



FACULTAD DE DERECHO

**NOMBRAMIENTO Y CESE DE
ADMINISTRADORES EN LAS
SOCIEDADES DE CAPITAL**

El Sistema de Representación Proporcional

Autor: Marta Teresa Ferrer García

Director: Inés Fernández Fernández

Madrid

abril, 2014



NOMBRAMIENTO Y CESE DE ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

El Sistema de Representación Proporcional

Marta Teresa Ferrer García

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	6
RESUMEN	8
CAPÍTULO I: EL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	9
1.EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN, FUNCIONES, ESTRUCTURA Y NOMBRAMIENTO DE LOS ADMINISTRADORES	9
1.1.Estructura.....	10
1.2.Naturaleza jurídica del acto de nombramiento y competencia de la junta general.....	12
1.3.Supuestos especiales I	13
1.4.Supuestos especiales II	14
2.LA REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL.....	14
2.1.Noción y fundamento	15
2.2.Ejercicio del derecho	16
2.3.Regulación estatutaria.....	17
2.4.Acuerdos de reducción del número de consejeros o cambio de la estructura del órgano de administración.....	17
3.LA COOPTACIÓN	18
3.1.Noción y fundamento	19
3.2.Ejercicio de la facultad de cooptación y límites	19
3.3.Regulación estatutaria.....	20

4.RELACIÓN ENTRE LA COOPTACIÓN Y LA REPRESENTACIÓN	
PROPORCIONAL	21
4.1.Interferencia de la facultad de cooptación sobre el derecho de representación proporcional al producirse una vacante en el consejo.....	21
4.2.Vacantes de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional.....	23
CAPÍTULO II: EL CESE DE ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	25
1.CAUSAS DE CESE	25
2.CESE <i>AD NUTUM</i> Y CESE <i>AD CAUSAM</i> POR LA JUNTA DE SOCIOS.....	26
2.1.Cese <i>ad nutum</i> ex artículo 223 TRLSC	26
2.2.Cese <i>ad causam</i> ex artículo 224 TRLSC.....	29
2.2.1.Separación de los administradores incursos en alguna prohibición legal	29
2.2.2.Cese de administradores con intereses opuestos a los de la sociedad.....	30
3.CESE A CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD	34
4.CESE DE ADMINISTRADORES: CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL	35
4.1.Límites del derecho de representación proporcional conforme a las recomendaciones de buen gobierno corporativo.	35
4.1.1.Límites formales	36
4.1.2.Límites materiales.....	37

4.2.Cese de un miembro del consejo de administración nombrado por el sistema de representación proporcional.....	38
CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA.....	47
ANEXO I: RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA	51
ANEXO II: LEGISLACIÓN	54

LISTADO DE ABREVIATURAS

A.A.V.V: Autores Varios

AIE: Agrupación de interés económico

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

C. de Com.: Código de Comercio

Cfr.: Conforme

CUBG: Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo

DGRN: Dirección General de Registros y del Notariado

LSA: Ley de Sociedades Anónimas

op. cit.: Obra citada

p.: Página

pp.: Páginas

RD: Real Decreto

rect.: rectificado

Res. DGRN: Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado

Rss. DGRN: Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado

RRM: Reglamento del Registro Mercantil

SA: Sociedad Anónima

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial

SRL: Sociedad de Responsabilidad Limitada

ss.: Siguietes

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TRLSC: Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

TS: Tribunal Supremo

RESUMEN

El presente trabajo pretende realizar un análisis de las particularidades previstas por el legislador para el nombramiento y cese de administradores en las sociedades de capital. Gran parte de la exposición se centrará en el estudio del sistema de representación proporcional que el legislador mercantil ha recogido de modo imperativo desde 1951. La problemática que esta institución ha supuesto a lo largo de más de seis décadas hace necesario su análisis para poder dilucidar la tendencia doctrinal y jurisprudencial más reciente así como las carencias de su regulación a la luz de los principios de buen gobierno corporativo. Con la exposición, se ha buscado comprender el engranaje completo de esta institución pero también el marco regulatorio completo que sistematiza el nombramiento de los administradores y la posibilidad posterior de cesarlos tanto *ad nutum* como *ad causam*.

Palabras Clave: Nombramiento de Administradores, cese de administradores, Sistema de Representación Proporcional, cese ad nutum, cese ad causam.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to carry out an analysis of the singularities provided by the Spanish legislator for the appointment and dismissal of managers in corporations. This discussion will focus largely on the study of the proportional representation system which corporate law has imperatively collected since 1951. The problems that this institution has brought along during more than six decades make it necessary to analyze the latest doctrinal and jurisprudential trend as well as the shortcomings of its regulation in the light of the principles of good corporate governance. This paper aims to understand the problems this institution faces but also the entire regulatory framework that systematizes the appointment of managers and the subsequent possibility of separate them both with and without apparent cause.

Key Words: Appointment of managers, dismissal of managers, Proportional Representation System, dismissal with cause, dismissal without cause.

EL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

1. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN, FUNCIONES, ESTRUCTURA Y NOMRAMIENTO DE LOS ADMINISTRADORES

Las sociedades de capital necesitan un órgano ejecutivo y representativo al mismo tiempo que se ocupe la gestión cotidiana de la sociedad y la represente en sus relaciones jurídicas con terceros¹. Precisamente, el artículo 209 TRLSC atribuye a los administradores estas labores expresa y conjuntamente. Ahora bien, la ley dota a los estatutos de las sociedades de capital de una cierta autonomía en la distribución de competencias entre los distintos órganos².

Por un lado, corresponde a los administradores, de modo exclusivo, la facultad de representación de la sociedad en su vida de relación externa. Se trata de la emisión hacia el exterior de la voluntad social, que vinculará a la sociedad en sus relaciones con terceros³. Del artículo 234 TRLSC se infiere³ que los actos de relación con terceros ajenos al objeto social, no son *per se* ineficaces. Solo lo serán cuando además de no guardar relación con el objeto social, se acredite que el tercero no es de buena fe⁴.

Por otro lado y en relación con la esfera interna, se encargan de las tareas específicas y heterogéneas de organización y funcionamiento de la sociedad y de la actividad gestión para la consecución del fin social. Ostentan, entre otras, facultades y deberes como convocar las juntas generales, informar a los accionistas, formular y firmar las cuentas

¹ Véase URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La Sociedad Anónima”, en A.A.V.V., Uría, R. y Menéndez, A. (Dir.), *Curso de derecho mercantil I*. Segunda edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 957.

² Véase ESTEBAN VELASCO, G., “La Administración de la Sociedad: Artículo 209 LSC”, en A.A.V.V., Rojo Fernández-Río, A. (Dir.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1482. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra 2007, p. 91. que se refiere a GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. U. de Valladolid, Valladolid, 1951, p. 336 según el cual los administradores serán competentes para tomar decisiones en torno a todos aquellos aspectos que no sean directamente atribuidos por ley a la competencia de la junta.

³ Véase ESTEBAN VELASCO, G., “La Administración de la Sociedad: Artículo 209 LSC”, *op. cit.*, p. 1486 y DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004, p. 67.

⁴ En este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “La Administración de la Sociedad: Artículo 209 LSC”, *op. cit.*, p. 1485.

anuales o redactar el informe de gestión⁵. De hecho, estos cometidos están directamente atribuidos a los administradores por la ley. Finalmente en cuanto a la gestión, se han planteado dudas en torno a la posible intrusión de la junta general y la posibilidad de derogar el modelo legal estatutariamente⁶. Desde la Res. DGRN de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991,1694) se ha entendido que salvo que los estatutos recorten su competencia, los administradores quedan facultados para realizar todos los actos necesarios o convenientes para la consecución del objeto y fin social⁷. Se incluyen tanto la administración ordinaria como los actos de gestión que por su trascendencia o excepcionalidad puedan calificarse de extraordinarios⁸. El objeto social aparece como único límite sustancial a la atribución genérica de competencia que aparece en la ley⁹. De hecho, el artículo 124.4 RRM prohíbe la inscripción en el Registro Mercantil de las facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos.

1.1.Estructura

La estructura del órgano de administración determina la forma de actuación de sus miembros y el modo en el que ejercerán sus competencias¹⁰. Una estructura rígida

⁵ Respecto de la vertiente externa de organización y funcionamiento social véase URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La Sociedad Anónima”, *op. cit.*, p. 959. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 50.

⁶ Al respecto, GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomos I y II, 3ª edición, Ed. Cívitas, Madrid, 1976, p. 30. Expone que “Junta y administradores están jerarquizados pero solo en el sentido de que, el órgano administrativo depende en su nombramiento y en su separación de la Junta General y no en el sentido de que la Junta General pueda inmiscuirse en las facultades estrictamente administrativas”. Véase también DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y...*, *op. cit.*, p. 103. Refiriéndose a ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Ed. Cívitas, Madrid, 1982, pp. 490 y ss. Además, matizando esta posición, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 47. “no obstante buena parte de nuestra doctrina considera válidos los acuerdos de la junta general relativos a la gestión social que vinculan a los administradores [...] así como las cláusulas estatutarias que la condicionan (la gestión de los administradores)”.

⁷ La obligación de perseguir el interés social aparece derivada del deber de fidelidad. Así lo manifiesta DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Los Deberes y...*, *op. cit.*, p. 140.

⁸ Véase URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La administración...”, *op. cit.*, p. 1484. y DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Los Deberes y...*, *op. cit.*, p. 81.

⁹ Los administradores no solo deben cumplir con los deberes que se derivan de la ley o los estatutos sino que están obligados a realizar todo lo que sea necesario para el cumplimiento de los fines sociales. Hay que tener en cuenta que la imposibilidad manifiesta para realizar el fin social constituye una causa de disolución de la sociedad. En este sentido, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Los Deberes y...*, *op. cit.*, p. 81 en referencia a ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, A. Giuffrè editore, Milano, 1979, pp. 131 y ss.

¹⁰ El régimen de organización de los administradores queda establecido en el TRLSC pero no hay que olvidar que se completa con el artículo 124 del RRM. Véase GALLEGO, E. “La Administración de la Sociedad: Artículo 210 LSC” en *Comentario de...*, *op. cit.*, pp. 1487, 1491, 1493. ; URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La administración...”, *op. cit.*, p. 958 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 51.

impediría acomodar la administración a las necesidades concretas de cada sociedad. Por eso, la determinación de la estructura de este órgano se ha de realizar estatutariamente. Así lo establecen los artículos 23 e) y 210 TRLSC y 124.1 RRM. No obstante, no puede decirse que se conceda una total y absoluta autonomía pues la Ley solo establece una serie limitada de modalidades entre las que se podrá optar. Las formas de administración legalmente permitidas son cuatro¹¹: administrador único, varios administradores solidarios, varios administradores mancomunados y consejo de administración.

En el primer caso, corresponderán individualmente al administrador único tanto la gestión como el poder de representación. En cuanto a los administradores solidarios, el poder de representación y las facultades de gestión recaerán también en cada uno de los ellos individualmente. No obstante, los estatutos sociales o la junta general podrán limitar sus facultades aunque tan solo con efecto interno. Dichas restricciones nunca serán eficaces frente a terceros. Por el contrario, los administradores mancomunados deberán actuar, en todo momento, conjuntamente y de común acuerdo. No podrán ser más de dos en la sociedad anónima pero sí en la sociedad de responsabilidad limitada. De hecho, el artículo 233.2 c) TRLSC establece que el poder de representación mancomunada habrá de ejercerse al menos por dos administradores mientras que se precisará la actuación conjunta de todos ellos para la gestión social. Por último, el órgano de administración se puede organizar en torno a un consejo. Actuará de forma colegiada conforme a las reglas de mayoría y designará en cada acuerdo a una persona física para que realice las declaraciones de voluntad necesarias. Cabe también la posibilidad de nombrar un consejero delegado o comisión ejecutiva que se encargue de estas declaraciones de modo permanente.

¹¹ Así se pronuncia SEBASTIÁN QUETGLAS, R., “El órgano de administración de las sociedades de capital”, en A.A.V.V., Ibáñez Jiménez, J (Dir.), *Fundamentos de derecho empresarial*. t II. Ed. Aranzadi, Madrid, 2012, p. 183. Véase también SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, pp. 51 y ss. ; GALLEGO, E. “La Administración de la Sociedad: Artículo 210 LSC”, *op. cit.*, p. 1494. y URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La administración...”, *op. cit.*, p. 958.

1.2. Naturaleza jurídica del acto de nombramiento y competencia de la junta general

Como regla general y tal como se establece en los artículos 160 b) y 124 TRLSC, el nombramiento de los administradores societarios, corresponderá a la junta general de accionistas. Dejando a un lado las excepciones establecidas en la ley, la competencia de la junta general es exclusiva y excluyente. No cabrá despojar a dicho órgano de tal facultad ni delegar la misma a favor de otro órgano o institución social y mucho menos en un tercero¹². La STS de 18 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1704), admitió la posibilidad de repartir entre grupos de accionistas el nombramiento de los administradores societarios. Sin embargo, la posterior STS de 27 de enero de 2005 (RJ 2005, 1883) reiteraba la Res. DGRN de 19 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8450) en contra de dicha opción¹³.

