendencia práctica, dado que habitualmente la sociedad será la misma interesada en inscribir el cese con rapidez...

Finalmente cabe plantearse si es obligatoria la notificación del acuerdo al administrador separado. También aquí la ley guarda silencio, quizás por considerar suficiente la obligación que le impone de asistir a todas las Juntas (y entre ellas, a la que acuerde su cese) en el art. 104.2. No se prevé, no obstante, lo que puede ocurrir si —por causa justificable o no— deja de asistir a ella. Estimo aplicable, en ese caso, el criterio recogido en el art. 1.738 CC: lo hecho por el administrador en tales condiciones (actúa ignorando el cese) es válido y surte sus efectos frente a terceros de buena fe. El fallo que —en este punto— ofrece el sistema legal podría muy bien haber sido subsanado ordenando la suspensión de la inscripción hasta que se acredite que el administrador ha tenido conocimiento del acuerdo de separación. Como no se ha hecho así, hay que entender que la notificación del acuerdo no es precisa, a menos que se cese al administrador que tenía facultades certificantes, en cuyo caso será necesario, para lograr su inscripción y en base a lo dispuesto en el art. 111 RRM, que se acompañe "notificación fehaciente" de la separación al cesante. No me resisto, llegados a este punto, a manifestar mi frontal oposición a la práctica registral —desgraciadamente, no poco extendida— de no aceptar, como tal notificación, la remisión del acuerdo mediante acta notarial con acuse de recibo en el caso de que dicho documento no aparezca personalmente firmado por el administrador cesado. Tal práctica, basada probablemente en un desconocimiento flagrante de la legislación notarial vigente en nuestro país, busca su débil punto de apoyo en la desafortunada STS de 21-5-1991 y tiene su origen en la extendida confusión entre las actas de remisión de documentos por correo, reguladas en el art. 201 del Reglamento Notarial, y las de notificación y requerimiento, contempladas en el art. 202 del mismo Reglamento. En las primeras, al no ser notificaciones que reúnan los requisitos exigidos reglamentariamente para alcanzar el carácter de fehacientes, se requiere la prueba complementaria de que el documento llegó a su destino, si se quiere que la remisión del mismo produzca los efectos de una notificación. En las segundas, por el contrario, bastará con que se cumplan los requisitos reglamentarios para que la notificación

surta efecto, lo que es lógico y coherente ya que —de defender lo contrario— estaríamos posibilitando que fuera el libre arbitrio del receptor de la notificación el que determinase su eficacia. El Reglamento confiere, por otra parte, la facultad de elección del sistema, en su art. 202, el fedatario, no el registrador...

Esa confusión de preceptos de que hablamos parece sufrida también nuestro TS en la Sentencia citada, al sostener que "el sentido fundamental del art. 202 del Reglamento Notarial... es el de que la noticia o la voluntad ínsitas en el acta lleguen efectivamente a su destinatario, en especial las que exijan una actitud o contestación de éste a los efectos de la relación o situación jurídica en juego". Tal afirmación es interesante en tanto en cuanto, siguiendo las modernas pautas doctrinales y jurisprudenciales, se consagra que el Acta del art. 1.504 del CC no es ya de simple notificación, sino más bien de requerimiento, al permitir al comprador del inmueble que se oponga a la resolución que lleva implícita dentro del plazo legal, pero adolece del defecto contemplado. La práctica profesional del que suscribe demuestra cómo la simple manifestación de la esposa del requerido de que —por olvido u otra causa cualquiera— no hizo llegar al mismo la cédula que el Notario le entregó, podrá enervar el derecho a resolver del vendedor defraudado.

Antes de pasar al punto siguiente, es conveniente recordar que de la facultad de separación que ostenta la Junta General, hay que excluir a los administradores representantes del personal elegido por el Consejo de Administración a propuesta del Jurado de Empresa, como ya disponía el art. 2 de la Ley de Cogestión (la comunicación que se hace a la Junta de su nombramiento no se verifica a efectos de ratificación por la misma, sino simplemente para su conocimiento).

Distinta de la separación del administrador es la suspensión temporal del mismo en el ejercicio de su cargo, acordada por el Consejo a propuesta del comisario, en uso de las facultades que le confiere el art. 304.2 TRSA, cuando la sociedad haya retrasado en más de seis meses el pago de los intereses vencidos o la amortización del capital.

2.c).1.2. *Separación del administrador en supuestos especiales*

Hemos analizado hasta aquí la separación del administrador por decisión soberana de la Junta. Pero, con independencia de la voluntad de ésta, puede también producirse en lo que la ley llama "supuestos especiales" y contempla en su art. 132, que dispone:

"1. Los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones del art. 124 deberán ser inmediatamente destituidos, a peti-

ción de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir, conforme al art. 133, por su conducta desleal.

2. Los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la Sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General".

En relación al apartado primero diremos que no determina el momento a partir del cual opera la causa de incompatibilidad. Como se trata de una condena, no basta la simple interposición de la demanda, sino que habrá que esperar que la Sentencia sea firme. El administrador ha de ser inmediatamente destituido, no siendo precisa, por tanto, la celebración de una Junta General que acuerde el cese. Sí será, sin embargo, necesaria la reunión de la misma para cubrir la vacante, a no ser que haya órgano colegiado y ésta se cubra por cooptación. Se plantea aquí el mismo problema contemplado al hablar del sistema de elección por representación proporcional. Si el administrador que incurre en alguna de las prohibiciones del art. 124 TRSA (hablemos de incapacidad sobrevenida) ha sido elegido por una minoría agrupada, ¿deberá cubrir la vacante la propia minoría o la Junta General con la mayoría del art. 102 TRSA? Nos remitimos a lo anteriormente expuesto.

La petición de separación puede ser hecha por cualquier accionista, sin necesidad de que reúna ninguna participación especial de capital, y ha de ser dirigida directamente al administrador, aún cuando por ser el único, sea él personalmente el afectado. Si no convocase la Junta, podría, evidentemente, solicitarse la convocatoria judicial.

La destitución no es una sanción impuesta al administrador, sino que es consecuencia de la constatación de su incapacidad o incompatibilidad, quedando a salvo el ejercicio de las acciones de responsabilidad.

