

## TEMA 8

**EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

RAFAEL SEBASTIÁN QUETGLAS

SUMARIO: 1. SISTEMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO: MONISTA Y DUALISTA. NOMBRAMIENTO DEL ADMINISTRADOR: COMPETENCIA Y ACEPTACIÓN. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES. DURACIÓN DEL CARGO Y CESE. RETRIBUCIÓN. DEBERES FIDUCIARIOS DEL ADMINISTRADOR. ACCIÓN SOCIAL Y ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD. 1.1. *Sistema de gobierno: Monista y dualista.* 1.2. *Nombramiento del administrador: Competencia y aceptación.* 1.3. *Capacidad y prohibiciones.* 1.4. *Duración del cargo y cese.* 1.5. *Retribución.* 1.6. *Deberes fiduciarios del administrador.* 1.7. *Acción social e individual de responsabilidad.* 2. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. DESIGNACIÓN DE CONSEJEROS: SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL, COOPTACIÓN. CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN INTERNO: ADOPCIÓN E IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS. DELEGACIÓN DE FACULTADES: COMISIÓN EJECUTIVA Y COMISIONES DE FUNCIONAMIENTO. RELACIONES CON LA JUNTA Y RELACIONES CON INVERSORES. 2.1. *Designación de consejeros: Sistema de representación proporcional, cooptación.* 2.2. *Constitución y régimen interno: Adopción e impugnación de acuerdos.* 2.3. *Delegación de facultades: Comisión ejecutiva y comisiones de funcionamiento.* 2.4. *Relaciones con la junta y relaciones con inversores.* 3. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD LIMITADA. CASO PRÁCTICO. BIBLIOGRAFÍA.

**1. SISTEMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO: MONISTA Y DUALISTA. NOMBRAMIENTO DEL ADMINISTRADOR: COMPETENCIA Y ACEPTACIÓN. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES. DURACIÓN DEL CARGO Y CESE. RETRIBUCIÓN. DEBERES FIDUCIARIOS DEL ADMINISTRADOR. ACCIÓN SOCIAL Y ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD**

**1.1. SISTEMA DE GOBIERNO: MONISTA Y DUALISTA**

Existen dos grandes sistemas para organizar el órgano de administración de una sociedad, el dualista alemán, y el monista típico de casi todos los demás ordenamientos.

En el sistema dualista, la función de gobierno se encomienda a un órgano especial (el «*Aufsichtsrat*» o consejo de vigilancia). En este órgano solamente tienen cabida personas independientes, que no sean directivos de la sociedad, designados por los accionistas, y (en las grandes sociedades alemanas) también por los trabajadores (la «*Mitbestimmung*» o cogestión de los trabajadores se incardina a través del órgano de vigilancia).

El consejo de vigilancia ejerce las funciones de gobierno ya descritas y elige y destituye a los altos directivos de la sociedad, que conforman un segundo órgano (el «*Vorstand*» o consejo de gestión). Este órgano, en el que solo pueden participar las personas que ejercen funciones directivas de la sociedad, está presidido por el primer ejecutivo, y tiene plenos poderes para gestionar y representar a la sociedad.

En los sistemas monistas, como el español, no se diferencia entre consejo de vigilancia y de gestión, sino que todas las funciones están unificadas en un único órgano, que normalmente adopta la forma de consejo de administración. Dentro de este consejo se diferencian dos tipos de miembros: los representantes del capital y los altos directivos.

El gobierno de la sociedad conlleva funciones de naturaleza estratégica y de control de la gestión ordinaria. Son tareas típicas de gobierno:

- La designación y destitución de los altos directivos, unidos a la sociedad por contratos laborales de alta dirección y que pueden o no ser miembros del consejo.
- La aprobación de los planes estratégicos de la sociedad y de las operaciones más relevantes (por ejemplo grandes adquisiciones o enajenaciones, fusiones, etc.).
- La valoración periódica de la gestión realizada por los directivos y el control contable y de legalidad de esta gestión, incluyendo la formulación de las cuentas anuales.

Los directivos, designados por el órgano de administración, ejercen las funciones de gestión, administran el patrimonio de la sociedad, y toman todas las decisiones que conforman la gestión ordinaria de la empresa, en cumplimiento de los planes estratégicos en vigor.

Los directivos, en virtud de los poderes que ostentan por habérselos otorgado el órgano de administración, representan a la sociedad en todos sus actos y contratos con terceros.

Es frecuente que el principal directivo ocupe también la presidencia del consejo («presidente ejecutivo»). En estos casos, el consejo tiene que asumir conjuntamente las funciones de gobierno, gestión y representación, lo que plantea al menos dos problemas: (i) la función de gobierno incluye la valoración y vigilancia de la actuación de los directivos, y (ii) el consejo no tiene ni la capacidad ni los conocimientos para asumir la gestión del día a día de la empresa.

El primero de los problemas (valoración y vigilancia de los directivos) se acrecienta en la medida en que los directivos formen parte del órgano de

administración. Este deviene juez y parte; por ello es frecuente crear una o varias comisiones dentro del propio consejo, de las que no forma parte ningún directivo, a las que se les encomiendan estas tareas. En las sociedades cotizadas españolas, es obligatorio que exista, al menos, un comité de auditoría y otro de nombramientos y retribuciones, que puede desdoblarse en dos.

El segundo de los problemas mencionados (gestión de la empresa) se soluciona delegando las facultades de gestión a uno de los consejeros (consejero delegado), a una comisión del propio consejo integrada por consejeros directivos («comisión delegada») o al propio primer ejecutivo («presidente ejecutivo con delegación de facultades»).

En la Ley de Sociedades de Capital se establece un modelo organizativo fundamentado en la existencia de dos órganos complementarios y diferenciados: la Junta General y el órgano de administración.

A la Junta General le corresponde la facultad de adoptar las grandes decisiones que afectan a la sociedad (fusión, cambio de estatutos, etc.) y al órgano de administración el día a día. Este modelo de funcionamiento es aceptable para la mayor parte de las sociedades (anónimas y limitadas) aunque las cotizadas tienen una serie de especialidades que derivan de la distribución de su capital y de la mayor importancia de los consejos de administración.

En relación al órgano de administración, la Ley de Sociedades de Capital se decanta claramente por el sistema monista: en nuestro derecho no cabe, ni siquiera por vía estatutaria, una estructura dualista de tipo germánico, salvo en relación con la sociedad anónima europea (ver artículo 455 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital). Es más, la ley no exige que exista consejo de administración, permitiendo que la administración se encomiende a uno o varios administradores.

La Ley de Sociedades de Capital dedica los artículos 212 a 241 a los administradores en general y los artículos 242 a 251 al consejo de administración. El Reglamento del Registro Mercantil por su parte regula en el artículo 124 las formas que puede adoptar el órgano de administración y en los artículos 138 a 152 establece diferentes reglas para la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos sociales relativos a los administradores.