Dejando a un lado la necesidad de aceptación, el acuerdo de nombramiento constituye el presupuesto inicial para la configuración de la futura relación orgánica entre el administrador y la sociedad. Se trata de un acto corporativo perteneciente a la categoría de los acuerdos cuya validez entrañará el respeto al régimen jurídico de los mismos (correcta constitución de la junta y la correcta adopción del acuerdo, conforme a los requisitos generales de convocatoria, constitución, deliberación y régimen de mayorías)¹⁴. La necesidad de posterior aceptación no le hace perder su carácter de negocio jurídico unilateral. Al contrario. La doctrina entiende que el legislador, al establecer la competencia privativa de la junta, quiere enfatizar que la designación se produce a voluntad exclusiva de este órgano pese a que la aceptación sea necesaria para

¹² Sobre este tema véase URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La administración...”, *op. cit.*, p. 961. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss. Además, esta interpretación ha sido recogida por la Res. DGRN de 5 de noviembre de 1956 (RJ 1956, 3394) y por la STS de 19 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 47151).

¹³ Véase URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La administración...”, *op. cit.*, p. 961. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 549. señala que la STS de 27 de enero de 2005 declara que la STS previa de 1998 “permitía la agrupación de acciones exclusivamente para asegurar la representación de las minorías y solo para el caso de no efectuarse tal agrupación establecía el nombramiento de la mitad de los consejeros por las acciones de la serie A y de la otra mitad por acciones de la serie B”.

¹⁴ Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 90. y GALLEGO, E. “Los Administradores: Artículo 214 LSC”, en *Comentario de...*, *op. cit.*, p. 1527. Sobre la naturaleza de los acuerdos, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ-PLANAS, J. M., “La junta general de accionistas” en A.A.V.V., Uría, R., Menéndez, A., y Olivencia, M. (Dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo V, Ed. Cívitas, Madrid, 1992 p. 50.

que el acto surta efecto¹⁵. La convocatoria de la junta se adaptada a los requisitos generales. Podría pensarse que en sede del consejo, la convocatoria de junta podría ser delegada en uno o varios miembros del consejo. Ya se ha hecho referencia antes a la posibilidad, implícita en la ley, de nombrar un consejero delegado o comisión ejecutiva. Sin embargo, las STS de 14 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2235), 13 de julio de 2001 (RJ 2001, 5223) o 24 de febrero de 1995 (RJ, 1995, 1113), han sido contrarias a el consejero delegado o la comisión ejecutiva se encarguen de la convocatoria de la junta. El TS ha considerado que la convocatoria de junta es una facultad indelegable que precisa en todo caso acuerdo del consejo de administración¹⁶.

1.3.Supuestos especiales I: La acefalia involuntaria

Tal y como se regula en el artículo 166 TRLSC, el órgano legitimado para convocar la junta social es el órgano de administración. Sin embargo hay ocasiones en las que el correcto funcionamiento de este órgano es inviable. Hablamos de acefalia cuando se ha producido la pérdida de la condición de administrador de todos los titulares del órgano (acefalia total o estructural) o solo de algunos de ellos cuando los restantes no son suficientes para su regular funcionamiento (acefalia parcial o funcional)¹⁷. La convocatoria de la junta presentará una serie de particularidades en estos casos¹⁸.

El régimen especial que ha instaurado la ley para estas ocasiones se halla en el artículo 171 TRLSC que es de aplicación con independencia de la modalidad organizativa del órgano. Cualquier socio podrá solicitar, del juez de lo mercantil del domicilio social, la convocatoria de junta siempre y cuando concurran cumulativamente tres supuestos: 1)

¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 91. expone que en 1976 GARRIGUES/URÍA ya había mostrado ese parecer en *Comentario a...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶ Para un tratamiento jurisprudencial más exhaustivo véanse GALLEGO, E. “Los Administradores: Artículo 214 LSC”, *op. cit.*, p. 1530 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 615. En relación con la posibilidad de delegación de la facultad de convocatoria de la junta, la STS de 24 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1113) manifiesta que “la jurisprudencia ha interpretado esta delegación en el sentido de que la convocatoria debe ser acordada por el consejo aunque si se faculta a un miembro para hacerlo, [...] será a los solos y exclusivos fines de firmar el anuncio de convocatoria sin que él personal y unilateralmente pueda convocarla”.

¹⁷ La ley se refiere exclusivamente a los casos de pérdida de la condición de administrador por causa de muerte o cese por lo que se entiende que quedan excluidos el resto de supuestos (el administrador no puede o no quiere actuar, no se puede llegar a un acuerdo...).

¹⁸ Respecto del tratamiento de la acefalia véanse GALLEGO, E. “Los Administradores: Artículo 214 LSC”, *op. cit.*, pp. 1527-30. ; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 579 y MARTÍNEZ SANZ, F., *Provisión de vacantes en el consejo de administración de la sociedad anónima*, 2ª edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 369.

La pérdida de la condición de administrador, 2) la inexistencia de suplentes y 3) que la convocatoria tenga por objeto, exclusivamente, el nombramiento de administradores.

1.4. Supuestos especiales II: Excepciones a los principios de elección de los administradores por la junta y de sometimiento del acuerdo al procedimiento ordinario de decisión

El principio de elección de los administradores por la junta social así como el sometimiento del acuerdo de nombramiento al procedimiento ordinario de decisión (es decir, mayoría absoluta de votos) encuentran tres excepciones significativas¹⁹. En primer lugar, los administradores fundacionales serán designados por los fundadores en el acto constitutivo o por la junta constituyente en caso de fundación sucesiva. Así queda establecido en los artículos 22 y 47 TRLSC.

Por otro lado, los artículos 243 y 244 TRLSC regulan las otras dos excepciones. Se trata de las instituciones de representación proporcional y cooptación respectivamente. No obstante, para poder hacer uso de estos dos sistemas de cobertura de vacantes, han de concurrir conjuntamente tres presupuestos: 1) Que la administración se hubiera confiado colegiadamente a más de dos personas, 2) que estemos ante una sociedad anónima o comanditaria por acciones y 3) que, obviamente, existan vacantes en el consejo. En las sociedades de responsabilidad limitada, la competencia para el nombramiento de administradores pertenece en exclusiva a la junta social de modo que serán nulas las cláusulas estatutarias que prevean lo contrario²⁰.

2. LA REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

El sistema de representación proporcional permite el acceso de los accionistas minoritarios al consejo. Cuando se agrupen hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar a tantos consejeros como los que, superando

¹⁹ Al respecto URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La administración...”, *op. cit.*, p. 961. ; GALLEGO, E. “Los Administradores: Artículo 214 LSC”, *op. cit.*, p. 1533. y SEBASTIÁN QUETGLAS, R., “El órgano de...”, *op. cit.*, pp. 184 y ss. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, pp. 91-93. realiza un tratamiento más exhaustivo de esta cuestión haciendo referencia también a las sociedades anónimas de régimen especial, empresas públicas y a la sociedad anónima europea.

²⁰ Véase ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “El Consejo de Administración: Artículo 244 LSC” en *Comentario de...*, *op. cit.*, p. 1754.

fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. Se excluye expresamente de este cómputo, el valor nominal de las acciones sin derecho de voto (artículo 102.2 TRLSC). Además, las acciones agrupadas, no podrán votar en la elección de los restantes consejeros.

2.1.Noción y fundamento

Es fundamental examinar esta institución a la luz de la función que cumple en el gobierno corporativo de las sociedades de capital en las que existen socios de control o *insiders*, que ostentan participaciones significativas individualmente y tienen la mayoría de los derechos de voto en la sociedad. En estos casos, los demás socios carecen de capacidad de influencia en la gestión social. De hecho, los socios de control pueden incluso utilizar su poder para extraer beneficios privados apropiándose de una proporción de los rendimientos de la sociedad superior a la que les pertenecería. El acceso de accionistas minoritarios permitiría vigilar la conducta de estos socios de control dominantes²¹. Precisamente este problema ha sido ya reconocido por la jurisprudencia. La SAP de Castellón de 15 de mayo de 2008 (JUR 2008, 310308) siguió la línea jurisprudencial marcada por Tribunal Supremo en STS de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1788) y calificó como abusivo el acuerdo adoptado de repartir hasta el 10 % de los beneficios entre los miembros del consejo²².

Para ejercitar el derecho de representación proporcional, es necesario que o bien los accionistas dispersos se organicen para designar a un consejero o bien se designe como consejero a un accionista que, no perteneciendo al núcleo de control, esté dispuesto a ejercer este papel. Con todo, es muy improbable que haya un inversor institucional que

²¹ ALFARO, J. “El derecho de representación proporcional: una comprensión económica de una institución peculiar”, en *Blog de Derecho Mercantil*, 22 febrero 2013. Consultado día 15 de febrero de 2014. <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2013/02/el-derecho-de-representacion.html> en relación a SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios”, en *Revista de derecho del mercado de valores*, nº. 12, 2013, pp. 9-52.

²² En torno a esta sentencia se pronuncia SÁEZ LACAVE, I., “Nombramiento y...”, *op. cit.* Señala que el mencionado acuerdo reflejaba “un claro propósito de desviación de beneficios sociales a favor de dicho grupo de accionistas, que en su conjunto eran mayoritarios, [...] pues si bien el demandante es el socio mayoritario con un 42,9% de participaciones, no lo es si unen los restantes sus participaciones en el momento de adoptar los acuerdos”.

quiera hacerlo porque este tipo de accionistas son reacios a implicarse en la gestión de las sociedades en las que invierten²³.

2.2. Ejercicio del derecho

Aquellos accionistas que pretendan ejercer su derecho de representación proporcional deben manifestar su voluntad de hacerlo con, al menos, cinco días de antelación a la celebración de la junta en primera convocatoria²⁴. Habrán de notificar al consejo la circunstancia de la agrupación y los datos de identificación de las acciones o de los valores representados mediante anotaciones en cuenta. La notificación puede también realizarse de manera anticipada en previsión de que queden vacantes en el consejo antes o durante la celebración de la junta. Esta previsión, recogida en el artículo 3º RD 821/1991²⁵ existe precisamente para proteger el derecho de los accionistas minoritarios. De hecho, bajo la legislación pre-vigente, que no incluía la posibilidad de agrupación anticipada, se veían privados de su derecho de acceso al consejo cuando las vacantes sucedían en los días próximos a la celebración de la junta o durante el desarrollo de la misma²⁶.

La institución del artículo 243 TRLSC no se refiere a un derecho de grupo²⁷. Al contrario, tal y como argumenta la SAP de Barcelona de 15 de enero de 2009 (AC 2009,

²³ SÁEZ LACAVE, I., “Nombramiento y...”, *op. cit.* La letrada señala que “esta línea argumental ensalza las virtudes de los socios mayoritarios” que prestan sus servicios de manera desinteresada. Además se entiende que el control del consejo por los socios mayoritarios genera cohesión unidad y estabilidad. Sin embargo, la letrada expone que no se tiene en cuenta que “la regla de la mayoría es también fuente de conflictos de intereses, porque genera beneficios privados a los socios de control a costa de los socios externos, que es justamente el problema esencial que se debiera combatir”.

²⁴ Ver Artículo 4 RD 821/1991, de 17 de mayo. Además, el acceso al consejo de un miembro nombrado por la minoría no tiene porqué generar desunión en el mismo. Tal y como expone SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 547, una vez nombrado, el consejero ha de considerarse como gestor de los intereses de todos los socios y no solamente de los de la agrupación que lo ha nombrado.

²⁵ Puesto que el artículo 243 del TRLSC es equivalente al 137 de la LSA, el Registro Mercantil ha entendido que el RD 821/1991 en materia de nombramiento de miembros del consejo de administración por el sistema de representación proporcional sigue siendo reglamentariamente aplicable. Si bien su vigencia ha suscitado dudas, la mayoría se ha manifestado a favor. Entre ellos, destacamos por ejemplo el pronunciamiento, recogido por el Consejo General del Notariado, de ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, notaria de Madrid, letrada adscrita a la DGRN y registradora en excedencia: “La necesidad de evitar vacíos normativos abona que pueda ser exigido el RD 821/1991”. Además, por citar un ejemplo la Res. DGRN de 23 de septiembre de 2013, sigue haciendo referencia al RD objeto de controversia y no mantiene que haya sido derogado.

²⁶ A este respecto, sintetiza de modo muy claro MARTÍNEZ SANZ, F., *Provisión de...*, *op. cit.*, p. 451.

²⁷ Respecto de la concepción del derecho de representación proporcional como derecho de grupo a la que hacíamos referencia, véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima”, en A.A.V.V., Uría, R., Menéndez. A., y Olivencia, M. (Dir.), *Comentario al*

276), un único accionista puede perfectamente ejercer el derecho de representación proporcional siempre que reúna el porcentaje de capital requerido. Anteriormente, la posibilidad de que un único socio constituyera una agrupación minoritaria con sus acciones, con el fin de nombrar a un consejero, se había discutido²⁸. Por otro lado, si concurrieran diversas agrupaciones, se habría de recurrir al artículo 5 RD 821/1991 de acuerdo con el cual, el orden de nombramientos se determinaría por el mayor valor nominal y en caso de que este fuera el mismo, por sorteo²⁹.

2.3.Regulación estatutaria

La libertad de agrupación debe prevalecer sobre una regulación estatutaria que la restrinja de manera rígida. La posibilidad de suprimir el derecho de representación proporcional por medio de disposición estatutaria quedó totalmente descartada por la STS de 27 de enero de 2005 (RJ 2005, 1883)³⁰. El Alto Tribunal afirmó que las previsiones estatutarias relativas a la representación proporcional reconocen un derecho directo de nombramiento de consejeros y hacen vinculantes para la junta las propuestas de grupos de acciones. Eso sí, las cláusulas recogidas en los estatutos no podrán excluir este derecho siempre y cuando se den los requisitos legalmente exigidos para su ejercicio y no quepa deducir que la agrupación ha renunciado al mismo³¹.

