

Configuración estatutaria del órgano de administración

SUMARIO: I. INTRODUCCION: REGIMEN LEGAL Y ESTATUTARIO SOBRE EL ORGANO DE ADMINISTRACION. DELIMITACION DEL TEMA.— II. MARCO GENERAL DE LA REFORMA: I. ESTRUCTURA MONISTA. EVOLUCIÓN DE LOS TRABAJOS EN EL DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES. 2. BREVE SÍNTESIS DEL DERECHO ANTERIOR 3. LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA DE 1989.—III. ESTRUCTURA DEL ORGANO DE ADMINISTRACION: 1. ADMINISTRADOR ÚNICO. 2. VARIOS ADMINISTRADORES SOLIDARIOS. 3. Dos ADMINISTRADORES QUE ACTÚEN CONJUNTAMENTE. 4. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: 4.1. *Composición y actuación colegial*. 4.2. *Delegación de facultades por acuerdo del Consejo*.—5. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y DELEGACIÓN ESTATUTARIA DE FACULTADES.

I. INTRODUCCION: REGIMEN LEGAL Y ESTATUTARIO SOBRE EL ORGANO DE ADMINISTRACION. DELIMITACION DEL TEMA

La normativa legal de las sociedades anónimas (Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, citada en el futuro TRLSA) sobre el órgano de administración regula determinados aspectos: *a)* Del estatuto de las funciones y de los administradores —nombramiento (art. 123), prohibiciones e incompatibilidades (arts. 124 y 132), aceptación e inscripción del nombramiento (art. 125), duración máxima del cargo (art. 126), atribución y facultades de representación (arts. 128 y 129), retribución (art. 130), separación (art. 131), deberes y responsabilidad (arts. 127 y 133-135)—, y *b)* De la organización y funcionamiento del órgano en el caso de Consejo de administración —imposición del Consejo (art. 136), sistema de representación proporcional (art. 137), cooptación (art. 138), constitución del Consejo y adopción de acuerdos (arts. 139 y 140), delegación de facultades (art. 141), libro de actas (art. 142) e impugnación de acuerdos (art.

143). Este régimen ha sido completado, en ocasiones de forma importante en aspectos de derecho sustantivo, por el reciente Reglamento del Registro Mercantil (RRM), aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre (en especial caps. III y IV del Tít. II).

Pero al mismo tiempo aquella normativa confía a los estatutos la disciplina, en unos casos con carácter obligatorio y en otros facultativo, de algunas cuestiones del régimen de la administración de la sociedad. En concreto dentro del contenido obligatorio de los estatutos debe figurar, según el artículo 9.h) e i) del TRLSA: la estructura del órgano al que se confía la administración; la determinación de los administradores a quienes se confiere el poder de representación y su régimen de actuación [y en relación con ello hay que tener en cuenta la cláusula delimitada ora del objeto social, arts. 9.b) TRLSA y 117 RRM], el número de administradores, plazo de duración del cargo, sistema de retribución si la tuvieran (por tanto con obligatoriedad condicionada), modo de deliberar y adoptar sus acuerdos el órgano colegiado.

Más en la realidad no se reduce a esto el campo normativo de los estatutos, sino que, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la S.A. (arts. 10 TRLSA y 115.2 RRM), aquéllos, con carácter voluntario, podrán incluir los pactos que juzguen conveniente. Pactos que según los casos refuerzan los requisitos del régimen legal cuando tiene carácter mínimo o le complementan en los aspectos no previstos que resultan convenientes para las exigencias organizativas de la sociedad en cuestión. Y como es sabido, en la práctica estatutaria son frecuentes las cláusulas que se refieren en particular a los administradores. Entre otras cuestiones suelen ocuparse de los requisitos y garantías para ser administrador (materia que en los últimos tiempos ha cobrado especial relevancia empleados como medidas de blindaje del Consejo, en especial en cuanto a los requisitos exigidos para los principales cargos del órgano administrativo), de la elección de cargos, de la convocatoria, de la constitución y adopción de acuerdos, de la determinación de las facultades de los administradores, de la delegación de facultades, de la previsión y designación de directores generales y otros apoderados, etc.

Estas breves consideraciones iniciales son suficientes para poner de manifiesto dos importantes cuestiones. La primera es el primordial papel regulador que desempeñan o pueden desempeñar los estatutos en relación con la configuración de la administración de la sociedad. Sin exageración puede afirmarse que, tomando en sentido amplio el título de la ponencia encomendada, sería preciso abordar en su casi totalidad el régimen efectivo de la organización y funcionamiento del órgano administrativo, analizando precisamente las múltiples variables que permite el régimen legal. Sin embargo nos parece que, por razones de tiempo y espacio y sobre todo por

el marco en que se sitúa esta contribución, en unos estudios sobre la fundación de la sociedad anónima, sólo tiene sentido centrarse en un punto de suficiente entidad e interés como es el de las "formas de organizar la administración de la sociedad" o "la estructura del órgano de administración" (según la terminología que acuñan ahora los textos legales), de acuerdo con el nuevo régimen surgido de la reforma de la LSA y muy especialmente del RRM.

Pero es que además no se puede pasar por alto en esta introducción una muy importante segunda cuestión de trascendencia fundamentalmente político-jurídica, pero no solo. El régimen legal en materia de organización se mueve de forma inevitable en una "relación de tensión normativa" con los estatutos. A medida que aumenta la intensidad normativa por obra del derecho imperativo se reduce el ámbito de la autonomía de la voluntad expresada en eventuales cláusulas estatutarias o reglamentarias internas. Y es algo obvio que el sentido de la evolución, desde el siglo pasado, en la regulación de la organización de la sociedad anónima (en otros sectores de su régimen, que escapan ahora de nuestra consideración, el fenómeno es aún más agudo) es la sustitución de un régimen de contenido reducido y predominantemente dispositivo por otro más detallado y de alcance imperativo.

El criterio finalmente adoptado por cada legislador para resolver la mencionada tensión depende de la concepción sobre la naturaleza y función de la sociedad anónima en relación con los distintos tipos económicos de empresa. En la reciente reforma el legislador español ha introducido algún grado de más rigidez, como tendremos ocasión de comprobar y juzgar, pero en líneas generales se mantiene en la línea tradicional de buscar un cierto equilibrio entre, de un lado, un mínimo contenido legal imperativo —que se acentúa—, de acuerdo con las exigencias de una "organización corporativa" dictada en atención a las necesidades funcionales de una entidad de cierta complejidad y de socios potencialmente cambiantes y, de otro, la posibilidad de adaptar la organización y funcionamiento de la administración a distintas situaciones de la vida real. Es claro que aun después de la reforma, que impone un capital mínimo de diez millones —corrigiendo la extrema ductilidad que tenía en el derecho de anterior para todo tipo de empresas— y hace más riguroso el régimen en determinados aspectos (organización financiera, publicidad y contabilidad, entre otros), lo cierto es que se mantiene la funcionalidad de la forma jurídica S.A. para diversos tipos económicos de empresa y no solo para la gran empresa con una base accionarial muy numerosa y dispersa. Esta concepción flexible, sin entrar ahora en polémicas valoraciones, tiene su reflejo en materia de organización de la administración, donde están llamadas a seguir jugando un destacado papel integrador y complementa-

rio del modelo legal y reglamentario (RRM) las cláusulas estatutarias y otros pactos internos.

De todas formas el propio legislador establece, junto a las normas legales imperativas, un límite general, constituido por los "principios configuradores de la sociedad anónima" (arts. 10 TRLSA y 115.2 RRM), cuyo contenido normativo habrá que determinar en cada materia. Para una primera valoración nos remitimos a la ponencia del Prof. DUQUE, recogida en estos estudios. En cuanto concierne a nuestro ámbito, no se presenta fácil, por los elementos flexibles del sistema legal y la naturaleza de la materia regulada, valorar, ante una "peculiar" cláusula, cuando existe un principio configurador que constituya un límite infranqueable para la cláusula en cuestión o, por el contrario, se trata de una tolerada expresión de la particular estructura de intereses y relaciones del grupo económico y humano que subyace y encarna esa concreta S.A.