## 1.2. NOMBRAMIENTO DEL ADMINISTRADOR: COMPETENCIA Y ACEPTACIÓN

De acuerdo con el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, los estatutos de la sociedad anónima deben definir la estructura del órgano de administración, decantándose por una de las siguientes fórmulas: (i) administrador único; (ii) varios administradores (es decir, dos, tres o más, no hay límite) que actúen individualmente (administradores solidarios); (iii) dos administradores que actúen conjuntamente (administradores mancomunados); y (iv) consejo de administración (integrado por un mínimo de tres miembros). Si bien esto ha sido tradicionalmente así, con la aprobación de la Ley de Sociedades de Capital, parece que en la sociedad anónima al igual que en la sociedad

limitada se puede dejar en estatutos el modo de administración «abierto» y que por medio de acuerdo de Junta General se decida por uno u otro

El artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil tiene el carácter de norma imperativa y constituye un *numerus clausus*. El órgano de administración de la sociedad anónima debe configurarse necesariamente bajo alguna de las fórmulas contenidas en dicho artículo.

Sea cual sea la estructura elegida, el órgano de administración debe asumir las funciones de gobierno, gestión y representación. La ley española no menciona explícitamente las funciones de gobierno, centrándose únicamente en las de gestión y representación. Eso no quiere decir que los administradores no deban desempeñar funciones de gobierno: estas surgen implícitamente del deber de diligencia y de lealtad que establecen los artículos 225 y 227 de la Ley de Sociedades de Capital.

La representación de la sociedad anónima, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores. La atribución de la representación de la sociedad anónima a los administradores es una atribución de origen legal y exclusiva (ver artículos 209 y 233 de la Ley de Sociedades de Capital).

Y es de origen legal porque viene concedida por la Ley de Sociedades de Capital, y no por los estatutos o cualquier otro acto voluntario o contractual (como, por ejemplo un apoderamiento), que puede ser modificada por acuerdo de la junta.

La atribución legal de la representación de la sociedad anónima a los administradores es, no obstante, compatible con apoderamientos de carácter especial o general concedidos por los propios administradores en favor de otras personas (por ejemplo, en favor de los directores generales). En la práctica, esta es la solución unánimemente seguida: los administradores ejercen la representación de la sociedad anónima, pero para facilitar la gestión empresarial, otorgan poderes en favor de empleados y directivos.

En segundo lugar, decimos que es una atribución exclusiva, porque solo al órgano de administración le corresponde la representación de la sociedad anónima. La Junta General de accionistas no tiene facultades de representación ni siquiera en el ámbito propio de sus competencias (de ahí que, por ejemplo, la Junta General de accionistas no puede nombrar apoderados).

Existen diversas formas de atribución del poder de representación a los administradores dependiendo de la estructura del órgano de administración (ver artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil):

- a) Administrador único: el poder de representación corresponderá individualmente a este.
- b) Administradores solidarios: el poder de representación corresponderá a cada uno de los administradores individualmente (esto es, cualquier administrador solidario tiene plenas facultades para representar y vincular a la sociedad anónima).

Los estatutos de la sociedad anónima o la propia Junta General de accionistas pueden restringir las facultades de los administradores so-

lidarios (por ejemplo exigiendo que determinadas actuaciones solo puedan llevarse a cabo conjuntamente por los administradores); no obstante, dichas restricciones no serán eficaces frente a terceros (aun cuando estén inscritas en el Registro Mercantil), produciendo solo efectos internos.

- c) Administradores mancomunados: el poder de representación corresponde conjuntamente a los administradores mancomunados que nunca podrán ser más de dos.
- d) Consejo de administración: el poder de representación corresponde al propio consejo que actuará colegiadamente (y que en cada acuerdo designará a una persona física para que realice las declaraciones de voluntad necesarias para vincular a la sociedad anónima).

En la sociedad anónima cuando la administración se confíe *conjuntamente* a más de dos administradores deberán constituirse en consejo de administración. Nótese que conjuntamente debe identificarse con mancomunadamente, y en ningún caso con solidaridad.

Este sistema es muy poco operativo y por eso la Ley de Sociedades de Capital permite que, por acuerdo del consejo, se pueda atribuir permanentemente el poder de representación a una comisión ejecutiva o a uno o varios consejeros delegados (en la práctica es muy frecuente la figura del presidente ejecutivo, o del consejero delegado, ambos con poderes atribuidos por el consejo -ver el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital-).

Los estatutos pueden prever distintas modalidades de órganos de administración alternativos, dejando a la junta general la decisión de pasar de uno a otro sistema sin necesidad de modificar los estatutos. Bastará un acuerdo de la Junta General, con la mayoría ordinaria (salvo que los propios estatutos hayan fijado otra) que deberá ser inscrito en el Registro Mercantil (ver artículo 23.e de la Ley de Sociedades de Capital).

La ley encomienda la gestión ordinaria de la empresa a los administradores, al disponer que el ámbito de la representación se extienda necesariamente a todos los actos comprendidos en el objeto social (ver el artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

El objeto social comprende no solo aquellas materias expresamente incluidas en él, sino que también se extiende a aquellos actos considerados neutros, auxiliares o necesarios (esto es, aquéllos que indirectamente coadyuvan a la consecución del objeto social, por ejemplo la concesión de préstamos para financiar las actividades de la sociedad anónima).

Los actos no incluidos dentro del objeto social o respecto de los cuales no pueda predicarse su carácter neutral, no podrán llevarse a cabo por los administradores sin el previo acuerdo de la junta o una expresa atribución estatutaria.

La Ley de Sociedades de Capital permite, salvo disposición en contra en los estatutos sociales, que la Junta General de Accionistas imparta instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción de deter-

minadas decisiones (ver artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital). Se podría, por ejemplo, exigir el previo acuerdo de la junta para que los administradores puedan válidamente concertar determinadas operaciones que por su cuantía se consideran de especial trascendencia para la sociedad anónima.

¿Quid si los administradores no respetan dichas limitaciones? Las limitaciones al ámbito de la representación atribuido a los administradores son ineficaces frente a terceros (ver el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital *in fine*) y, por tanto, son válidos los actos realizados por los administradores contraviniendo dichas limitaciones (siempre que el tercero haya obrado de buena fe y sin culpa grave). Sin embargo, desde el punto de vista interno, la contravención de las limitaciones puede dar lugar, en su caso, a la impugnación del correspondiente acuerdo del órgano de administración o al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

El Código de Comercio configuraba a los administradores como mandatarios amovibles. Desde la Ley de Sociedades Anónimas del año 1951 se ha abandonado la tesis exclusivamente contractualista y en la actualidad se concibe la relación entre la sociedad anónima y el administrador desde un doble punto de vista: (i) orgánica: en virtud del nombramiento como administrador; y (ii) contractual: en virtud del contrato de administración que, como consecuencia del nombramiento, surge entre el administrador y la sociedad anónima.

Los administradores fundacionales son elegidos por los fundadores en el acto constitutivo o por la junta constituyente en caso de fundación sucesiva (ver los artículos 22 y 47 de la Ley de Sociedades de Capital).

Los administradores posteriores deben ser elegidos por la Junta General de Accionistas (ver el artículo 214 de la Ley de Sociedades de Capital), siendo esta facultad no delegable aunque, en el caso del consejo de administración, las vacantes que se produzcan se pueden cooptar provisionalmente (ver *infra*).