El párrafo 2.º del art. 132 alude a incompatibilidades de interés privado, analizando el problema de la coincidencia en una misma persona de la cualidad de administrador de dos sociedades distintas, y el de la oposición duradera de intereses entre el administrador y la sociedad que administra. Ya hemos apuntado alguna opinión jurisprudencial relacionada con el tema. La realización de actos de comercio aislados no implica una incompatibilidad que pueda provocar la destitución del administrador. Dicha incompatibilidad surgirá —en todo caso— de la "concentración de empresas". Si dicha concentración es "vertical" (tiene lugar cuando varias sociedades se alían para obtener un producto) no hay problemas. Este surge cuando la concentración es "horizontal" (de empresas dedicadas al mismo objeto, o "holdings") y duradera, traduciéndose, además, en una unión personal de administradores. Es, no obstante, y aún constatando su exis-

tencia, prácticamente imposible formular reglas generales, por lo que debe confiarse la solución a la adecuada ponderación judicial de cada caso. En principio puede decirse que existe competencia (y, por tanto, incompatibilidad) allí donde falla la comunidad de intereses. La finalidad perseguida, por tanto, por el art. 132.2 TRSA parece ser la de obligar a la Junta a deliberar sobre el posible conflicto cuando un socio plantee el problema. La DGRN, en la ya citada R. de 26-3-1990, establece un criterio permisivo muy amplio, al sostener que "crear filiales o tomar participaciones en otras sociedades que tengan el mismo objeto social constituye, cuando así se ha previsto específicamente, una modalidad indiscutible de ejercicio del objeto", luego la cláusula que faculta para ello al administrador es inscribible.

2.c).1.3. *La separación implícita*

Tiene lugar cuando la Junta acuerda promover la acción de responsabilidad contra los administradores o transigir, de conformidad con lo dispuesto en el art. 134.2 TRSA.

La destitución aquí contemplada deriva del hecho de que la mayoría entiende que el administrador ha inferido un daño al patrimonio social, quebrándose la confianza base de la relación que le une a la compañía. La Junta puede aplazar los efectos de la destitución, si estima conveniente analizar sus ventajas o inconvenientes. No parece, sin embargo, factible que los Estatutos puedan supeditar el automatismo de la destitución al requisito de que el acuerdo sea tomado por una mayoría reforzada. Si la acción es ejercitada por minoría, la destitución automática sólo tendrá lugar en caso de que sea impuesta por el Juez al dictar la Sentencia.

2.c).2. *Voluntario: la dimisión del administrador*

Representa la compensación que tiene el administrador frente a la facultad de cesarle que tiene la Junta. Como la relación que vincula a la sociedad con su representante (conviene precisar que cuando nos referimos a éste lo hacemos indistintamente al administrador que ostenta el poder de Administración y al que no lo ostenta) no es un contrato de servicio, no se le puede obligar a que continúe desempeñando el cargo si está en desacuerdo con la línea social o con otros administradores, o por cualquier otra causa (distinto y más complejo sería el caso de que estuviese el administrador vinculado laboralmente o por un contrato de arrendamiento de servicios a la sociedad, tema al que nos referimos más tarde).

El art. 141.1 TRSA alude a la dimisión de los consejeros, que debe aceptar el propio Consejo. ¿Quiere decir que sólo si la dimisión es aceptada

es válida y produce sus efectos? ¿Debe hacerse extensiva la exigencia de notificación a los administradores (en este caso a la Junta General) unipersonales? A esta última pregunta entiendo debe responderse afirmativamente. Creo, sin embargo, que la única virtualidad de la aceptación es exonerar de responsabilidad al administrador y determinar el momento exacto en que surte efecto la dimisión, que es aquél en que llega a conocimiento de la sociedad, dada la naturaleza recepticia de la declaración (por ello lo recomendable para el dimisionario sería la notificación fehaciente a la compañía).

En cuanto a los requisitos formales, no exige el TRSA ninguno, por lo que debe entenderse que la dimisión es válida cualquiera que sea la forma en que se haga, aunque, desde luego, no es aceptable la dimisión tácita (por ejemplo, deducible de ausencias reiteradas a reuniones del Consejo).

La renuncia al cargo es factible, según entiende algún autor, si para el administrador llega a ser imposible continuar en él sin detrimento suyo, no debiendo en tal caso indemnizar a la sociedad por los daños producidos por la misma (por analogía con lo prevenido en el art. 1.736 CC), indemnización que sí procederá en cualquier otro caso.

2.d) *Tras el cese: la rendición de cuentas*

Ya hemos visto como el art. 134.3 TRSA dispone: "La aprobación de las cuentas anuales no impedirá ni supondrá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supone la renuncia a la acción acordada o ejercitada".

Pese a que para algunos autores (FRE) el balance "pone en evidencia el resultado económico de una gestión", por lo que no puede menos que considerarse como la rendición de cuentas de los administradores, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina considera hoy que representa tan sólo un índice del estado patrimonial en el momento de cierre de cuentas, limitándose a dar un resultado positivo o negativo, independientemente de la actuación —*diligente* o *no*— de los administradores. Como no es pues una rendición de cuentas, contra lo que opina FRE, el hecho de su aprobación no puede suponer una remisión o exoneración de responsabilidad. Para que ésta se produzca deberá informarse con la suficiente antelación a la celebración de la Junta a los accionistas sobre todas las cuestiones respecto a las cuales puedan entablarse la acción social de responsabilidad. Y si tal información es incorrecta, la exoneración no se producirá, pese al acuerdo de descargo, como ya apuntamos anteriormente.

No contempla el TRSA la obligación del administrador de rendir cuentas de su actuación al cesar en el cargo, sencillamente por la razón de que tal obligación es constante y debe ser cumplida al simple requerimiento de la Junta General durante el desempeño del mismo, según hemos visto.

La base de esta exigencia se encuentra en el carácter de la labor que desempeña, por cuenta ajena, y supone una contrapartida natural a la circunstancia de gestionar un negocio que no le pertenece. Obviamente, no se plantea en el campo mercantil la debatida, en el orden civil, cuestión de la posibilidad de exoneración del administrador de tal obligación.

B) EL CONTROL DE LOS CONSEJEROS-DELEGADOS Y COMISIONES EJECUTIVAS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

La debatida cuestión en torno a la naturaleza jurídica y condición del consejero-delegado de una S.A. tiene, en este punto, una especial importancia.

La delegación, para RODRÍGUEZ ARTIGAS, es, simplemente, la facultad de crear nuevos órganos. Delegar es legitimar a una persona para que actúe en nombre de la sociedad. La facultad que aludimos viene reconocida al Consejo de Administración en el art. 141 **TRSA**, bien entendido que los Estatutos pueden prohibirla, imponerla (mediante la atribución al consejero-delegado y no al Consejo de Administración del poder de representación), delimitar las competencias de uno y otro órgano, confiar la delegación de facultades a la Junta General, o atribuir a ésta la competencia para la designación de la persona. La verdadera delegación es, sin embargo, aquella que no está ni prevista ni prohibida en los Estatutos y emana directamente del Consejo, que determina a su vez las facultades del delegado.

Ahora bien: ¿el consejero-delegado es realmente un órgano? Si lo contemplamos como una delegación permanente y general en su persona de las facultades del Consejo, la respuesta afirmativa parece no ofrecer dudas. Si por el contrario analizamos el caso de consejero a quien se delega estrictamente la facultad de ejecución de un acuerdo, su deslinde de la figura de apoderado muestra contornos borrosos.