Con estas breves consideraciones introductorias podemos pasar al análisis de nuestro tema que se va a limitar a los distintos tipos de estructura del órgano administrativo, dejando para un estudio separado de próxima publicación el análisis de las distintas modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación. Debe advertirse antes de seguir que, aunque en el estudio nos referimos sólo a los administradores de la S. A., el régimen previsto para éstos se aplica a los de la sociedad de responsabilidad limitada en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la LRSL (redacción de la Ley 19/1989, de 25 de julio).

II. MARCO GENERAL DE LA REFORMA

1. ESTRUCTURA MONISTA. EVOLUCION DE LOS TRABAJOS EN EL DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES

Para situar el alcance de las modificaciones conviene tener en cuenta que la reciente reforma de 1989 en el capítulo de los órganos de la sociedad (el cap. V del TRLSA) tiene carácter parcial y que en cuanto a la estructura del órgano de administración se mantiene el llamado sistema monista, es decir, un único órgano de administración que puede adoptar formas diversas, con la posibilidad, en caso de Consejo de Administración, de delegación de facultades, pero tampoco en este caso se instaura propiamente un sistema dualista. En esta ocasión no se ha considerado conveniente, ni siquiera por vía estatutaria opcional, dar entrada al sistema dualista. En todo caso ello hubiera exigido la correspondiente regulación. En cambio otra era la posición del "Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas" de 1979 (texto de junio de 1979), que con carácter general

admitía la coexistencia del sistema monista y dualista con implantación obligatoria del Consejo de Vigilancia para las sociedades que se encuentren en alguno de los casos siguientes: cotización en Bolsa, emisión de obligaciones, cuantía del capital superior a quinientos millones, empleo de más de quinientos trabajadores, imposición por disposiciones de rango legal (arts. 88 y 89).

Quedan, pues, pendientes el debate y la decisión sobre una de las cuestiones cruciales de la necesaria modernización del derecho de los órganos de la sociedad anónima, como es el de la adaptación de la organización de la administración a las exigencias funcionales y de control que presenta el proceso de adopción de decisiones al menos en las empresas de una cierta dimensión. Y ello al margen de las eventuales imposiciones que deriven de las Directivas de la CEE.

No obstante nos parece de interés, antes de entrar en la descripción de la nueva disciplina, hacer una breve referencia a la evolución de los trabajos de la CEE en esta materia, que en alguna medida incidirá en la situación del derecho vigente de los Estatutos miembros y que, en todo caso, deberá atenderse en nuestro ordenamiento cuando se aborde la futura reforma global del capítulo de los órganos de la LSA.

De las Directivas de la CEE aprobadas hasta ahora en materia de Derecho de Sociedades de capital no se desprende ninguna exigencia imperativa en cuanto a la estructura y composición del órgano de administración, si exceptuamos la incidencia del párrafo 3 del artículo 9 de la I Directiva (68/151/CEE, 9 de marzo) sobre las cláusulas estatutarias de ejercicio del poder de representación. Los Estados miembros tienen plena libertad para establecer el sistema de administración y las modalidades organizativas y funcionales que consideren más convenientes.

Y como es bien sabido en el derecho vigente de los Estados miembros nos encontramos con distintas situaciones en cuanto a la forma de organizar la actividad de administración de las sociedades anónimas. En unas legislaciones (Italia, Bélgica, Reino Unido, Irlanda) se prevé un único órgano de administración para todas las sociedades anónimas. En otras se admite la coexistencia de sistema dualista y unitario, pero mientras algunos Estados miembros dejan la elección de la modalidad de organizar la administración a las propias sociedades (Francia y Portugal), otros establecen de forma imperativa para las sociedades que reúnan determinados requisitos la estructura dualista dejando libertad de opción a las demás sociedades (Holanda). Únicamente la legislación germánica impone de forma obligatoria una bipartición de órganos —Consejo de Vigilancia y Dirección— para todas las sociedades anónimas. En el supuesto de composición plural del órgano de administración la mayor parte de los ordenamientos

suelen imponer el funcionamiento colegiado del órgano (sin perjuicio de la delegación de funciones y de la distribución interna de tareas), aunque alguno, como el germánico, dispone el modo de actuación conjunta (decisión por unanimidad, sin perjuicio de la validez de las cláusulas estatutarias que establezcan el principio mayoritario o la atribución de facultades de gestión de forma separada a cada miembro o en alguna suerte de actuación conjunta de algunos de ellos o con un apoderado general, respetando determinados límites que derivan de la posición institucional del órgano).

La incidencia del Proyecto de V Directiva en esta situación dependerá de su redacción definitiva. No es descartable que la progresiva flexibilidad del Proyecto llegue en este punto a admitir que los Estados miembros puedan prever uno solo de los sistemas de administración, sin necesidad de ofrecer la opción del sistema dualista, como todavía exige la versión modificada de 19 de agosto de 1983 (JO C. 240 de 9 de septiembre de 1983). En relación con el proyectado sistema monista de la V Directiva, la cuestión de mayor trascendencia en este punto para el derecho español vigente, reside en si finalmente la delegación de la función de dirección en los llamados miembros directivos se confía a los estatutos o se impone obligatoriamente y en si se admite y para qué sociedades un régimen excepcional que no haga necesaria la conformación de un órgano de administración con dualidad de miembros directivos y no directivos, permitiendo que esté compuesto por menos de tres miembros. En este momento continúan los debates en el Grupo de Cuestiones Económicas (Establecimiento y Servicios), sin que exista una base de acuerdo suficiente entre las Delegaciones de los Estados miembros que facilite a los órganos comunitarios una toma de posición definitiva.

Aunque respecto del derecho interno de los Estados miembros se sitúa en un plano distinto al de las Directivas tiene interés el reciente Proyecto de Reglamento relativo al Estatuto de la Sociedad Anónima Europea [Com. (89) 268 final -SYN 218] de 25 de agosto de 1989, que modifica profundamente la orientación y el contenido de los anteriores Proyectos de 1970 y 1975. Se inspira en materia de organización de la administración en la evolución de los trabajos sobre el proyecto de V Directiva, confiando a los estatutos de cada Sociedad Europea optar por el sistema monista (órgano de administración) o el sistema dualista (órgano de dirección y vigilancia). En lo que ahora nos interesa resaltar se establece que en caso de sistema monista el órgano de administración estará integrado por un mínimo de tres miembros y que delegará la dirección en uno o varios de sus miembros, los llamados miembros directivos, que serán un número inferior a los restantes miembros del órgano (art. 66). Pero parece que si finalmente en la quinta Directiva acaba por establecerse una delegación

facultativa, ésta será también la orientación seguida en el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

2. BREVE SÍNTESIS DEL DERECHO ANTERIOR

La situación del derecho español anterior a la reforma, contenida fundamentalmente en los artículos 11.3.h) y 73.1 de la LSA 1951 y 102.h) del RRM de 1956 se puede sintetizar en los siguientes extremos:

a) Se exigía mención estatutaria del órgano de administración expresando quién o quiénes ostentan la representación.

b) Se permitían distintas opciones en la composición y organización del órgano de administración: administrador único, varios administradores solidarios y Consejo; la forma colegial, pues, no se imponía salvo en el caso de otorgamiento "conjunto" de facultades.