Si los estatutos no fijan el número de administradores —supuesto de administradores solidarios o de consejo— la facultad de fijarlo también corresponde a la Junta General de Accionistas (ver el artículo 211 de la Ley de Sociedades de Capital).

Para que el nombramiento sea válido es imprescindible que el administrador lo acepte (ver los artículos 214.3 y 215 de la Ley de Sociedades de Capital) bien en la propia junta, bien en un momento posterior. La fecha de aceptación no puede, por tanto, ser anterior a la del nombramiento (ver el artículo 141.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

El administrador nombrado que ha aceptado su cargo debe ser inscrito en el Registro Mercantil en un plazo de 10 días. Pero la inscripción no tiene carácter constitutivo, surtiendo el nombramiento efectos plenos frente a la sociedad desde su aceptación (ver los artículos 214.3 y 215 de la Ley de Sociedades de Capital).

No obstante, los efectos frente a terceros del nombramiento y aceptación del administrador quedan, como es lógico, supeditados a la inscripción en el Registro Mercantil en virtud del principio de publicidad material del Registro Mercantil.

### 1.3. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES

Cualquier persona física o jurídica puede, por regla general, ser administrador de una sociedad anónima. En el caso de que administrador designado sea una persona jurídica es preciso que esta designe a una persona natural para el ejercicio de sus funciones. Dicha persona deberá quedar inscrita en el Registro Mercantil para conocimiento de terceros, y su revocación no surtirá efectos hasta que se nombre a un sustituto (ver el artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital).

La anterior regla general tiene, sin embargo, diferentes excepciones:

- a) se prohíbe ser administradores a los incapacitados (menores, personas inhabilitados según la Ley Concursal) y a los que por razón de su cargo no pueden ejercer el comercio o sean incompatibles (ver el artículo 213.1 de la Ley de Sociedades de Capital);
- b) también se prohíbe que sean administradores las personas condenadas por ciertos delitos (ver el artículo 213.1 de la Ley de Sociedades de Capital);
- c) no pueden ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración Pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces, magistrados y demás personas afectadas por una incompatibilidad legal (ver el artículo 213.2 de la Ley de Sociedades de Capital).
- d) deben cesar en sus cargos, a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General, los administradores que lo fueren también de otra sociedad competidora y aquellos que tengan intereses opuestos a los de la sociedad anónima (ver el artículo 224 de la Ley de Sociedades de Capital);
- e) junto a las anteriores normas de carácter general, existen normas de carácter especial que regulan la capacidad y condiciones para ser administrador de sociedades anónimas dedicadas a actividades sujetas a supervisión (por ejemplo las condiciones de honorabilidad, conocimientos y experiencia que deben cumplir los administradores de entidades de crédito o empresas de servicios de inversión).

Salvo que los estatutos establezcan lo contrario, no es necesario ser accionista para poder ser administrador de una sociedad anónima (ver el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

### 1.4. DURACIÓN DEL CARGO Y CESE

El cargo de administrador es esencialmente temporal (principio de temporalidad). El artículo 221 de la Ley de Sociedades de Capital establece que los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de los seis años. Podrán no obstante ser reelegidos una o más veces (incluso indefinidamente), por períodos de igual duración máxima.

Transcurrido el período para el que fueron elegidos sin que hayan sido renovados, caduca su designación. A estos efectos, el artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil establece que cuando los períodos para el ejercicio del cargo de administrador se fijan en años, estos se computarán de Junta General de accionistas a Junta General de accionistas (no por años naturales), evitando así que por desviaciones en las fechas de celebración de la junta, la sociedad anónima se encuentre sin administradores por haber caducado su nombramiento.

El administrador puede ser cesado libremente (principio de libre revocabilidad). El artículo 223 de la Ley de Sociedades de Capital establece que la separación puede ser acordada en cualquier momento por la Junta General de accionistas. Sin embargo, es discutible que este principio sea aplicable a los administradores designados por el sistema de representación proporcional.

Del principio de libre revocabilidad y del artículo 223 de la Ley de Sociedades de Capital se derivan las siguientes consecuencias:

- a) El cese del administrador no tiene por qué responder a una justa causa (revocación *ad nutum*) (en este sentido destaca la STS 23 febrero 1967), ni devengar indemnización alguna en favor del administrador cesado.
- b) El cese del administrador puede ser acordado en cualquier momento por la junta sin que deba constar por tanto en el orden del día.
- c) Los estatutos de la sociedad anónima no pueden someter a ninguna condición el cese de los administradores (por ejemplo estableciendo que solo se puede cesar a los administradores que lleven un período mínimo de tiempo en el cargo) (en este sentido destaca la STS 31 marzo 1957).
- d) Los estatutos de la sociedad anónima tampoco pueden exigir quórum de asistencia o mayorías reforzadas a la junta para que pueda válidamente acordar el cese de los administradores (en este sentido destaca la RDGRN 23 julio 1992).

La revocación de los administradores por la junta es válida desde que se adopta el correspondiente acuerdo, aún cuando, como el nombramiento, solo surtirá efectos frente a terceros desde su inscripción en el Registro Mercantil.

Además de su revocación por la junta, los administradores pueden cesar por: (i) renuncia voluntaria por parte del administrador; (ii) caducidad del plazo de su mandato (ver el artículo 221 Ley de Sociedades de Capital y 145 Reglamento del Registro Mercantil); (iii) muerte (en cuyo caso el artículo 147 Reglamento del Registro Mercantil exige que se presente certificación del Registro Civil); (iv) acuerdo de la junta de exigir acción social de responsabilidad contra los administradores, en cuyo caso la Ley de Sociedades de Capital prevé el cese automático de los administradores (ver el artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital); y (v) por resolución judicial firme (ver el artículo 148.b) del Reglamento del Registro Mercantil).

## 1.5. RETRIBUCIÓN

La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos (ver el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital) y salvo que se indique lo contrario, el cargo es gratuito. Por el contrario, en las sociedades cotizadas, el cargo de administrador es remunerado.

La retribución prevista en los estatutos puede ser de cualquier tipo (sueldo, dieta por cada reunión, participación en beneficios, etc.) y por regla general no está sujeta a limitación. La Ley de Sociedades de Capital únicamente establece restricciones para: (i) el supuesto de que la retribución de los administradores consista en una participación en beneficios, y (ii) el supuesto de que la retribución consista en la entrega de acciones, o de derechos de opción sobre las mismas o que esté referenciada al valor de las acciones.

En el primer caso, la participación en ganancias que corresponda a los administradores solo podrá ser detrída de los beneficios líquidos (esto es, los que resulten de la cuenta de pérdidas y ganancias aprobada por la Junta General de Accionistas) después de cubrirse la reserva legal y, en su caso, la(s) reserva(s) estatutaria(s) y de haber reconocido a los accionistas un dividendo de, al menos, el 4% del capital desembolsado. En el caso de que los estatutos sociales determinen un porcentaje máximo, la Junta General deberá fijar el porcentaje aplicable dentro de este máximo.