2.4.Acuerdos de reducción del número de consejeros o cambio de la estructura del órgano de administración

La experiencia de la aplicación del artículo 243 TRLSC demuestra que, con frecuencia, la eficacia del sistema ha sido fácilmente burlada reduciendo el número de consejeros o

Régimen legal de las sociedades mercantiles, tomo VI, Ed. Cívitas, Madrid, 1992, p. 395. Polo advierte en su exposición de las dificultades de esta concepción. También es de interés la exposición de SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, pp. 547-548 sobre el sistema de representación proporcional en funcionamiento pleno (si todos los accionistas se constituyen en grupos para designar a sus respectivos consejeros) o parcial.

²⁸ Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 548. Cita al respecto, la sentencia de la AP de Burgos de 28 febrero 2001 (AC 2001, 867).

²⁹ Sobre el orden por el que distintas agrupaciones acceden al consejo, SALELLES, J.R., “El Consejo de Administración: Artículo 243 LSC”, en *Comentario de...*, *op. cit.*, pp. 1744 y 1747. ; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 552 y MARTÍNEZ SANZ, F., *La representación proporcional de la minoría en el Consejo de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1992, p. 77.

³⁰ El TS se pronunció a favor de la línea que ya había seguido en su STS de 18 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1704).

³¹ Véase SALELLES, J.R., “El Consejo de Administración: Artículo 243”, *op. cit.*, p. 1744.

simplemente suprimiendo el consejo³². El TS afianzó como doctrina legal que la junta general podía proceder a la reducción del número de consejeros sin más exigencia que la de los requisitos previstos en la ley³³. Si bien ahora resultaría impensable que la junta pudiera suprimir este derecho, en años previos, el TS habría considerado válidos dichos acuerdos. Así lo estimó en STS de 2 de marzo de 1977 (RJ 1997, 853) y 10 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3622). En STS de 18 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1704) consideró inválido el acuerdo de la junta por el que se suprimía el derecho del artículo 243 TRLSC. Sin embargo, solo lo hizo porque el órgano social no contaba con los requisitos de quórum necesarios para adoptar el acuerdo.

La consolidación de esta vía jurisprudencial supuso, a mi parecer, el desconocimiento total de lo que implica para un grupo de accionistas minoritarios el acceder al consejo. Es más, considero que se estaba desconociendo la valoración del legislador. No podía ser de otra manera y finalmente la STS de 2 de julio de 2008 (RJ 2008, 4277) ha terminado por considerar estos mecanismos como un abuso de derecho.

3. LA COOPTACIÓN

Si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjeran vacantes sin que existieran suplentes³⁴, la cooptación permite que el consejo pueda designar accionistas para que las ocupen. Como decíamos, se trata de un sistema exclusivamente previsto para la SA. Bajo regulación previa la auto-integración sí se

³² Como decíamos anteriormente, si el órgano de administración se estructura como administrador único o administradores solidarios o mancomunados, no existe derecho de representación proporcional. Por ello, con el fin de burlar el sistema, se han intentado introducir modificaciones en este órgano que impidieran a los consejeros minoritarios acceder a él. Se realiza un análisis exhaustivo de estos mecanismos alternativos en SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 555.

³³ Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, 555. En relación con la sentencia de 2 de marzo de 1977 (RJ 1977,853) la doctrina ya argumentó que de las pruebas practicadas en el caso concreto, se deducía que la intención de los socios mayoritarios era privar de representación en el consejo a los accionistas minoritarios y de ahí la reducción del número de consejeros o la modificación de la organización de la administración. Por ello no se entendía que los mencionados acuerdos hubieran sido considerados lícitos. En relación con este tema, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Comentario a la Sentencia de 2 de marzo de 1977”, en *Revista de Derecho Privado*, 1977, pp. 291-296. Véase también, SEBASTIÁN QUETGLAS, R. “El órgano de administración de las sociedades de capital”, *op. cit.*, pp. 192, 193.

³⁴ Si hubiera administradores suplentes, estos lógicamente cubren las vacantes sin que haya lugar a la cooptación y sin que se requiera proceder a un nuevo nombramiento. En este sentido destacan las Res. de la DGRN de 4 de junio de 1999 (RJ 1999, 4194) y 25 de octubre de 2002 (RJ 1997, 17121). Véase URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La administración...”, *op. cit.*, p. 965.

consideraba aplicable a la SRL aunque en ningún caso a la sociedad comanditaria por acciones ni a la AIE³⁵.

3.1.Noción y fundamento

La cooptación apareció en el sistema legislativo español como una práctica estatutaria para la cobertura de vacantes del consejo con el fin de evitar interrupciones en su funcionamiento y promover la operatividad. Precisamente por la urgencia de completar las vacantes que se produzcan en un momento previo a la celebración de la junta, se ha previsto también la facultad de nombrar un suplente por cada miembro titular del consejo de administración³⁶.

3.2.Ejercicio de la facultad de cooptación y límites

La institución del artículo 244 TRLCS presenta dos límites fundamentales: El límite temporal y el límite subjetivo³⁷. En relación con la temporalidad, cabe decir que el cargo para el que el consejero cooptado ha sido nombrado es meramente provisional. De hecho, deberá ser ratificado por la primera junta de accionistas que se celebre bastando mayoría ordinaria. No obstante, nada impide que estatutariamente se establezca como requisito una mayoría reforzada superior a la ordinaria.

Por otro lado, como límite subjetivo a la institución se exige que el consejero nombrado sea accionista de la sociedad en cuestión. Dicha condición ha de producirse en el momento en el que se produce el nombramiento y no en el de la posterior aceptación³⁸. Nada impide, tampoco aquí, que se establezca una regulación estatutaria más escrupulosa hasta el punto de que tener la condición de accionista podría no ser suficiente si no se respetara la norma estatutaria.

³⁵ A este respecto MARTÍNEZ SANZ, F. La provisión... *op. cit.*, p. 471.

³⁶ En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 572. Por otro lado, destacar que como se explicará posteriormente, en el caso de los consejeros designados por el sistema de representación proporcional, se permite la designación de hasta 3 suplentes con el fin de preservar el interés de los socios minoritarios en acceder al consejo.

³⁷ Véanse ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “El Consejo de Administración: Artículo 244”, *op. cit.*, pp. 1761, 1762. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, pp. 581-582.

³⁸ Véanse ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La facultad de cooptación del Consejo de administración”, *Revista de Derecho Mercantil*, n^{os}.189-190, 1988, pp. 367-434. y POLO SANCHEZ, E., “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 422.

Debe quedar claro que la cooptación, no es en ningún caso una designación de un vocal del consejo por otro órgano distinto al que corresponde, que como sabemos es la junta social. No se puede entender como una delegación de funciones dado que, como decíamos, no cabe tal delegación. De ahí los requisitos a los que el legislador somete la facultad.

Anteriormente ya nos habíamos referido a los supuestos de acefalia. Se ha de decir que cuando estemos en uno de estos casos y el número de consejeros no sea suficiente para la válida constitución del órgano, la Res. DGRN de 14 de febrero de 1997 (RJ 1997, 857)³⁹ se opone a nuevos nombramientos por la esta vía del artículo 244 TRLSC.

3.3.Regulación estatutaria

En principio, la cooptación se entiende como un régimen dispositivo. Por ello se ha alegado que la libertad estatutaria para regular este sistema de acceso al consejo es amplia de modo que los estatutos podrían perfectamente contener disposiciones que o bien lo limitaran o bien lo exigieran⁴⁰. No obstante, el régimen del artículo 244 TRLSC se completa con los artículos 138, 139, 141 y 145 del RRM así como con los principios configuradores de la sociedad anónima. Por ello, dicha libertad estatutaria no es del todo cierta aunque algunos autores la defiendan. De hecho, todo pacto contrario a los requisitos reglamentarios vistos es difícilmente inscribible en el Registro Mercantil. Por ello, podría ser conveniente regular el funcionamiento de la institución mediante un pacto parasocial en todos aquellos aspectos que sean contrarios a los preceptos enumerados⁴¹.

Por otro lado si bien la supresión de la facultad de cooptación por vía estatutaria debe considerarse lícita, podría resultar problemática en las sociedades abiertas y en especial

³⁹ Dice la DGRN que el ejercicio de la facultad regulada en artículo 138 LSA (actualmente 244 TRLSC) requiere la previa existencia del consejo y su válida constitución con arreglo al mínimo legal determinado en la ley “a fin de evitar que por su medio se pueda llegar a constituir un consejo cuya composición desvirtúe la voluntad previamente manifestada al efecto por la junta”.

⁴⁰ En este sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 573. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Provisión de...*, *op. cit.*, pp. 413 y ss. Parten de la afirmación de que la regulación de la ley es esencialmente dispositiva.

⁴¹ Véase PLANA, A. “Nombramiento de administradores: El sistema de cooptación”, en *Blog Entre leyes y jurisprudencia*, 23 de diciembre 2012. Consultado día 27 de febrero de 2014. <http://aplanapaluzie.blogspot.com.es/2012/12/nombramiento-de-administradores-sistema.html>

en las cotizadas donde acudir a la junta general para cubrir las vacantes puede ser un requisito excesivamente estricto⁴².

4. RELACIÓN ENTRE LA COOPTACIÓN Y LA REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

La facultad legalmente reconocida al consejo en el artículo 244 TRLSC, y el derecho de las minorías del 243 de la misma ley parecen si no incompatibles, sí ciertamente difíciles de ensamblar. Dos son los potenciales problemas que hemos de estudiar. Primero, que habiéndose producido una vacante cualquiera en el consejo se cubra por cooptación antes de haberse ejercido el derecho de representación proporcional y segundo, que habiendo sido nombrado un consejero por medio del sistema de representación proporcional, quede vacante su puesto antes de la celebración de la junta general.

4.1. Interferencia de la cooptación sobre el derecho de representación proporcional al producirse una vacante cualquiera en el consejo

Con el fin de evitar que el consejero elegido por la minoría acceda a uno de los puestos del consejo por el método de representación proporcional, podría tratarse de cubrir la vacante mediante el sistema de cooptación. De esta manera, al no existir ya vacante, se impediría el acceso de los socios minoritarios⁴³.

En primer lugar, es necesario abordar la licitud del acuerdo de cooptación tras la notificación de que la minoría agrupada va a proceder a la designación de consejero. Parece que doctrinalmente, no cabe duda de que en los casos en los que las minorías hubieran ejercido la elección de un representante en un momento previo al de la cooptación, esta no podría vulnerar el derecho de las minorías⁴⁴. Por ello, la agrupación notificada a los administradores impide, con carácter general, el ejercicio de la

⁴² Véanse de nuevo SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 574 y MARTÍNEZ SANZ, F., *Provisión de...*, *op. cit.*, p. 423. Hacen referencia a otros autores.

⁴³ En relación con ambos casos véase MARTÍNEZ SANZ, F., *Provisión de...*, *op. cit.*, pp. 452-453.

⁴⁴ En la actualidad, a favor SEBASTIÁN QUETGLAS, R. “El órgano de...”, *op. cit.*, p. 193. y URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La administración...”, *op. cit.*, p. 965. Bajo regulación previa, MARTÍNEZ SANZ, F., *Provisión de...*, *op. cit.*, p. 451.

cooptación⁴⁵. No obstante, se podría argumentar en contra considerando que no existe suficiente respaldo legal para afirmar que el derecho de representación proporcional prevalece ante la cooptación.

Si la cooptación es anterior a la agrupación de acciones estaremos ante un supuesto más problemático. Tradicionalmente se entendía que el consejo podía auto-integrarse sin límite alguno. Es decir, la agrupación minoritaria posterior a la cobertura de la vacante por cooptación no tenía derecho alguno a no ser que el consejero cooptado no fuera ratificado en la junta dispuesta a tal efecto. No obstante, la jurisprudencia se ha pronunciado recientemente en contra de esta interpretación doctrinal tradicional. La SAP de Castellón de 15 de mayo de 2008 (JUR 2008, 310308) reproduce prácticamente la argumentación desplegada en la Sentencia de la misma Audiencia de 30 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 109796) referida a la misma sociedad. Estima que, en estos casos, es necesario que el/los accionista/s minoritario/s procedan a impugnar el acuerdo del consejo de administración por el que, en su caso, se cubrieron las vacantes⁴⁶.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, el consejo de la sociedad podría alegar que por haber cubierto ya la plaza por cooptación no existían vacantes en el consejo en el momento en el que se pretendió ejercer el derecho de representación proporcional. Por ello, no habría lugar al nombramiento de consejero minoritario si la agrupación de acciones no hubiera impugnado el acuerdo del consejo de administración por el que se cubría la vacante por cooptación.

⁴⁵ La doctrina y también la jurisprudencia han entendido que esta sería la única forma de proteger a las minorías identificadas y notificadas pero nunca a las abstractas.

⁴⁶ En el caso enjuiciado, el accionista ejerció su derecho de representación proporcional antes de que se celebrase la junta pero después de que el consejo hubiera cubierto las dos vacantes por cooptación. La Audiencia rechazó el recurso del accionista afirmando que en el momento de celebración de esa junta, ya no existían vacantes que pudieran ser cubiertas por el sistema proporcional dado que habían sido cubiertas por cooptación y explica que, en su momento, el accionista debería haber impugnado el acuerdo del consejo que cubrió dichas vacantes. En este sentido, véase SALELLES, J.R, “El Consejo de Administración: Artículo 243”, *op. cit.*, p. 1752.