c) Aunque el texto legal no admitía la administración conjunta de dos, la Jurisprudencia [Resoluciones de la DGRN de 9 de mayo de 1978 y de 4 y 5 de octubre de 1982 y STS de 3 de febrero de 1965 (Ar. 525/65) y de 10 de junio de 1981 (Ar. 2.620/81)] había terminado por aceptarla, de forma directa o indirecta (*vid.* ESTEBAN VELASCO, "Organización y contenido" 397, con ulteriores referencias); en la doctrina sólo algún autor admitía la existencia de un órgano pluripersonal de funcionamiento mancomunado (en este sentido BROSETA, *Manual*, 5.ª ed. 261).

d) Asimismo la Jurisprudencia reconoció la validez de la cláusula estatutaria de órgano alternativo, por la que se faculta a la Junta General para decidir, sin necesidad de modificar los estatutos, la opción concreta (administrador único, varios administradores solidarios o Consejo) que estime conveniente en cada momento [Resoluciones de la DGRN de 26 de noviembre de 1981, 4 y 5 de octubre de 1982, 11 de febrero de 1986 (se preveía modificación de los estatutos) y 21 de abril de 1987]; (en sentido favorable, CÁMARA, *Estudios*, I, 588; GARCÍA DE MESA Y GARCÍA-PITA, "Modalidades en la organización", 445; en contra, GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA, *Comentario II*, 21).

e) Para algunos autorizados intérpretes de la Ley la equívoca referencia en el texto legal al "órgano u órganos" y en el RRM a la modalidad de un "Consejo y uno o varios administradores singulares" suponía un claro reconocimiento de la dualidad de órganos administrativos simultáneos con distribución de sus respectivas facultades, p. ej. uno o varios gerentes solidarios, no con el carácter de dependientes del Consejo, sino con la categoría de verdaderos órganos sociales [GARRIGUES, en GARRIGUES-URÍA, *Comentario II*, 20; URÍA, *Derecho Mercantil* (15.ª ed.), p. 275] o el establecimiento de un órgano de vigilancia como en otros

ordenamientos (GIRÓN TENA, *Derecho*, S.A., 112; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, 221 y ss.), que subraya que por la posición del Consejo las facultades que se otorgan al otro órgano (Gerencia, Director General, etc.) sean limitadas y sometidas en buena parte a los acuerdos de dicho Consejo; incidentalmente se reconoce la licitud de la [concurencia de Consejo y Administradores singulares] en las Resoluciones de la DGRN de 26 de noviembre de 1981 y de 21 de abril de 1987; en el sentido de sólo poder referirse a la inserción estatutaria de los órganos delegados (IGLESIAS PRADA, *Administración y Delegación*, 139-142). No cabe duda de que salvo que se acepte esta última interpretación nos encontramos ante una pieza extraña en el sistema general de la LSA de 1951, que, como el vigente, cuenta sólo con normas para el funcionamiento de una estructura administrativa de tipo monista, aun en el caso de organización con delegación (así en contra de la posibilidad de organizar un sistema de administración dualista, puesto que las facultades y responsabilidades del Consejo reguladas por la Ley son inmodificables, se pronuncia VICENT CHULIA, *Compendio I*, 366).

3. LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA DE 1989

Sin alterar sustancialmente esta situación, la reciente reforma de 1989 introduce algunas modificaciones que son las que nos interesan en esta ocasión.

Los nuevos textos que delimitan el ámbito de la libertad estatutaria son los siguientes: en primer lugar el ya mencionado artículo 9.h) del TRLSA, que resulta relevante no sólo por hacer obligatoria la mención estatutaria sobre la estructura del órgano de administración y los representantes orgánicos sino por la remisión a lo establecido en la Ley y muy en particular al RRM; en segundo lugar, dentro de la LSA hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 136 (Consejo de Administración) y 141 [Delegación de facultades] y, en tercer lugar, es sobre todo el nuevo art. 124 del RRM el que contiene la regulación vigente en la materia. Disposición extraordinariamente importante, dictada utilizando ampliamente la remisión normativa del citado artículo 9.h).

De los mencionados preceptos resulta el siguiente panorama que será analizado en detalle en los apartados sucesivos, pero que ya conviene anticipar señalando, en su caso, las diferencias con el derecho anterior:

a) Continúa siendo inexcusable la mención estatutaria de la "estructura del órgano al que se confía la administración", como órgano necesario con una competencia específica frente a la Junta General. Necesidad que no prejuzga las modalidades que pueda adoptar.

b) Junto a las formas ya conocidas en el derecho anterior (administrador único, varios administradores solidarios y Consejo de Administración), ahora se reconoce expresamente la administración conjunta de dos, significativamente se elimina la referencia a la dualidad de órganos (lo que, sin embargo, para URÍA, *Derecho mercantil*, 16.^a ed., pág. 309, no se opone a mantener la anterior dualidad de órganos administrativos) y se incluye como modalidad autónoma formalmente la delegación estatutaria de facultades. Se mantiene pues la pluralidad de opciones organizativas pero con algunas diferencias.

c) La existencia de una reserva estatutaria sobre la fijación de "la estructura del órgano" de administración impide que tenga cabida en el nuevo sistema reglamentario la llamada cláusula de órgano alternativo. Con ello se acoge más claramente la tesis del sector doctrinal mencionado que ya conforme a la LSA de 1951 entendía que la estructura de administración ha de quedar precisada en los estatutos, sin que quepa establecer un repertorio de posibilidades dentro del cual la Junta pueda elegir en cada caso el sistema a aplicar (GARRIGUES, en GARRIGUES-URÍA, *Comentario II*, 21).

d) Atendiendo a la composición (unipersonal o plural) y a los modos de funcionamiento del órgano cuando la composición es plural los distintos tipos de organización de la actividad administrativa pueden reconducirse a la siguiente clasificación: administración unipersonal y administración pluripersonal. En este segundo caso la administración puede ser solidaria o conjunta (colectiva), según que la facultad de administración corresponda separadamente a cada uno de los administradores o se atribuya colectivamente al conjunto de los componentes del órgano. En este último caso debe diferenciarse entre la conjunta no colegial o mancomunada, que presupone el consentimiento unánime de los administradores y la colegial, que se basa en el seguimiento de un determinado procedimiento (el colegial) para la formación de la voluntad del conjunto de los miembros como voluntad unitaria del órgano imputable a la sociedad.

En caso de composición plural es claro que se debe coordinar la exigencia de unidad y coherencia de la gestión con la facilidad decisoria, que pide la actividad de administración. Las mencionadas modalidades privilegian uno u otro aspecto (conjunta no colegial, el primero y solidaria, el segundo) o buscan una combinación armónica de ambos (colegial). El legislador sólo se ha ocupado (con carácter mínimo) del funcionamiento colegial, faltando cualquier previsión sobre las características funcionales básicas e inderogables, en el ámbito de la facultad de administración, de las otras opciones y sobre el consiguiente ámbito de libertad estatutaria para establecer mecanismos correctores de eventuales problemas funcionales y conflictos inherentes a cada modalidad, en particular en el caso de

la administración solidaria, que, como veremos (III.2), el resto de ordenamientos europeos no consideran conveniente para las características tipológicas de la sociedad anónima (otra cosa sucede en relación con las SRL) y que sin embargo la generalidad de la doctrina española, de forma acrítica, viene admitiendo a partir de la LSA de 1951, interpretando a contrario *sensu* que el término "conjuntamente" del antiguo 73 (LSA 1951), abre la posibilidad de administración disyuntiva de varias personas. El RRMM de 1956 consolidó esta interpretación al mencionar expresamente la administración solidaria [art. 102.h)].

e) Dentro de la actividad de administración en sentido amplio y que como es obvio corresponde al órgano de administración en sus diversas formas organizativas, se trata separadamente de la actividad de representación, que presenta ciertas particularidades no sólo en el contenido del poder sino también en las modalidades de su atribución y ejercicio que, sin embargo, quedan fuera del objetivo de este trabajo. (Véase ESTEBAN VELASCO, "Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación", de próxima publicación en los *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Dr. D. José Girón Tena*).

f) De todo ello resulta que, en relación con la organización de la administración, resulta un sistema de amplia libertad estatutaria., salvo para el supuesto de administración conjunta de más de dos personas que deberán constituir Consejo de Administración. Al mismo criterio obedecía el Anteproyecto de LSA de 1979 salvo que como ya se ha indicado admitía la administración dualista y la conjunta confiada a tres administradores. En concreto la administración podría adoptar alguna de las siguientes formas: administrador único; dos o más administradores con facultades solidarias; dos o tres administradores con facultades conjuntas de actuación; un Consejo de administración, integrado por un mínimo de tres y un máximo de once miembros; un Consejo de vigilancia y una Dirección unipersonal o colegiada (art. 88) (*vid.* BROSETA, "La reforma del Derecho de S.A.", 195).