En el segundo (entrega de acciones), este tipo de retribución («*stock options*») deberá preverse expresamente en los estatutos y su aplicación requerirá un acuerdo de la Junta General de Accionistas. Dicho acuerdo deberá expresar el número de acciones a entregar en cada ejercicio, el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución (ver artículo 219.2 de la Ley de Sociedades de Capital, introducido con la finalidad de poner coto a ciertos excesos en sociedades cotizadas españolas).

El Código Unificado de Buen Gobierno se ha ocupado especialmente de las retribuciones de los miembros del consejo y de la alta dirección de las sociedades cotizadas habiéndose trasladado recientemente sus recomendaciones a la Ley de Sociedades de Capital.

## 1.6. DEBERES FIDUCIARIOS DEL ADMINISTRADOR

Bajo la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 los administradores solo respondían en caso de dolo o culpa grave, gozando pues injustificadamente de una situación de absoluto privilegio (compárese dicho régimen de responsabilidad con el previsto en el artículo 1101 del Código Civil).

El sistema de responsabilidad se endureció en la reforma de 1989, al suprimirse el requisito de que mediara culpa grave. Las sucesivas reformas de la Ley de Sociedades de Capital han reforzado y ampliado la responsabilidad de los administradores (regulada ahora en los artículos 225 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital).

Bajo este nuevo régimen, los administradores deben actuar con: (i) diligencia, (ii) discreción empresarial, y (iii) lealtad.

La ley exige al administrador un estándar tradicional al requerirle diligencia: la del «ordenado empresario teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos». Este estándar implica que los administradores se deben informar diligentemente sobre la marcha social, tener la dedicación adecuada, supervisar la actividad de la sociedad y adoptar decisiones razonables, que no sean contrarias ni a la ley ni a los estatutos (ver el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital).

La discreción empresarial requiere de los administradores que actúen con diligencia, buena fe, sin interés personal y con información suficiente.

Por último, la Ley obliga a que los administradores actúen de forma leal en el mejor interés de la sociedad. Este deber se concreta en:

- i) guardar secreto sobre las informaciones que no sean públicas y que hayan recibido en razón de su cargo. El deber se exige tanto durante la vigencia del cargo, como incluso después del cese;
- ii) abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos en los que tenga conflicto de interés, evitando incurrir en situaciones en las que haya una contraposición de intereses con los de la sociedad. Esto exigirá que comuniquen cualquier situación de conflicto entre su propio interés y el de la sociedad (por ejemplo que el administrador es socio de una sociedad que vende bienes a la sociedad en cuestión). La sociedad tiene que informar de la existencia de este conflicto (en el Informe de Gobierno Corporativo, si cotiza, y en la memoria en todo caso).

La ley también prohíbe que el administrador utilice su condición de tal para realizar operaciones por cuenta propia o que se aproveche de oportunidades de negocio de las que haya tenido conocimiento a través de la sociedad, competir con la sociedad, o recibir regalos de terceros, salvo los de mera cortesía (artículos 228 y 229 de la Ley de Sociedades de Capital).

- iii) Desempeñar su labor con libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones vinculantes de terceros. El administrador deberá actuar siempre en interés de la propia sociedad, no en interés de los accionistas que les hayan designado.

La Ley de Sociedades de Capital refuerza la obligación de lealtad imponiendo la imperatividad de sus disposiciones y declarando la ineficacia de las disposiciones que lo vulneren o limiten.

Excepcionalmente se puede autorizar la dispensa singular de alguna operación bien por la Junta General (si la operación es superior al 10% de los activos sociales) o el Consejo de Administración, si bien es preciso que se garantice que la operación no afectará al patrimonio de la sociedad, y si no fuera así que la operación se efectúe en condiciones de mercado y con total transparencia.

Pero la Ley de Sociedades de Capital desconfía de dispensa de la obligación de no competir, y exige que la operación se autorice siempre por la Junta General mediante acuerdo separado y exige que no haya daño para la sociedad y si lo hubiera que este quede compensado por los beneficios esperados. Para acabar de reforzar esta obligación, la Junta General debe resolver sobre el cese de cualquier administrador que compita con la sociedad cuando el riesgo de perjuicio fuera relevante.

### 1.7. ACCIÓN SOCIAL E INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

¿Quid si los administradores incumplen alguno de los deberes que la ley les impone? En este caso, el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital prevé que los administradores, de hecho o de derecho, responden del daño causado frente a la propia sociedad, los accionistas y los acreedores, siempre que haya intervenido dolo o culpa. Y se presume que hubo culpa cuando, salvo prueba en contrario, el acto sea contrario a la ley o los estatutos.

Y el régimen previsto se impone tanto a los administradores de derecho como de hecho, teniendo esta consideración los que actúen sin título para ello o con un título nulo o sin eficacia. Igualmente lo son aquellas personas que impartan instrucciones a los administradores de derecho de la sociedad (el que «manda», que dice el Tribunal Supremo).

Esta responsabilidad es solidaria entre sí (exceptuando aquellos administradores que se hubieran opuesto al acuerdo lesivo o desconocían su existencia) y no está sujeta a limitación cuantitativa alguna, incluso en el caso de que la Junta General hubiera autorizado o ratificado su actuación (ya que la junta es siempre irresponsable y por lo tanto su autorización o ratificación es irrelevante).

La responsabilidad de los miembros del consejo es solidaria según establece el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital. Sin embargo este régimen encierra en el fondo una mera presunción, de tal forma que el demandante no tiene que probar la culpa de ningún consejero, ya que todos ellos se presumen culpables salvo que logren demostrar su ausencia de responsabilidad. Será preciso que el administrador en cuestión demuestre su no intervención en el acto para que quede exonerado y para ello deberá probar que no conocía el acuerdo en cuestión o que conociéndolo hizo lo posible para evitar el daño producido.

El régimen de responsabilidad de los administradores es de orden público y por tanto son nulos los pactos estatutarios que lo alteren o modifiquen. Igualmente carecerá de efectos el que una determinada decisión del consejo de administración haya sido convalidada o ratificada por la Junta General de Accionistas. Por último hay que recordar que la responsabilidad solidaria recae también en la persona física representante de una persona jurídica que sea designada administrador.

La responsabilidad de los administradores se tiene que reclamar a través de la correspondiente acción judicial. La Ley de Sociedades de Capital prevé

dos supuestos totalmente diferentes: la acción individual y la acción social de responsabilidad.

- a) Acción individual: cualquier accionista o acreedor de la sociedad anónima que haya sufrido daños puede iniciar sin más una acción ordinaria de reclamación de responsabilidad para exigir a los administradores por los daños y perjuicios que les hayan sido causados directamente a ellos (ver artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital).

La diferencia esencial entre la responsabilidad individual y la social radica en quien recae el daño producido por los administradores. Si este recae sobre el patrimonio de la sociedad, la acción que procede es la social, por mucho que se pueda argumentar que indirectamente el daño también afecta a los accionistas individualmente considerados o sobre los terceros.