Las diferencias que clásicamente se han apuntado entre ambas figuras son sintetizadas por BÉRGAMO siguiendo el siguiente esquema:

- El delegado es un representante legal de la sociedad, mientras que el apoderado no lo es.
- El delegado es un órgano de la sociedad, no así el apoderado.
- Aquél debe ser administrador, pudiendo recaer la designación de apoderado en cualquier persona.
- El poder puede otorgarse por la sociedad, cualquiera que sea la estructura del órgano de Administración, la delegación sólo es factible si éste es colegiado.

Ninguna de las distinciones apuntadas, aun teniendo su base legal la tercera y la cuarta, sirve para diferenciar en realidad la delegación del apoderamiento. Y es así porque la apuntada en segundo lugar es la que estamos discutiendo, y de la que se infiere directamente si la señalada en primer término es o no cierta: si el delegado es un representante "legal", el apoderado lo es voluntario. Y aún la expresión "representante legal" es incorrectamente utilizada, puesto que le faltan al delegado dos de las notas esenciales que caracterizan dicha representación: la designación de la persona del representante por Ministerio de la ley y la fijación también legal del ámbito de sus facultades, determinaciones que en la figura que analizamos competen al órgano delegante. De ser representante —como lo es— la discusión se centra en si es voluntario y orgánico, no legal. Por otra parte, el hecho de que sólo un administrador pueda ser delegado, unido al de que sólo si existe Consejo pueda nombrarse delegado, parecen conducir a la conclusión de que el legislador, a través de la institucionalización de la figura, lo que ha querido simplemente es facilitar la actuación del órgano colegiado que tiene, por su propia condición, las mismas dificultades para actuar en el tráfico que la persona jurídica, de ahí que no se prevea la figura cuando actúa un solo administrador o varios solidariamente. Así debe deducirse también de la contraposición que, en el art. 141.1 TRSA, se hace entre "comisión ejecutiva-consejero delegado" de un lado, y "apoderados" de otro.

Si admitimos que es un órgano social que representa al Consejo, éste a su vez a la sociedad y, por tanto, también el primero a ésta, la responsabilidad que su actuación deriva y los métodos de control de la misma son los regulados para los administradores con carácter general en el TRSA, por dos razones: por la condición de tales de los consejeros y por la falta de establecimiento de un régimen específico para los mismos en dicho TR. No obstante tiene una peculiaridad: dada su condición, los vocales del Consejo responden solidariamente con el delegado frente a terceros de buena fe, por la actuación de éste. La presunción de culpa colectiva desaparece internamente en el caso de que haya habido distribución de competencias dentro del órgano (si hay varios consejeros delegados o un solo consejero delegado y comisiones ejecutivas), y aquella sea achacable a alguien en concreto, pero aún siendo así, los consejeros continuarán respondiendo porque la culpa *in comittendo* se ha convertido en culpa *in vigilando* e *in eligendo*. Se aproxima así claramente la figura del Consejo de Administración a la de Consejo de Vigilancia alemán, convirtiendo nuestro sistema en un intermedio entre el monista y el dualista, como hablamos al comienzo de nuestra exposición.

Otra pregunta que nos podíamos hacer es la de si el Consejo puede seguir ejerciendo las facultades que delega. De sostener la postura afirma-

tiva, volveríamos a hacer imprecisos los límites entre poder y delegación, a la vez que convertiríamos a ésta en innecesaria, puesto que pudiendo actuar a través del poder, no se entendería la creación de la figura de la delegación. Por ello, entiendo que (pese a que en otros campos, como en el administrativo, se hable de delegación en sentido distinto), como sostienen CÁMARA y LORA TAMAYO (en contra se ha manifestado recientemente ESTEBAN VELASCO) debe defenderse, si tenemos en cuenta la finalidad perseguida por el legislador de facilitar la actuación del Consejo, que si éste delega pierde temporalmente las facultades que entrega, aunque pueda recuperarlas en cualquier momento a través de la vía de la remoción del cargo. Por ello, el argumento mayoritariamente utilizado en contra de este criterio (si responden todos, todos pueden actuar) es incorrecto: responder conjuntamente con el designado, pero ello es así por su culpa *in eligendo* e *in vigilando*, dado que de la actuación negligente de éste responderá —internamente— el mismo (en relación al argumento anteriormente utilizado, puede rebatirse si pensamos que también —como no hay consejero delegado actúa el presidente del Consejo en su representación y de lo actuado por éste responden todos, lo que no quiere decir —evidentemente— que cualquier consejero, por el hecho de serlo, pueda actuar en nombre de la sociedad). El tercero podrá reclamar a los miembros integrantes del Consejo, pero éstos podrán repetir contra aquél hasta donde alcance la actuación incorrecta del delegado.

No deja de sorprender —a primera vista— la posibilidad de delegación "permanente" de facultades, otro de los puntos que parece distanciar la delegación del poder, que puede, como sabemos, ser libremente revocado. Sin embargo, tal y como apunto, la distinción es sólo aparente, pues como vimos, aún siendo "permanente" la Junta podrá —bien directamente por haberle nombrado y haberse reservado tal facultad en los Estatutos, bien indirectamente privándole de su condición de administrador, en base al art. 131 TRSA— separarle en cualquier momento, pese al carácter de la delegación, de la misma manera que podrá el Consejo que lo designó y por la misma mayoría reforzada que exige el art. 141.2 TRSA, revocar la delegación. Defender lo contrario equivaldría a limitar el principio de revocabilidad *ad nutum* que es, como sabemos, de orden público. La idea de "permanencia" apunta aquí estabilidad, necesaria para el tráfico, no a irrevocabilidad. Así, pese a que la delegación revista tal carácter, el consejero-delegado puede ser separado en cualquier momento y sin necesidad de justa causa.

He apuntado que ya la delegación puede limitarse a determinadas facultades, como también a la actuación en determinada zona geográfica, de la misma manera que la distribución de competencias, para la que se encuentra posibilitado el Consejo, puede imponer una determinada actúa-

ción (conjunta, por ejemplo, de dos delegados o permitir la solidaria) para actos que sobrepasen determinado montante económico. Si tal limitación se produce, ¿cuál será su efecto frente a terceros? ¿Es aplicable el principio de inoponibilidad de los mismos, que se deriva del art. 129 TRSA? Hemos visto como el consejero es órgano, pero puede no ser titular del poder de representación. Sólo en caso de que ostente dicha titularidad con carácter permanente (y por ella misma, no por su condición de consejero) le será aplicable el principio citado. (OLIVARES JAMES sostiene que —de los límites posibles— sólo los relativos al "régimen de actuación" están amparados por el mismo, según se deduce del art. 124.2.d) RRM). En otro caso las limitaciones que apuntamos serán oponibles en tanto en cuanto hayan accedido al Registro Mercantil, lo que aproxima al delegado que actúa en esas condiciones (limitado cualitativa, cuantitativamente, o en cuanto a la duración de su cargo) a la figura del apoderado (así debe entenderse el art. 149.3 del RRM).