Sin perjuicio de las consideraciones que hagamos al tratar de cada una de esas posibilidades se puede afirmar que esas opciones corresponden a las de más frecuente utilización en nuestra realidad. Una cierta rigidez aflora al tratar de la organización del poder de representación y la correlación con las facultades de gestión. Pero este aspecto tiene que quedar remitido al estudio de esta materia. Dentro de esos márgenes corresponde a los socios (órganicamente aquí se pone de manifiesto la posición preeminente de la Junta General) elegir y conformar aquella modalidad que mejor se adapte a las peculiares características del tipo de empresa, pero sin olvidar que la determinación de la estructura organizativa tiene trascendencia no sólo para los socios sino también para los terceros, interesa-

dos en un claro y seguro sistema de identificación de personas responsables de una diligente y ordenada administración y facultadas para vincular a la sociedad.

III. ESTRUCTURA DEL ORGANO DE ADMINISTRACION (*)

1. ADMINISTRADOR ÚNICO

La posibilidad de conferir la administración a un "administrador único" [art. 124.1.a) RRM], utilizada en sociedades cerradas o de pequeñas dimensiones, se reconoce también en la legislación comparada, salvo en aquellos ordenamientos que imponen la formación del Consejo con un número mínimo de tres (*vid. infra*, III, 4.1) o exigen, un número mínimo de administradores en relación con el capital social o por tratarse de una sociedad sujeta a un régimen especial (art. 76.2 *AktG* 1965).

El proyecto modificado de V Directiva en su redacción de 1983 establece, en el caso del sistema monista, una composición dual del órgano de administración, con miembros directivos y no directivos, exigiendo que el número de los últimos sea divisible por tres y superior al de los primeros. De prosperar esta redacción se impediría la composición unipersonal del órgano de administración (art. 21a, 1a). El curso de los debates en el Grupo de trabajo del Consejo parece indicar que finalmente, atendiendo a propuestas de algunas Delegaciones nacionales, se llegara a admitir el administrador único en las sociedades de menores dimensiones, delimitadas conforme al criterio del artículo 11 de la IV Directiva sobre cuentas anuales (78/660/CEE).

Obviamente el administrador único, como titular exclusivo de las funciones y facultades de administración atribuidas genéricamente por ley al órgano de administración, no se ve afectado en la adopción de decisiones por las limitaciones funcionales derivadas de la composición plural en cualquiera de las modalidades, como tendremos ocasión de ver en los próximos apartados. Pero no existe ningún obstáculo para que los estatutos o la Junta General en el ámbito de su lícita intromisión en la esfera de la actividad de administración establezcan limitaciones a su poder de gestión con efectos internos. En cambio no parece admisible la cláusula estatutaria que después de haber confiado la administración de la sociedad a un administrador único, limite la facultad de realizar las operaciones

(*) Sobre los tipos de estructura del órgano de administración elegidos por las sociedades en la fundación, vea los datos recogidos en el Apéndice.

típicas inherentes a la actividad del objeto social (operaciones de compra-venta, libramiento, aceptación o aval de letras de cambio o cheques, disposición de fondos, etc.) exigiendo la intervención conjunta de un determinado socio no administrador. En este caso no se trata de establecer una reserva de autorización por otro órgano (la Junta General) de los actos de mayor importancia, que resulta admisible en tanto no se vacíe de contenido la función y posición del órgano responsable de la administración, sino que se atenta a la precisa identificación de la estructura del órgano de administración. En realidad en este supuesto se está buscando en la sustancia de una administración conjunta y la exigencia de claridad y seguridad de los terceros en la identificación de los titulares del poder de administración pide que se configure como tal (*vid.* en este sentido la RDGRN de 16 de diciembre de 1982).

No cabe la delegación de facultades en sentido estricto (art. 141 TRLSA), ya que ésta presupone por su naturaleza y función la existencia de órgano colegiado. En cambio, nada impide el recurso al mecanismo de la representación voluntaria, nombrando apoderados incluso de carácter general (p. ej. Gerente o Director General) (*vid.* en este sentido entre otras, Resoluciones de la DGRN de 21 de noviembre de 1985 y de 9 de junio de 1986).

2. VARIOS ADMINISTRADORES SOLIDARIOS

Los fundadores o, en su caso la Junta, con los requisitos de modificación de los estatutos, pueden confiar la administración a "varios administradores que actúen individualmente" [art. 124.1.b) RRM]. Al tratar del poder de representación del texto [124.2.b)] utiliza, en cambio, la terminología tradicional de "administradores solidarios" que empleaba el artículo 102.h) RRM de 1956 y que nosotros conservamos precisamente porque tal denominación es la que se ha acreditado en mayor medida en la práctica de **contraponer**, en particular en el ámbito de la representación, la actuación solidaria frente a la conjunta (aunque como es sabido no son infrecuentes en la doctrina las referencias a la administración-representación disyuntiva, separada, indistinta o individual).

Aunque se suele afirmar que constituye una modalidad de escasa utilización en la práctica (lo que contrasta con la información recogida en el Apéndice), lo cierto es que se sigue ofreciendo como modalidad autónoma en el elenco de tipos de organización de la administración, frente a lo que sucede en el derecho comparado de las sociedades anónimas, que en caso de composición pluripersonal tiende a imponer el funcionamiento colegial (*vid.* BONELLI, *Gli amministratori* 21 y ss. y más ampliamente,

ZANARONE, "La clausola di amministrazione disgiuntiva", *passim*; GRIPPO, *Deliberazione e collegialità*, *passim*; CALANDRA BUONAUURA, *Amministrazione disgiuntiva*, *passim*; singular es el ordenamiento germánico que establece la actuación conjunta cuando los estatutos no dispongan otra cosa). En nuestro ordenamiento no se plantea pues un cuestión de licitud, sino de régimen. Sin embargo, la norma reglamentaria se limita a la determinación del supuesto: "la actuación individual", es decir, que cada administrador tiene facultad-deber para cumplir por separado las funciones y actos que pertenecen a la competencia del órgano de administración. Y, si exceptuamos alguna disposición de alcance registral, como la facultad de certificar las actas y acuerdos [art. 109.1.b) RRM] no encontramos en nuestro ordenamiento disposiciones específicas que se refieran a los problemas singulares que esta estructura del órgano de administración plantea y tampoco la doctrina ha prestado atención suficiente al supuesto, estableciendo las características y límites del sistema en el marco de las sociedades de capital (en relación con las sociedades personas *vid* por todos, GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades* I, 450 y ss.). En el contexto de nuestro estudio sólo interesa el ámbito de la libertad estatutaria para atender esos problemas de régimen.