- b) Acción social: su ratio es la indemnización a la propia sociedad anónima (no a sus accionistas o terceros) por los daños y perjuicios que le puedan haber causado los administradores.

Está regulada en el artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital y es sin duda la que tiene mayor trascendencia, porque la situación normal es que la negligencia o deslealtad de los administradores a quien dañe directamente es a la propia sociedad (y solo indirectamente a los accionistas).

El ejercicio de la acción social de responsabilidad por la propia sociedad (ver el artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital) requiere el previo acuerdo de la junta que puede tomarse en cualquier momento sin necesidad de que conste en el orden del día.

Los estatutos de la sociedad anónima no pueden establecer mayorías reforzadas para la adopción del acuerdo de iniciar la acción social de responsabilidad (ni, según la doctrina mayoritaria, quórum reforzados de asistencia). La aprobación de las cuentas anuales de la sociedad anónima por la junta no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la ya iniciada.

El acuerdo de promover la acción o de transigir en el ejercicio de la misma supondrá la destitución *ex lege* de los administradores.

La junta únicamente puede renunciar o transigir al ejercicio de la acción, si no se oponen a la decisión accionistas que representen al menos el 5% del capital social.

Los accionistas pueden en cualquier momento solicitar la convocatoria de la junta para entablar la acción social de responsabilidad.

Los accionistas que representen al menos un 5% del capital social podrán iniciar la acción de responsabilidad cuando (i) los administradores no hubiesen convocado la junta a tal fin, (ii) la sociedad no la iniciase dentro del mes siguiente a la fecha en la que se adoptó el co-

rrespondiente acuerdo por la junta o (iii) este hubiese sido contrario a exigir la responsabilidad.

Excepcionalmente se permite a estos socios entablar una acción social de responsabilidad sin necesidad de tener que someter la decisión a la Junta General en el caso de infracción del deber de lealtad, con lo que se refuerza el poder de la minoría y la obligación de lealtad antes analizado.

Finalmente, los acreedores sociales podrán iniciar la acción social de responsabilidad cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas y siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (nótese las similitudes entre los supuestos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por los acreedores y los de la acción subrogatoria contemplada en el artículo 1111 del Código Civil).

La acción social o individual de responsabilidad prescribirá a los cuatro años desde que pudo iniciarse.

Además de la acción social de responsabilidad, la Ley de Sociedades de Capital tipifica otra serie de infracciones y sanciones que pueden imponerse a los administradores (por ejemplo, las relativas a la violación de las prohibiciones que afectan a la adquisición de acciones propias) así como otros supuestos de responsabilidad (por ejemplo la responsabilidad por las deudas sociales en los supuestos en los que los administradores no procedan a la disolución y liquidación de la sociedad anónima -ver los artículos 364 a 367 de la Ley de Sociedades de Capital-).

## 2. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. DESIGNACIÓN DE CONSEJEROS: SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL, COOPTACIÓN, CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN INTERNO: ADOPCIÓN E IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS. DELEGACIÓN DE FACULTADES: COMISIÓN EJECUTIVA Y COMISIONES DE FUNCIONAMIENTO. RELACIONES CON LA JUNTA Y RELACIONES CON INVERSORES

### 2.1. DESIGNACIÓN DE CONSEJEROS: SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL, COOPTACIÓN

El consejo de administración es la forma más común de administración de la sociedad anónima. La gran ventaja del consejo radica en ser un órgano en el que pueden participar accionistas, directivos y expertos independientes. Por otro lado, a través de la delegación de facultades en una o varias personas (consejeros delegados o comisiones ejecutivas) se puede lograr que uno o varios consejeros ostenten facultades de representación muy amplias, agilizando así el funcionamiento de la sociedad anónima.

Siempre que existan más de dos administradores con facultades mancomunadas es obligatorio que se establezca un consejo (ver los artículos 210 y 242 de la Ley de Sociedades de Capital).

La designación de miembros del consejo tiene varias especialidades:

a) Representación proporcional de las minorías: es una de las especialidades de nuestro Derecho, que fue introducida por el Gobierno en la redacción final de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (lo que no deja de chocar, dado el carácter democrático de la norma y autocrático del Gobierno en aquellos años). Las últimas reformas no han modificado esta área.

La Ley es muy escueta, y por ello el artículo 243 Ley de Sociedades de Capital fue desarrollado por el RD 821/1991 de 17 de mayo.

La ratio del sistema radica en garantizar el acceso de los accionistas minoritarios al consejo. Mediante el sistema de representación proporcional las acciones que voluntariamente se agrupen hasta constituir una cifra del capital social igual o superior al cociente de dividir el capital social entre el número de consejeros, tendrán derecho a designar tantos consejeros como fracciones enteras se deduzcan de la correspondiente proporción.

Pero esta designación está sometida a una regla básica: es necesario que haya vacantes en el consejo o que caduque algún consejero. Si no, a pesar de haber ejercido el derecho de representación proporcional, no habrá lugar al nombramiento de un consejero.

Las acciones agrupadas no pueden votar en la elección de los restantes consejeros.

En la práctica se utiliza muy poco, pero su mera presencia induce a que se permita a las minorías una presencia en el consejo.

Debe resaltarse que el sistema se puede burlar reduciendo el número de consejeros (o suprimiendo el consejo, ya que en el caso de administradores solidarios o mancomunados no existe representación proporcional). Aunque hay jurisprudencia que ha estimado válidos acuerdos por los que se decide reducir drásticamente el número de consejeros (en este sentido destacan las SSTS 1 marzo 1977 y 10 octubre 1980), hay otras sentencias que lo han considerado un abuso de derecho (STS 2 julio 2008).

b) Posibilidad de cooptación (es decir, elección del consejero por el propio consejo en vez de por la Junta General de Accionistas) de las vacantes que se produzcan hasta la siguiente junta, pero solo entre accionistas (ver artículo 244 Ley de Sociedades de Capital).

Nadie comprende por qué en la cooptación se exige la calidad de accionista, pero no así en la designación, ni tampoco en los casos de sociedades cotizadas. El consejero elegido por cooptación tiene que ser ratificado por la primera Junta General de Accionistas que se celebre. En los casos en que las minorías hubieran ejercido la elección de un representante por el sistema de representación proporcional, la cooptación ejercida no puede vulnerar el derecho de las minorías y debe prevalecer este derecho frente a la cooptación.

La composición del consejo es una cuestión de inmensa trascendencia en las sociedades. En la práctica ocurre que los accionistas minoritarios no ejercitan el derecho de representación, ni participan para nada en la vida social y que la administración queda en mano de los llamados «consejeros ejecutivos», es decir, consejeros que al mismo tiempo son directivos de la sociedad, y de «consejeros dominicales», elegidos por los accionistas de control (cuyos intereses pueden no coincidir con los de los accionistas minoritarios).

Sin embargo, no es descartable que en el futuro, y al igual que sucede en algunos países (Italia), la introducción de Directiva 2007/36/ EC pueda acabar determinando que los accionistas minoritarios tengan una mayor participación en la vida social si pueden llegar a nombrar consejeros que los representen, con independencia del sistema de representación proporcional.