4.2. Vacantes de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional

Por otro lado, si habiendo sido nombrado un consejero por medio del sistema de representación proporcional queda vacante su puesto antes de la celebración de la junta general, ¿es posible ejercer la cooptación?

El Real Decreto 821/1991 prevé un sistema para resolver el problema que aquí se plantea. El artículo 6 permite el nombramiento de hasta 3 suplentes para el caso de que el consejero nombrado dejara de formar parte del órgano de administración social. Si bien el nombramiento de suplentes resolvería sencillamente el problema, es un derecho facultativo que no siempre es ejercido. Volveríamos entonces al problema inicial⁴⁷. Existen varias posturas.

Por un lado, el RD 821/1991 no establece límite alguno a la cooptación⁴⁸. Además, se ha establecido un número fijo de suplentes. Por ende, podría entenderse que la voluntad del legislador es la de permitir la cooptación libre en el momento en el que no existan más suplentes o cuando no se haya querido designarlos. No obstante, de acuerdo con la postura contraria, la minoría agrupada podría proceder a un nombramiento directo en sustitución de su representante cuando no existieran suplentes.

La postura adoptada por la mayoría de la doctrina ha entendido que lo que el legislador pretendía era garantizar la conservación del derecho de la minoría pero no mediante el nombramiento directo. Estamos hablando de un derecho concebido para su ejercicio en la junta⁴⁹ y además, si lo que el legislador buscaba era el nombramiento directo, ¿cuál sería el porqué de la previsión de nombramiento de hasta tres suplentes? Se entiende que la cooptación podrá continuar siendo ejercida aunque el consejo deberá tener en cuenta el origen del consejero que causa la baja. Por ello, el consejo podrá ejercer la cooptación pero solo de entre los accionistas agrupados. No obstante, la minoría podría

⁴⁷ Véase MARTÍNEZ SÁNZ, F. *Provisión de...*, *op. cit.*, p. 455.

⁴⁸ Podría haberse dispuesto directamente el derecho a la ocupación de la vacante sin necesidad de la designación de suplentes o bien, subsidiariamente en el caso de que estos no fueran nombrados o se agotaran. Por otro lado, también podría haberse exigido imperativamente recurrir al sistema de suplencias.

⁴⁹ Se han de poner en relación los artículos 243 TRLSC y 5 RD 821/1991. Véase la opinión al respecto de MARTÍNEZ SÁNZ, F., *Provisión de...*, *op. cit.*, pp. 458-60.

elegir a un consejero en particular si la vacante coincidiera con la celebración de la junta general o se produjera poco antes de la misma⁵⁰.

Por otra parte, la mayoría de la doctrina ha considerado que, en cualquier caso, se requiere que los accionistas minoritarios ratifiquen el nombramiento en el momento posterior en que se celebre la junta. De hecho, dicha ratificación sería igualmente necesaria tanto si se considerara que el consejo puede designar libremente a cualquier accionista para suplir la vacante como si se restringiera su competencia pudiendo únicamente nombrar a uno de los accionistas agrupados.

La interpretación doctrinal es mucho más tolerante en este caso que en el anterior. Al haberse producido la vacante de un consejero nombrado por la minoría, vemos que no se exigiría ya la previa impugnación del acuerdo de cooptación. Bastaría con que la agrupación se negara a la ratificación. Para el sector doctrinal que apoya este enfoque, el derecho de las minorías debe prevalecer siempre frente a la cooptación⁵¹. En cualquier caso, esta perspectiva me resulta dudosa en tanto que si se quisiera exigir una mayoría cualificada mayor que la ordinaria para la ratificación, debería haberse previsto estatutariamente.

⁵⁰ En este sentido, MARTÍNEZ SÁNZ, F., *Provisión de...*, *op. cit.*, pp. 459-461.

⁵¹ Véanse SALELLES, J.R., “El consejo de Administración: Artículo 243”, *op. cit.*, p. 1753 y MARTÍNEZ SÁNZ, F., *Provisión de...*, *op. cit.*, p. 462.

EL CESE DE ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

1. CAUSAS DE CESE

El artículo 216 TRLSC regula el plazo para el que los administradores de la sociedad, tanto anónima como limitada, ejercerán su cargo. Para la SRL no se impone límite alguno salvo que los estatutos establezcan lo contrario. Sin embargo y sin perjuicio de la posibilidad de reelección, los administradores de la SA ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años. Se hace así ineludible la fijación de un plazo máximo de duración del cargo cuyo fundamento se halla en el deseo del legislador de someter periódicamente la reelección de los administradores a examen y aprobación por parte de la junta de socios⁵².

El plazo finalmente determinado en los estatutos debe ser el mismo para todos los administradores y en cualquier caso, la cláusula estatutaria será nula si establece un plazo superior a los mencionados seis años⁵³. La doctrina se refiere al cumplimiento del periodo para el que los administradores fueron designados como supuesto normal de cese.

Por otro lado, cabe la posibilidad de que los administradores sean reelegidos una o varias veces pero siempre por periodos de igual duración máxima (6 años). Además, la reelección es un acto de igual naturaleza jurídica que el nombramiento⁵⁴ en el que igualmente habrán de respetarse los requisitos generales de convocatoria, constitución, deliberación y régimen de mayorías en el seno de la junta social.

⁵² Es precisamente el mismo fundamento, de control del órgano de administración, el que hace necesaria la aprobación de la gestión social por la junta anualmente. Sobre la necesidad de determinar un plazo de duración, véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 121.

⁵³ La ley fija el periodo máximo de duración por años. Por ello se entiende que los estatutos deberán igualmente concretarlo por años no pudiendo fijar un plazo inferior al de un año. Así lo manifiestan SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 124. y VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I (vol. 1º), Ed. Bosh, Barcelona, 1991, p. 642. Por otro lado, ya se ha estudiado que en el caso de ejercer la facultad de cooptación que el plazo para el que serán designados los administradores será el periodo pendiente por cumplir de aquel cuya vacante se cubre. Al respecto, la Res. DGRN de 12 de abril de 2002 (RJ 2002, 8096).

⁵⁴ Recordar que se trata de un acto corporativo de la categoría de los acuerdos.

Dejando al margen el trascurso del periodo para el que fueron nombrados, es necesario identificar el resto de causas por las que se puede producir el cese de los administradores⁵⁵.

En primer lugar, encontramos el cese por medio de acto de la sociedad. Es decir, a) la junta acuerda el cese *ad nutum* o sin causa por la vía del artículo 223 TRLSC, b) se produce el cese *ad causam* por la vía del artículo 224 TRLS dado que o bien concurre alguna de las prohibiciones legales previstas en el TRLSC o en los estatutos o bien el administrador tiene intereses opuestos a los de la sociedad, c) se cesa al administrador a consecuencia del ejercicio de una acción de responsabilidad contra el mismo y d) se produce la disolución de la sociedad.

Por otro lado, también cabe que el cese se deba a causas fuera del control de la propia empresa como son la dimisión, la renuncia, el fallecimiento u otras como el ejercicio de una Oferta Pública de Adquisición. Finalmente encontramos el cese por decisión judicial o administrativa.

Debido al objetivo del presente trabajo, queda fuera de lugar proceder al tratamiento pormenorizado de todas y cada una de estas causas. Por su mayor interés, vamos a analizar los supuestos de cese por acto social. Dentro de estos, el cese por disolución de la sociedad también queda fuera del fin que busca este estudio.

2. CESE *AD NUTUM* y *AD CAUSAM* POR LA JUNTA DE SOCIOS

Tanto la libre revocabilidad o cese *ad nutum* como el cese del administrador extraordinario o *ad causam* se encuentran recogidos en el Capítulo III del Título VI del TRLSC. Concretamente en los artículos 223 y 224 TRLSC respectivamente.

2.1.Cese *ad nutum* ex artículo 223 TRLSC

El artículo 223 TRLSC permite que los administradores puedan ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día. De hecho, cualquier accionista puede solicitar la revocación en la junta sin necesidad de que dicha petición conste en el orden del día y sin expresar los motivos por los que solicita la destitución.

⁵⁵ Esta clasificación se ha obtenido de SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 133.

Esta institución adquiere perfecto sentido si se piensa que se justifica en la relación de confianza que subyace en la designación de los administradores por parte de los accionistas⁵⁶. Se ha de recordar que una de las funciones de este órgano es el ejercicio de los actos necesarios o convenientes para la consecución del objeto y fin social. Por tanto, no tendría sentido alguno que un administrador siguiera en el ejercicio de su cargo toda vez que la sociedad hubiera perdido su confianza en el mismo. Con este fundamento, el legislador otorga la posibilidad de acordar el cese a la junta sin necesidad de exponer causa alguna y sin que sea necesario que el administrador en cuestión concorra al acuerdo de cese⁵⁷. Por otro lado, el hecho de que no se exija justa causa no quiere decir que el acuerdo quede libre de toda motivación. Así lo ha manifestado la STS de 5 de junio 2006 (RJ 2006, 3068)⁵⁸.

El acuerdo de cese de los administradores, que como ya se ha dicho, habrá de ser adoptado en junta de accionistas, deberá cumplir con los requisitos ordinarios de mayoría. De hecho, serán nulas aquellas cláusulas que se enfrenten al principio de libre revocabilidad y exijan la concurrencia de una mayoría cualificada para el acuerdo de cese de los administradores. Ya la STS de 31 de mayo de 1957 (RJ 1957, 2188) estimó nula la cláusula que exigía el voto favorable del 80% de los accionistas para acordar la destitución de un administrador⁵⁹. Por otro lado, el Tribunal Supremo también ha rechazado las cláusulas estatutarias que supediten la separación de consejeros a la existencia de preaviso, justa causa o pago de indemnización⁶⁰. En relación con la SRL el

⁵⁶ Habrán de estimarse inválidas las cláusulas estatutarias que exijan la existencia de justa causa para acordar el cese de los administradores. En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 139. ; POLO SÁNCHEZ, E., “Los Administradores...”, *op. cit.*, p. 224. ; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los pactos de indemnización del administrador cesado”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 215, 1995, pp. 473-516. y GARRIGUES, J., *Comentario a...*, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁷ Véanse GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 223 LSC”, en *Comentario de...*, *op. cit.*, p. 1585. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 135. Tal y como expone Sánchez Calero, ya en 1986 lo manifestaba así LÓPEZ MEDRANO, F. *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Ed. Bosh, Barcelona, 1986, p. 118. Tanto el TS como la DGRN se han pronunciado en contra de la necesidad de que el administrador concorra al acuerdo. Veáanse SSTS de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4671), 5 de junio de 2006 (RJ 2006, 3068) y 16 de junio de 2006 (RJ 2006, 3734). También, la Res. DGRN 16 de febrero 1995 (1995, 1733).

⁵⁸ Así lo mantiene SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 143. Véase la STS de 5 de junio de 2006 (RJ 2006, 3068).

⁵⁹ La Res. DGRN de 19 de junio de 1992 (RJ 1992, 6037) deja patente que “el principio de libre revocabilidad queda comprometido por las cláusulas estatutarias que, al fijar quórum o mayorías superiores a las establecidas por la ley, dificulten directa o indirectamente el acuerdo de separación [...]”. En relación con estas cláusulas, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 138. recoge el parecer de otros muchos autores.

⁶⁰ Al respecto, GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 223 LSC”, *op. cit.*, p. 1587.

apartado dos del mencionado artículo 223 TRLSA sí permite que los estatutos puedan exigir una mayoría reforzada para el acuerdo de separación. No obstante, establece el límite en dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

En cuanto al quórum de constitución de la junta, bastará el quórum general del veinticinco por ciento en primera convocatoria. Aquí sí que cabría reforzar los requisitos y exigir una concurrencia mayor en virtud del artículo 193 TRSA. No obstante, este quórum reforzado habría de exigirse también con carácter general para la válida constitución de la junta. Lo que no se puede hacer es utilizar esta previsión legislativa para crear una discriminación no prevista por la ley de modo que el quórum necesario para tratar la separación de los administradores sea el previsto para los asuntos del artículo 194 TRLSA⁶¹.

Otra de las cuestiones que también ha requerido de interpretación por parte de la DGRN ha sido la posibilidad de nombrar a un nuevo consejero en la junta en la que se cesa al previo sin que ninguna de las dos decisiones esté determinada en el orden del día. El propio artículo 223 TRLSA indica que el cese de un administrador no debe estar especificado en el orden del día para que pueda acordarse. La segunda cuestión no queda delimitada en la ley por lo que en principio podría entenderse que no cabe el posterior nombramiento si no estuviera incluido en el orden del día. Sin embargo, la doctrina administrativa ha considerado innecesaria la mención no solo para los acuerdos de separación de los administradores sino también para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los mismos y el nombramiento de los que hayan de sustituir a aquellos⁶². Considera que el nombramiento ha de ser válido por razones de coherencia con la disciplina de cese y con el propósito de evitar que el órgano de administración quede paralizado⁶³.

⁶¹ Así lo han manifestado las Res. DGRN de 19 junio 1992 (RJ 1992, 6037) y 16 febrero 1995 (RJ 1995, 1733). Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 138.

⁶² Así lo señalan GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 223 LSA”, *op. cit.*, p. 1587. y URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La administración...”, *op. cit.*, p. 965.