La adopción de este tipo de administración sólo parece estar destinada a casos de sociedades de base accionarial restringida, que permitan establecer una composición personal del órgano con suficiente homogeneidad de criterios para no adoptar políticas de gestión o medidas concretas dispares que perjudiquen o paralicen a la sociedad. Sin embargo, este riesgo de conflictos no está excluido y debemos plantearnos los eventuales mecanismos estatutarios de solución e incluso, a falta de esta previsión, la posición del administrador acorde con su deber de administrador diligente y consiguiente responsabilidad.

Parece que, por exigencias de la unidad y coherencia de la gestión, es perfectamente admisible que, para el caso de falta de la normal coordinación espontánea de los administradores solidarios, pueda preverse en los estatutos, un derecho de oposición de los disconformes con las medidas proyectadas por alguno de ellos. Esta oposición sólo desplegaría sus efectos en el ámbito interno (en el mismo sentido para esta posibilidad, CÁMARA-LORA-TAMAYO-BOLAS, *La representación orgánica*, 144, n. 167). Asimismo, cabe que se disponga que en ese caso, cualquiera de los administradores podrá recurrir a la decisión mayoritaria de los administradores e incluso a la Junta General para que resuelva sobre el conflicto planteado.

La licitud del recurso a la Junta General (sin perjuicio de las facultades de revocación de los administradores y de la modificación estatutaria del sistema de administración) se fundamenta en que en nuestro ordenamiento

no está excluida la intervención de aquélla en la actividad de administración siempre que sea ocasional y para asuntos de especial importancia (ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión*, 495 y ss.). Sin embargo, en ningún caso la intervención de la Junta General puede llevar a que los administradores se transformen en meros ejecutores de la voluntad de aquélla. Estimamos que a falta de cláusula estatutaria el derecho de oposición del administrador solidario deriva del deber de administrar con la diligencia de un ordenado empresario y consiguiente responsabilidad (arts. 127 y 133-135 TRLSA). Sobre cada administrador recae un deber de mutua información y vigilancia sobre la respectiva actuación y podrá exigirse responsabilidad por no haber impedido actuaciones perjudiciales (*vid*) en el mismo sentido, con referencia a la hipótesis de delegación disyuntiva, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados*, 344 y ss.; en contra, CÁMARA-LORA-TAMAYO-BOLAS, *loc. cit.*), aun sin necesidad de acudir a la analogía de las sociedades de personas (en favor de la aplicación analógica de los arts. 130 del C. de Comercio y 1.693 del C. civil, para las SRL, URÍA, *Derecho mercantil*, 15.^a ed. 393; en el mismo sentido para el supuesto de delegación solidaria, IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación*, 294 y ss.). Con aquel fundamento debe considerársele un instrumento de superación de eventuales conflictos en orden a salvaguardar la coherencia de la gestión en todos los casos de administración solidaria. Asimismo debe reconocerse *ex lege* a cada administrador solidario la posibilidad de convocar a la Junta General para que se resuelva sobre el asunto conflictivo (*vid.* en la doctrina italiana, con ulteriores referencias, CALANDRA BUONAURA, *Amministratore disgiuntivo*, 65 y ss.). En una dirección similar nos parece que se mueve la STS de 9 de mayo de 1986 (Ar. 2674) que reconoce la existencia de una mutua obligación de información y rendición de cuentas entre los administradores solidarios derivada de la responsabilidad establecida en el artículo 79 LSA 1951 (conforme en su "Comentario" a dicha sentencia, QUIJANO, 3643 y ss. y en *Responsabilidad*, p. 251 n. 6). Es claro que un ejercicio abusivo del derecho de oposición es también fuente de responsabilidad.

Por otro lado, la propia norma reglamentaria [art. 124.2.b) RRM] admite la licitud de cláusulas estatutarias o acuerdos de la Junta General, que, con efecto interno, establezcan una distribución de funciones entre los administradores solidarios por zonas geográficas o sectores de actividad.

Corresponde a los estatutos determinar el número de administradores solidarios o al menos el máximo y el mínimo, de forma que el número concreto lo determine entonces la propia Junta General [arts. 9.g), 123 TRLSA y 124.3 RRM].

3. DOS ADMINISTRADORES QUE ACTÚEN CONJUNTAMENTE

La nueva regulación de la Ley y del RRM terminan con las dudas y problemas de interpretación que surgían con la legislación anterior, a que ya se ha hecho referencia. Por un lado se dispone que "cuando la administración se confía conjuntamente a más de dos personas, éstas constituirán el Consejo de Administración" (art. 136 TRLSA) y de conformidad con esto se admite expresamente la administración conjunta no colegial confiada a dos administradores [art. 124A.c) RRM]. Fuera de este supuesto si se quiere actuación conjunta, el ordenamiento impone el método de funcionamiento colegiado. Se trata de una opción discutible de política jurídica. ¿Por qué no admitir la actuación conjunta de más, p. ej. de tres? Recuérdese el modelo legal germánico, sin duda pensando para supuestos de Dirección (en el sistema dualista) de composición reducida. Debe tenerse en cuenta que obligar a actuar conjuntamente implica establecer un rígido sistema de control entre los administradores, carente de flexibilidad al hacer necesario el acuerdo unánime o la adhesión de todos. El método tiene, frente al sistema visto en el apartado anterior, las mayores garantías para evitar el riesgo de adopción de medidas contradictorias o no concordadas, pero grandes inconvenientes para practicar una gestión ágil que resulte de la ponderación de distintos puntos de vista y de opciones razonables. (Sobre el funcionamiento en general del sistema de administración conjunta *vid.* en la doctrina alemana, por todos, MERTENS, *Kölner Kommentar*, § 77 NM 7 y ss.). Nuestro ordenamiento teniendo en cuenta los riesgos de bloqueo funcional que supone la administración conjunta privilegia, en el plano de la administración, el método colegiado, que permite resolver más satisfactoriamente la tensión entre las exigencias de unidad y coherencia de gestión y facilidad decisoria. A esto sólo se hace excepción en caso de dos administradores. Quizá en la fijación del número exista un punto de excesiva rigidez si tenemos en cuenta la aplicación a la SRL (*vid.* en este sentido RR de la DGRN de 3 de noviembre de 1980 y de 7 de abril de 1981, que contemplan supuestos de administración mancomunada de tres, admisible bajo la legislación anterior) y con ocasión del proceso de reforma en curso sobre la SRL deba de replantearse de forma general o específicamente para las SRL.

Algún autor considera admisible el nombramiento de más de dos administradores, pero con la exigencia-limitación de la "intervención de dos cualesquiera de los administradores" (ARANGUREN URRIZA, "LOS órganos de la S.A.", 470). Los antecedentes de la admisión de la modalidad de dos administradores conjuntos y la relación entre la administración conjunta y la colegial en nuestro sistema inclinan a pensar que más bien el modelo legal sólo tolera un "órgano compuesto de sólo dos" del total de que se

componga. Las eventuales exigencias de la práctica pueden atenderse bajo la fórmula del Consejo con atribución o delegación de facultades en diversas combinaciones.

El ejercicio de la actividad administrativa exige, por definición, el concurso de los cotitulares de la facultad de administración. La concurrencia no necesariamente ha de ser simultánea. No cabe la delegación en sentido propio. Pero es posible la autorización del uno al otro para actos concretos o tipos de negocios de una determinada clase. En cambio no es admisible que un miembro otorgue por anticipado al otro su autorización para todos los negocios que realice en el futuro, por ser contrario al principio de la gestión conjunta (*vid.* en la doctrina alemana por todos, HEFERMEHL, en GESSLER y otros *Aktiengesetz*, § 77 NM 2). En todo caso esas eventuales autorizaciones no afectan a su responsabilidad.