## 2.2. CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN INTERNO: ADOPCIÓN E IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

En esta materia rigen, en principio, las previsiones estatutarias y en lo no previsto por los estatutos, el consejo puede darse la regulación que estime conveniente (ver el artículo 245 de la Ley de Sociedades de Capital).

La Ley de Sociedades de Capital se limita a fijar determinados requisitos:

- a) El consejo de administración debe designar necesariamente de entre sus miembros a su presidente y a un secretario, que puede ser o no ser consejero. En la práctica es muy frecuente que también se designe uno o varios vicepresidentes y vicesecretarios (ver los artículos 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital).
- b) La convocatoria del consejo de administración debe ser realizada por el presidente o vicepresidente (ver el artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital). Cabe la celebración de consejo sin convocatoria por aplicación analógica del artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital.

Los administradores que representen un tercio del consejo pueden también convocar al consejo, si habiendo solicitado su convocatoria al presidente, este no lo hubiese convocado sin justificación en un mes desde que hubieran hecho la petición.

La Ley de Sociedades de Capital exige que el consejo se reúna al menos una vez al trimestre (ver artículo 245 de la Ley de Sociedades de Capital).

- c) El quórum exigido para la válida constitución del consejo de administración es de la mitad más uno de sus componentes presentes o representados. Estatutariamente se puede elevar el quórum de asistencia (ver el artículo 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

- d) Las decisiones se toman por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión (ver el artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital).
- e) Procedimiento escrito: la Ley de Sociedades de Capital permite que los acuerdos se adopten por escrito sin celebrar sesión siempre que ningún consejero se oponga a ello (ver el artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital).
- f) Las discusiones y acuerdos del consejo se deben reflejar en un acta, redactada por el secretario y firmada por este con el visto bueno del presidente (ver el artículo 250 de la Ley de Sociedades de Capital). El acta se debe aprobar por el propio consejo bien al finalizar la sesión, o bien en la siguiente (lo que en la práctica es lo más frecuente).

El sistema de aprobación por interventores, previsto para el acta de la junta, no es aplicable. Estas actas se deben incluir en el libro de actas que puede ser el mismo que contiene las actas de la junta u otro diferente (ver el artículo 106 del Reglamento del Registro Mercantil).

La constancia de cara a terceros de los acuerdos adoptados se consigue mediante certificaciones en las que se transcribe parcial o totalmente el contenido de las actas. En algunos casos, las certificaciones se elevan a escritura pública para que tenga este rango documental y puedan, por ejemplo, tener acceso al Registro Mercantil los acuerdos de consejo. El procedimiento para expedir certificaciones y elevar a público los acuerdos es idéntico al previsto para las juntas (ver los artículos 107 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil).

Los acuerdos del consejo de administración que sean nulos o anulables pueden ser impugnados por los restantes administradores o por accionistas que representen más del 1% del capital social. Las causas de impugnación y la tramitación son idénticas a las establecidas para la impugnación de acuerdos de la Junta General de accionistas.

Nótese que solo los acuerdos del consejo de administración, no los de los administradores solidarios o mancomunados, pueden ser impugnados, lo que tiene difícil explicación.

La acción de impugnación tiene un plazo de caducidad de treinta días desde la adopción del acuerdo en el caso de que sea promovida por los administradores. Si fuera promovida por los accionistas el plazo se empieza a contar desde que se tenga conocimiento del mismo, siempre que no hubiera transcurrido un año desde su adopción, (ver el artículo 251 de la Ley de Sociedades de Capital).

### 2.3. DELEGACIÓN DE FACULTADES: COMISIÓN EJECUTIVA Y COMISIONES DE FUNCIONAMIENTO

En la práctica es muy frecuente que el consejo de administración delegue sus facultades en una o varias personas (por ejemplo en el presidente, o en un consejero, al que se suele denominar consejero-delegado) o en una comisión

ejecutiva o delegada. Tal delegación así como la elección de los miembros que hayan de ocupar los cargos en la comisión, exige para su validez, de conformidad con el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital:

- a) el voto favorable de las 2/3 partes de los componentes del consejo cuando la delegación tenga carácter permanente, y
- b) la inscripción del acuerdo de delegación en el Registro Mercantil (nótese que en este caso, y excepcionalmente, la inscripción es constitutiva).

La revocación, en cambio, solo necesita el voto de la mayoría absoluta de los concurrentes.

La delegación se suele hacer utilizando la fórmula por la cual se delegan todas las facultades «salvo las indelegables». Entre estas se encuentran: (i) la formulación de las cuentas anuales y la censura de la gestión social, y (ii) las facultades conferidas por la Junta General de Accionistas al consejo (por ejemplo la ejecución de un acuerdo de ampliación de capital), salvo que expresamente se hubiese autorizado la delegación, (iii) la supervisión de las comisiones que se hubieran constituido, (iv) la autorización o dispensa de las obligaciones del deber de lealtad, (v) la convocatoria y elaboración del orden del día de la Junta General, (vi) el nombramiento y destitución de consejeros.

Además de la comisión ejecutiva, es posible que el consejo de administración nombre comisiones asesoras que se encarguen de funciones concretas ayudando al consejo en las tareas asignadas. Estas funciones suelen tener funciones informativas y consultivas y su regulación suele venir en los estatutos sociales y en el reglamento del consejo.

En el ámbito de las sociedades cotizadas es donde estas comisiones han tenido mayor desarrollo, constituyéndose la comisión de auditoría y cumplimiento y la de nombramientos y retribuciones, cuya regulación y análisis se trata en la lección de las sociedades cotizadas.

Distinto a la delegación y a las comisiones antes analizadas, son los apoderamientos que puede conceder el consejo de administración. Las principales diferencias entre ambas figuras son:

- a) El apoderamiento puede recaer sobre cualquier persona, mientras que la delegación debe recaer sobre uno o varios consejeros.
- b) Los apoderados no tienen carácter de órgano que sustituye al consejo ni tampoco son los representantes legales de la sociedad, mientras que los delegados sí lo son.
- c) Los apoderados tienen sus facultades limitadas por el ámbito de su poder. Los delegados poseen frente a terceros las mismas facultades que los consejeros.
- d) El régimen de responsabilidad es diferente, ya que los delegados, al ser consejeros, están sujetos a la responsabilidad del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, artículo que no es aplicable a los apoderados.

A veces se suele encontrar en las sociedades la figura del Director Gerente, además del consejo de administración y el consejero delegado. Esta figura, aunque tenga amparo estatutario, no es sin embargo un órgano social, pero suele realizar funciones gerenciales en la sociedad. El único órgano de gestión que se contempla en la Ley de Sociedades de Capital es el consejo de administración y las comisiones delegadas, sin que la figura del Director Gerente tenga tal naturaleza, aunque sus funciones le permitan desarrollar, en todo o en parte, el objeto social. En cualquier caso, para el cumplimiento de sus funciones necesitará del correspondiente poder de representación y su ámbito de actuación queda circunscrito por la mayor o menor amplitud del poder otorgado.