⁶³ Recordar que precisamente este mismo propósito era el que fundamentaba la institución de la cooptación. Diversos pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos han puesto de manifiesto la importancia de la agilidad a la que hacemos referencia. Citamos al respecto, las Res. DGRN de 22 de julio de 2013 (RJ 2013, 6682) y 4 de junio de 1999 (RJ 1999, 4194) que admiten la procedencia del nombramiento del socio ausente cuando, con carácter supletorio, se haya nombrado un administrador para

2.2.Cese *ad causam* ex artículo 224 TRLSC

Además de la posibilidad de separación sin necesidad de justa causa que predica el artículo 223 TRLSC, el artículo 224 TRLSC distingue dos supuestos extraordinarios de cese *ad causam* para la sociedad anónima: El cese de administradores incurso en causa de prohibición y de aquellos con intereses opuestos a los de la sociedad.

Aunque algunos autores argumentan a favor de la aplicación de este artículo a la sociedad de responsabilidad limitada⁶⁴, la ley deja claro que se trata de un precepto de aplicación exclusiva a la sociedad anónima. En cualquier caso, debido a la posibilidad de libre revocabilidad recogida en la misma ley, en ningún caso se imposibilitaría el cese de los administradores de la SRL cuando la junta lo considerara necesario.

2.2.1. Separación de los administradores incurso en alguna prohibición legal

La ya derogada Ley de Sociedades Anónimas establecía en su artículo 132.1 que los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones del artículo 124 deberían ser inmediatamente destituidos por su conducta desleal a petición de cualquier accionista. Eso sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir conforme al artículo 133 de dicha ley. El actual artículo 224.1 TRLSC elimina la remisión expresa a la hora de delimitar las prohibiciones legales a las que se refiere. No obstante, dado que el artículo 213 TRLSC se titula “prohibiciones”, habrá de entenderse que sigue siendo en estos casos en los que procede acudir a esta vía.

También es este caso corresponde a la junta general dilucidar sobre la posibilidad del cese. No obstante, la doctrina se encuentra dividida en torno a si la necesidad de cesar al administrador en la junta es ineludible. De hecho, autores de gran relevancia han encontrado supuestos en los que han considerado el acuerdo innecesario⁶⁵. Por el contrario, otra parte de la doctrina ha sostenido que el acuerdo es inexcusable. Aunque

el caso de que el nombrado con carácter general no pudiera o no quisiera aceptar el cargo en el plazo de cinco días.

⁶⁴ Véase GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 224 LSC”, en *Comentario de..., op. cit.*, p. 1591.

⁶⁵ Por ejemplo GARRIGUES, J., *Comentario a..., op. cit.*, p. 220. y VICENT CHULIÁ *Compendio..., op. cit.*, p. 637. Por otro lado, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores..., op. cit.*, p. 156, coincide en que en algunos casos la junta no será necesaria pero se remite a un supuesto muy concreto: Los casos de declaración judicial como por ejemplo en el caso de declaración de concurso cuando se acuerde la suspensión de los administradores del ejercicio de su cargo.

la ley no se pronuncie al respecto, razonan que el “deberán” del apartado primero del artículo 224 TRLSC puede considerarse suficiente para suponer ilícita la omisión de este requerimiento. Consideran que la falta de referencia al acuerdo de la junta busca, tan solo, hacer entender que basta la petición de cualquier socio para convocarla sin necesidad de que represente porcentaje alguno del capital social. Bastará que el accionista que ejercita la petición esté en posesión de una sola acción⁶⁶.

Además, este “deberán” ha suscitado otros problemas. Y es que se ha considerado que no solo obliga a la convocatoria sino que una vez convocada la junta no cabe acuerdo en contrario pues la ley compele al cese. De hecho, de no ser así, se debería solicitar el cese ante el juez y el acuerdo de la junta por el que no se cesa al administrador sería declarado nulo⁶⁷.

Por otro lado, también se ha entendido que la petición previa del accionista ni siquiera resulta necesaria⁶⁸. Igual que sucedía con el cese *ad nutum*, debe entenderse que la petición puede hacerse y el acuerdo adoptarse a lo largo del curso de la junta aun cuando no consten en el orden del día⁶⁹. No obstante, en caso de petición, el accionista aislado podría acudir al juez si órgano de administración no procediera a la convocatoria⁷⁰.

2.2.2. Cese de administradores con intereses opuestos a los de la sociedad

El segundo supuesto extraordinario de separación de administradores se refiere a aquellos que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad⁷¹. Para comprender este precepto, es necesario valorarlo conjuntamente con los deberes de

⁶⁶ De esta opinión son GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 224 LSC”, *op. cit.*, p. 1591. y POLO SÁNCHEZ, E., “Los Administradores...”, *op. cit.*, p. 257.

⁶⁷ En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 156 y GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 224 LSC”, *op. cit.*, p. 1592.

⁶⁸ Véanse GARRIGUES, *Comentario a...*, *op. cit.*, p. 221. y POLO SÁNCHEZ, E., “Los Administradores...”, *op. cit.*, p. 256.

⁶⁹ En este sentido, la Res. DGRN de 26 de julio de 1996 (RJ 1996, 5621).

⁷⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 156.

⁷¹ Algunos autores han puesto de manifiesto la difícil interpretación del artículo 224.2 TRLSC. La ley no habla de deber de separación en caso de conflicto, pero, sin embargo, introduce el cese de administradores con intereses opuestos a los de la sociedad como supuesto de revocación extraordinaria cuando realmente el acuerdo de separación no diferirá del adoptado por vía del artículo 223 TRLSC. Tampoco el artículo 230.3 LSC, al que luego se hará exhaustiva referencia, habla de obligación de cese. Por esto, es preciso preguntarse expresamente cómo se articula la revocación ordinaria ex art. 223 TRLSC con la revocación extraordinaria ex art. 224. 2 TRLSC.

lealtad y fidelidad que nos van a servir de base para establecer el fundamento de la norma.

Esta institución puede comprenderse como un precepto en defensa del interés social. Fundamentado en los deberes de fidelidad y lealtad, trata de evitar los posibles conflictos de interés entre la sociedad y sus administradores permitiendo separar a los que se hallen en tal situación⁷². La SAP de Vizcaya de 20 de enero de 2012 (AC 2012, 288) se refiere precisamente a esto y sostiene que:

en contraste con la facultad de separación *ad nutum* que consagra el art. 131 de la LSA, el cese de los administradores por causa de incompatibilidad, concretada en la oposición de intereses con la sociedad, se configura por el art. 132.2 no ya como un derecho potestativo de la mayoría, sino más bien como un medio de defensa del interés social que la Ley concede a la propia sociedad, representada por su órgano supremo, la junta general de accionistas, que a petición de cualquier socio deberá decidir si el conflicto de intereses existe, y adoptar el acuerdo consecuente⁷³.

El conflicto detectado podrá ser permanente u ocasional. Durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas, buena parte de la doctrina coincidía al afirmar que el citado conflicto había de tener una cierta permanencia y no estar referido solo a un determinado acto⁷⁴. Sin embargo, con la promulgación del TRLSC se ha entendido que el precepto incluye ambos tipos de conflicto⁷⁵. Esta inclusión del conflicto ocasional se entiende razonable si atendemos a la lógica de la institución, pues es evidente que el

⁷² En este sentido se manifiestan SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 157. y GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuesto y ámbito de aplicación)*, Real Colegio de España, Bolonia, 2003, pp. 193-194. Véase también GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 224 LSC”, *op. cit.*, p. 1594.

⁷³ Los artículos 131 y 132 LSA se referían al cese *ad nutum* y *ad causam* de administradores que como sabemos se encuentran regulados actualmente en los artículos 223 y 224 TRLSC.

⁷⁴ Bajo la vigencia de la LSA, a favor de la necesidad de que el conflicto sea permanente, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p.160. Véase también ALCALÁ DÍAZ, M.A., “El deber de fidelidad de los administradores: El conflicto de interés administrador-sociedad”, en A.A.V.V., Esteban Velasco, G. (Dir.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. Marcial Pons-Garrigues & Andersen, Madrid, 1999, p.445. Por otro lado, en contra de la necesidad de permanencia, PORTELLANO, DÍEZ, P., *El deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Ed. Cívitas, Madrid, 1996, p. 114 y GALLEGO LARUBIA, J., *Prohibición de...*, *op. cit.*, pp. 193-194.

⁷⁵ Véase GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 224 LSC”, *op. cit.*, p.1596. La autora establece que el hecho de que bajo la anterior regulación de la LSA el conflicto se entendiera de carácter permanente se debía a que el artículo 132 regulaba conjuntamente los conflictos de interés y la prohibición de competencia. Sin embargo, el TRLSC ha trasladado esta última al artículo 230, disciplinándolo junto a los conflictos esporádicos y ha dejado el cese por intereses opuestos en el capítulo dedicado al estatuto general de los administradores.

cese de administradores responde a una situación de extrema gravedad que no puede ser salvada de ninguna otra manera. Si no fuera así, no procedería acordar el cese⁷⁶.

La ley vuelve a conferir a la junta general la facultad de deliberar y decidir sobre el cese, permitiendo también que cualquier socio sin requerimiento mínimo de capital pueda solicitar que la junta lo haga. Ahora bien, en este caso la solicitud del socio no es un presupuesto necesario por lo que la junta también podrá proceder a valorar la situación a petición del órgano de administración. Por otro lado, se ha planteado la duda de si la junta puede aquí decidir de oficio en caso de que el aspecto no cuenta entre los puntos del orden del día. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, ha concluido en sentido afirmativo⁷⁷. En cuanto a la obligación de la junta de deliberar sobre el tema cuando un socio lo haya planteado, entendemos que si no lo hace deberá procederse del mismo modo que cuando se abstiene de valorar uno de los puntos del día⁷⁸.

Una vez valorado el conflicto, la junta puede adoptar distintas posturas. En caso de no apreciar la existencia de conflicto de interés, podría acordar el cese del administrador por la vía ordinaria del artículo 223 TRLSC o bien concluir que no procede cese alguno. En caso de apreciar la existencia de conflicto, deberá valorar si lo considera de entidad suficiente como para considerarlo incompatible con la continuación en el cargo. En este caso, la doctrina y la jurisprudencia consideran que la junta puede optar por cualquiera de las opciones y acordar discrecionalmente el cese o no del administrador en cuestión⁷⁹. No obstante, si se apreciara una valoración incorrecta del conflicto, el acuerdo podría ser impugnado no por cuestiones de fondo pero sí conforme al artículo

⁷⁶ Por ejemplo si estuviéramos ante un conflicto meramente ocasional que pudiera ser salvado sin cesar al administrador en cuestión. En cualquier caso, los conflictos ocasionales deberán ser de extrema entidad para poder utilizarse como causa extraordinaria de cese.

⁷⁷ Véanse SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p.164. y POLO, SÁNCHEZ, E., “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 274-275.

⁷⁸ Es decir, “el Presidente, tiene la obligación de plantear el asunto a la junta general para que delibere y adopte el correspondiente acuerdo, so pena de incurrir en responsabilidad” SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 164. Véase también URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y MUÑOZ-PLANAS, J.M., “La junta general...”, *op. cit.*, pp. 227-228.

⁷⁹ Ni siquiera en caso de que se apreciara la existencia de conflicto de interés, la ley impone a la junta la obligación de destitución. Lo que se deberá hacer en todo caso es valorar si la destitución es la opción más adecuada. Así lo expresa la STS de 28 junio de 1982 (RJ 1982, 3445). Véanse SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 165 ; POLO, SÁNCHEZ, E., “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 269. y GALLEGU, E., “Los Administradores: Artículo 218 LSC”, en *Comentario de... op. cit.*, p. 1559.

204 TRLSC alegando lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros⁸⁰.

Parece preciso referirse ahora a los deberes de los administradores. En especial, al deber de abstención que obliga al administrador a no involucrarse en aquellas actividades que entren en conflicto con el interés social. Se trata de un deber que, a su vez, puede disgregarse en dos obligaciones. La de no intervenir en caso de conflicto de interés y la de comunicar a la sociedad las participaciones y cargos en sociedades competidoras o de competencia.

Los deberes de lealtad y fidelidad impuestos a los administradores les impiden que puedan defender intereses diferentes al social. El TRLSC se refiere a los conflictos de interés en el artículo 224.2 y 229. Por su parte, el artículo 230 de la misma ley se refiere a la prohibición de competencia. Tradicionalmente, no existía regulación exhaustiva acerca de estos conflictos. Tan solo encontrábamos lo relativo al cese *ad causam*. Los informes OLIVENCIA y ALDAMA sobre gobierno corporativo se hicieron eco de esta carencia y denunciaron que los conflictos de interés eran uno de los aspectos más descuidados de nuestra regulación⁸¹.

Siguiendo lo señalado en estos informes, se regularon una serie de obligaciones a los administradores en conflicto. Actualmente se encuentran contenidas en los apartados 1,2 y 3 del artículo 229 TRLSC. En primer lugar, se regula el deber de comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único a la junta general, cualquier situación de conflicto, ya sea directo o indirecto. En segundo lugar, la obligación más obvia constriñe a abstenerse de participar en los acuerdos que suponen dicho conflicto. Por último, los administradores también habrán de comunicar la participación tanto directa como indirecta en sociedades con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social así como los cargos o las funciones que en ellas ejerzan.