La terminación en el cargo por cualquier causa de alguno de los administradores debe resolverse mediante la cobertura del puesto. Es discutible la admisión de la cláusula estatutaria de órgano sucesivo (distinta de la de órgano alternativo) que estableciera que en caso de cese de uno de los administradores se produciría una transformación en administrador singular.

Los administradores conjuntos podrán nombrar apoderados, incluso de carácter general, salvo prohibición estatutaria. Ellos son los titulares conjuntos de la actividad de administración y pueden tomar esta decisión organizativa. No se despojan de sus facultades interna ni externamente e institucionalmente se mantiene el régimen de responsabilidad *in eligendo*, *in instruendo* e *in vigilando* (*vid.* QUIJANO, *La responsabilidad*, 322 y ss.). Expresamente el Anteproyecto de LSA de 1979 admitía el nombramiento de apoderados generales y disponía que "si uno de ellos obstaculiza el funcionamiento de la administración conjunta podrá el otro u otros administradores (no existía la limitación a dos) convocar la Junta general para su revocación o para la adopción de la decisión que corresponda" (art. 105). No parece que existan dificultades para defender esa facultad del administrador conforme al derecho vigente al amparo de su posición de administrador diligente.

4. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

4.1. Composición y actuación colegial

Ya hemos tenido la oportunidad de señalar que constituye una modalidad de frecuente utilización en la práctica y la podemos calificar de opción legal preferente en caso de administración pluripersonal colectiva.

Como hemos dicho, el legislador en el artículo 136 del TRLSA impone el funcionamiento colegiado cuando hay atribución de la gestión conjuntamente a más de dos personas y dicta una serie de normas sólo aplicables al caso de administración pluripersonal colegiada, sistematizadas por el texto refundido en una nueva sección separada de la general sobre los administradores (arts. 136-143). La opción del legislador parece justificada si tenemos en cuenta que mediante este procedimiento, basado en el predominio de la voluntad de la mayoría, se facilita la adopción de decisiones al mismo tiempo que asegura una gestión más coordinada, eficiente y consecuente con el principio de la responsabilidad solidaria (sobre la función del método colegial, *vid.* en el debate reciente en la doctrina italiana los estudios ya citados de BENELLI, ZANARONE, GRIPPO y CALANDRA BUONAURA, con ulteriores referencias).

Frente a la actuación conjunta no colegial, en la que el acto del órgano resulta de la coincidencia de voluntades sin sujeción a un procedimiento, la esencia de la actuación colegial reside en que la voluntad del órgano se forma respetando un procedimiento que requiere la convocatoria, la reunión, la discusión y una votación que arroja el resultado. Este procedimiento jurídico tiene el efecto de producir una voluntad unitaria no por la suma de la de los componentes del órgano sino por una particular combinación (*vid.* autores y obras ult. cit.).

La exigencia de un número mínimo de tres es una solución coherente (aunque no esencial) con el método colegial, impuesta también por la legislación de algunos Estados miembros de la CEE (arts. 89.1 de la Ley francesa de 1966; art. 55.1 de Leyes coordinadas belgas de 1935; art. 51 de Ley luxemburguesa de 1915). Con su introducción en la reciente reforma de 1989 [art. 9.h) TRLSA] se ha pretendido separar con nitidez la administración mancomunada pura de dos de la colegial, excluyendo de su ámbito la administración bipersonal (sobre el funcionamiento colegial del Consejo de dos, incluso en la hipótesis de voto dirimente del presidente, *vid.* CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione bipersonale*, 653 y ss., con ulteriores referencias).

En los debates actuales del Grupo de trabajo de la CEE sobre el Proyecto de V Directiva la tendencia es, revisando la propuesta modificada de 1983, establecer como principio general, para el sistema monista, un órgano de administración compuesto de al menos tres miembros, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan permitir que las sociedades que reúnan los requisitos del artículo 11 de la Directiva 78/660/CEE y que no estén sujetas a la participación de los trabajadores puedan tener un órgano de menos de tres miembros. Debe apuntarse que la cuestión sigue abierta y no debe descartarse que finalmente se prescinda de imponer un número mínimo de tres.

Algún autor no ve ninguna dificultad para que en los estatutos se contemple expresamente la facultad de la Junta de elegir entre los administradores (que actuarían mancomunadamente) de tres o más (que constituiría Consejo), ya que nos mantenemos dentro de la estructura de administración conjunta y la Junta se limita a ejercitar una competencia conferida por los Estatutos según la previsión legal (en este sentido ARANGUREN URRIZA, "LOS órganos de la S.A.", 470). En nuestra opinión no parece admisible esta modificación indirecta de la estructura administrativa. En primer lugar, porque no cabe que los estatutos fijen el número máximo y mínimo con referencia a una estructura indeterminada de órgano de administración, sino que esa posibilidad y la consiguiente facultad de la Junta sólo juega en el caso de administradores solidarios y de Consejo. Y en segundo lugar, porque es claro que se trata de una auténtica modificación de estructura administrativa que exige respetar las garantías de modificación estatutaria al existir una reserva estatutaria sobre la materia.

Es válida la cláusula estatutaria que en caso de paridad de votos otorga carácter dirimente al voto del presidente o de cualquier otro miembro, tal como viene reconociendo la jurisprudencia (RR de DGRN de 17 de julio y de 5 de noviembre de 1956). La reciente RDGRN de 27 de abril de 1989 no admite una cláusula de remisión a la institución del arbitraje para la solución de los empates en el Consejo de Administración al considerar "que los empates que se pretenden dirimir por vía arbitral se desenvuelven en el seno del proceso de formación de la voluntad social; ... no hay en los empates, todavía, contienda conflicto litigioso, ni pretensiones merecedoras de tutela judicial y no procede, por tanto, la intervención de la jurisdicción ni tampoco la aplicación de la institución del arbitraje". En cambio, sí acepta, fuera del genuino arbitraje, el recurso al arbitrio de un tercero (arbitrador), ya que "admitido que para ser nombrado Administrador no se requiere la cualidad de accionista, no puede haber obstáculo para que un tercero sea llamado a decidir en hipótesis especiales en las que en la medida que completa el proceso formativo de la voluntad social viene a desempeñar funciones de administrador".

El Consejo, como colegio, toma por regla general sus decisiones "por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión" (art. 140.1 TRLS A). No ofrece dudas la licitud de las cláusulas que imponen mayorías reforzadas para todos o algunos acuerdos. Discutible es en cambio para algunos autores que ese reforzamiento pueda llegar hasta exigir la unanimidad (así ARANGUREN URRIZA, ob. cit. 469) pues pudiera pensarse que es incompatible con el procedimiento colegial, fundamentado en el principio de la mayoría. No parece que en el plano de los principios constituya un elemento absolutamente esencial e ineliminable de la colegialidad la

formación de la voluntad por mayoría, sino que cabe y puede resultar oportuno en algunos casos, por la trascendencia del acto, pedir el concurso unánime de la voluntad de todos los concurrentes e incluso de los componentes del Consejo (en este sentido GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA, *Comentario*, II, 150; IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación*, 315; MINERVINI, *Gli amministratori*, 388; GOURLAY, *Le conseil d'administration*, 191). La adopción de acuerdos por escrito y sin sesión no precisa autorización estatutaria, ya que la propia ley admite este procedimiento cuando ningún consejero se oponga (art. 140 TRLSA). En este caso se conserva el principio mayoritario pero se prescinde de otros elementos esenciales del método colegial: la reunión y la deliberación.