Queda por apuntar que, pese a referirse al carácter constitutivo de la constitución el párrafo 2.º del art. 141 TRSA, en relación a la delegación permanente de facultades, debe tener el mismo carácter la inscripción de la delegación temporal (como se deduce de lo hasta aquí dicho y del art. 149.1 del RRM).

En cuanto a los actos realizados por el consejero-delegado tras su nombramiento y antes del acceso al Registro del mismo, sea la inscripción constitutiva o mero requisito de eficacia, lo cierto es que sus efectos se retrotraen desde la fecha de la misma a la del nombramiento, conforme dispone el art. 152 RRM. Por supuesto: en tanto en cuanto la inscripción se produce y pese a los términos taxativos en que se expresa la ley, debe entenderse que el acto realizado por el delegado tiene al menos eficacia interna (así ha señalado la S. del TS de 16-3-1989 que las facultades del consejero vienen determinadas por el acuerdo de delegación, que no puede ser impugnado por los socios alegando la falta de inscripción, aunque sí por terceros de buena fe).

Resumiendo este punto podemos decir que el consejero-delegado, como órgano social y administrador, responde de su actuación en cuanto tal, bajo el control directo y doble del Consejo de Administración y de la Junta, control que se materializa en la posibilidad de separación directa del cargo. Los miembros integrantes del Consejo responden asimismo frente a los accionistas por la actuación de su delegado (sin embargo, si la elección, por haber sido reservada por los estatutos a la Junta, fue hecha por ésta, responder sólo por culpa *in vigilando*, no *in eligendo*).

La responsabilidad se rige por las normas aplicables a los administradores en general, como hemos visto. Ahora bien, como hemos dicho que responden los consejeros-administradores, no responderán los que no ten-

gan tal condición, aunque colaboren directamente en las labores del Consejo, por ejemplo, el secretario no consejero, figura cada vez más frecuente, como ha puesto de relieve CANO ZAMORANO. Su admisibilidad legal se apoya en el art. 110.2 TRSA (antiguo art. 61 LSA), del que se deduce que si es admisible en un órgano (la Junta General) también lo será en el otro (el Consejo). La figura debe estar prevista en los Estatutos y su función esencial es la de redactar los acuerdos del Consejo y certificarlo con el V.º B.º de su presidente. Su responsabilidad, al no ser administrador (y puede que ni siquiera accionista), dependerá directamente del tipo de relación que le vincula a la sociedad: laboral o, normalmente, la derivada de un arrendamiento de servicios. El control de su actuación corresponde al Consejo de Administración, bien entendido que si la facultad de designación se ha reservado por los Estatutos a la Junta General, la responsabilidad derivada de su incorrecta elección, al igual que ocurría con el consejero delegado, a ella será atribuible. En este caso además de la inclusión de un "intruso" en el Consejo (como lo ha denominado la propia CANO) bien puede pensarse que en realidad nos hallamos ante un control estatutario y fiscalizador de la actuación del órgano colegiado.

La ley posibilita la Constitución, en el seno de dicho órgano, de una o varias comisiones ejecutivas, con atribución de competencias concretas, a fin de facilitar el funcionamiento del mismo cuando el Consejo es muy numeroso, por lo que se limita —**de hecho**— a definir las líneas generales a que debe ajustarse la administración social y a controlar la labor de quienes administran. Dado que se reúnen con intermitencia, precisa la colaboración de un órgano más reducido, capaz, a la vez, de adoptar soluciones más rápidamente. Sus funciones concretas son las de preparar los asuntos que deben someterse al Consejo y proponer soluciones a los mismos, así como ejecutar las directrices administrativas señaladas por el órgano a que se subordinan.

Es pues la Comisión, al igual que el delegado, un órgano dentro de otro órgano. Sin embargo, al contrario de lo que ocurre con éste y según parece deducirse del art. 124.2 del RRM, así como de su carácter colegiado, su actuación en el tráfico mercantil exige la intervención de una persona que actúe en su nombre, en el caso de que se le haya atribuido —**cuestión** discutible por la imprecisión de la **ley**— en los Estatutos el poder de representación, a menos que —**de** manera similar de lo que ocurre con el presidente del **Consejo**— también estatutariamente se haya previsto que la Comisión ha de tener un presidente designado de entre sus miembros y que es él el que la representa (téngase presente que la Comisión Ejecutiva no puede nombrar delegado). Sin embargo, y pese al silencio legal, lo que la práctica demuestra es que las funciones de la Comisión son estrictamente las apuntadas y el poder de representación radica bien en el

consejero delegado nombrado al propio tiempo, bien en el presidente del Consejo, de no existir aquél.

Responderá, dentro del ámbito de sus competencias, de su actuación diligente. Dicha responsabilidad es solidaria con los miembros del Consejo —**externamente**— ya que internamente, éstos pueden repetir contra los miembros integrantes de la Comisión por los daños que su actuación hubieran podido ocasionar, siempre que la culpa sea **individualizable** o atribuible a la Comisión. Dentro de ésta, a su vez, en caso de ser uno de sus integrantes el responsable, el resto podrá repetir contra él.

Su régimen jurídico es idéntico al del consejero delegado, de manera tal que el control de su actuación radica en el propio Consejo, que puede cesar a la Comisión cuando lo estime conveniente. (Dado que los miembros de la misma han de ser necesariamente administradores —*ex art. 141.1 TRSA*— podrá también aquí producirse el cese indirecto de la Junta, mediante la separación del cargo de administrador).

C) EL CONTROL DE LA ACTUACIÓN DE DIRECTORES GENERALES, GERENTE Y APODERADOS

Se ha dicho ya que la ley confiere un amplio margen de libertad a la sociedad en orden a la configuración de la estructura del órgano administrativo. En su art. 104, habla en concreto el TRSA de la posibilidad de que los Estatutos ordenen o autoricen la asistencia a las Juntas Generales de "directores, gerentes, técnicos y demás parsonas que tengan interés en la marcha de los asuntos sociales". No aparece ninguna otra referencia a los directores ni a los gerentes. ¿Cuál es la utilidad de la figura? Ya hemos visto al principio de nuestra exposición como hoy se defiende la existencia en toda S. A. de una tecnocracia natural independiente de la Junta General y del Consejo de Administración. Respondiendo a las necesidades actuales de mercado, aparecen en la práctica una serie de figuras que tienden a agilizar el órgano administrativo, modificando su función originaria y convirtiéndolo gradualmente en un mero órgano de control y vigilancia. De entre estas figuras, una de las más utilizadas es la del director-general o gerente. ¿Cuál es su diferencia con el consejero-delegado?