⁸⁰ Véanse SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, pp. 164 y GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 224 LSC”, *op. cit.*, p. 1599. La STS de 9 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6608) declaró nulo el acuerdo de la junta que destituía a un administrador por ocupar el mismo puesto en una sociedad competidora y designaba en su lugar a su esposa.

⁸¹ Refiriéndose a la regulación previa, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Los Deberes y...*, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

Cabe que una vez comunicada la situación de conflicto, se autorice. Sin embargo, en defecto de autorización no solo cabrá el cese del administrador sino que también puede generar su responsabilidad. En ese caso habría de indemnizar a la sociedad por los daños y perjuicios causados. Entre los perjuicios causados destaca la atribución de beneficios, que será remediada mediante una acción de enriquecimiento injustificado. El artículo 288 C. de com., referido al factor, impone a este la obligación de trasladar al principal los beneficios obtenidos en la ejecución de los negocios prohibidos por este mismo artículo cuando no hubiere autorización. Cabría pensar que esta atribución de la gestión beneficiosa al patrimonio del principal, puede ser aplicada a otros supuestos de incumplimiento del deber de lealtad. De hecho, el TS ha concedido el enriquecimiento injustificado no solo por el empobrecimiento del demandante sino también por la pérdida de un lucro cierto y positivo. No obstante, se exige en todo caso probar la existencia de nexo causal, que muchas veces será imposible de acreditar⁸².

3. CESE A CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad de los administradores nace cuando, habiendo infringido sus deberes, ocasionan un daño que recae directamente sobre el patrimonio social e indirecta o directamente sobre el de socios o terceros⁸³. La acción social de responsabilidad surgirá en el primero de los casos y, de acuerdo con el artículo 238.3 TRLSC, el mero acuerdo de promover la acción de responsabilidad o de transigir en la misma determinará la destitución de los administradores afectados.

Exigir la responsabilidad a un administrador o en su caso reconocerla produce de algún modo una quiebra de la confianza que sustenta la relación entre la sociedad y los administradores. Por ende, el fundamento que justifica este modo de separación es el mismo que justificaba tanto el cese *ad nutum* como el *ad causam*. El legislador, al establecer la expresión “determinará la destitución”, quiere predicar el automatismo de esta institución. Por ello, no se requerirá acuerdo ulterior a efectos de cesar al

⁸² Véase GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 224 LSC”, *op. cit.*, pp. 1602-1603.

⁸³ No procede aquí realizar un tratamiento exhaustivo acerca de la responsabilidad de los administradores. Para mayor exhaustividad sobre la acción social e individual de responsabilidad, Véase SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 31ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008 pp. 492 y ss. También, QUIJANO, J. “La responsabilidad de los administradores: Art. 238 TRLSC” en *Comentario de...*, *op. cit.*, pp. 1708 y ss.

administrador. No obstante, no parece que se trate de un efecto tan esencial que no pueda ni excluirse mediante acuerdo expreso en contrario ni condicionarse por ejemplo a la posterior admisión de la demanda⁸⁴.

La destitución afectará exclusivamente a los perjudicados por el ejercicio de la acción social. No afectará por tanto a los suplentes que para estos se hubieran previsto ni tampoco al resto de miembros del órgano de administración. No obstante, la junta podría proceder al cese de los mismos conforme al artículo 223 TRLSC si así lo considerara necesario. En el caso de que la junta decidiese no exigir responsabilidad, no cabrá el cese automático del que hablamos. Tampoco cabría si los socios o terceros afectados decidieran entablar la acción individual de responsabilidad prevista en el artículo 241 TRLSC.

4. CESE DE ADMINISTRADORES: CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

Una de las cuestiones tradicionalmente discutidas respecto al derecho de representación proporcional se refiere al mecanismo de separación de los administradores nombrados por la minoría agrupada. En numerosas ocasiones, tanto doctrina como jurisprudencia han considerado que permitir la revocación *ad nutum* de los consejeros que han accedido a su cargo por representación proporcional podría resultar abusivo⁸⁵. En este epígrafe se van a analizar las propuestas más novedosas para ver cómo la jurisprudencia ha dado un giro a la interpretación que tradicionalmente se ha hecho de este derecho.

4.1.Límites del derecho de representación proporcional conforme a las recomendaciones de buen gobierno corporativo

A consecuencia de las sentencias más recientes, se han planteado una serie de cuestiones relacionadas con los límites materiales y formales del derecho de representación proporcional. De este modo, mientras una parte de la doctrina articula la necesidad de reforzar la protección de los consejeros minoritarios, la otra parte se

⁸⁴ QUIJANO, J. La responsabilidad de los administradores: Art. 238 TRLSC”, *op. cit.* p. 1714.

⁸⁵ A este respecto, URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La administración...”, *op. cit.*, p. 965 “la libre revocabilidad de los administradores por la junta general encontraría un límite frente a los nombrados por los grupos minoritarios [...] Si la mayoría pudiese destituir o separar *ad nutum* a esos administradores, el sistema de representación proporcional podría ser fácilmente burlado”.

pronuncia en sentido contrario. Sostiene que, lejos de constituir un sistema de protección útil, el derecho de representación proporcional aparece como un mecanismo perturbador y desestabilizador del funcionamiento de la sociedad anónima⁸⁶.

4.1.1. Límites formales

Sin ánimo exhaustivo respecto de la conveniencia o no de mantener el derecho de representación proporcional, parte de la doctrina ha afirmado que la regulación incurre fundamentalmente en dos incoherencias respecto de su ejercicio en sede de la sociedad cotizada. En primer lugar, se ha hecho referencia a la limitación de este derecho a las situaciones en las que haya vacantes en el consejo. Por otro lado, la configuración como derecho automático o directo sin intervención ni de la junta ni del consejo⁸⁷ también ha sido objeto de crítica⁸⁸.

Respecto del primer aspecto, se ha argumentado que el sistema de representación proporcional debería constituirse como un mecanismo que garantice la representación de los accionistas significativos en el órgano de administración en todo momento. A este respecto, se ha recurrido al Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (a partir de ahora, CUBG) y a su exposición en torno a los consejeros dominicales⁸⁹. Tanto los informes OLIVENCIA y ALDAMA como el CUBG recomiendan favorecer la presencia de consejeros no ejecutivos (como los dominicales) junto con los ejecutivos o internos. Argumentan que fomentar la diversidad en sede del consejo es fundamental para obtener el equilibrio de los intereses plurales de los accionistas. Por ello, dicha diversidad no debería quedar supeditada a la existencia o no de vacantes si no, únicamente, a la agrupación de un determinado porcentaje de capital⁹⁰.

⁸⁶ Véase IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos de interés del socio: Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 169. A favor de una mayor protección del accionista minoritario, SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y...”, *op. cit.*

⁸⁷ Es cierto que el nombramiento de consejeros minoritarios se produce en el seno de la junta de accionistas pero se impide que esta pueda pronunciarse en torno a la idoneidad o no del candidato.

⁸⁸ Así lo expone IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos...*, *op. cit.*, pp. 169 y ss.

⁸⁹ En el apartado III, “Definiciones” del CUBG, se define consejero dominical como aquel que representa a un accionista significativo, por haber sido nombrado en ejercicio del derecho de representación.

⁹⁰ Ver, IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos...*, *op. cit.*, p. 170. A este respecto también, MATEU DE ROS, R., “Los accionistas significativos de la SA cotizada: Pactos parasociales, derechos políticos y principio de igualdad de trato”, Centro de Gobierno Corporativo, 2010, p. 45 y MATEU DE ROS, R.,

Respecto de la segunda incoherencia, se ha argumentado que la configuración del sistema de representación proporcional como un derecho automático, es contraria a las recomendaciones del CUBG y a los sistemas de gobierno corporativo establecidos por las distintas sociedades⁹¹. Y es que, la recomendación número 27 del CUBG establece que se ha de velar porque las propuestas de los accionistas recaigan sobre candidatos idóneos y de reconocida solvencia, competencia y experiencia. En consecuencia, la mayoría de la doctrina no entiende que el sistema de representación proporcional siga previsto del modo en el que queda establecido en el artículo 243 TRLSC y aboga por la sujeción del mismo a determinados límites.

4.1.2. Límites materiales

Conforme a las recomendaciones de buen gobierno corporativo, la situación de conflicto de interés estructural entre la sociedad y el accionista aparece como un límite material al derecho del que estamos hablando. Siguiendo esta interpretación, el accionista promotor del nombramiento no podría encontrarse en situación de conflicto de interés estructural con la sociedad. De hecho, bastaría con recurrir al artículo 224 TRLSC conforme al que dicho conflicto sería un justo motivo de cese⁹². Por lo tanto, podríamos decir que conforme a esta interpretación, a pesar del derecho e interés legítimo del accionista competidor en acceder al órgano de administración, este cedería ante el interés de la sociedad.

Como decíamos, el CUBG distingue entre consejeros dominicales e independientes y deja patente la necesidad de un órgano de administración heterogéneo. Considera que el consejero dominical queda vinculado y orientado exclusivamente por el interés social y no el de la minoría que lo ha nombrado. Sin embargo, doctrinalmente y últimamente también jurisprudencialmente⁹³, se ha entendido que si el ejercicio del derecho de la minoría está dirigido por un interés incompatible con el social, la actuación del

“Los consejeros dominicales y el gobierno de la empresa”, en *Universia Business Review*, nº16, cuarto trimestre 2007, p.10-21.

⁹¹ La mayoría de las sociedades cotizadas disponen de Una Comisión de Nombramientos y Retribuciones con competencia directa en el nombramiento de los consejeros. Véase al respecto IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos...*, *op. cit.*, p. 171 y su referencia al Sistema de Gobierno Corporativo de Iberdrola S.A.

⁹² Así lo manifiestan IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos...*, *op. cit.*, pp. 172 y ss. ; SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y...”, *op. cit.* y ALONSO LEDESMA, C., “De nuevo sobre la separación de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional por apreciar la existencia de conflicto de intereses del accionista al que están vinculados”, en *Diario La Ley*, nº 7605, 2011 p. 2 y ss.

⁹³ Véanse SSAP Vizcaya 20 enero 2012 (AC 2012, 288) y Barcelona 14 diciembre 2005 (AC 2007, 12).

consejero se orientará no a la satisfacción del interés social sino del de la minoría dominical que lo ha nombrado⁹⁴.

4.2.Cese de un miembro del consejo de administración nombrado por el sistema de representación proporcional

Se va a proceder ahora al análisis de la regla de remoción *ad nutum* del artículo 223 TRLSC en contraposición con la remoción *ad causam* ex artículo 224 TRLSC a la luz del derecho de representación proporcional. En numerosas ocasiones, doctrina y jurisprudencia han considerado que permitir la revocación *ad nutum* de los consejeros que han accedido a su cargo por representación proporcional podría resultar abusiva⁹⁵. No obstante, de la opinión contraria fue la SAP de Barcelona de 12 junio de 2006⁹⁶ (AC 2006, 848) (caso Acciona Vs FCC), que muchos otros pronunciamientos judiciales tomarían posteriormente como referencia⁹⁷.

Esta imposibilidad de utilizar la vía del artículo 223 TRLSC habría justificado tradicionalmente el paso a la remoción *ad causam* conforme al artículo 224 TRLSC. Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina⁹⁸ más actuales se han manifestado en contra de que la junta solo pueda acordar la destitución cuando medie justa causa. A este respecto, es esencial citar la vía que ha seguido el Tribunal Supremo desde su STS de 2 de julio de 2008 (RJ 2008, 4277). Ha establecido que “tanto los administradores nombrados por la mayoría como los nombrados mediante el sistema de representación proporcional pueden ser destituidos *ad nutum*, con el solo sometimiento a los límites generales del

⁹⁴ Entre otros, IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos...*, op cit., pp. 175-176. ; SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y...” op. cit. y SALELLES J.R., “El Consejo de Administración: Art. 243”, op. cit., p. 1750.

⁹⁵ A este respecto ya veíamos que de acuerdo con URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La administración...”, op. cit., p. 965. “la libre revocabilidad de los administradores por la junta general encontraría un límite frente a los nombrados por los grupos minoritarios en el uso de la facultad de representación proporcional. Si la mayoría pudiese separarlos *ad nutum*, el sistema de representación proporcional podría ser fácilmente burlado”.

⁹⁶ La Audiencia considera que “la facultad de la junta general de separar *ad nutum* a los administradores, encuentra un límite en el derecho de representación proporcional de las minorías pero no excluye que puedan ser separados mediando justa causa ex art. 137 LSA (actualmente 224 TRLSC)”.

⁹⁷ Por ejemplo, la AP de Vizcaya en sentencia de fecha 20 de enero de 2012 (AC 2012, 288).

⁹⁸ Véanse SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y...”, op. cit. y SALELLES, J., “El Consejo de Administración: Art. 243”, op. cit., pp. 1751. Sáez Lacave señala que “si las restricciones que afectan a la capacidad de los administradores se aplican con independencia del régimen de nombramiento, la intervención de la junta para acordar su cese no debe presentar especialidad alguna hayan o no hayan sido nombrados por el sistema de representación proporcional”.

ejercicio de cualquier derecho”. De este modo ha dado vía libre para que el mecanismo de la revocación ordinaria o sin causa esté a disposición de la mayoría para cesar a los consejeros minoritarios⁹⁹, con tal de que la revocación no sea abusiva o contraria a la buena fe¹⁰⁰. Y es que, “la exigencia de obrar conforme a la buena fe obliga a la mayoría destituyente a remover cualquier suspicacia que pudiera invitar a pensar que el objetivo final es frustrar el derecho de la minoría de nombrar sus representantes”.