4.2. Delegación de facultades por acuerdo del Consejo

En caso de Consejo de Administración, el modelo legal parte, como regla general, de la actuación según el método colegial. Sin embargo, al mismo tiempo atribuye al Consejo la facultad, controlada por los estatutos, de adoptar, en función de las exigencias y circunstancias del caso, un modo distinto de organización y ejercicio de la actividad administrativa. En efecto, el artículo 141.1 TRLSA, establece que "cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de administración podrá designar... de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados" y de acuerdo con ello la norma reglamentaria dispone que cuando los estatutos confíen la administración a un Consejo lo harán (sí no disponen otra cosa) "sin perjuicio de la facultad de delegación prevista en el artículo 141 de la LSA" [art. 124.1.b)RRM].

A través de un acto de delegación, de contenido organizativo, el propio Consejo puede dar lugar a una estructura de la administración más flexible y ágil, consistente en la simplificación o la eliminación del funcionamiento colegial, a través de la delegación de facultades en una Comisión ejecutiva y/o en uno o más Consejeros delegados. Con ello, de acuerdo con la caracterización que nos parece más correcta (*vid* en nuestra doctrina las excelentes monografías de IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación*, 367 y ss. y de RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados*, 411 y ss.), se constituye un nuevo órgano, no en el sentido del que se cree una esfera autónoma y distinta de competencias exclusivas frente al Consejo, sino que se les faculta en el ámbito de la delegación para desarrollar la misma función orgánica (es decir sometida a un régimen y no al de mandatarios) que incumbe al Consejo, con la particularidad de ser un órgano subordinado al Consejo. Interesa en este lugar subrayar este aspecto para evitar equívocos sobre las consecuencias de la delegación respecto de la estructura de la administración, que es el tema que nos ocupa en este lugar.

La delegación no carece de consecuencias importantes en cuanto al modo de funcionamiento y consiguiente régimen de responsabilidad. La delegación altera parcialmente el contenido de la obligación de administrar de los administradores no delegados (transformándola realmente, en condiciones normales, en relación con el ámbito delegado, en una obligación de control de la administración), pero siguen siendo administradores y responden por falta de control y/o no adopción de las medidas convenientes para evitar el daño (art. 133.2 TRLSA) (*vid.* QUIJANO, *La responsabilidad*, 277 y ss.). De la naturaleza de la delegación y del régimen de responsabilidad se desprende que, de acuerdo la doctrina mayoritaria, la delegación no priva al Consejo de sus facultades de administración, sino que, por el contrario: a) conserva competencia concurrente con la del o de los órganos delegados; b) puede sustituir a éstos en el cumplimiento de los actos comprendidos en las funciones delegadas; c) tiene la facultad de modificar o revocar (antes de su conclusión) los actos de administradores delegados; d) impartir instrucciones y e), salvo que existan condicionamientos estatutarios en los términos que veremos, revocar a los administradores y suprimir la delegación o modificar su contenido.

Recientemente, en cambio, se ha avanzado con cautela por un sector cualificado de la doctrina española la tesis de la separación de competencias con la consecuencia de que "una vez nombrada la Comisión ejecutiva o el Consejero delegado el Consejo no podrá inmiscuirse en la gestión de la una o del otro ni llevar a cabo actos, prescindiendo de aquéllos, de los comprendidos en la delegación. Subsistiría claro está la posibilidad de *recuperar* esas facultades sin más que revocar la delegación. Con ello se aproximaría la figura del Consejo de Administración a la del llamado en otras legislaciones Consejo de vigilancia aunque tampoco se diera una plena y cabal identificación" (CÁMARA-LORA - TAMAYO-BOLAS, *La representación orgánica*, 154). Sin entrar en un análisis detenido que no tiene cabida en este lugar entendemos que, ciertamente, con la delegación se corrige la estructura monista pura del Consejo, pero no se traspasa el umbral del sistema dualista, pese a la clara aproximación funcional resultante. Téngase en cuenta que caracteriza a la institución de la delegación dentro del sistema unitario en nuestro derecho vigente la necesaria condición de miembro del órgano de administración de los delegados, mientras que en el sistema dualista se establece la incompatibilidad de la condición de miembro de forma simultánea de los dos órganos: Dirección y Consejo de vigilancia. Y que, por otra parte, el órgano de vigilancia en el sistema dualista tiene unas facultades más limitadas en orden a la actividad de administración que las que jurídicamente corresponden al Consejo de administración, tal como se ha expuesto sintéticamente.

Tal vez como viene configurada la facultad de delegación del Consejo,

no se precisa autorización estatutaria ni de la Junta General para su ejercicio, frente a lo que es común en otros ordenamientos. Se trata de una facultad atribuida *ex lege* al Consejo (en este sentido RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados*, 191; en contra IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación*, 139 y ss.). El control de los socios interesados y legitimados para disponer sobre la organización de la actividad administrativa se produce de forma indirecta o negativa en nuestro ordenamiento, ya que los estatutos pueden prohibir la delegación si aquéllos consideran que debe ser el colegio de todos los administradores quien actúe sin la mediación de la delegación, evitando de esta forma las consecuencias propias de esta institución en el plano del funcionamiento y de la responsabilidad que ya se han apuntado.

Los estatutos pueden moverse dentro de una serie amplia de posibilidades adaptando el modelo legal a las necesidades de la sociedad en cuestión. No es raro que simplemente se limiten a reiterar la autorización legal de la delegación sin más contenido que la reproducción del texto legal. En este caso carecen de relevancia normativa. Pero también, en posición extrema a la de la prohibición, pueden imponer la delegación obligatoria delimitando las respectivas competencias del Consejo y del órgano delegado. En este caso nos situamos ante una modalidad organizativa que en la norma reglamentaria se recoge separadamente [art. 124.1.e) RRM] y cuyo análisis efectuamos en un apartado distinto. Opciones intermedias en relación con las anteriores constituyen aquellas cláusulas estatutarias que confían la creación de órganos delegados a la Junta General, atribuyendo también la competencia para la designación de las personas a la Junta (en otro caso corresponde la designación al Consejo). En este caso frente al modelo legal se sustrae al Consejo uno o varios aspectos de su competencia organizativa, pero conserva la posición prominente en los términos antes esquematizados (competencia concurrente, modificación o revocación de los actos de los delegados, posibilidad de instrucción) (*vid.* más ampliamente sobre las distintas cláusulas estatutarias IGLESIAS PRADA, *ob. cit.*, 152; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *ob. cit.*, 200).

Aunque es un temario que queda fuera del ámbito de los estatutos y por ello fuera de nuestra consideración en este estudio, debe mencionarse que pertenece al contenido del acuerdo de delegación del Consejo determinar las facultades delegadas (art. 149.1), respetando los límites legales sobre las facultades indelegables (art. 141 TRLSA), así como establecer la composición del o de los órganos delegados y las modalidades de actuación, para lo que hay que remitirse a la ya mencionada literatura especializada.

5. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y DELEGACIÓN ESTATUTARIA DE FACULTADES

Finalmente, los estatutos pueden prever que la administración corresponda a un Consejo de Administración y a una Comisión Ejecutiva o a uno o más Consejeros delegados, debiendo indicar sus respectivas competencias [art. 124.1.e) RRM]. La doctrina es coincidente en reconocer, al amparo del antiguo artículo 77 de la derogada LSA de 1951, la validez de las cláusulas estatutarias que imponían la delegación de facultades determinando su contenido. Si ello es así, parece que estamos ante una estructura de administración solo formalmente distinta de la anterior y no sustancialmente autónoma. La fundamentación y los límites de la delegación obligatoria se encuentran en que los estatutos pueden "disponer de otra cosa" (art. 141.1 TRLSA), es decir, que no sea el Consejo quien acuerde la delegación y demás elementos de su contenido. La opción de los redactores de formular por separado esta modalidad tal vez pueda dar lugar a equívocos sobre su alcance y por ello nos parece conveniente señalar las diferencias con el supuesto de delegación potestativa por acuerdo del Consejo.