IGLESIAS PRADA ha matizado que la delegación se refiere a la sociedad, mientras que la gerencia a la empresa, entendiendo en ésta agrupados toda la serie de intereses que no confluyen en la sociedad, como luego veremos. Siendo más amplio el campo de actuación del gerente que el del consejero-delegado, lo cierto es que la nota que va en realidad a diferenciar a ambos es —**de ser cierta**— que el delegado es órgano y el director no. Se ha discutido esa diferencia en el caso de que el cargo de director gerente esté

previsto en los Estatutos y sus facultades delimitadas en los mismos, entendiendo un sector doctrinal la figura en tal supuesto como la de un auténtico órgano, con facultades propias y no subordinadas a la del Consejo (RODRÍGUEZ ARTIGAS, IGLESIAS PRADA). Pienso que dicha opinión es —cuando menos— discutible. Siguiendo la pauta marcada por la DGRN en R. de 31-3-1979, debe sostenerse que el gerente no es un órgano, sino un simple apoderado, como han venido a confirmar el art. 124.2 del RRM, y preceptos concordantes del TRSA: en ellos no se menciona tal órgano, se sostiene que no puede ostentar el poder de representación (orgánica) de la Junta y que recibe precisamente sus facultades de la persona que detenta tal poder (salvo que la Junta se haya reservado la facultad de designación, como veremos en caso de que ello sea factible).

Bajo la denominación de "gerente" vienen englobándose "todas aquellas personas que —bajo distintas denominaciones— asumen la figura de un apoderado general o factor y llevan, por delegación del Consejo, la dirección inmediata de los asuntos sociales (GARRIGUES). Pueden encuadrarse tales personas como auxiliares del empresario que colaboran con él en la gestión de la sociedad en base al poder que les ha sido conferido (sin embargo, los preceptos del C. de C. relativos a los auxiliares no les son siempre directamente aplicables).

De entre los dos sistemas previstos por el TRSA para la descentralización de funciones (art. 141) —delegación y apoderamiento— hemos visto cómo el primero sólo es utilizable cuando el órgano de administración es colegiado (y no se admite la subdelegación), quedando, por tanto, el segundo —apoderamiento— como el único método de auxiliarse en el ejercicio de su cargo el órgano cuando es unipersonal. Quiero decir con ello que —de la misma manera que la delegación es exclusiva del Consejo— el director gerente puede ser nombrado por el órgano administrativo, cualquiera que sea su clase e, incluso, hay quien sostiene que también por la Junta General. Entiendo que dicha posibilidad es discutible, pues si bien hemos visto que el mencionado órgano puede reservarse la facultad de nombrar delegado, el nombramiento de apoderados por la Junta debe rechazarse en virtud de la derogación del art. 110 RRM, y siguiendo la doctrina de la DGRN ya apuntada.

Como hemos venido sosteniendo, puesto que no nos hallamos ante un supuesto de representación orgánica, y menos aún de titularidad del poder de representación, no será aplicable a las relaciones mantenidas por el director general en el uso de su cargo el principio de inoponibilidad del art. 139 TRSA. Ello plantea el problema de cuál es la eficacia de las limitaciones impuestas al mismo en sus facultades frente a terceros, debiendo acudir, para solucionarlo, en cuanto nos hallamos ante un apoderado mercantil, a las normas del C. de C. relativas al factor.

Dos son las tesis que se han sostenido al respecto: la de GARRIGUES y NÚÑEZ LAGOS, para quienes las limitaciones no son oponibles a terceros (si afectan al contenido mínimo e inderogable del poder del factor, que puede realizar, según el primero de los autores citados, todos los actos propios del objeto social —giro o tráfico de la empresa—. Por encima de ese contenido legal pueden atribuirse al factor más o menos facultades. Las limitaciones que resulten de esa atribución sólo afectarán a las relaciones internas entre el Gerente y la sociedad, debiendo aplicarse a las externas el principio de limitabilidad del poder). Y la de URÍA-RODRÍGUEZ ARTIGAS, que entienden que los límites, si están inscritos, afectan a terceros, salvo el caso de que nos hallemos ante un "factor notorio" de los del art. 286 del C. de C. Si sostenemos, como hemos venido haciendo, y en base a la distinción delegación-apoderamiento, que no nos encontramos ante un órgano social, sino ante un simple representante voluntario y, por tanto, susceptible de limitaciones, habrá que admitir que el Consejo pueda, por ejemplo, reservarse la facultad de realizar determinados actos por su trascendencia, atribuir la competencia para realizarlo a otro director general o consejero delegado, imponer la actuación mancomunada de varios de ellos, etc. Y en tal caso, si esas limitaciones están inscritas deben, como opina URÍA, afectar a terceros, que no podrán alegar su desconocimiento en base a lo dispuesto en el art. 1.725 del C. Civil, sustituyendo aquí el "dar conocimiento" de dicho precepto por la inscripción. Conviene advertir que son escasas las limitaciones que pueden imponerse a las facultades del gerente, dado que no se puede desvirtuar la figura del mismo hasta convertirlo en un mero apoderado singular, ya que su condición de factor le hace en principio atribuible todas las funciones necesarias para el desarrollo del objeto social.

En cuanto a la responsabilidad de los directores-gerentes, el vacío legal al respecto plantea problemas. El CC italiano (en su art. 2.396) equipara —a estos efectos— al gerente y al administrador. Nosotros, sin necesidad de llegar a esa peligrosa equiparación (peligrosa por cuanto puede ayudar a reforzar la consideración organicista del director), debemos solucionar la cuestión acudiendo a la normativa vigente, pese a la dificultad que supone interpretar extensivamente el régimen de responsabilidad sin base legal para ello. Por tanto, les serán aplicables las normas del C. de Comercio relativas al factor (al que le equipara su art. 283) y —en lo que dichas normas muestren silencio— supletoriamente las del C. Civil relativas al mandato. Sólo en caso de que ni uno ni otro cuerpo legal solucionen el problema, podrá acudir, excepcionalmente y por analogía, a las normas del TRSA sobre responsabilidad de los administradores. Así, será posible exigirle la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal "en su actuación dentro del marco de sus competencias", antes que la de

"un buen padre de familia". Responderán en caso de extralimitación de sus facultades (art. 1.725 CC) o de incumplimiento de las instrucciones del mandante (art. 1.719 CC).

En cuanto a la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores de la sociedad por la actuación de su director general o gerente, habrá que acudir a las normas del CC sobre responsabilidad del dueño o director de un establecimiento o empresa respecto a los perjuicios causados por sus dependientes "en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones" (art. 1.903 CC).

Sin embargo, es preciso distinguir la "culpa *in eligendo*" que, como es obvio, recaerá en la Junta o en el Consejo, según quien le haya designado por el cargo, y la "culpa *in vigilando*", que recae directamente sobre el Consejo, que deberá responder a la Junta por la actuación negligente del director, ya que compete al mismo su control.