Todo ejercicio de la facultad de cese cuando el propósito fuera el de perjudicar a otros socios sería contrario a la buena fe. También lo sería el cese acordado con una total y arbitraria desconsideración de las razones e intereses de la minoría que lo nombró. Por eso, el Tribunal Supremo ha matizado su posición en su STS de 24 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 572)¹⁰¹. Ha considerado la alegación de una causa no probada conforme al artículo 224 TRLSC, ejercicio abusivo de la revocación ordinaria. Esta necesidad de alegar justa causa probada podría eludirse simplemente utilizando el método ordinario de libre revocabilidad. Por ello nos preguntamos por qué razón el Tribunal Supremo ha considerado ejercicio abusivo la alegación de una causa no probada y sin embargo, no ha introducido impedimentos al cese por la vía ordinaria del artículo 223 LSC¹⁰².

En primer lugar, se ha de tener en cuenta que tal y como se deriva de la ley (art. 223 y 224 TRLSC) si es un socio el que solicita la separación del administrador, dicha

⁹⁹ No obstante, la STS de 11 de diciembre de 2012 (RJ 8999, 2012) también resulta de interés al exigir que el cese no comporte en ningún caso un ejercicio arbitrario e inmotivado de la vía *ad nutum*. “aunque no se impide a la mayoría que cese a los nombrados por la minoría sin necesidad de que concurra causa legal de separación, no se permite un ejercicio arbitrario e inmotivado de tal facultad, ya que el derecho de la minoría y sus facultades de control del órgano de administración quedarían sin contenido”.

¹⁰⁰ A favor de esta nueva corriente doctrinal y jurisprudencial que permite tanto el cese *ad nutum* como *ad causam* de los consejeros nombrados por la minoría, entre otros, SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y...”, *op. cit.* ; IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos... op. cit.*, p. 181 y PETIT LAVALL, M.V. “Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima”, en *Diario La Ley*, nº 7882, vol. 3, 2012, pp. 1422-1432. Todos ellos, Sostienen la conformidad de esta doble vía con la ley al tratar de hacer prevalecer el interés social. Afirman que la posibilidad del cese *ad nutum*, aparece de nuevo, como una vía para exigir a los administradores la realización, en todo momento, del interés social del que constantemente estamos hablando.

¹⁰¹ Comentan esta sentencia SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y...”, *op. cit.* e IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos... op. cit.*, pp. 181 y ss.

¹⁰² Véase cómo trata de resolver esta cuestión SÁEZ LACAVE, M.I. “Nombramiento y...”, *op. cit.* En otro sentido, IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos... op. cit.*, pp. 187-189. que encabeza su exposición bajo la convicción de que no es preciso tratar de buscar el ensamblaje entre la separación ordinaria o *ad nutum* y la extraordinaria o *ad causam* y a partir de ahí trata de indagar en la especialidad de cada regla. Concluye que “si bien la alegación de justa causa quedaría subsumida en el principio de libre destitución, se trata de dos caminos diferentes que no es preciso ensamblar”.

solicitud solo será legítima si acredita la existencia de intereses opuestos a los de la sociedad. Por otro lado, “el reproche de deslealtad contra el administrador constituye la primera pieza de la doctrina del competidor, lo que permitirá invalidar el derecho de la minoría agrupada y que el nombramiento de las vacantes competa a la mayoría”¹⁰³. Por eso, de modo más controvertido se ha alegado que si el objetivo final no es simplemente cesar a los consejeros minoritarios sino impedir que los suplentes los sucedan o que sus vacantes no sean cubiertas por representación proporcional, se deberá alegar justa causa probada para su cese y proceder conforme al artículo 224 TRLSC.

Para explicar lo anterior es preciso recordar que si el consejero (sociedad 1) nombrado por el sistema de representación proporcional es administrador además, de otra sociedad (sociedad 2) en competencia directa con la sociedad 1 cabría recurrir al artículo 230 TRLSC. Este precepto impide que los administradores puedan dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad. Cuando el administrador tiene intereses opuestos a los de la sociedad está trasgrediendo el interés social. Sin embargo, si se habla de socios y no ya de administradores, los socios minoritarios con intereses extra-societarios pueden ser socios y no pueden ser separados o excluidos por ello. El problema aparece, por tanto, cuando el conflicto de intereses no es personal ni originario del administrador, sino derivado de quien lo nombra¹⁰⁴.

De acuerdo con la doctrina del competidor, si un socio minoritario con intereses opuestos a los de la sociedad tuviera poder para interferir en la administración a través de un representante en el consejo, se correría el mismo riesgo de contravenir el interés social que se trata de evitar con el mecanismo del cese extraordinario de los administradores. Por ello, se ha argumentado que si se demostrara que la deslealtad del consejero nombrado por la minoría procede no del propio consejero sino del accionista

¹⁰³ Véase SÁEZ LACAVE, M.I. “Nombramiento y...”, *op. cit.*

¹⁰⁴ Véase SÁNCHEZ CALERO, F. *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 169. A este respecto, explica que “La referencia de la Ley a personas’ que de cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad ha querido referirse tanto a los administradores, como a las otras personas por cuya cuenta actúen”.

o accionistas que lo nombraron, podría negarse la posibilidad de que la agrupación en cuestión pudiera ejercer de nuevo del derecho de representación proporcional¹⁰⁵.

Si ponemos en relación el pronunciamiento del TS de 24 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 572) y la interpretación a la que estamos haciendo referencia, los que pretendan destituir a consejeros minoritarios no deberán caer en la tentación de alegar causa alguna a no ser que puedan probarla. Si se alegara y el tribunal negara su existencia no solo no se podría invalidar el derecho de representación proporcional para nombrar a un futuro consejero sino que ni siquiera se podría destituir al administrador objeto del pleito¹⁰⁶.

Por otro lado, la SAP de Barcelona de fecha 12 junio de 2006 (AC 2006, 848)¹⁰⁷ se ha pronunciado expresamente a favor de los argumentos que aporta la doctrina del competidor. Ya en diciembre de 2004, el registrador mercantil de Barcelona Don Heliodoro Sánchez Rus se negaba a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales. Se trataba del nombramiento como consejero de Acciona S.A. del candidato propuesto por su accionista Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (FCC). El registrador mercantil alegó ver inmerso al administrador en un conflicto de interés. Sin embargo el día 14 de diciembre de 2004 la DGRN (RJ 2005, 4010) estimaba los recursos gubernativos interpuestos por FCC y por el notario Don Valerio Pérez de Madrid alegando extralimitación del registrador en su competencia y dejaba el caso en manos de la Audiencia.

El 12 de junio de 2006, la AP de Barcelona dictaba sentencia (AC 2006, 848) a favor de la inspiración del registrador mercantil manteniéndose en contra de la intención de Fomento de Construcciones y Contratas de entrar en el consejo de su competidora Acciona. La Audiencia hace referencia expresa al conflicto de la compañía FCC como accionista de Acciona y no solo al del administrador propuesto por esta en ejercicio de su derecho de representación proporcional. Precisamente, la vinculación que esta

¹⁰⁵ Así lo considera SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y...”, *op. cit.* Cita precisamente al respecto la argumentación que hace la SAP de Barcelona de 12 junio de 2006 (AC 2006, 848).

¹⁰⁶ Cfr. con la opinión de SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y...”, *op. cit.*

¹⁰⁷ Caso FCC Vs. ACCIONA.

institución establecía entre el administrador nombrado y los accionistas agrupados hacía evidente el conflicto y la potencial contravención del interés social¹⁰⁸.

Para concluir nuestra exposición, nos parece necesario enlazar este aspecto con los límites ex ante a los que se han referido el CUBG y los principios de buen gobierno corporativo en la mayoría de las sociedades cotizadas¹⁰⁹. Y es que, el derecho de representación proporcional tal y como está configurado en la actualidad, choca con las máximas de buen gobierno corporativo pues si bien permite la separación ex post del consejero, no se puede evitar el ejercicio del derecho de representación proporcional¹¹⁰. Quizá, esta aproximación que hacíamos a la doctrina del competidor, es lo más próximo a los principios a los que nos referimos. Sin embargo, a pesar de que por esta nueva vía sí se permitiría excluir el ejercicio del derecho, dicha exclusión no cabría sino a posteriori, tras haberse verificado la existencia de conflicto.

¹⁰⁸ Así lo exponen SALELLES, J.R., “El Consejo de Administración: Art. 243”, *op. cit.*, p. 1751. ; IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos...*, *op. cit.* p 188. ; SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y...”, *op. cit.* y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores...*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁰⁹ Hay que recordar lo expuesto anteriormente en relación con la posibilidad de conocer anticipadamente la falta de idoneidad del administrador propuesto como candidato gracias a la actuación de la Comisión de Nombramientos de que disponen las sociedades cotizadas.

¹¹⁰ Cfr. con la opinión de IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos...*, *op. cit.*, p. 189-190. Considera que “el sistema de representación proporcional tal y como se prevé en la ley debería dejarse a la libre decisión estatutaria y no imponerse legalmente”.

CONCLUSIONES

- I. Si bien el artículo 209 TRLSC establece un modelo flexible de atribución de competencias que dota de una cierta autonomía a los estatutos en la distribución de competencias entre los distintos órganos de las sociedades de capital, los administradores ostentan expresa y conjuntamente las labores de gestión y representación. Si bien la junta social y el órgano de administración aparecen como órganos jerarquizados, esto puede afirmarse solo en el sentido de que, el órgano administrativo depende en su nombramiento y en su separación de la junta general y no en el sentido de que esta pueda inmiscuirse en las facultades estrictamente administrativas. Es en la vertiente interna donde la intrusión de la junta se ha presentado más aparente y es cierto que buena parte de nuestra doctrina considera válidos los acuerdos de la junta general relativos a la gestión social y vinculantes para los administradores. Sin embargo no podemos sino concluir sosteniendo que la atribución genérica del artículo 209 TRLSC en conexión con el 124.4 RRM, ponen de manifiesto la competencia exclusiva del órgano de administración para la gestión y consecución del fin social.
- II. La competencia de la junta social para el nombramiento de administradores se entiende privativa y únicamente se podrá verse limitada por los supuestos previstos expresamente en la ley. De este modo, el acto de nombramiento no podrá delegarse en otro órgano social y mucho menos en un tercero. De este modo, entendemos que la junta deberá ser convocada siempre por el órgano de administración en general o por el consejo, en particular, cuando esta sea su forma de organización. Eso sí, cuando se faculte a un miembro para hacerlo, esta facultad o delegación será a los solos y exclusivos fines de firmar el anuncio de convocatoria, pero sin que él personal y unilateralmente pueda convocarla. Por ello, en los supuestos de acefalia en sede del consejo de administración, el legislador indica que se habrá de recurrir al régimen especial del artículo 171 TRLSC y no podrá, sin más, ejercerse la cooptación.
- III. El principio de elección de los administradores por la junta, así como el sometimiento del acuerdo de nombramiento al procedimiento ordinario de decisión (es decir, mayoría absoluta de votos), encuentra tres excepciones significativas. Dos de ellas en sede del consejo de administración. Se trata de los

sistemas de representación proporcional y cooptación previstos en los artículos 243 y 244 TRLSC que solo puede entenderse que operan en las sociedades anónimas. La facultad legalmente reconocida al consejo en el artículo 244, y el derecho de las minorías del 243, parecen si no incompatibles, sí ciertamente difíciles de ensamblar. Dos son los potenciales problemas. Primero, que habiendo sido nombrado un consejero por medio del sistema de representación proporcional, quede vacante su puesto antes de la celebración de la junta general, y segundo, que habiéndose producido una vacante cualquiera en el consejo se cubra por cooptación antes de haberse ejercido el derecho de representación proporcional. Las soluciones tanto doctrinales como jurisprudenciales que tradicionalmente se han dado al conflicto van orientadas a la protección de las minorías. Del estudio realizado se infiere que si bien en algunos casos la protección no se produce de manera directa, se ha tratado de proporcionar siempre una vía para la defensa de los intereses minoritarios.

- IV. En nuestro sistema jurídico la cooptación se configura como una facultad del consejo de administración para la cobertura de vacantes producidas en el consejo por el propio órgano colegiado. Debe quedar claro que la cooptación, no es en ningún caso una designación de un vocal del consejo por otro órgano distinto al que corresponde (junta social) y por tanto, no se puede entender como una delegación de funciones que no cabe para la toma de este tipo de acuerdos. De ahí los estrictos límites que el legislador establece para su ejercicio.
- V. El sistema de representación proporcional se enfrenta a una gran desconfianza doctrinal y a grandes limitaciones. Y es que, para ejercitar este derecho se requiere que o bien los accionistas dispersos se organicen para designar al consejero, o bien se designe como consejero a un accionista que, no perteneciendo al núcleo de control, esté dispuesto a ejercer este papel. Es muy improbable que haya un inversor institucional que quiera hacerlo porque este tipo de inversores son reacios a implicarse en la gestión de las sociedades en las que invierten. Por eso podría considerarse que la regla de la mayoría que sustenta el derecho exclusivo de los socios mayoritarios de nombrar administradores sería eficiente. Proporcionaría cohesión, unidad y estabilidad a la sociedad siendo sencillo llegar a un acuerdo en sede del consejo. No obstante,

no podemos dejar de lado el hecho de que la regla de la mayoría es también fuente de importantes conflictos de interés en tanto en cuanto muchas veces los socios de control buscan generar beneficios privados para ellos mismos. De aquí la importancia que, a nuestro parecer, tiene permitir a los accionistas minoritarios acceder al consejo.