Finalmente, de acuerdo con la Ley de 31 de octubre de 1975, las sociedades mercantiles con capital superior a 50 millones de pesetas (aproximadamente 300.000 euros), volumen de negocios superior a 100 millones de pesetas (aproximadamente 600.000 euros) o más de 50 trabajadores deben nombrar un letrado asesor del órgano de administración (sea este colegiado o individual).

El letrado debe asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos.

La intervención del letrado asesor debe hacerse constar en los acuerdos adoptados y en las certificaciones, aunque es una práctica que no se suele utilizar.

#### 2.4. RELACIONES CON LA JUNTA Y RELACIONES CON INVERSORES

El cargo de administrador, una vez nombrado por la Junta General de Accionistas, funciona con independencia de esta y desempeña su labor para conseguir el cumplimiento del interés social. Sin perjuicio de esta independencia, debe de someter anualmente su actuación a la revisión de la Junta General de Accionistas que deberá aprobar o rechazar la gestión de sus administradores (ver el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital).

Además de esta revisión anual de la gestión, cualquier accionista puede solicitar en la junta —sin que dicha petición conste en el orden del día— la censura de un administrador o del consejo de administración y exigir sin necesidad de que haya justa causa la revocación del consejero nombrado. Téngase en cuenta que el consejo de administración no está legitimado para revocar a un consejero, siendo los accionistas en Junta General los únicos que pueden ejercer esta facultad.

En su labor de administración de la sociedad, el consejo debe seguir un principio cardinal en sus relaciones con los accionistas. Deberá dar a sus accionistas un mismo trato siempre que se encuentren en circunstancias idénticas. Esto significa que los administradores, en cumplimiento del interés social, deberán relacionarse con sus accionistas y no discriminar a unos accionistas frente a otros si las circunstancias en las que se encuentran son similares (ver el artículo 97 de la Ley de Sociedades de Capital).

Este principio es muy sencillo en su explicación y muy difícil en su aplicación, ya que la valoración en la que se encuentran los accionistas es un juicio

de valor que hacen los administradores y que puede justificar un trato desigual si las circunstancias en las que se encuentran las diferentes clases de accionistas no son exactamente las mismas.

### 3. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD LIMITADA

Al igual que en la sociedad anónima, el órgano de administración en la sociedad limitada puede adoptar varias formas (ver el artículo 210 de la Ley de Sociedades de Capital): (i) administrador único, (ii) varios administradores solidarios, (iii) varios (dos o más) administradores mancomunados, que deben actuar conjuntamente al menos dos de ellos, en el régimen que se establezca en los estatutos, (iv) consejo de administración.

A diferencia de lo que sucede con la sociedad anónima, en la sociedad limitada puede haber más de dos administradores mancomunados, sin que se tenga que formar un consejo de administración.

Igualmente y en contraste en la sociedad anónima, el consejo de administración tendrá un mínimo de tres miembros y un máximo de 12 (dicho límite máximo es inexistente en las sociedades anónimas). Dicho consejo también puede delegar sus facultades en una comisión ejecutiva o en uno o varios consejeros delegados (o en una comisión ejecutiva y en uno o varios consejeros delegados).

Corresponde exclusivamente a la Junta General de Socios el nombramiento de los administradores. No se permite en la sociedad limitada el nombramiento por cooptación, ni se reconoce el derecho de representación proporcional. Por si hubiera dudas, ha venido a establecerlo expresamente así el artículo 191 del Reglamento del registro Mercantil.

Se pueden nombrar administradores suplentes, salvo que los estatutos excluyan esta posibilidad (ver el artículo 216 de la Ley de Sociedades de Capital). Con esa fórmula se palia de alguna manera el efecto perturbador de las vacantes que puedan producirse y que para las sociedades anónimas se soluciona a través de la cooptación. Si se ha nombrado un suplente, puede aceptar el cargo y pasar a desempeñarlo sin tener que convocar una junta de socios para cubrir el hueco.

El nombramiento de administradores de una sociedad limitada puede hacerse por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo máximo determinado. Como se ve, este régimen difiere de las sociedades anónimas en las que el plazo es de 6 años (ver el artículo 221 de la Ley de Sociedades de Capital).

Al igual que en la sociedad anónima el cargo es gratuito, salvo previsión contraria de los estatutos. De ser así, puede consistir en un porcentaje de participación en beneficios (nunca superior al 10% de los beneficios repartibles), o en una cantidad fijada para cada ejercicio por la Junta General de Socios.

En la práctica es muy frecuente que la sociedad limitada celebre un contrato laboral o de servicios con el administrador, para remunerarle por sus

servicios como directivo. Este tipo de contrato es plenamente legal, pero exige acuerdo de la Junta General de Socios (ver los artículos 218 y 220 de la Ley de Sociedades de Capital).

A diferencia de la sociedad anónima, los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación de los socios una mayoría superior, aunque esta no puede exceder los 2/3 de los votos existentes, correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social (ver el artículo 223.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Adviértase que es una limitación «inversa»: se fija el máximo que los estatutos pueden exigir para ese acuerdo. Se intenta así evitar que los administradores se «blinden».

### CASO PRÁCTICO

Tras diversas vicisitudes económicas, la situación financiera de Pluscuamperfecto Distribuciones Textiles, S.A. es tremendamente apurada. Ante esta situación, Ticio, Cayo y Flavia piensan que la única posibilidad es realizar una ampliación de capital. Rogelio se muestra dispuesto a aportar una tienda, que es de su propiedad, y que él valora en 150.000 €. Los socios piensan que, además, necesitarían un aportación dineraria de 100.000 €, pues carecen de capital circulante. Hablan con Creso, su otro socio, que está totalmente en desacuerdo. Propone como alternativa la posibilidad de un préstamo bancario, afianzado solidariamente por todos los socios. Ticio, Cayo y Flavia, a pesar de todo, deciden realizar la operación de ampliación de capital, que tiene lugar de la siguiente forma:

- el 13 de abril de 2014, se celebra Consejo de Administración, en el que se convoca Junta General de Accionistas con la finalidad de aprobar la ampliación de capital; Creso vota en contra
- el 18 de abril se publican los anuncios correspondientes
- el 24 de mayo se celebra la Junta General de Accionistas en primera convocatoria; asisten todos los socios, menos Rogelio, que se olvidó. Se aprueba por mayoría la ampliación del capital, dividida en dos tramos: una que será suscrita por Rogelio, mediante la aportación no dineraria de la tienda, en cuantía de 150.000 €, y otra dineraria por importe nominal de 100.000 €, que será ofrecida a todos los socios primero y después a terceros extraños a la sociedad; la ampliación de capital es a la par, sin prima; Creso vota en contra, pues estima que las acciones deberían emitirse con una prima importante, para reflejar su valor de mercado;
- se abre un plazo de un mes, para que los accionistas históricos puedan suscribir preferentemente las acciones del tramo dinerario
- se delega en el Consejo la ejecución del acuerdo y la búsqueda de terceros que puedan suscribir las acciones no queridas por los accionistas
- el 15 de julio se celebra sesión del Consejo en la que comparece Rogelio y declara que suscribe las acciones del tramo no dinerario y las desembolsa aportando la propiedad de la tienda; el Consejo toma nota de que ninguno de los accionistas históricos ha ejercitado su derecho de suscripción preferente con respecto al tramo dinerario y decide ofrecérselo íntegramente a Magnolius, SA, otra empresa de capital riesgo; el representante de Magnolius S.A., Cesáreo, comparece ante el Consejo, declara su voluntad de suscribir las acciones dinerarias y aporta certificado de haber ingresado su importe en la caja social.