Según la citada disposición reglamentaria no sólo es preciso que se imponga la creación del o de los órganos delegados con su composición y régimen de actuación, sino que se fijen las competencias respectivas. Entendemos que deben indicarse cuáles son las facultades que, en principio, de acuerdo con el modelo legal corresponden al órgano administrativo y que en caso de Consejo pueden delegarse (art. 141 TRLSA). No será entonces el acuerdo del Consejo, como para este supuesto exige el artículo 149.1 RRM, el que deberá contener "bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables", sino los propios estatutos. En otro caso, no estaremos ante el supuesto de la letra e) del artículo 124 RRM. Pero los estatutos al delimitar las llamadas equívocamente "respectivas competencias", deben dejar a salvo lo dispuesto en el artículo 141 TRLSA, sobre los límites de la delegación. En nuestra opinión sólo hay una diferencia de grado (ciertamente relevante en las relaciones entre Consejo y Órganos delegados) respecto de la delegación potestativa. En el caso de la estatutaria obligatoria se sustrae del poder del Consejo la decisión sobre la creación o supresión del o de los órganos delegados y sobre la atribución y eventual modificación de las facultades delegadas. Desde el punto de vista de los intereses de los socios parece razonable que puedan plasmar aquella estructura que consideren más conveniente, simplificando o suprimiendo el funcionamiento colegial a través de la delegación y determinando en los estatutos su contenido. Ahora bien, también

en el caso de la delegación obligatoria, el Consejo conserva sus facultades plenas de administración para decidir en el ámbito de lo delegado y poder intervenir con cuantos medios están a su alcance como suprema instancia de la administración, tal como demanda su riguroso régimen de responsabilidad. Entender que las facultades delegadas constituyen un círculo de competencia exclusiva de los administradores delegados (en este sentido se pronuncia ARANGUREN URRIZA, *ob. cit.*, 472), contraría, en nuestra opinión, la posición y responsabilidad que incumbe al Consejo, mientras no se modifique la estructura administrativa por un acto del legislador.

Por tanto, tampoco esta modalidad organizativa supone el reconocimiento de una "dualidad orgánica" en el sentido del sistema dualista germánico, ni existe contradicción con la exigencia legal [art. 9.h) TRLS A] de que se determine la estructura "del órgano" en singular. Aun cuando se incide de forma importante en la facultad organizativa del Consejo y sus consiguientes poderes de control y reacción frente a los administradores delegados.

APENDICE

Me parecen de interés y tal vez sean significativos —aunque para poder afirmarlo con seguridad sería precisa una más amplia investigación sobre la praxis estatutaria— los datos proporcionados por el Registro Mercantil de Madrid sobre los tipos de estructura de órganos de administración elegidos por las sociedades de capital en el momento de la constitución.

1. SOCIEDADES ANÓNIMAS CONSTITUIDAS EN EL AÑO 1989

Porcentajes de estructura administrativa, elegida sobre un muestreo de 400 sociedades anónimas:

Consejo de Administración, 50 por 100.

Consejero/s delegado/s, 65 por 100.

Mancomunados, 40 por 100.

Solidario/s, 60 por 100.

Administrador único, 26 por 100.

Administradores solidarios, 15 por 100.

Administradores mancomunados, 7 por 100.

Gerente, 2 por 100.

2. SOCIEDADES DE CAPITAL CONSTITUIDAS DEL 1 DE ENERO
AL 30 DE JUNIO DE 1990

Porcentajes de estructura elegida sobre un muestreo de 500 sociedades,
de las cuales resultaron ser:

Sociedades anónimas, 30 por 100.
Sociedades de responsabilidad limitada, 70 por 100.

A) *Sociedades anónimas*

Consejo de Administración, 47 por 100.

Consejero/s delegado/s, 67 por 100.
Mancomunados, 37 por 100.
Solidario/s, 63 por 100.

Administrador único, 26 por 100.
Administradores solidarios, 25 por 100.
Director Gerente, 2 por 100.

B) *Sociedades de responsabilidad limitada*

Consejo de Administración, 11 por 100.

Consejero/s delegado/s, 56 por 100.
Mancomunados, 23 por 100.
Solidarios, 77 por 100.

Administrador único, 30 por 100.
Administradores solidarios, 47 por 100.
Administradores mancomunados, 4 por 100.
Gerente/s solidario/s, 6 por 100.
Gerentes mancomunados, 2 por 100.

En relación con estos datos, transcritos tal cual se nos han facilitado,
conviene tener en cuenta lo siguiente:

1.º Que para el período anterior a 1990 sólo se ofrecen datos sobre sociedades anónimas. El porcentaje de SRL constituidas es muy reducido (en todo caso inferior al 20%). En el período de 1990 que se toma para el muestreo se ha producido una significativa inversión de tendencia en la elección de forma jurídica de sociedades, sin duda provocada por las nuevas exigencias (en capital mínimo y otros aspectos) de la regulación de las sociedades anónimas, y por ello se presentan por separado los datos relativos a unas y otras sociedades.

2.º Que aun no respetando la terminología legal, se admite la figura del Gerente o Director Gerente que constituye el órgano administrativo, bien en forma unipersonal o pluripersonal no colegiada. Se trata, pues, de administradores que, en realidad, habría que reconducir a las correspondientes estructuras de administración distintas de las del Consejo de Administración. Debe también advertirse que en el caso de ejercicio solidario en las sociedades de responsabilidad limitada se presenta conjuntamente el supuesto de Gerente único y de varios propiamente solidarios. La misma observación debe hacerse en relación con el porcentaje de los Consejeros delegados de ejercicio solidario.

Deseo expresar mi agradecimiento a don Valentín Barriga, Registrador Mercantil de Madrid, ya que por su interés y amabilidad he podido disponer de estos datos.

GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO

Profesor Titular de Derecho Mercantil
de la Universidad Complutense de Madrid

BIBLIOGRAFIA

- ARANGUREN URRIZA: "LOS órganos de la sociedad anónima", en GARRIDO DE PALMA y otros: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990, 433.
- BONELLI: *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985.
- BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1985.
- BROSETA PONT: "Reforma del Derecho de Sociedades Anónimas", en AA.VV.: *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, 183.
- CALANDRA BUONAURA: *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Milano, 1984.
- CALANDRA BUONAURA: *Amministrazione bipersonale, metodo collegiale e clausola di prevalenza del voto del presidente*, Giur. Comm., II, 1985, 653.
- CÁMARA ALVAREZ: *Estudios de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1977.
- CÁMARA-LORA-TAMAYO-BOLAS: *La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo del Notariado, 1989.
- ESTEBAN VELASCO: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Madrid, 1982.
- ESTEBAN VELASCO: "Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital", en AA.VV.: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, 389.
- GARCÍA DE MESA y GARCÍA-PITA LASTRES: "Distintas modalidades en la organización de la administración de la sociedad anónima", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 10(1983), 435.
- GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid, 1976.

- GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952.
- GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976.
- GOURLAY: *Le Conseil d'administration de la société anonyme*, París, 1971.
- GRIPPO: *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979.
- HEFERMEHL, en GESSLER y otros: *Aktiengesetz, Kommentar*, München, 1973, §§ 76-94.
- IGLESIAS PRADA: *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971.
- MERTENS, en *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2.^a ed., Köln, 1989.
- QUIJANO GONZÁLEZ: *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, Valladolid, 1985.
- QUIJANO GONZÁLEZ: "Comentario a la STS de 9 de mayo de 1986", *CCJC*, 11 (1986), 3637.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de Administración*, Madrid, 1971.
- SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1988.
- URÍA: *Manual de Derecho Mercantil*, 15.^a ed., Madrid, 1988; 16.^a ed., Madrid, 1989.
- VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I, 1986.
- ZANARONE: "La clausola di amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata", *Riv. Soc.*, 1979, 90.