- VI. La relación de confianza que subyace en la designación de los administradores por parte de los accionista, permite que los administradores puedan ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día ni se expresen los motivos y sin necesidad de que el administrador concorra al acuerdo de cese. Esto no quiere decir que el acuerdo quede libre de total motivación y así lo ha manifestado el TS. Además, la misma junta de socios podrá, si así lo considera, nombrar un nuevo administrador que cubra la vacante producida sin necesidad de que se haya incluido en el orden del día. Son diversas las menciones que hemos encontrado en las que el legislador hace referencia a la necesidad de evitar que el órgano de administración quede paralizado. Y es que si bien esta posibilidad concreta también es necesaria por coherencia con la disciplina de cese, el fundamento de la facultad de cooptación también radica en el mantener en funcionamiento el órgano de administración cuando se producen vacantes en su seno.
- VII. Aunque algunos autores argumentan a favor de la aplicación del cese extraordinario o *ad causam* a la sociedad de responsabilidad limitada, la ley deja claro que se trata de un precepto de aplicación exclusiva a la sociedad anónima. En cualquier caso, la posibilidad de libre revocabilidad recogida en el artículo 223 de la misma ley, haría innecesaria, a nuestro parece dicha discusión doctrinal puesto que en ningún caso se imposibilitaría el cese de los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada si los socios lo consideraran necesario.
- VIII. El cese *ad causam*, que concluíamos innecesario en la SRL resulta, sin embargo, de extrema importancia en sede de la SA. El TS ha dado vía libre a la revocación *ad nutum* de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional. Ha considerado que el hecho de que la mayoría destituya a un

consejero no nombrado por ella no convierte directamente en abusiva la destitución. No obstante, habrá de removerse cualquier suspicacia que pudiera invitar a pensar que el objetivo final es frustrar el derecho de la minoría de nombrar a sus representantes. Veíamos que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial más reciente, tratar de utilizar la vía de separación extraordinaria en lugar del cese *ad nutum*, sería útil con el fin de privar a la agrupación minoritaria de su derecho de representación proporcional cuando exista conflicto de interés. Por ello, hemos concluido que a consecuencia del cese *ad causam*, podríamos invalidar el derecho del artículo 243 TRLSC. No obstante, es ejercicio abusivo la alegación de una causa no probada. Por ello, consideramos que habrá que actuar con especial cuidado porque si finalmente se negara la existencia de causa, no solo no se podría invalidar el derecho para nombrar a un futuro consejero sino que ni siquiera se podría destituir al administrador objeto de la controversia.

- IX. El derecho de representación proporcional tal y como está configurado en la actualidad, choca con las máximas de buen gobierno corporativo. Si bien recientemente la jurisprudencia ha permitido la separación ex. post del consejero nombrado por la minoría, ex. ante no se puede evitar que ejercite su derecho de acceso al consejo. Aun cuando los accionistas agrupados se hallaren inmersos en un conflicto de interés estructural con la sociedad, podrían seguir eligiendo a su consejero. Quizá, la interpretación más reciente que trae la doctrina del competidor, es lo más próximo a las recomendaciones del CUBG. Sin embargo, a pesar de que por esta nueva vía sí se podría excluir el ejercicio del derecho, dicha exclusión tampoco cabría, de momento, a priori (en sede por ejemplo de una Comisión de Nombramientos). Habrá que acudir a los tribunales para provocar el cese por la vía del artículo 224 TRLSC y no se bloqueará el nombramiento por la minoría de nuevos consejeros hasta que no se haya verificado el conflicto. Por todo esto, consideramos que una nueva regulación más acorde con los principios de buen gobierno corporativo es necesaria, especialmente en momentos en los que, como ahora, la competencia entre sociedades pertenecientes al mismo sector es cada vez mayor.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ DÍAZ, M.A., “El deber de fidelidad de los administradores: El conflicto de interés administrador-sociedad”, en A.A.V.V., Esteban Velasco, G. (Dir.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. Marcial Pons-Garrigues & Andersen, Madrid, 1999.
- ALFARO, J. “El derecho de representación proporcional: una comprensión económica de una institución peculiar”, en *Blog de Derecho Mercantil*, 22 febrero 2013. (consultado:15/02/2014).
<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2013/02/el-derecho-de-representacion.html>
- ALONSO LEDESMA, C., “De nuevo sobre la separación de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional por apreciar la existencia de conflicto de intereses del accionista al que están vinculados”, en *Diario La Ley*, nº 7605, 6 de abril de 2011.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004.
- ESTEBAN VELASCO, G., “La Administración de la Sociedad: Artículo 209 LSC”, en A.A.V.V., Rojo, A. (Dir.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.
- GALLEGO, E. “La Administración de la Sociedad: Artículo 210 LSC” en en A.A.V.V., Rojo Fernández-Río, A. (Dir.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011,
- GALLEGO, E. “La Administración de la Sociedad: Artículo 214 LSC” en en A.A.V.V., Rojo Fernández-Río, A. (Dir.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011,
- GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 223 LSC” en en A.A.V.V., Rojo Fernández-Río, A. (Dir.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011,

- GALLEGO, E., “Los Administradores: Artículo 224 LSC” en en A.A.V.V., Rojo Fernández-Río, A. (Dir.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011,
- GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuesto y ámbito de aplicación)*, Real Colegio de España, Bolonia, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los pactos de indemnización del administrador cesado”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 215, 1995, pp. 473-516.
- GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomos I y II, 3ª edición, Ed. Cívitas, Madrid, 1976.
- IRACULIS AREGUI, N., *Conflictos de interés del socio: Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ SANZ, F., *La representación proporcional de la minoría en el Consejo de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ SANZ, F., *Provisión de vacantes en el consejo de administración de la sociedad anónima*, 2ª edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994.
- MATEU DE ROS, R., “Los accionistas significativos de la SA cotizada: Pactos parasociales, derechos políticos y principio de igualdad de trato”, Centro de Gobierno Corporativo, 2010, <http://centrogobiernocorporativo.ie.edu/inves>.
- MATEU DE ROS, R., “Los consejeros dominicales y el gobierno de la empresa”, en *Universia Business Review*, nº16, cuarto trimestre 2007, pp. 10-21.
- PETIT LAVALL, M.V. “Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima”, en *Diario La Ley*, nº 7882, vol. 3, 2012.
- PLANA, A. “Nombramiento de administradores: El sistema de cooptación”, en *Blog Entre leyes y jurisprudencia*, 23 de diciembre 2012. (Consultado 27/02/2014). <http://aplanapaluzie.blogspot.com.es/2012/12/nombramiento-de-administradores-sistema.html>

- POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima”, en A.A.V.V., Uría, R., Menéndez. A., y Olivencia, M. (Dir.), *Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, Ed. Cívitas, Madrid, 1992.
- PORTELLANO, DÍEZ, P., *El deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Ed. Cívitas, Madrid, 1996.
- QUIJANO, J. “La responsabilidad de los administradores: Art. 238 ” en en A.A.V.V., Rojo Fernández-Río, A. (Dir.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011,
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Comentario a la Sentencia de 2 de marzo de 1977”, en *Revista de Derecho Privado*, vol. 61, nº4, 1977, pp. 291-296.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “El Consejo de Administración: Artículo 244 LSC” en *Comentario de la ley de sociedades de capital*, tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La facultad de cooptación del Consejo de administración”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nos. 189-190, 1988, pp. 367-434.
- SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios”, en *Revista de derecho del mercado de valores*, nº. 12, 2013, pp. 9-52.
- SALELLES, J.R., “El Consejo de Administración: Artículo 243 LSC”, en en A.A.V.V., Rojo Fernández-Río, A. (Dir.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011,
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra 2007.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 31ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

- SEBASTIÁN QUETGLAS, R., “El órgano de administración de las sociedades de capital”, en A.A.V.V., Ibáñez Jiménez, J (Dir.), *Fundamentos de derecho empresarial*. t II. Ed. Aranzadi, Madrid, 2012.
- URÍA, R., MENENDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “La Sociedad Anónima”, en A.A.V.V., Uría, R. y Menéndez, A. (Dir.), *Curso de derecho mercantil I. Segunda edición*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ-PLANAS, J. M., “La junta general de accionistas” en A.A.V.V., Uría, R., Menéndez, A., y Olivencia, M. (Dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo V, Ed. Cívitas, Madrid, 1992.
- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I (vol. 1º), Ed. Bosh, Barcelona, 1991.

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA

DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO

5 de noviembre 1956 (RJ 1956, 3394)

26 de febrero 1991 (RJ 1991,1694)

19 de junio 1992 (1992, 6037)

16 de febrero 1995 (1995, 1733)

26 de julio 1996 (RJ 1996, 5621)

14 de febrero 1997 (RJ 1997, 857)

4 de junio 1999 (RJ 1999, 4194)

19 de noviembre 1999 (RJ 1999, 8450)

12 de abril 2002 (RJ 2002, 8096)

25 de octubre 2002 (RJ 1997, 17121)

14 de diciembre 2004 (RJ 2005, 4010)

22 de julio 2013 (RJ 2013, 6682)

TRIBUNAL SUPREMO

31 de mayo 1957 (RJ 1957, 2188)

2 de marzo 1977 (RJ 1977, 853)

10 de octubre 1980 (RJ 1980, 3622)

28 de junio de 1982 (RJ 1982, 3445)

19 de septiembre 1986 (RJ 1986, 4715)

24 de febrero 1995 (RJ 1995, 1113) Sentencia núm. 184/1995 de 24 febrero.

18 de marzo 1998 (RJ 1998, 1704) Sentencia núm. 248/1998 de 18 marzo.

9 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6608) Sentencia núm. 810/1998 de 9 septiembre.

13 de julio 2001 (RJ 2001, 5223) Sentencia núm. 737/2001 de 13 julio.

27 de enero 2005 (RJ 2005, 1883) Sentencia núm. 9/2005 de 27 enero.

14 de marzo 2005 (RJ 2005, 2235) Sentencia núm. 160/2005 de 14 marzo.

10 de mayo 2005 (RJ 2005, 4671) Sentencia núm. 319/2005 de 10 mayo.

5 de junio 2006 (RJ 2006, 3068) Rec. 670/97

16 de junio 2006 (RJ 2006, 3734) Sentencia núm. 598/2006 de 16 junio.

29 de marzo 2007 (RJ 2007, 1788) Sentencia núm. 377/2007 de 29 marzo.

2 de julio 2008 (RJ 2008, 4277) Sentencia núm. 653/2008 de 2 julio.

24 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 572) Sentencia núm. 830/2011 de 24 noviembre.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Burgos (Sección 2ª) de 28 febrero 2001 (AC 2001, 867) Sentencia núm. 112/2001 de 28 febrero.

SAP Barcelona (Sección 15ª) 14 diciembre 2005 (AC 2007, 12) Sentencia núm. 522/2005 de 14 diciembre.

SAP de Barcelona (Sección 15ª) 2 junio de 2006 (AC 2006, 848) Sentencia núm. 240/2006 de 12 junio.

SAP de Castellón (Sección 3ª) de 30 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 109796) Sentencia núm. 551/2007 de 30 noviembre.

SAP de Castellón (Sección 3ª) de 15 de mayo de 2008 (JUR 2008, 310308) Sentencia núm. 235/2008 de 15 mayo.

SAP de Barcelona (Sección 15ª) en sentencia de 15 de enero de 2009. (AC 2009, 276) Sentencia núm. 17/2009 de 15 enero.

SAP de Vizcaya (Sección 4ª) en sentencia de 20 de enero de 2012 (AC 2012, 288)
Sentencia núm. 22/2012 de 20 enero.

LEGISLACIÓN

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Referencia: BOE-A-2010-10544. BOE 3 julio 2010, núm. 161, [pág. 58472]; rect. BOE 30 agosto 2010, núm. 210, [pág. 74916].

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Referencia: BOE-A-1996-17533. BOE 31 julio 1996, núm. 184, [pág. 23574].

Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo, por el que se desarrolla el artículo 137 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de nombramiento de miembros del Consejo de Administración por el sistema proporcional. Referencia: BOE-A-1991-13211. BOE 28 mayo 1991, núm. 127, [pág. 17119]¹¹¹.

Real decreto de 22 de agosto de 1885. Publica el Código de Comercio. Referencia: BOE-A-1885-6627. Gaceta 16 octubre 1885, núm. 289.

¹¹¹ Se explica en el desarrollo del trabajo pero queremos reiterar que puesto que el artículo 243 del TRLSC es equivalente al 137 de la LSA, el Registro Mercantil ha entendido que el RD 821/1991 en materia de nombramiento de miembros del consejo de administración por el sistema de representación proporcional sigue siendo reglamentariamente aplicable. Si bien su vigencia ha suscitado dudas, la mayoría se ha manifestado a favor. Entre ellos, destacamos por ejemplo el pronunciamiento, recogido por el Consejo General del Notariado, de ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, notaria de Madrid, letrada adscrita a la DGRN y registradora en excedencia: “La necesidad de evitar vacíos normativos abona que el RD 821/1991 pueda seguir siendo exigido”. Además, por citar un ejemplo la Res. DGRN de 23 de septiembre de 2013, sigue haciendo referencia al RD objeto de controversia y no mantiene que haya sido derogado.