- La descripción de la tienda es: Bajo comercial sito en la calle de General Pardiñas 46 en Madrid, de 85 m<sup>2</sup> de superficie, con una fachada a la calle de siete metros, inscrito en el Registro de la Propiedad de Madrid, al Tomo..., finca....

#### Tareas:

1. Prepare el acuerdo del consejo de administración de convocatoria de JGA
2. Prepare una certificación del acuerdo del consejo de administración de 15 de julio; no se olvide de que es necesario modificar los estatutos sociales.
3. Describa el régimen de responsabilidad de los miembros del consejo de administración.

### BIBLIOGRAFÍA

1. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS
- BROSETA, M. y MARTÍNEZ, F., *Manual de derecho Mercantil*, Volumen I, págs. 424 a 446, Madrid, 2009.
- CHULIÁ, F. V., *Introducción al derecho Mercantil*, págs. 321 a 346. Valencia, 1999.
- DÍAZ, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Navarra, 2002. ESTEBAN, G.; GALLEGRO, E.; RIBAS, V.; CASTELLANO, M. J.; QUIJANO, J.; SALELLES, J. R. y ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Directores), *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, artículos 209 a 251, págs. 1187 a 1819, Madrid, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Los pactos de indemnización del administrador cesado», en IGLESIAS, J. L. (coordinador), *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo II, Sociedades Mercantiles, págs. 1784 a 1816, Madrid, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Sociedad anónima: órganos sociales. Los administradores», en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (Directores), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2.ª edición, págs. 957 a 995, Madrid, 2006.
- IGLESIAS, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., en MENÉNDEZ, A. (Director), *Lecciones de Derecho Mercantil*, págs. 358 a 369, Madrid, 2004.
- LATORRE, N., *El administrador de hecho de las sociedades de capitales*, Granada, 2003.
- LLEBOT, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1996.
- LOJENDIO, I., «Los administradores de la sociedad anónima», en JIMÉNEZ, G. (Coordinador), *Derecho Mercantil*, págs. 261 a 272, Barcelona, 1990.
- MARTÍNEZ, F.; ARROYO, M.; BOET, E. y EMBID, J. M., en ARROYO, F. y EMBID, J. M., *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, págs. 1447 a 1525, Madrid, 2001.
- OLIVENCIA, M., «Los administradores», en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen de las Sociedades Mercantiles*, Tomo VI, Madrid, 1991.

- PAZ-ARES, C., *Responsabilidad de los administradores*, Madrid, 2007.
- SALELLES, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2005.
- VÁZQUEZ, T., *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Madrid, 2007.
2. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LAS SOCIEDADES LIMITADAS
- ALONSO, C., «Los órganos sociales en la sociedad de responsabilidad limitada», en GIMENO, J. (coordinador), *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, págs. 114 a 124, Pamplona, 1997.
- BROSETA, M. y MARTÍNEZ, F., *Manual de derecho Mercantil*, Volumen I, págs. 550 a 555, Madrid, 2009.
- CHULIÁ, F. V., *Introducción al derecho Mercantil*, págs. 485 a 487, Valencia, 1999.
- ESTEBAN, G., «La administración de la sociedad de responsabilidad limitada», en PAZ-ARES, C., *Tratando de la sociedad limitada*, págs. 689 a 772, Madrid, 1987.
- MARTÍNEZ, F.; EMBID, J. M. y ARROYO, I., «Órganos sociales», en ARROYO, F. y EMBID, J. M. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, págs. 624 a 603, Madrid, 1997.
- PÉREZ DE LA CRUZ, A., «La sociedad de responsabilidad limitada: órganos sociales, modificación de la estructura, cuentas anuales», en JIMÉNEZ, G. (Coordinador), *Derecho Mercantil*, págs. 320 a 322, Barcelona, 1990.
- PRENDES, P., «Los administradores», en CAMPUZANO, A. B., *La sociedad de responsabilidad limitada*, págs. 383 a 448, Valencia, 2009.
- QUIJANO, J., «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores; nombramiento, duración, retribución, conflicto de interés, separación. Los suplentes», en RODRÍGUEZ, F.; GARCÍA VILLAVERDE, R.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. F.; ALONSO UREBA, A.; VELASCO, L. y ESTEBAN, G. (Coordinadores), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, tomo I, págs. 663 a 677, Madrid 1996.
- URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS, J. L., «La Sociedad de responsabilidad limitada. Órganos sociales. Los administradores», en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (Directores), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2.ª edición, págs. 1240 a 1260, Madrid, 2006.

## TEMA 9

## MODIFICACIONES ESTATUTARIAS DE LAS SOCIEDADES CAPITALISTAS. AUMENTO Y DISMINUCIÓN DE CAPITAL

DANIEL PRADES CUTILLAS

SUMARIO: 1. RÉGIMEN GENERAL DE LAS MODIFICACIONES ESTATUTARIAS. 1.1. Requisitos. CASO PRÁCTICO.

### 1. RÉGIMEN GENERAL DE LAS MODIFICACIONES ESTATUTARIAS

Los estatutos sociales son la expresión de la voluntad inicial de los socios en cuanto se refiere a la organización de la sociedad. Contienen, además de las disposiciones que son obligatorias por ministerio de la ley, los pactos alcanzados por los socios fundadores o propuestos por los promotores de la sociedad al futuro suscriptor de las acciones. Conforman la personalidad propia y distinta de cada sociedad concreta y son a la vez la expresión de su autorregulación, la ley interna, propia y distinta, por la que cada sociedad se rige en su funcionamiento, reguladora también de las relaciones entre los socios y la sociedad y de los órganos de la entidad entre sí. Incluso los nuevos socios, al adquirir sus participaciones en el capital social, prestan su consentimiento al contenido de los estatutos, que actúan como un contrato de adhesión que los nuevos socios aceptan al tomar su participación en el capital.

Pero esta voluntad inicial puede verse alterada por las circunstancias, e incluso por la renovación de las personas de los socios a través de la transmisión de las acciones o de las participaciones sociales. De aquí que la ley permita la modificación de los estatutos, su adaptación a las nuevas circunstancias, pero a la vez establezca un procedimiento preciso para garantizar los derechos de las partes, encomendando la modificación de los estatutos –con las escasas salvedades que más adelante se verán– a los socios constituidos en junta, es decir a la expresión de la soberanía social (LSC 160.c y 285.1).

La LSC regula las diversas modificaciones estatutarias en el Título VIII, artículos 285 a 345, de los que quedan excluidas las denominadas modificaciones estructurales –transformación, fusión, escisión y cesión global– objeto de regulación específica en la *Ley 3/2009, de Modificaciones estructurales de las sociedades*