Respecto a los apoderados singulares, cuya actuación viene delimitada por el propio poder, debemos señalar que no es necesario inscribir éste a partir de la reforma de 1989, según resulta del art. 94 del vigente RRM, que dispone que "En la hoja abierta a cada sociedad se inscribirá obligatoriamente: ...5.º. Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o para la realización de actos concretos". (Antes de la reforma los poderes singulares debían acceder al Registro si tenían por objeto facultar a una persona para la realización de algún acto sujeto a inscripción, según disponía el art. 86 del antiguo RRM). Puesto que no es precisa la inscripción, la legitimación para la realización del acto resultará de la exhibición del poder y de su vigencia. Para que el poder revocado pueda vincular a la sociedad es preciso que el tercero que con ella contrata a través del apoderado actúe de buena fe, y que dicho apoderado ignore la extinción del poder (art. 1.738 CC). En otro caso la sociedad no quedará vinculada y responde directamente aquél frente al tercero de buena fe. No tiene pues cabida, dentro de este tipo de representación, el principio de *inoponibilidad* del art. 129 TRSA.

Como deben aplicarse al apoderado singular las normas del CC referidas al mismo (en cuanto sea posible, con las peculiaridades que presenta —en el campo mercantil— el *apoderamiento*: prohibición de sustitución sin autorización del mandante —art. 296 C. de C.— o causas específicas de revocación del poder), con arreglo a lo determinado en los art. 292 y ss. del C. de C. y supletoriamente del CC relativas al mandato (arts. 1.718 y ss), el apoderado responde frente a la sociedad por los perjuicios que le causen con "malicia, negligencia o infracción de las órdenes" o instrucciones que hubiera recibido de la poderdante. El control de su actuación compete estrictamente al órgano poderdante y si éste es pluripersonal,

responderá a su vez frente a la sociedad de su actuación solidariamente, a menos que la responsabilidad sea individualizable (por ejemplo, en el caso de distribución de competencias dentro del órgano).

II. CONTROL EXTRASOCIETARIO

a) EL CONTROL POR LOS TRABAJADORES: LA "COGESTIÓN"

Uno de los objetivos que pretenden las directrices comunitarias al perseguir la armonización de los distintos sistemas legislativos es la protección de los intereses de los trabajadores. Para conseguirlo hay que partir de la transformación del "interés social" en "interés de la empresa", interés conceptualizado de distinto modo en el sistema monista que en el dualista. Para los países que aplican el primero, los únicos intereses a tener en cuenta son los de los socios, mientras que el resto de intereses ligados a la actividad empresarial se tutela genéricamente como "intereses de terceros", entre los que se incluyen trabajadores, acreedores y sociedades en general. Para los países con sistema dualista puro una de las ventajas de la existencia del Consejo de Vigilancia es la de facilitar el cauce adecuado para la participación institucional de los trabajadores en las decisiones de las empresas. ¿Debe fomentarse esa participación? ¿Debe admitirse que —a través de ella— los trabajadores de la empresa controlen las decisiones adoptadas por su Dirección?

Para RITNER el "interés de la empresa" está centrado en su conservación y rentabilidad, y sus órganos directivos deben, en sus decisiones, considerar los intereses de los distintos grupos en la misma relacionados. La "empresa", es en realidad, un centro de organización de intereses diversos que se encuentran —al mismo tiempo— en relación de dependencia y conflicto. La participación de los trabajadores en su dirección viene hoy activada por dos circunstancias: la crisis del modelo capitalista de organización de la sociedad y la intensidad de la reivindicación de los trabajadores; y se justifica en base a consideraciones de tipo ético (necesidad de compensar la situación de dependencia en que se encuentra el trabajador o igualdad de derechos de capital y trabajo) y de tipo político-social (necesidad de neutralizar el poder político y social de las grandes empresas). Admitida la justificación de la intervención de los trabajadores y quizás incluso la necesidad de transformación del "derecho de sociedades" en "derecho de empresa", como propone ESTEBAN VELASCO, ¿cómo regular?

La introducción de cláusulas estatutarias en tal sentido es poco opera-

tiva, de no existir unos instrumentos de control plasmados en un régimen legal delimitativo de las competencias entre los distintos órganos. Para el Proyecto de Quinta Directiva sólo por la vía de "la participación en el nombramiento y revocación de los miembros del órgano de vigilancia" pueden ser defendidos de forma eficaz los intereses de los trabajadores. Igualmente, para el Proyecto de Estatuto de Sociedad Europea de 1970, el órgano adecuado para la cooperación institucionalizada de trabajadores y socios es el Consejo de Vigilancia, cuya función esencial es nombrar, controlar y revocar el órgano de dirección, discutiéndose tan sólo hasta donde debe alcanzar el nivel de participación. Así, el "informe PINTUS" sobre dicho proyecto, defiende la composición paritaria tripartita (un tercio de los miembros del Consejo ha de estar compuesto por representantes de los accionistas, un tercio por representantes de los trabajadores y el restante ha de ser cooptado por los dos primeros grupos). Para el "informe SCHMIDT", sobre el proyecto de Quinta Directiva (y, en el mismo sentido, el Proyecto de Estatuto de Seguridad Europea de 1975), la composición ha de ser igualmente paritaria tripartita, pero el tercer tercio debe estar integrado por representantes del "interés público".

En los sectores reformistas del sindicalismo europeo más avanzado se defiende que sólo la composición paritaria de los trabajadores y accionistas (es decir, por mitad) facilitará el control efectivo de la Administración Social.

La discusión y la línea seguida por el Proyecto de Quinta Directiva, basadas ambas en el sistema dualista, no son de aplicación directa en España (hoy por hoy) ni en los países, en que —como en ella— se opta por el sistema monista. ¿Por qué vía ha de introducirse en éstos la cogestión?

El citado informe "SCHMIDT" propone para ellos o bien la participación de representantes de los trabajadores en un tercio de los miembros del Consejo, o bien la constitución de una comisión integrada por dichos representantes con los mismos derechos que los representantes no gerentes, imponiendo al Consejo la obligación de consultarla antes de adoptar determinados acuerdos. El problema es que la adopción de cualquiera de estas soluciones ha chocado frontalmente, por su trascendencia política y social, con los intereses empresariales, que se oponen a las mismas por considerarlas anticonstitucionales, al no respetar la propiedad privada (defendida en el art. 33 de la Constitución Española) y la libertad de empresa (recogida en su art. 38). Se ha dicho así que la participación en los órganos sociales confiere el poder de decisión sobre la utilización del patrimonio, por lo que la cogestión atribuye a los no propietarios facultades de disposición. En cuanto a la libertad de decisión empresarial comprende, básicamente, la posibilidad de dedicar los propios recursos a la creación de empresas, así como la de participar en la administración de

éstas dentro del marco legal. ¿Es realmente contraria a la **misma** la co-gestión?

Siendo el esquema presentado correcto, no lo es menos que (aunque todavía no se haya planteado en España la cuestión en el Tribunal Constitucional) han de ser lícitos constitucionalmente determinados condicionamientos al ejercicio de la libertad de empresa, ya que la propia Constitución no impide que la adopción de decisiones pueda estar condicionada por la intervención estatal para la tutela de otros derechos o intereses protegidos constitucionalmente. Y si ello es así, habrá que admitir forzosamente el control por los trabajadores —en mayor o menor **grado**— de la marcha de la empresa en la que colabora, si no en todas, sí al menos en las que por su volumen, especial significado o importancia social, se haga imprescindible tal control, así como en todas aquéllas que —**económica o fiscalmente**— se vean favorecidas por el Estado. Así, además, va a resultar de la aplicación forzosa de la Quinta Directiva, cuando sea aprobada, pues ésta no admite que —**de ninguna manera**— en algunos Estados miembros la intervención esté claramente regulada, y en otro los trabajadores queden desprotegidos. En tanto dicho control se regula normativamente, ¿cuál es la situación actual en nuestro país?

La defensa de los intereses de los trabajadores se encomienda a los "Jurados de Empresa" a partir de la Ley de Convenios Colectivos de 1958. Tímidamente ese dato constituye un avance de la integración de los mismos, junto con los representantes del capital, en los órganos directivos. Con mayor amplitud, la llamada "Ley de Cogestión" de 21-7-1942 y el Decreto que la desarrolla, de 15 de julio de 1965, recogen la materia. En el preámbulo de dicha ley se expresa que tiende a "otorgar a la representación del trabajo una participación restringida", no a implantar un régimen efectivo de cogestión. Su ámbito de aplicación es muy reducido, pues se aplica tan sólo a las sociedades de más de 500 trabajadores fijos, y su regulación fue muy criticada por la desequilibrada proporción en el órgano directivo entre los representantes del capital y del trabajo, y por el sistema de elección de estos últimos, que consistía en la presentación de una terna al Consejo de Administración de la sociedad, que procedía a elegir a uno de los presentados.

A partir de la transición democrática el tema va quedando relegado, debido a que al empresario le preocupa ahora más controlar la libertad de iniciativa y de gestión que le corresponde en la economía de mercado, y al obrero conseguir el marco de **libertades** necesarias para abordar la estructuración del sindicalismo democrático.

La Constitución anuncia, sin embargo, en el art. 129.2, la participación de los trabajadores en la empresa, viniendo la materia a ser recogida en el Estatuto de los Trabajadores (si bien en forma más moderada que en la

Ley de 1962), que en su art. 63 dispone que "el comité de empresa es el órgano representativo de los trabajadores". Dicho comité debe constituirse obligatoriamente en las empresas de más de 50 empleados y entre sus funciones destacan: la de recibir información, conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y los documentos "que se den a conocer a los socios y en las mismas condiciones que a éstos", emitir informes (no vinculantes) con carácter previo a la adopción de determinadas decisiones por el empresario, colaborar con la dirección para conseguir el aumento de productividad, etc. Hemos dicho que la reforma es "moderada" por cuanto el sistema, según se aprecia, queda lejos de la "codecisión", o instauración del consentimiento previo del comité para la adopción de las decisiones de cierta importancia y, además, porque el control efectivo por los trabajadores se reduce simplemente a mantenerles informados y en las sociedades de cierto volumen, quedando, por tanto, excluidas de ese germen de control las sociedades anónimas de nómina y capital limitados. Una vez más se pone así de relieve lo que comentábamos al comienzo de la exposición: la complejidad que supone el establecimiento de unas medidas unitarias para las sociedades anónimas, sin distinguir entre abiertas y cerradas (llamadas en definitiva a engrosar el grupo de sociedades de responsabilidad limitada).

Un reflejo más reciente de la tendencia a ampliar los derechos de los representantes de los trabajadores lo constituye la Ley de 7 de enero de 1991 que, a fin de impulsar "nuevas formas de participación institucional de los interlocutores sociales en el seguimiento de la contratación laboral", fija el contenido del derecho de información de los mismos, obligando al empresario a entregarles una copia de todos los contratos celebrados por escrito, con algunas excepciones.

B) CONTROL LABORAL

Para analizar esta cuestión hay que considerar en primer lugar si el representante de la sociedad tiene o no formalizado con la misma un contrato que le vincula. En caso afirmativo, será preciso determinar a su vez si tal contrato es o no de los sujetos al RD 1 de agosto de 1985, regulador del contrato laboral del personal de alta dirección y, por tanto, si se halla sujeto a la rígida normativa que del mismo deriva, en cuanto a la forma del contrato, promoción interna, pacto de no concurrencia, extinción, etc.

Al respecto hay que señalar que la Sala de lo Social del TS ha diferenciado en varias ocasiones a los administradores en sí (consejeros-delegados y comisiones ejecutivas) de los directores generales y simples apoderados

singulares, excluyendo del ámbito del citado RD a los primeros, siempre que la actividad de la empresa "sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo". Toda la actividad de los consejeros, sostiene el citado organismo, en cuanto a administradores de la sociedad, está excluida del ámbito de la legislación laboral, puesto que no concurre en su relación con la sociedad ninguna de las características de la relación laboral, "ni siquiera —dice acertadamente— la dualidad de partes". No ocurre lo mismo con los directores generales (STS 24-10-1988) ni con los apoderados, con quienes "se establece una relación laboral de carácter especial". Halla nuestro TS el fundamento para la exclusión de los primeros no en la propia naturaleza de la función que realizan, sino en la del vínculo en cuya virtud las realizan. Para que haya una relación laboral especial no basta que la actividad sea la propia del alto cargo, sino que es preciso que sea realizada por un trabajador, no por un administrador (STS 29-9-1988).

Los administradores, consejeros delegados y comisiones ejecutivas se hallan, como consecuencia de lo expuesto, vinculados a la sociedad por una relación civil no laboral (STS 13-5-1987), y en concreto por un arrendamiento de servicios. El control que sobre los mismos puede ejercer el arrendador y las responsabilidades derivadas de la incorrecta actuación del arrendatario-administrador, se rigen por lo dispuesto en el C. Civil, mientras que el control de los directores generales y apoderados con contrato suscrito se realizará con arreglo a la normativa laboral citada ("alta dirección") y se concreta, básicamente, en el despido casi libre, del directivo, mediante preaviso de tres meses y abono de la indemnización convenida (o, en su defecto, de la que prevé la Ley). En todo lo no previsto —dentro de la amplia libertad que el RD reconoce a las partes— y, dado que su relación es laboral, se aplicará el Estatuto de los Trabajadores.

No existe, por tanto, la aparente colisión que ha querido ver algún autor entre el derecho de revocación *ad nutum* del administrador (del art. 131 TRSA) y la necesidad de existencia de una justa causa de despido impuesta por la legislación laboral, necesidad desde luego —al tratarse de una materia de orden público— irrenunciable en Estatutos. Y no existe tal colisión porque el administrador podrá ser libremente cesado, como se habrá puesto de relieve en el contrato suscrito con la sociedad, en base al principio de libertad contractual del art. 1.255 del CC y al art. 131 TRSA, no aplicándosele, por el contrario, la legislación laboral que prohíbe el libre despido. Despido que sí estará sujeto a las limitaciones derivadas de la legislación especial (RD 1985) en caso de que el representante de la sociedad lo sea voluntario.

C) CONTROL PENAL

A fin de evitar que el empresario individual, pretendiendo la aplicación del viejo aforismo *societas delinquere non potest*, y abusando del hecho de que en el orden punitivo no se haya llegado todavía a la tesis de la responsabilidad de la persona jurídica, pueda —acudiendo a figuras societarias— eludir tanto responsabilidades penales como el cumplimiento de normas imperativas, se llegó pronto a reconocer legalmente (art. 238, 319.3 y 499-bis —último párrafo— del Código Penal) y jurisprudencialmente que, en las hipótesis de "actuación en nombre de otro", responde personalmente la persona individual que realiza el acto (STS de 7-3-1975, 24-2-1984 y 29-9-1989, entre otras), así, por ejemplo, de las consecuencias económicas del ilícito civil ocasionadas por omisión en la gerencia de una sociedad, responden solidariamente el titular de dicha gerencia y la propia sociedad, que podrá, en su caso e internamente, repetir contra aquél, si fue el causante del daño (STS 5-1-1977).

El principio citado ha sido recogido con carácter general en el actual art. 15 bis de nuestro Código Penal, introducido por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que —literalmente transcrito— dice así: "El que actuare como directivo y órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

Para finalizar este estudio podemos concluir resumiendo algunos de los puntos más importantes en torno a los cuales nos hemos centrado:

- Constatación del desplazamiento del poder legal de la Junta al poder real de los administradores.
- Ausencia casi total de normas legales que contrarresten dicha situación.
- Necesidad de adoptar las medidas estatutarias precisas para solucionar dicha situación, llenando el vacío legal dentro del amplio margen reconocido por el art. 10 TRSA.
- Necesidad, dentro de dicho margen, de configurar, asimismo estatutariamente, las características que definirán, por la importancia del cargo, la "aptitud" del administrador para ejercerlo.
- Y posibilidad de tener que aceptar en nuestro sistema, cuando la Quinta Directiva sea aprobada, una mayor intervención de los representantes de los trabajadores en el órgano de gestión de la sociedad.

MARIANO-JAVIER GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE

Notario

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: *Temas sobre S.A.*, Edersa, 1991.
- URÍA, R. (M.H.D.): *Derecho Mercantil* Marcial Pons, 1989.
- GARRIGUES, J.: *Cursos de Derecho Mercantil*.
- GARRIGUES, J.: *Dictámenes de Derecho Mercantil*, 1976.
- CÁMARA, M. DELA: *Estudios de Derecho Mercantil*, Edersa.
- VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Ed. Bosch.
- ALONSO UREBA Y OTROS: *Derecho de sociedades anónimas: La Fundación*, Cívitas, 1991.
- BOLAS Y OTROS: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Cívitas, 1991.
- VELASCO ALONSO, A.: *La Ley de Sociedades Anónimas*, Edersa.
- PELLETIER: *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*, Ed. Trivium, 1990.
- BÉRGAMO, A.: *La Sociedad Anónima. Las acciones*.
- GARRIDO PALMA Y OTROS: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Ed. Trivium, 1990.
- CARRERA: *Ley de Sociedades Anónimas*, Ed. Bosch, 1991.
- GARRIGUES-URÍA: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*.
- NEILA NEILA, J. M.: *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*, Edersa, 1991.
- OLIVARES JAMES, J. M.: "Los órganos sociales. (Estructura y funcionamiento)", *AAMN* Edersa, 1991 (tomo XXX).
- GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas*.
- GIRÓN TENA Y OTROS: *Estudios y textos de Derecho de Sociedades en la CEE*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1978.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Edersa, 1991.
- CANO ZAMORANO, M.: "Un intruso en el Consejo. El secretario no consejero", *RCDI*, 1990.
- ESTEBAN VELASCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Ed. Cívitas, 1982.
- ESTEBAN VELASCO, G.: "Organización y contenido del poder de representación", en *La reforma del Derecho español de sociedades*.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: "Separación de administradores de una S.A. y orden del día de la convocatoria de la Junta General", *RDM*, 1978.
- IGLESIAS PRADA, J.L.: *Administración y Delegación de Facultades en la S.A.*, 1971.
- QUIJANO GONZÁLEZ: *La responsabilidad de los administradores de la S.A. Aspectos sustantivos*, 1985.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "Notas sobre el régimen jurídico del director general de la Sociedad Anónima", en *Estudios homenaje a Joaquín Garrigues*.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: *Consejeros delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*.
- ROJO, A.: *La facultad de cooptar del Consejo de Administración*, 1988.
- SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ: "Responsabilidad de los administradores en la S.A.", *ADC*, 1962.
- PAZ ARES, C.: "Reflexiones sobre la distribución de poderes en la moderna S.A.", *RDM*, 1977.
- LANZAS GALVACHE: *Comentarios prácticos a la Ley de Sociedades Anónimas y al Reglamento de Registro Mercantil en lo aplicable a dicho tipo societario*, Ed. Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991.
- ARANGUREN URRIZA, F.: "Los órganos de la S.A.", en *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*.
- ARANGUREN URRIZA y FERNÁNDEZ TRESGUERRES GARCÍA: "El poder de representación de la S.A. Poder orgánico y apoderamiento", *AAMN*, tomo X.
- GARRIDO PALMA: "El órgano de administración en la S.A.", *AAMN*, tomo XXX.
- BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*.

- CÁMARA-LORA TAMAYO-BOLÁS: *La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional*, Consejo General del Notariado, 1989.
- SAENZ GARCÍA DE ALBIZU: *El objeto social en la S.A.*, Ed. Cívitas, 1991.
- ESTEBAN VELASCO: *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Ed. Instituto de Estudios Sociales del Ministerio de Trabajo (Cuadernos Laborales, Serie Empresa).
- CANOFERNÁNDEZ, E.: "Algunos aspectos de la reforma de la S.A. en relación al Registro de la Propiedad", *RCDI*, julio-agosto 1988.
- CANO FERNÁNDEZ, E.: "**Representación** de sociedades **anónimas**", *RCDI*, N.º 598, 1990.
- CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: *Derecho Mercantil Registable*, Ed. Aranzadi, 1980.
- CUEVAS CASTAÑO, J. J.: "La Administración y representación de la S.A." (Conferencia pronunciada en Bilbao el 9-11-1989 y no publicada).
- AVILA NAVARRO: "La S.A. ante el Registro de la **Propiedad**", *RCDI*, 1990.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS y QUIJANO GONZÁLEZ: "Los órganos de la S.A.: Junta General y administradores", en *El nuevo Derecho de las Sociedades de Capital* (QUINTANA CARLO y otros).